

BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 166

Nueva Serie Año LVI Número 166 Enero-Abril 2023

ISSN versión electrónica: 2448-4873

ISSN versión impresa: 0041-8633

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 LVI, número 166, enero-abril de 2023, 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.ij@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
Enrique Rodríguez Trujano

Apoyo editorial: Katherine Ávalos Mendoza
Luz María Peña Moral

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

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: 7 de febrero de 2024

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

| | |
|---|-----|
| ¿Es Venezuela un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos? Reflexiones al hilo del asunto Alfredo José Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 3 |
| Harold BERTOT TRIANA | |
| Electronic Platform for Consultations of Public Authorities with Residents of Communities in the Context of Decentralisation . . . | 27 |
| Olena BOIKO | |
| Oleksandra VASYLIEVA | |
| Nataliia VASYLIEVA | |
| Artem DUBKOV | |
| Anastasiia CHUBINA | |
| La cultura como derecho humano y sus implicaciones | 49 |
| Enoc Alejandro GARCÍA RIVERA | |
| Alejandro ESPINOZA TENORIO | |
| Naturaleza jurídica de la Acción por incumplimiento en Ecuador frente a la ejecución de sentencias internacionales | 83 |
| Iliana LÓPEZ RUIZ | |
| Análisis de las políticas de transformación digital de las microempresas en la región latinoamericana: los casos de Colombia y Chile | 113 |
| Rodrigo BARCIA LEHMANN | |
| Betty MARTÍNEZ-CÁRDENAS | |

| | |
|---|-----|
| Garantías constitucionales del internamiento involuntario por trastorno mental en el Tribunal Constitucional español y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos | 137 |
| Juan Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO | |
| Beneficiario controlador y control efectivo frente al delito fiscal . . . | 171 |
| Ivonne Alejandra OROZCO GONZÁLEZ | |
| Preservación del patrimonio audiovisual y derechos humanos. Análisis jurídico de la importancia de la creación de una Cinemateca en Perú | 203 |
| Luis Jeampierre RAMOS APAZA | |
| La neutralidad ideológica del Estado y el derecho preferente de los padres en la educación de sus hijos. El caso de la formación ciudadana. Chile y España | 235 |
| Jhenny RIVAS ALBERTI | |
| Alexander ESPINOZA RAUSSEO | |
| ¿Lo que no se mide no existe? El problema con los indicadores en materia de derechos humanos para los poderes judiciales. | 271 |
| Alberto Abad SUÁREZ ÁVILA | |
| Contribuciones de la policía administrativa para el cumplimiento de los fines del Estado social y democrático de derecho en el ordenamiento territorial | 299 |
| Jorge Eduardo VÁSQUEZ SANTAMARÍA | |

¿Es Venezuela un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos? Reflexiones al hilo del asunto *Alfredo José Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Is Venezuela a State Party to the American Convention on Human Rights? Reflections on the Subject of Alfredo José Chirinos Salamanca and Others vs. Venezuela Before the Inter-American Court of Human Rights

Harold BERTOT TRIANA

 <https://orcid.org/0000-0003-0737-4710>

Universidad Internacional de la Empresa (UNIE). España
Correo electrónico: hbertot triana@gmail.com

RECIBIDO: 26 de junio de 2023

ACEPTADO: 19 de septiembre de 2023

RESUMEN: El artículo analiza la situación de Venezuela con respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos en el marco del caso *Alfredo José Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). A partir de la existencia de dos autoridades con reclamo de la representación internacional de Venezuela, y con distintas posiciones sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos, examina la competencia de la Corte para resolver si un Estado es parte de la Convención Americana y si puede resolver una disputa relativa a su jurisdicción que tiene como base la validez o no del depósito de ratificación de la Convención ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Palabras claves: Venezuela, Estado parte, Convención Americana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT: The article analyzes the situation of Venezuela with respect to the American Convention on Human Rights in the framework of the case *Alfredo José Chirinos Salamanca and others vs. Venezuela* before the Inter-American Court of Human Rights. Based on the existence of two authorities claiming the international representation of Venezuela, and with different positions on the inter-american system for the protection of human rights, the article examines the jurisdiction of the Court to decide whether a State is party to the American Convention and if it can resolve a dispute related to its jurisdiction that is based on the validity or

not of the deposit of ratification of the Convention before the General Secretariat of the Organization of American States.

Keywords: Venezuela, State party, American Convention on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Aspectos generales sobre la jurisdicción de la Corte IDH para resolver si un Estado es parte o no de la CADH, y si existe reconocimiento de su jurisdicción contenciosa.* III. *Las funciones del depositario de la CADH y el alcance o los efectos jurídicos del depósito en la Secretaría General de la OEA.* IV. *Los factores a tomar en cuenta por la Corte IDH en estas situaciones y su aplicación al Caso Alfredo José Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela.* V. *La desaparición de la “presidencia encargada” de Juan Guaidó y sus consecuencias en la representación del Estado ante la Corte IDH.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Venezuela reconoció el 9 de agosto de 1977 la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el 24 de junio de 1981 hizo lo mismo con respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con los artículos 45 y 62 del texto convencional. El gobierno del presidente Hugo Chávez denunció la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) con fecha 10 de septiembre de 2012, la cual surtió efectos jurídicos el 13 de septiembre de 2013. En igual sentido, el gobierno del presidente Nicolás Maduro denunció la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) con fecha 27 de abril de 2017.

La designación de Juan Guaidó como “Presidente Encargado de la República Bolivariana de Venezuela” a principios de 2019, fue seguida de una nota de 8 de febrero de 2019, recibida el 7 de marzo por el Secretario General de la Organización, en la que anunció “la decisión del Estado venezolano de dejar sin efecto tal supuesta denuncia de la Carta de la OEA, a los fines de que Venezuela pueda mantenerse como Estado parte de esa Organización”.¹ El 31 de julio de 2019, del mismo modo, depositó el instrumento de ratificación de la CADH. En el mencionado despacho se “reconoce de manera incondicional como obligatoria de pleno derecho y si conven-

¹ Consúltese: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/a-41_notas/Juan_Guaido_03-7-2019.pdf

cional especial la competencia y el poder jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de dicha Convención, como si nunca hubiera tenido lugar su pretendida denuncia presentada, ello, *ab initio* y con efectos retroactivos al 10 de septiembre de 2013, fecha en la cual habría entrado en vigor dicha denuncia”.²

En este escenario, el 9 de abril de 2019 el Consejo Permanente de la OEA aprobó, en sesión extraordinaria, una resolución que acordó “(a)aceptar el nombramiento del señor Gustavo Tarre como Representante Permanente, designado de la Asamblea Nacional, hasta que se celebren nuevas elecciones y el nombramiento de un gobierno democráticamente electo”.³ Posteriormente, en la Resolución sobre “La situación de Venezuela y la crisis de migrantes venezolanos”, aprobada por la Asamblea General en junio de 2019, se resolvió en el mismo sentido “(a)ceptar al Representante Permanente ante la Organización de los Estados Americanos designado por la Asamblea Nacional de Venezuela, hasta que se celebren nuevas elecciones presidenciales que conduzcan al nombramiento de un gobierno elegido democráticamente”.⁴

Como consecuencia de estos hechos, en el portal del Departamento de Derechos Internacional de la OEA, en el “Estado de Firmas y Ratificaciones” de la Carta de la OEA —la depositaria es la Secretaría General de esta organización, ya sea del instrumento original como de las ratificaciones—, aparece Venezuela como Estado parte, con fecha de ratificación 29 de diciembre de 1951, haciendo constar la decisión de dejar sin efecto la denuncia del año 2012.⁵ En este mismo portal, en el “Estado de Firmas y Ratificaciones” de la CADH —de la que también la Secretaria General de la OEA funge como depositaria del instrumento original y de las ratifica-

² Despacho de la Presidencia, República Bolivariana de Venezuela, Juan Gerardo Guaidó Márquez, presidente encargado de la República Bolivariana de Venezuela. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/B-32_venezuela_RA_7-31-2019.pdf.

³ OEA/Ser.G, CP/RES. 1124 (2217/19) corr. 2, 10 abril 2019. *Resolución sobre la situación de Venezuela*. Aprobada por el Consejo Permanente en la sesión extraordinaria celebrada el 9 de abril de 2019.

⁴ *Resolución sobre la situación de Venezuela y la crisis de migrantes venezolanos*. Aprobada por la Asamblea General, 28 de junio de 2019. https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-013/19

⁵ Consúltese: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA_firmas.asp#Venezuela

ciones—, aparece Venezuela como Estado parte con fecha de “ratificación” 1 de julio de 2019 y de depósito 31 de julio del mismo año.⁶

Esta realidad contrasta con la información proporcionada por la Corte IDH en su página web,⁷ en sus informes anuales desde 2019,⁸ y en sus sentencias con respecto a Venezuela,⁹ en la que hace prevalecer la denuncia a la CADH presentada el 10 de septiembre de 2012 y con efectos a partir del 10 de septiembre de 2013. En el *Caso Revilla Soto vs. Venezuela*, al resolver una solicitud de medidas provisionales con fecha 8 de febrero de 2023, y en las que los representantes del Estado venezolano alegaron la incompetencia temporal de la Corte IDH para disponer medidas con respecto a hechos posteriores a que la denuncia de 2012 surtiera efectos, la Corte IDH evitó pronunciarse sobre esta cuestión:

⁶ Consúltese: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

⁷ “Los Estados que han ratificado la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Venezuela presentó el 10 de septiembre de 2012 un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA). La denuncia surtió efecto a partir del 10 de septiembre de 2013.” *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana. Preguntas frecuentes / Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, C. R.: Corte IDH, 2020, p. 6. https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABC_CorteIDH_2020.pdf

⁸ *Informe anual 2022*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 14. <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2022/espanol.pdf>; *Informe anual 2021*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 15. https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2021.pdf; *Informe anual 2020*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 16. https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2020.pdf; *Informe anual 2019*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 12. https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2019.pdf

⁹ *Caso González y otros vs. Venezuela* (2021, párrafo 13); *caso Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela* (2021, párrafo 13); *caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021, considerando 1); *caso Mota Abarullo y otros vs. Venezuela* (2020, párrafo 12); *caso Olivares Muñoz y otros vs. Venezuela* (2020, párrafo 16); asunto de determinados centros penitenciarios de Venezuela. Humberto Prado. Marianela Sánchez Ortiz y familia respecto de Venezuela. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020, considerando 1); *caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela* (2019, párrafo 13); *caso Álvarez Ramos vs. Venezuela* (2019, párrafo 16).

En atención a lo decidido, no resulta necesario examinar argumentos de las partes y la Comisión sobre la competencia temporal de la Corte, como tampoco alegatos de otra naturaleza. Este Tribunal aclara que la decisión que adopta en este acto, como el trámite previo a la misma, en modo alguno constituyen o denotan un prejuzgamiento sobre su competencia temporal en el caso, ni sobre ningún otro aspecto sustantivo o procesal concerniente al mismo. (Caso *Revilla Soto vs. Venezuela*. Rechazo de la solicitud de medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023, párrafo 27)

Sin haber decidido esta cuestión, la Corte IDH actúa en realidad como si los efectos de la denuncia a partir de 2013 no han sido revertidos por el depósito de julio de 2019, y en consecuencia Venezuela ya no es un Estado parte de la CADH. Esto también ha tenido réplica en la representación del Estado ante la Corte IDH: las notificaciones de la Corte IDH se realizan a las autoridades del gobierno de Nicolás Maduro, a quienes se acepta en la representación del Estado para los casos con hechos ocurridos previos a los efectos de la denuncia en 2013.¹⁰ Será en el *Caso Alfredo José Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela*, con respecto a hechos posteriores al 10 de septiembre de 2013, en los que la Corte IDH deberá decidir sobre su jurisdicción y pronunciarse sobre el alcance del depósito de ratificación del 1 de julio de 2019 a los efectos de su competencia *ratione temporis*

En razón de lo anterior, el presente artículo aborda los aspectos generales sobre la jurisdicción de la Corte IDH para resolver si un Estado es parte o no de la CADH, y si existe reconocimiento de su jurisdicción contenciosa. Para ello se analiza la posición de la Corte IDH como institución judicial autónoma, las funciones del depositario de la CADH y el alcance o los efectos jurídicos del depósito en la Secretaría General de la OEA, así como los factores a tomar en cuenta por la Corte IDH para resolver la disputa relativa a su jurisdicción cuando se cuestiona la autoridad con la capacidad para ratificar o adherirse a la CADH. Seguidamente el artículo realiza un examen de los presupuestos a aplicar en casos como *Alfredo José Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela*. En último lugar, se argumenta las consecuencias en la

¹⁰ Véase, por ejemplo: *caso Revilla Soto vs. Venezuela*. Rechazo de la solicitud de medidas provisionales (2023); *caso González y otros vs. Venezuela* (2021); *caso Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela* (2021); *caso Mota Abarullo y otros vs. Venezuela* (2020); *caso Olivares Muñoz y otros vs. Venezuela* (2020); *caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela* (2019); *caso Álvarez Ramos vs. Venezuela* (2019), entre otros.

representación del Estado ante la Corte IDH de la desaparición de la “presidencia encargada” de Juan Guaidó a principios de 2023.

II. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE IDH PARA RESOLVER SI UN ESTADO ES PARTE O NO DE LA CADH, Y SI EXISTE RECONOCIMIENTO DE SU JURISDICCIÓN CONTENCIOSA

La Corte IDH es una “institución judicial autónoma” con la facultad de aplicar e interpretar la CADH (artículo 62.3 y artículo 1o. del Estatuto). Como tribunal internacional, el ejercicio de la competencia contenciosa y consultiva, en los marcos de la CADH, lo realiza de acuerdo al derecho internacional público y, de modo específico, al régimen particular en el cual se inserta, como es el derecho internacional de los derechos humanos. Sobre el alcance de su jurisdicción, “(l)a Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz/Kompetenz*).” (*Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia, 1999, párrafo 31).

En materia de jurisdicción la CADH establece que la Corte IDH ejerce su competencia sobre Estados partes que hayan *ratificado* o *adherido* la CADH a través del “depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos” (artículo 74.2), y “en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial” (artículo 62.3). En este sentido, se establece que “(t)odo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención” (artículo 62.1).

Para constatar la *ratificación* o *adhesión* no se establecen condiciones o requisitos específicos a cumplir por los Estados, más allá del acto de “depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos”. Con respecto a la declaración de reconocimiento de jurisdicción, se estipula que se presentará al Secretario General de la Organización, el cual “transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte”

(artículo 62.2). No se contemplan disposiciones en esta CADH, ni en el Estatuto o Reglamento de la Corte IDH, o en cualquier instrumento jurídico internacional aplicable, sobre elementos o requisitos para determinar la validez o no del acto de depósito de instrumentos con respecto a la CADH o sobre la declaración de reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.

Una interpretación de los anteriores artículos, conforme a las reglas del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados (CVDT), concluiría, *prima facie*, que bastaría para la Corte IDH constatar el “depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General” para resolver su jurisdicción con respecto a un Estado. Sin embargo, cuando la disputa sobre su jurisdicción (como lo es si un Estado es parte o no de la CADH), descansa precisamente en aspectos controvertidos sobre el propio depósito de estos instrumentos, la Corte IDH no podría inhibirse de examinar este proceso. La ratificación o adhesión mediante depósito puede constituirse en un *hecho controvertido justiciable* a resolver por la Corte IDH, como institución judicial internacional autónoma, y puede tener trasfondo en una disputa sobre *la autoridad estatal con la representación legítima* para depositar un instrumento de ratificación o adhesión a la CADH y para aceptar la competencia de la Corte IDH.

El *reconocimiento* de una autoridad como el “gobierno” de un Estado (es decir de *la autoridad con la titularidad en la representación internacional del Estado*), es una institución que en el derecho internacional se práctica no sólo por los Estados, sino también por las organizaciones internacionales, aunque en este último caso se limite o se realice conforme a las competencias de la propia organización y de sus órganos.¹¹ Esto quiere decir que el “reconocimiento” se constriñe en sus efectos a la propia organización como sujeto de Derecho internacional, y no a sus Estados miembros, aun cuando pueda ser indicio de la actitud de los Estados miembros hacia la autoridad en cuestión en sus relaciones bilaterales.¹²

¹¹ El “reconocimiento” por una organización se constriñe en sus efectos a la propia organización como sujeto de derecho internacional, y no a sus Estados miembros, salvo las particularidades del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, cuando actúa en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. *Cfr.* (Rensmann, T, párrafos 27 y 28 y Wright, Q., 1950, p. 558).

¹² La cuestión del “reconocimiento” de Estados o gobiernos en las organizaciones internacionales, se vincula con al menos dos escenarios: la “*admisión de sujetos como miembros u observadores*

En este sentido, la posición de órganos políticos de la OEA (como el Consejo Permanente y la Asamblea General) en las resoluciones previamente señaladas con respecto a las autoridades de gobierno en disputa, fue una posición de la organización en términos de “reconocimiento”, aunque ésta solo se limitara al ámbito de la OEA. Fue en estos marcos entonces que se produjo “la decisión del Estado venezolano de dejar sin efecto tal supuesta denuncia de la Carta de la OEA” en febrero de 2019, y el depósito de un instrumento de ratificación de la CADH en julio de 2019 con la firma de Juan Guaidó como “presidente encargado de la República Bolivariana de Venezuela”.

Este reconocimiento, que derivó en los mencionados actos de incorporación a la OEA y al sistema interamericano, tienen evidentes efectos jurídicos para los órganos de la OEA. Sin embargo, este “reconocimiento” no tiene el mismo alcance en términos de *vinculatoridad jurídica* hacia la Corte IDH, que es un órgano judicial autónomo en los marcos del sistema interamericano y de la propia OEA. La CADH nació en el seno de la OEA, y el funcionamiento de la Corte IDH se realiza en el ámbito de esta propia organización, pero las decisiones políticas de la organización no constituyen actos obligatorios o vinculatorios para la Corte IDH en materias en los que el tribunal tenga que determinar aspectos concernientes a su jurisdicción o al alcance de su competencia. Los propios Estados miembros de la organización decidieron que se constituyera como una “institución judicial autónoma” dentro de un sistema regional de protección y de una organización internacional como la OEA.

Esto no quiere decir que el tribunal pueda desconocer la determinación por los órganos políticos de la OEA de la autoridad con la representación del Estado en la organización cuando examine a las autoridades con la capacidad para ratificar o adherirse a la CADH y para reconocer de la jurisdicción de la Corte IDH (es decir, cuando la controversia versa so-

en la organización o la aceptación de las credenciales de la autoridad representante de un Estado. (Rensmann, T., párrafos 27 y 28). Aunque la aceptación de las credenciales puede estar precedido sobre un pronunciamiento de los órganos de la organización sobre la autoridad “legítima” de un Estado (en los marcos competenciales las competencias de la organización y de sus órganos), en aquellos casos en que no sea así, y la organización decide únicamente las autoridades de un Estado con capacidad para representar o actuar a nombre del Estado en los marcos de los órganos u organismos de la organización (Higgins, R. *et al.*, 2017, pp. 306 y 307) es evidente que ello se puede traducir en términos de reconocimiento, aunque se trate, insistimos, de un reconocimiento constreñido a los fines propios del ejercicio de la organización o de los órganos en cuestión.

bre la condición de Estado parte o no de la CADH, como se puntualizará más adelante). Son diversos los factores que sustentan la importancia de esta determinación, además de los aspectos ya señalados: elección de los jueces de la Corte IDH por los representantes de los Estados en la Asamblea General de la OEA (artículo 53.1); los Estados partes de la CADH deciden no sólo en la Asamblea General la sede del tribunal sino también el cambio de su sede (artículo 58.1); el Estatuto de la Corte IDH también se aprueba por la Asamblea (artículo 60); la Corte IDH somete a la Asamblea General para su consideración un informe anual en cada período ordinario de sesiones (artículo 65); la Asamblea también aprueba el presupuesto de la Corte IDH (artículo 72); entre otros.

III. LAS FUNCIONES DEL DEPOSITARIO DE LA CADH Y EL ALCANCE O LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL DEPÓSITO EN LA SECRETARÍA GENERAL DE LA OEA

La determinación del *alcance o los efectos jurídicos del depósito en la Secretaría General de la OEA de la adhesión a la CADH y de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte IDH* a partir de las *funciones del depositario de la CADH*, es crucial para avanzar hacia una solución a este tipo de situaciones. Vale apuntar de inicio que no se prevén disposiciones convencionales, estatutarias o reglamentarias específicas sobre las funciones del depositario de la CADH o sobre los efectos jurídicos para la Corte IDH de la aceptación por el depositario de un instrumento de ratificación o adhesión. De modo que estas funciones, y los efectos del depósito por un Estado, deben interpretarse a la luz de la CVDT. El artículo 77 de la CVDT, en efecto, establece como funciones del depositario, “(s)alvo que tratado disponga o los Estados contratantes convengan otra cosa al respecto”, las siguientes:

- a) custodiar el texto original del tratado y los plenos poderes que se le hayan remitido; b) extender copias certificadas conformes del texto original y preparar todos los demás textos del tratado en otros idiomas que puedan requerirse en virtud del tratado y transmitirlos a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo; c) recibir las firmas del tratado y recibir y custodiar los instrumentos, notificaciones y comunicaciones relativos a éste; d) examinar si una firma, un instrumento o una notificación o comunicación relativos al tra-

tado están en debida forma y, de ser necesario, señalar el caso a la atención del Estado de que se trate; e) informar a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo de los actos, notificaciones y comunicaciones relativos al tratado; f) informar a los Estados facultados para llegar a ser partes en el tratado de la fecha en que se ha recibido o depositado el número de firmas o de instrumentos de ratificación, aceptación aprobación o adhesión necesario para la entrada en rigor del tratado; g) registrar el tratado en la Secretaría de las Naciones Unidas; h) desempeñar las funciones especificadas en otras disposiciones de la presente Convención. (CVDT, 1969, artículo 77)

El *carácter internacional* de las funciones del depositario, su *obligación de actuar con imparcialidad* (artículo 76 de la CVDT) y “de buena fe”, y la naturaleza administrativa a las que se contrae el ejercicio de sus funciones, implica que no tiene “facultades de adjudicación y sus actos no tienen fuerza vinculante para los Estados”. (Villiger, M. E. 2009, p. 940)¹³ De ahí, por ejemplo, que el *examen* de las firmas, instrumentos, notificaciones y comunicaciones concernientes al tratado que recibe de los Estados (inciso e), se limita a aspectos formales (que “están en debida forma”). En casos de advertir dificultades en el examen de estos actos, *no corresponde al depositario determinar su validez sino a los Estados partes*. (Mark E. Villiger, 2009, pp. 942 y 943) En igual sentido, cuando en ejercicio del inciso f, informa a los Estados de que se ha *recibido o depositado el número de firmas o de instrumentos de firmas o de instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión* para la entrada en vigor del tratado, es *una apreciación o conclusión preliminar sin influencia directa en su entrada en vigor*. (Mark E. Villiger, 2009, pp. 943) Esta condición se refuerza con lo establecido en el apartado 2 del propio artículo 77:

De surgir alguna discrepancia entre un Estado y el depositario acerca del desempeño de las funciones de éste, el depositario señalará la cuestión a la atención de los Estados signatarios y de los Estados contratantes o, si corresponde, del órgano competente de la organización internacional interesada.

¹³ En este punto se ha insistido: “La Convención ha recalcado la *internacionalidad* de la misión del depositario y la *imparcialidad* con la que ha de desempeñarla (artículo 76.2). Para evitar tentaciones se ha preocupado, además, de mecanizar su tarea, de limitar su capacidad decisoria en todo lo que desborde las formalidades procesales, hasta el punto de que, según P. Reuter, la imparcialidad se ha convertido en *irresponsabilidad*” (Remiro Brotons, A. 1987, p. 111).

Desde este régimen general, cabe sostener entonces que, contrario a lo que se ha defendido:¹⁴ cuando la Secretaría General de la OEA, en ejercicio de sus funciones como depositario de la CADH, realiza un acto de depósito de un instrumento de ratificación a la CADH, *no está con ello decidiendo con carácter definitivo la condición de Estado parte de la Convención ni determinando o reconociendo la legitimidad de una autoridad de un Estado como titular de la representación internacional en tal acto*. La aceptación del depósito por la Secretaría General de la organización no comporta *efectos vinculantes* de la condición de un Estado como parte del convenio, ni de la titularidad en la representación internacional estatal para los Estados partes de la CADH ni para la Corte IDH. Esta ausencia de vinculación operaría tanto para cuando se acepta un depósito precedido de decisiones de los órganos políticos de la OEA con respecto a las autoridades que lo realizan, como para cuando se acepta el depósito de autoridades que no cuenta con el mismo aval de estos órganos.

En un curso normal de depósito de instrumentos, sin aspectos controversiales planteados por los Estados, la aceptación de este depósito se constituye en una presunción de adhesión de un Estado al CADH o del reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH cuando sea el caso. Este fue el sentido de lo expuesto por la Corte IDH en el Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú: “Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción”. (Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Competencia, 1999, párrafo 33) Esta realidad también implica una presunción de legitimidad de la autoridad estatal en representación del Estado que realiza el acto de depósito, aun cuando no se esté pronunciando en términos políticos, y con carácter *erga omnes*, sobre la autoridad legítima para representar al Estado como “gobierno”, y se limite únicamente a garantizar el correcto funcionamiento de su competencia contenciosa.

¹⁴ Se ha llegado a considerar que “[...] en ejercicio del servicio de depósito de la Convención, se acreditó la ratificación de la Convención efectuada el 1° de julio de 2019. Esas decisiones vinculan a la Corte quien, en consecuencia, debe considerar que Venezuela ratificó la Convención y que la representación de Venezuela corresponde a la representación permanente así acreditada frente a la Organización de Estados Americanos. Esto, además, garantiza el principio de una sola voz, pues lo cierto es que Venezuela solo puede estar representada en el Sistema Interamericano por un solo gobierno”. (José Ignacio Hernández G., 2021, p. 344)

Por otra parte, en casos de disputa sobre la propia condición de Estado parte, como consecuencia, por ejemplo, de controvertir la representación legítima del Estado para la adhesión a la CADH, es una presunción susceptible de ser impugnada por los Estados. Tales disputas entre los Estados y el depositario son elementos a tomar en cuenta por el tribunal cuando tenga que resolver una cuestión relativa a su jurisdicción que tenga como base esta propia controversia.¹⁵ Dicha conclusión se refuerza, insistimos, con la consideración del apartado 2 del artículo 77 de la CVDI, cuando establece que el depositario “señalará la cuestión a la atención de los Estados signatarios y de los Estados contratantes o, si corresponde, del órgano competente de la organización internacional interesada”.

Sobre la competencia de la Corte IDH de carácter funcional y limitada a garantizar el ejercicio de su propia jurisdicción, en estos casos la Corte IDH se limitaría únicamente en su propio procedimiento a garantizar el correcto ejercicio de su función jurisdiccional, sin que implique la asunción de facultades políticas. Estos marcos no se alterarían, ni tendría un alcance mayor que el señalado, aun cuando el trasfondo de la controversia descansa en la determinación de la autoridad con la titularidad en la representación internacional del Estado en los marcos del sistema interamericano. Es decir, con la solución de esta disputa la Corte IDH no estaría asumiendo “facul-

¹⁵ Incluso en aquellos casos en que se ha dado prevalencia al depósito en la determinación de una entidad como Estado, no se ha dejado de destacar la importancia del proceso de adhesión mediante la aceptación de un depósito, de lo que cabe inferir que tendría otra connotación en el análisis del tribunal. En este sentido, la Sala de Cuestiones de la CPI al analizar si Palestina podía ser considerada como un “Estado”, en el sentido del artículo 12 (2) del Estatuto, sostuvo que “it clearly appears that the Chamber may not review the outcome of the accession procedure” de Palestina al Estatuto de Roma. En este punto, si bien consideró que “only requirements to become an ICC State Party are indeed explicitly stated in article 125(3) of the Statute – the deposit of an instrument of accession accepted by the United Nations Secretary-General”, no dejó de referirse a “the circumstances of Palestine’s accession”. Y en esta línea destacó cómo algunos Estados que impugnaba la condición de Estado de Palestina ante el tribunal no se habían pronunciado en contrario durante el proceso de adhesión: “The Chamber notes that, in the context of the present proceedings, seven States Parties submitted observations on the Prosecutor’s Request as *amici curiae* thereby arguing that Palestine cannot be considered a State for the purposes of article 12(2)(a) of the Statute, namely the Czech Republic, Austria, Australia, Hungary, Germany, Brazil and Uganda. However, it should be noted that these States remained silent during the accession process and that none of them challenged Palestine’s accession before the Assembly of State Parties at that time or later”. (Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19 (3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine’, 2021, párrafos 100 y 101).

tades políticas”, ajenas a la función judicial,¹⁶ como sería la determinación del “gobierno legítimo” de un Estado con carácter *erga omnes*.¹⁷ Es un examen que se constreñiría, a los efectos de su competencia, y sin más alcance que el de su propio proceso, para determinar si un Estado es parte de la CADH y si ha reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.

A partir de estos elementos expuestos, la posibilidad del examen del acto de depósito por el tribunal toma base en que: 1) el tribunal interamericano “tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia”; 2) es mediante este acto de depósito que los Estados ratifican o se adhieren a la CADH, y a través del cual reconocen la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH; 3) no implica un examen de cuestiones internas de los Estados, sino del ejercicio de las funciones de una institución de “carácter internacional” (depositario) cuando acepta un instrumento de ratificación, y 4) la competencia de la Corte IDH tendría un carácter funcional y limitado a garantizar el ejercicio de su propia jurisdicción, sin que asuma funciones políticas de “reconocimiento de autoridades como gobiernos de un Estado”.

IV. LOS FACTORES A TOMAR EN CUENTA POR LA CORTE IDH EN ESTAS SITUACIONES Y SU APLICACIÓN AL CASO ALFREDO JOSÉ CHIRINOS SALAMANCA Y OTROS VS. VENEZUELA

En situaciones de disputa sobre la condición de Estado parte, como consecuencia de controversias sobre la representación legítima del Estado para

¹⁶ Se ha dicho, en nuestro criterio sin una delimitación correcta de las cuestiones realmente a resolver por la Corte IDH, que «la “aceptación” de la organización política que puede representar al Estado frente a la comunidad internacional es ciertamente una cuestión política que va más allá de la jurisdicción del Poder Judicial. Por el contrario, como regla, el Poder Judicial queda vinculado a las decisiones políticas que aceptan la cualidad de organizaciones para actuar como gobierno. Ello, recordando que en sentido estricto no existe “reconocimiento” de gobiernos sino de Estado, aun cuando por razones prácticas es preciso identificar cuál organización política puede representar al Estado. Esta decisión es política, no jurisdiccional [...] no corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidir qué organización puede representar a Venezuela —si el régimen de Maduro o el presidente encargado. En realidad, esa decisión ya la tomó la Asamblea General y el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos». (Hernández G., J. I., 2021, pp. 343 y 344).

¹⁷ Terminología utilizada por el Comité en los marcos del procedimiento de anulación que tuvo a Venezuela como parte en: Valores Mundiales, S. L. y Consorcio Andino, S.L. c. República Bolivariana de Venezuela, párrafos 27-32.

la ratificación de un Estado a la CADH, la Corte IDH debe tomar en cuenta varios factores. En la jurisprudencia internacional la determinación de la autoridad con la titularidad de la representación internacional del Estado se apoya en distintos criterios, de acuerdo a marcos competenciales determinados. Aunque el “reconocimiento” en derecho internacional se reserva a órganos políticos con capacidad para representar al Estado (en el orden interno de los Estados suele ser el órgano con las funciones ejecutivas), los tribunales nacionales e internacionales no han estado ajeno a resolver situaciones que conciernen a la representación internacional de un Estado a los fines del proceso en cuestión.¹⁸

En el caso de la Corte IDH, al actuar como un órgano judicial internacional de un sistema regional de protección de derechos, y en los marcos de una organización internacional, debe resolver cualquier controversia sobre su jurisdicción relacionada con la autoridad con la capacidad para ratificar o adherirse mediante depósito la CADH, en los marcos del sistema en el que se inserta. Para ello debe tomar en cuenta, sin que ello implique una *vinculación* u *obligatoriedad jurídica* para el tribunal, los siguientes factores relacionadas con la aceptación por el depositario de la CADH de los instrumentos de ratificación: las decisiones de los órganos políticos sobre la determinación del representante legítimo del Estado en la OEA; actuación de otros órganos del sistema interamericano, como la CIDH, con respecto a esta cuestión; la práctica seguida en el mismo sistema por otros depositarios hacia las mismas autoridades; entre otros elementos que puedan evidenciar la actitud del sistema o de la OEA con relación a estas autoridades.

Es ilustrativo de esta posición, el criterio asumido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Loizidou v. Turkey* de 1995. Al analizar el *standing* del gobierno de Chipre en su demanda contra Turquía, ante el argumento del gobierno turco de la incapacidad de este gobierno para representar “the people of Cyprus” (al que calificaba como la “administración grecochipriota”), el Tribunal Europeo, en efecto, se constriñe a indicar, sobre la base de “the consistent practice of the Council of Europe and the decisions of the Commission in the inter-State cases of Cyprus vs. Turkey, that

¹⁸ En este sentido, en aquellos sistemas jurídicos en los que la posición del Ejecutivo es vinculante para los tribunales en materia de reconocimiento —como en el caso británico en virtud del principio de “una sola voz”—, cuando este no se puede verificar, los tribunales no se inhiben de determinar el status de la autoridad extranjera. Puede verse en este sentido: Harold Bertot Triana (2022), pp. 257-302.

the applicant Government have been recognised by the international community as the Government of the Republic of Cyprus”. (Loizidou vs. Turkey, 1995, párrafo 40).

Para resolver este tipo de casos por la Corte IDH, como el que plantea *Alfredo José Chirinos Salamanca y Otros vs. Venezuela*, se debe partir que, aunque el proceso de depósito de instrumento de ratificación de la CADH por el “presidente encargado de Venezuela” de 1 de julio de 2019 se desarrolló en una difícil situación política, con dos autoridades en reclamo por el reconocimiento de la titularidad en la representación internacional del Estado, no se ha hecho público si durante este proceso de depósito se manifestaron diferencias al depositario por parte del propio Estado venezolano (en este caso por el gobierno de Nicolás de Maduro), o por otros Estados partes, sobre la legitimidad de la autoridad en cuestión para actuar como representante del Estado.¹⁹ No se conoce tampoco si en efecto hubo diferencias manifestadas al depositario y que este haya actuado de conformidad con el mencionado apartado 2 del artículo 77 de la CVDT (llamar la atención de los Estados partes o del “órgano competente de la organización internacional interesada”, que bien pudo haber sido el Consejo Permanente o la Asamblea General de la OEA).

A partir de los hechos que se conocen, no parece que se haya controvertido este acto de depósito del instrumento de ratificación de la CADH y del reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH. Tampoco se tiene conocimiento de que esta controversia se haya planteado al conocimiento de la Corte IDH en el presente caso *Alfredo José Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela*. Tal realidad, que no supone ninguna controversia relativa a su jurisdicción, bastaría para que la Corte IDH hiciera prevalecer “la presunción de admisión de Venezuela como Estado parte y de reconocimiento su competencia contenciosa” con el depósito de ratificación referido

¹⁹ En la resolución sobre solicitud de medidas provisionales en el Caso *Revilla Soto vs. Venezuela* de la Corte IDH, se expresa que la CIDH aludió a la situación de incompetencia *ratione temporis* defendida por la representación del Estado de Venezuela que: “Entendió que corresponde el Secretario de la Organización de los Estados Americanos, depositario de los instrumentos de ratificación, llamar la atención de los Estados concernidos en caso de alguna irregularidad. La Comisión no indicó que ello haya sucedido, sino que la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de dicha Organización reconoció la ratificación de la Convención por Venezuela en 2019. Por eso, la Comisión adujo que no tiene razones para considerar que la Convención Americana no fue ratificada el 31 de julio de ese año”. (Caso *Revilla Soto vs. Venezuela*. Rechazo de la solicitud de medidas provisionales, 2023, párrafo 16).

del día 1 de julio de 2019. Sin embargo, aun cuando estos elementos no se controviertan ante la Corte IDH, pueden ser tomados en cuenta en la verificación “de oficio” que realiza el tribunal sobre su competencia para conocer del caso sometido.

En cualquier caso, los factores a analizar por la Corte IDH permitiría concluir en la condición de Venezuela como Estado parte en la CADH, de conformidad con el depósito del 1 de julio de 2019: decisión de los órganos políticos de la OEA (Consejo Permanente y Asamblea General) de reconocer la representación ante ellos de las autoridades que también realizaron el depósito del instrumento de ratificación el 1 de julio de 2019; reconocimiento por la CIDH de la propia condición de Estado parte de Venezuela de la CADH y del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, como en el propio caso núm. 14.143 Alfredo José Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela; una práctica en el entorno de la OEA que acepta también a estas autoridades con la capacidad de depositar instrumentos de ratificación o adhesión, como sucedió con el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), donde el Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil es el depositario del instrumento original, y la Secretaría General de la OEA es la depositaria de las ratificaciones;²⁰ entre otros.

Estos elementos entonces son presupuestos determinantes para concluir que existía una “práctica consistente” en la OEA, y decisiones de la CIDH, que “apuntan a un reconocimiento de la autoridad estatal depositante como el titular de la representación internacional de Venezuela en el sistema interamericano y ante la OEA” al momento del depósito de la ratificación del 1 de julio de 2019. Este análisis debe extenderse, en los mismos términos, con respecto a la determinación de las autoridades con capacidad de representación ante la Corte IDH. La determinación del *status* de un Estado como Estado parte de la CADH, y de su reconocimiento de la jurisdicción conten-

²⁰ En el portal web del Departamento de Derecho Internacional de la OEA se hace constar con respecto a Venezuela: “El 14 de mayo de 2013, la Secretaría General recibió por parte de la Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la OEA, la nota II.2E8.D-OEA.10-2605 mediante la cual dicho país remitió el instrumento de denuncia del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), con base en el artículo 25 del mencionado tratado. El 6 de agosto de 2019, la República Bolivariana de Venezuela depositó los instrumentos de ratificación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca y de su Protocolo de Reformas, en la sede de la OEA, en Washington, D. C., Estados Unidos.” Consultese: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-29.html>

cosa de la Corte IDH, implicaría también, en su caso, la identificación por el tribunal de la autoridad estatal que llevó a cabo estos actos como el ente con la capacidad para representar al Estado en el tribunal interamericano.

V. LA DESAPARICIÓN DE LA “PRESIDENCIA ENCARGADA” DE JUAN GAIDÓ Y SUS CONSECUENCIAS EN LA REPRESENTACIÓN DEL ESTADO ANTE LA CORTE IDH

El ejercicio de las competencias de la Corte IDH como “institución judicial autónoma”, alcanza relevancia en aquellas situaciones en los que el tribunal no puede contar con evidencia de una práctica de los órganos políticos de la OEA, o de otros organismos del propio sistema regional, para el ejercicio de estas competencias. Tal realidad puede ocurrir cuando la autoridad estatal, reconocida hasta ese momento con la capacidad o legitimidad para representar al Estado en la OEA, desaparece según su normativa nacional, mientras subsisten autoridades estatales en ese Estado que no cuentan con el reconocimiento de dicha representación ante ella.

Éste es el caso actual de Venezuela, después del 4 de enero de 2023, a tenor de la “Ley de Reforma del Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, la cual decidió terminar las funciones de la presidencia encargada que ejercía Juan Guaidó, y que dejó sin efecto “todos los entes y funcionarios designados por la Presidencia Encargada”, con excepción de los nombrados para la administración y protección de activos, entre otros.²¹ De esta forma, no sólo la representación de Venezuela ante la OEA quedó sin efecto,²² sino que la autoridad nacional con las funciones de “presidente encargado”, cuya representación se reconoció ante la OEA, dejó de existir.

Aunque la condición de Estado parte en la CADH de Venezuela, según se acepte como válido el depósito de julio de 2019, no se afectaría con la extinción del “gobierno” de Juan Guaidó (principio de continuidad del Estado

²¹ Ley de Reforma del Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Caracas, martes 3 de enero de 2023, No. 66. <https://asambleanacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/gaceta/gaceta-legislativa-20230113161642.pdf>

²² Y así se hace constar en el portal web de la OEA: https://www.oas.org/es/estados/miembros/estado_miembro.asp?sCode=ven

y de las obligaciones convencionales contraídas),²³ esto tendría serias implicaciones en la determinación de la representación procesal de un Estado parte ante la Corte IDH. Si el tribunal en tal caso no actuara como una “institución judicial autónoma”, y se orientara únicamente por las decisiones de los órganos políticos en materia de representación ante la OEA, se encontraría ante una situación de “acefalía representativa” de un Estado parte de la CADH. Esto tendría varias repercusiones negativas: en el propio ejercicio de las competencias de la Corte IDH con respecto a principios que rigen el proceso internacional (contradictorio, equilibrio procesal entre las partes, etcétera); “privaría del ejercicio de derechos al Estado” por medio de la representación procesal;²⁴ atentaría contra el derecho de las víctimas a la reparación por el Estado (artículo 63.1 de la CADH); propiciaría una inactividad del Estado ante la jurisdicción de la Corte IDH que “sería contraria al objeto y fin de la CADH y a su mecanismo de seguridad colectiva”;²⁵ entre otras cuestiones.

En tal situación entonces de “acefalía representativa” —según se siga la posición de los órganos políticos de la OEA—, la Corte IDH “puede determinar la representación del Estado, para los casos que conozca en tales situaciones, con apelación al criterio de “control efectivo” de la autoridad sobre el territorio del Estado en cuestión.²⁶ No se estaría determinando —in-

²³ Véase, por ejemplo, la obra fundamental de Marek, K. (1968, pp. 31 y ss.); Crawford, J. (2006, pp. 678-680); Cansacchi Di Amelia, G. (1970, p. 14) y Rim, Y. (2021, pp. 485-505).

²⁴ Ya sea para “someter un caso a la decisión de la Corte” (artículos 61.1 de la CADH y 36 del reglamento); o para la representación del Estado en su defensa mediante sus “agentes” y “agentes alternos” en un caso en los que sea parte en el contencioso de la Corte IDH (artículo 23 del reglamento); o cuando se trate de un Estado miembro de la OEA que solicite una consulta a la Corte IDH (artículos 64 de la CADH y 70 del reglamento); entre otros.

²⁵ Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, reparaciones y costas (2005, párrafo 38).

²⁶ El principio *de facto*, expresado en los criterios de control efectivo del territorio por un gobierno *de facto*, es el principio que tiene una mayor recepción en la aplicación del derecho internacional por órganos arbitrales internacionales. Véase a modo de ejemplo: Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (1923, p. 380); *Affaire des réclamations françaises contre le Pérou*, France contre Pérou (1920, pp. 215-221); *Georges Pinson, France vs. United Mexican States* (1928, pp. 307-560). Sobre este criterio de “control efectivo” en recientes casos de arbitraje CIADI, con relación a este problema venezolano, y en los que se debatió “la determinación de la legitimación procesal de un Estado cuando existe impugnación de un tercero”, consúltese: Harold Bertot, T. (2022, pp. 70-104). La Corte IDH ha aplicado este criterio de “control efectivo”, al considerar que “el ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado bajo el artículo 1.1 de la Convención, puede abarcar conductas extraterritoriales y que dichas circunstancias deben ser examinadas en cada caso concreto a efecto de verificar la existencia

sistimos— el “gobierno legítimo” de ese Estado en esta situación anómala: su examen se limitaría a resolver la *representación procesal* ante la Corte IDH de un Estado parte.²⁷ Esto se haría extensivo para la representación de casos que conozca de hechos anteriores a que la denuncia de 2012 surtiera efecto en 2013, como para aquellos con posterioridad a esta fecha a tenor del depósito de julio de 2019.

Esta última situación, sin embargo, no deja de significar un obstáculo para la representación procesal del Estado en casos cuyos hechos sean posteriores a que la denuncia de 2012 surtiera efecto. Las autoridades que hoy ejercen como “gobierno” de Venezuela —y que a todas luces son las que *controlan efectivamente* el territorio— no reconocen los actos del “gobierno” que actuó en paralelo a éste, y por tanto, no reconocen el depósito del instrumento de ratificación en julio de 2019.²⁸ Es una probabilidad alta entonces que en

de un control efectivo sobre las personas”. (Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal-interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 2017, párrafo 82).

²⁷ Aquí cabría sostener, *mutatis mutandis*, lo sostenido en el procedimiento de anulación del caso Valores Mundiales, S. L., y Consorcio Andino S. L. c. República Bolivariana de Venezuela, al tener que decidir “la legitimación para actuar en nombre de Venezuela en el procedimiento de anulación”, en el que se precisó que “el Comité no puede decidir, con efecto *erga omnes*, quién es el legítimo representante de Venezuela. La tarea del Comité en este caso tiene un alcance mucho más limitado, ya que se trata de determinar quién puede expresarse en nombre de Venezuela en el marco de este procedimiento de anulación”; es decir, “lo que está en juego en este incidente es simplemente quién está facultado para ejercer actos procesales vinculantes para la República”, por lo que “la cuestión es de carácter netamente procesal y está circunscripta a este procedimiento”. (Valores Mundiales, S. L. y Consorcio Andino, S. L. c. República Bolivariana de Venezuela, párrafos 27-32)

²⁸ En la mencionada resolución sobre solicitud de medidas provisionales en el Caso Revilla Soto vs. Venezuela, la Corte IDH reflejó que: “Venezuela, además, sostuvo que la Corte Interamericana carece de competencia temporal para disponer las medidas provisionales que requieren los representantes, pues el Estado denunció la Convención Americana el 10 de septiembre de 2012, teniendo dicha denuncia efectos a partir del 10 de septiembre de 2013, de acuerdo con el artículo 78.1 del tratado. La Corte solo puede analizar hechos anteriores a la última fecha referida. Aunque la Comisión, en su informe de fondo, efectuó manifestaciones sobre una nueva ratificación de la Convención, las mismas carecen de asidero: ‘Venezuela desconoce y no otorga valor jurídico alguno a las actuaciones desarrolladas ante la [Organización de Estados Americanos] y la Comisión Interamericana por personas que usurpen o pretendan usurpar la representación legítima de[] país’”. (Caso Revilla Soto vs. Venezuela. Rechazo de la solicitud de medidas provisionales, 2023, párrafo 12)

tales casos el Estado venezolano no cuente con representación procesal ante la Corte IDH.

VI. CONCLUSIONES

En un curso normal de adhesión a la CADH con el depósito de un instrumento, no sometido a los Estados parte por diferencias suscitadas sobre la titularidad de la representación del Estado, debe prevalecer “la presunción de admisión como Estado parte y la legitimidad representativa de la autoridad estatal en cuestión”. Pero en este artículo se ha argumentado que, en casos en que exista alguna discrepancia o dudas sobre la legitimidad de la autoridad estatal para ratificar la CADH mediante el depósito, es una situación política que puede convertirse en una disputa relativa a la jurisdicción de la Corte IDH. Si el depósito de los correspondientes instrumentos de ratificación, no vinculantes para la Corte IDH, fundamenta un hecho controvertido para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte IDH, como lo es la condición o no de un Estado *parte* en la CADH, la Corte IDH tiene competencia para decidir esta disputa si así fuera el caso.

Para llegar a esta conclusión, se partió de considerar que la “naturaleza de las propias funciones del depositario”, y la condición de “institución judicial autónoma dentro del sistema regional de protección de los derechos, y con respecto de la OEA”, son factores que impiden concluir en una obligatoriedad para la Corte IDH de la aceptación por el depositario de los instrumentos de ratificación o adhesión respectivos. Esto no desconoce, sin embargo, que la aceptación del depósito, siguiendo las decisiones de los órganos políticos, se constituya en un elemento o evidencia de enorme trascendencia (casi decisivo) en el examen de la Corte IDH sobre su jurisdicción en una controversia de este tipo.

Por estas razones, el tribunal interamericano debe resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción, cuando ésta descansa en una disputa por la autoridad con la capacidad para ratificar o adherirse mediante depósito la CADH, en el marco del sistema regional en el que se inserta. Esto comporta advertir la posición de otros órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, y de la propia organización internacional en la cual desarrolla sus funciones, como factores a tomar en cuenta para arribar a una conclusión. A partir de esta realidad, casos como los que plan-

ta Alfredo José Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela ante la complicada situación política venezolana, puede tener como conclusión por la Corte IDH la consideración de Venezuela como Estado parte de la CADH.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Asunto de determinados centros penitenciarios de Venezuela. Humberto Prado. Marianela Sánchez Ortiz y familia respecto de Venezuela* (2020). Corte IDH. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de julio. http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/centrospenitenciaros_se_06.pdf
- Bertot Triana, H. (2022). El principio de “una sola voz” (*one voice*) en las cortes inglesas: la cuestión del reconocimiento de gobiernos al hilo del asunto *Maduro Board of the Central Bank of Venezuela vs. Guaidó Board of the Central Bank of Venezuela* en la Corte Suprema del Reino Unido. *Revista Aquitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, (19), pp. 257-302.
- Cansacchi Di Amelia, G. (1970). Identité et continuité des sujets internationaux. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 130, pp. 1-94.
- Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela* (2019). Corte IDH. Sentencia de 30 de agosto, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_380_esp.pdf
- Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago* (2005). Corte IDH. Sentencia de 11 de marzo, fondo, reparaciones y costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.pdf
- Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* (1999). Corte IDH. Sentencia de 24 de septiembre, competencia. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_55_esp.pdf
- Caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela* (2019). Corte IDH. Sentencia de 19 de noviembre, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_392_esp.pdf
- Caso Familia Barrios vs. Venezuela* (2021). Corte IDH. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de abril. https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/barrios_se_03.pdf

- Caso González y otros vs. Venezuela* (2021). Corte IDH. Sentencia de 20 de septiembre, fondo y reparaciones. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_436_esp.pdf
- Caso Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela* (2021). Corte IDH. Sentencia de 3 de junio, Fondo, reparaciones y costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_424_esp.pdf
- Caso Olivares Muñoz y otros vs. Venezuela* (2020). Corte IDH. Sentencia de 10 de noviembre, Fondo, reparaciones y costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_415_esp.pdf
- Caso Revilla Soto vs. Venezuela* (2023). Corte IDH. Rechazo de la solicitud de medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero. https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/revilla_se_01.pdf
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969). https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf
- Corte IDH. Caso Mota Abarullo y otros vs. Venezuela* (2020). Sentencia de 18 de noviembre, fondo, reparaciones y costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_417_esp.pdf
- Crawford, J. (2006). *The Creation of States in International Law* (2a. ed.), Oxford University Press.
- Decision on the 'Prosecution Request Pursuant to Article 19(3) for a Ruling on the Court's Territorial Jurisdiction in Palestine'* (2021). ICC. Pre-Trial Chamber I. <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-143>
- Georges Pinson (France) vs. United Mexican States (Decision No. 1, october 19, 1928)*. Reports of International Arbitral Awards, French-Mexican Claims Commission (France, United Mexican States) (13 april 1928- 24 june 1929), V.
- Hernández G., J. I. (2021). El incompleto reingreso de Venezuela a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista de Derecho Público*, 165-166, pp. 336-345.
- Higgins, R.; Webb, Ph.; Akande, D.; Sivakumaran, S.; Sloan, J. (2017), *Oppenheim's International Law: United Nations*. Oxford University Press.
- Loizidou vs. Turkey* (1995). Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia de 23 de febrero.
- Marek, K. (1968). *Identity and Continuity of States in Public International Law*. Librairie Droz, Genève.

- Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal-interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (2017). Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf
- Remiro Brotons, A. (1987). *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos.
- Rensmann, T. (2009). International Organizations or Institutions, External Relations and Co-operation. *Max Planck Encyclopedias of International Law*.
- Rim, Y. (2021). State Continuity in the Absence of Government: The Underlying Rationale in International Law. *European Journal of International Law*, 32(2), pp. 485-505.
- Valores Mundiales, S. L. y Consorcio Andino, S. L. c. República Bolivariana de Venezuela* (2019). CIADI. No. ARB/13/11)-Procedimiento de anulación, resolución de procedimiento No. 2. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11387.pdf>
- Villiger, M. E. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston.
- Wright, Q. (1950). Some Thoughts About Recognition. *American Journal of International Law*, 44(3), 548-559.

Electronic Platform for Consultations of Public Authorities with Residents of Communities in the Context of Decentralisation

Plataforma electrónica para las consultas de las autoridades públicas a los residentes de las comunidades en el contexto de la descentralización

Olena BOIKO

 <https://orcid.org/0000-0003-3718-1039>

Department of Regional Policy at the Taras Shevchenko National University of
Kyiv, Ukraine
E-mail: olenaboiko32@outlook.com

Oleksandra VASYLIEVA

 <https://orcid.org/0000-0003-1812-4557>

Department of Regional Policy at the Taras Shevchenko National University of
Kyiv, Ukraine
E-mail: oleksandravasylieva@ukr.net

Nataliia VASYLIEVA

 <https://orcid.org/0000-0002-3128-7767>

Department of Regional Policy at the Taras Shevchenko National University of
Kyiv, Ukraine
E-mail: nataliivasylieva2@protonmail.com

Artem DUBKOV

 <https://orcid.org/0000-0002-6893-8471>

Department of Regional Policy at the Taras Shevchenko National University of
Kyiv, Ukraine
E-mail: artemdubkov12@outlook.com

Anastasiia CHUBINA

 <https://orcid.org/0000-0001-6812-231X>

Department of Regional Policy at the Taras Shevchenko National University of
Kyiv, Ukraine
E-mail: anastasiachubina@hotmail.com

RECIBIDO: 30 de mayo de 2023
APROBADO: 23 de agosto de 2023

ABSTRACT: Public consultations play a crucial role in fostering democracy by enabling citizens to engage in constant dialogue with public authorities without the need to leave their homes. This contributes to the continuous functioning and development of the system. This study aims to comprehensively investigate the operational paradigm of electronic platforms. The main methodologies employed in this study were a structural and functional approach that comprehensively considers the components of electronic platforms used for public consultations with civil society, and a research method used to analyse the global experience of implementing such platforms. The study provides evidence for the significance of the interaction between public authorities and society, development prospects for bilateral dialogue between the government and the people, and the implementation of the fundamental right of society to participate in the management of state affairs. This study also reveals the role of local authorities in building a completely democratic society within the context of decentralisation.

Keywords: Public administration, public authority, electronic platform, public consultations, community, decentralisation, democracy.

RESUMEN: Las consultas públicas desempeñan un papel crucial en el fomento de la democracia al permitir a los ciudadanos entablar un diálogo constante con las autoridades públicas sin necesidad de salir de casa. Ello contribuye al funcionamiento y desarrollo continuos del sistema. Este estudio pretende investigar exhaustivamente el paradigma operativo de las plataformas electrónicas. Las principales metodologías empleadas en este estudio fueron un enfoque estructural y funcional que considera de forma exhaustiva los componentes de las plataformas electrónicas utilizadas para las consultas públicas con la sociedad civil, y un método de investigación utilizado para analizar la experiencia global de la aplicación de dichas plataformas. El estudio aporta pruebas de la importancia de la interacción entre las autoridades públicas y la sociedad, las perspectivas de desarrollo del diálogo bilateral entre el gobierno y el pueblo, y la aplicación del derecho fundamental de la sociedad a participar en la gestión de los asuntos del Estado. Este estudio también revela el papel de las autoridades locales en la construcción de una sociedad democrática completa en el contexto de la descentralización.

Palabras clave: administración pública, autoridad pública, plataforma electrónica, consultas públicas, comunidad, descentralización, democracia.

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *Materials and Methods.* III. *Results.* IV. *Discussion.* V. *Conclusions.* VI. *References.*

I. INTRODUCTION

Back in the middle of the 19th century, the famous politician Abraham Lincoln defined the very essence of democracy: “Government of the people, by the people, for the people”. This statement formulates the main goal of democracy – the people should be able to freely decide their fate. Democracy, based on the leading ideas of equality and freedom, is primarily aimed

at transforming the political elite into popular rule and developing civil society. The underdevelopment of civil society institutions hinders the processes of democratisation of the country and pushes it to the anti-democratic path of Eurasianism (Zastava, 2018). The main task of civil society organisations is to provide an opportunity for everyone to participate in the management of the country. They serve as a crucial information reservoir for both citizens and authorities, exerting influence over governmental policies and actions while also ensuring government accountability (Ingram, 2020). The main components of civil society are the community, both collective and individual rights and interests of the local population.

An important stage in the development of any democratic country is the introduction of decentralisation of power, which helps to satisfy the interests of the public and involve society in a systematic dialogue with local authorities. Decentralisation is a way to transfer more control to local communities to solve the socio-economic problems of a particular area (Shahini et al., 2022). Important arguments in favour of decentralisation of power are that it better ensures the rights of the local population to vote in government and better protects minorities (Kalin, 1999). Thus, local self-government proclaims the right to “be heard” and the actual ability to manage and make decisions. Public influence can be manifested in various forms: the ability to elect government representatives, political initiatives of the population, the right to vote at local meetings, etc. It is the opportunity to be involved in making managerial decisions that establish democratic governance in the state and contributes to the social activity of the population (Voyvoda, 2022). Influencing the solution of local issues to meet their own needs, society fully implements the fundamental “right to power”.

Since the main goals of decentralisation are the effective provision of services based on the principle of subsidiarity and the involvement of citizens in managerial decision-making, a reasonable question arises: “How exactly will the population exercise the right to vote in decision-making?” (Böckenförde, 2011). Attracting citizens to participate in the implementation of local self-government should be based on the principles of equality and participation, which is why the most universal and effective solution is the introduction of electronic platforms, due to which every citizen, even without leaving home, will have the opportunity to join the process of making socially important decisions, which is especially valuable in the context of the COVID-19 pandemic (Kerimkhulle et al., 2023; Kopnova et al., 2022). Therewith, the in-

roduction of electronic platforms will contribute to the modernisation of society and the quality of public services. The importance of having digital platforms is also conditioned upon the fact that it is one of the most effective ways to study public opinion and form a social base (Bhatti et al., 2022).

The practice of implementing electronic platforms is not new and is widely used in many countries around the world. Such systems are different in design, but they all have the same function – establishing community feedback with the government. Notably, such platforms can include not only online consultations but also online voting, public discussions, debates, etc. In other words, such digital platforms are both a tool for dialogue between society and the authorities and a so-called tool for monitoring public opinion (Zamira et al., 2012). Therewith, issues related to public consultations remain understudied at the scientific level and not regulated by legal acts (Dubych, 2012). The main purpose of this study is to analyse the practice of implementing electronic platforms in different countries of the world, highlight the advantages and disadvantages of such platforms, their importance in the functioning of public authorities, and the problem of implementation.

The primary objective of this study is to explore and understand the significance of electronic platforms as predominant channels of communication between governmental institutions and the public. The study materials and the conclusions determined on their basis are of practical value for territorial communities, representative bodies of local self-government, and civil society organisations, which, within their competence, can establish a systematic transparent dialogue with the population and promote the socio-political activity of citizens.

II. MATERIALS AND METHODS

The methodological research is based on a combination of structural and functional approach methods, which allowed considering the implementation of electronic platforms and their elements, as well as comparison and research methods that were used to analyse the functioning of existing electronic platforms. This study aims to explore opportunities for utilising electronic platforms, their significance in fostering democracy and their potential for implementation within public authorities. Additionally, this study aims to emphasise the relevance of public involvement in public affairs man-

agement. The investigation was conducted based on a pre-established theoretical framework, which lays the groundwork for future research in this area.

The theoretical basis was the research of Ukrainian and foreign authors who studied the global practice of using electronic platforms and the problems of their implementation. For a better understanding, this study also included an analysis of the public consultation process and platforms in countries such as Albania (Electronic Register for Public Notices and Consultations), Thailand (Participation platform), Finland (Demokratia.fi) and the UK (Citizen Space). The choice of countries and platforms is deliberate. It enables a diverse analysis across governance contexts, offers global representation, explores platform impacts, identifies innovative practices, and facilitates cross-cultural learning. This selection enriches the study's comprehensiveness and applicability.

This study was carried out in three main stages. At the first stage of the study, its theoretical base was formed, including the regulatory one, which will serve as the foundation for further research on the declared subject. The problem, purpose, and methods are highlighted, and a sequence of actions in the process of solving the problem is formed. The analysis of the national development of e-government in the context of decentralisation and its current state is carried out. The study examines the regulatory and legal consolidation of the company's right to participate in the management of state affairs and their implementation. The first stage of the study established how exactly the introduction of digital platforms can affect the lives of community residents. The main tasks of electronic platforms and their role in the democratisation and development of civil society are defined.

The second stage of the study was characterised by an analysis of foreign practices of public participation in the decision-making process. The analysis included a detailed review of existing digital platforms in the Western world: the purpose of their work, the services they can offer, and the results of their implementation. The impact of the COVID-19 pandemic on the development of the use of electronic consultations was investigated. The analysis of public digital services, access to which is provided by electronic platforms, and their importance in the development of civil society was carried out. In the second stage of the study, the conclusions obtained as a result of experimental work were checked, clarified, and analysed.

Based on the analysis that was carried out, the final stage of the study formulated theoretical conclusions containing answers to the questions solved

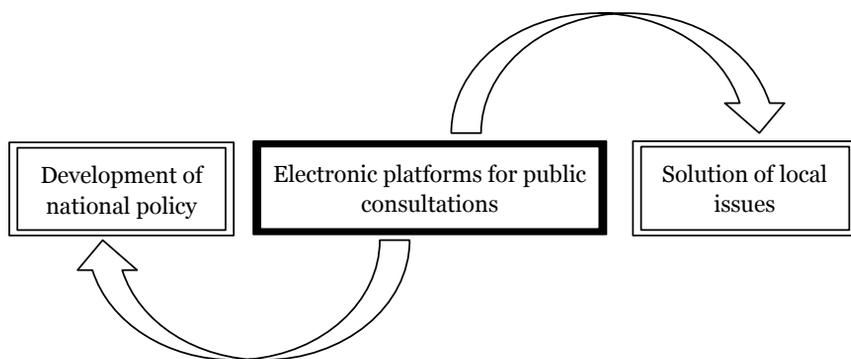
in the study, namely: “Why does the introduction of electronic platforms contribute to the development and activation of civil society and how important is it to have a systematic transparent dialogue with the authorities?” The main possibilities of functioning of digital platforms, prospects for their development and their importance in the development of civil society are identified. In general, the results of the study and the necessary factual conclusions can serve as a necessary basis for further analysis and research of the prospects for the functioning of electronic platforms for public consultations in the future.

III. RESULTS

A scientific and analytical study of the implementation and functioning of electronic platforms for public consultations has given the following results. Research on various aspects of the use of electronic platforms as key means of communication is primarily related to the insufficient organisation and standardisation of interaction between the population and public authorities. The mechanism of functioning of digital portals and their implementation requires a detailed study and regulatory consolidation to ensure the right of society to participate in the management of public affairs. In general, the existence of digital systems as leading platforms for public consultation has several fundamental meanings.

Figure 1 schematically shows two main (but not the only ones) tasks of digital platforms for public consultations: forming national policy and solving local issues. In other words, it becomes clear that public consultations can be divided into consultations on national policy issues and consultations on local self-government (Amanbek et al., 2020). To confirm or refute this provision, an analysis of the practice of implementing electronic platforms in different countries of the world was carried out.

Figure 1. Priority functions of electronic platforms for online consultations



In March 2020, the Verkhovna Rada of Ukraine adopted Draft Law No. 4254 “On public consultations” (2020) as a basis. The purpose of the draft law is to define the basic principles (standards) for conducting public consultations in the development and implementation of national policy, solving issues of local importance. According to the E-Government Survey (United Nations, 2020), Ukraine is classified as a country with a high online services index (OSI). The online services index measures the government’s ability and willingness to provide services and communicate with its citizens electronically. Thus, Ukraine aims to create effective e-governance with its digital platforms and systems, but it is only at the beginning of its journey (Meleshchenko, 2023).

An example of the introduction of an international digital platform for public consultation is Consul Project, a free and open-source platform that can be used by any person or organisation. The platform is already used by 35 countries, 135 institutions, and 90 million citizens all over the world (CONSUL open participation..., 2019). The platform offers a secure tool for conducting e-consultations, debates, discussing legislative acts, submitting proposals from the public, and voting for draft participatory budgets. The digital platform has a registration system that protects personal data and promotes privacy.

Therewith, along with international electronic platforms, there are national portals that are more popular. Thus, at the initiative of the Government

of the Republic of Albania, to ensure better and open communication with citizens and civil society, the National Agency for Information Society (NAIS), introduced an electronic register for public messages and consultations (Electronic Register for Public Notices and Consultations) and its integration into the government portal e-Albania. This system will serve as a place for consultations between citizens and public authorities in Albania and has 2,862,868 unique users as of June 2023 (E-Albania, 2023). The presence of the unique government portal e-Albania and the integration of the Electronic Register of Public Messages and Consultations into the infrastructure of the portal e-Albania using the same user database without the need for special registration will increase the influence and access of citizens to this system.

The platform itself has several sections: consultations with citizens and consultations with experts. The search engine allows searching for information on the subject of the initiative. Each consultation/discussion contains information about the date of publication/closure of the consultation, its status, the report of the meeting, etc. There are no consultations of local self-government bodies or legislative bodies on the portal (consultations on draft laws are carried out by the corresponding ministries, departments, or national agencies, the list of which is contained in the “institutions” section). There is a “reports” section but not for each consultation, for a year (or six months) from each subject of the initiative. Various forms of consultations are provided but only authorised participants have the right to vote (Fernández-Jesús et al., 2019).

With the support of the government, Thailand has developed a so-called “Digital Platform Services Law”, which is part of Thailand’s development strategy for the introduction of e-government (Thananithichot, 2020; Thailand: The impact..., 2023). This portal is a complex multifunctional entity that is overloaded with information, categories, subheadings, and links to other portals. It contains links to documents of local self-government bodies (but there are no consultations on them on this portal). Authorised persons (data representatives) of local public administration bodies of Thailand are responsible for the accuracy and correctness of the information included in the Register and are personally responsible in accordance with the current legislation for the completeness and accuracy of the information, including personal data protection during the placement of administrative acts in the Register. The registry has a convenient document search system: one can search by date of publication, status/type of document, its number, or the subject

of the initiative. Evaluating past experience with government e-platforms, about 5000 users per month are expected from the future implementation of this platform.

With the support of the Finnish Ministry of Justice, an electronic platform *Demokratia.fi* was created, which functions to implement participatory democracy (Beaulieu-Guay et al., 2023). The online citizens' initiative was opened in December 2012 and has so far activated more than 300 000 users per month. More than 500 000 people have signed one or more of the 246 initiatives made electronically. The theory of participatory democracy is based on the belief in the ability of citizens not only to participate in elections, referendums, and plebiscites but also directly in the political process – in the preparation, adoption, and implementation of authority's decisions. Yes, *Demokratia.fi* provides up-to-date information on how issues are prepared at the local, national, and European levels. The website offers a variety of democratic services aimed at continuous contact between public authorities and the local population. Through an online service at the local level, service users have the right to participate in and influence the activities of their municipality. The electronic platform also provides an opportunity to participate in the process of developing draft laws: propose to adopt a new law, amend an existing one, or repeal an existing law. This service is available to Finnish citizens who have the right to vote. Individuals can come up with a public initiative and support already open initiatives on the service. The consultation takes place only in the form of open messages under the corresponding topic (Tweedie & Luzia, 2023).

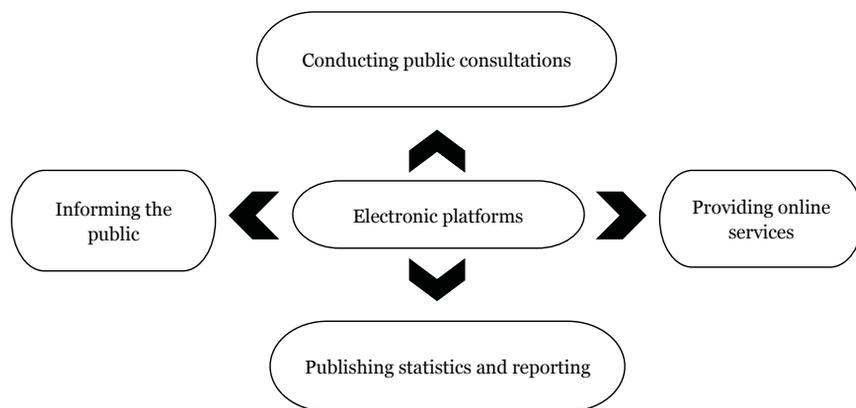
An example of a digital public consultation platform in the UK is *Citizen Space* with more than 1500 visitors per month (2023). The system is used for a wide range of public consultations, including consultations on draft laws, planning, permits, and regulatory processes. The software, in addition to publishing consultations, also publishes results and reports on consultation data. David Porteous, Senior Business Analyst, Edinburgh City Council, UK, said: “*Citizen Space* is doing everything necessary – it solves so many problems... I can't imagine how the organisation could provide advice or interact without it”.

The National Portal for public consultation in Ukraine aims to promote cooperation between citizens, businesses, and non-governmental organisations with government agencies in policy-making and legislative development (Pelivanova, 2019). Through the electronic platform, government agencies

have the opportunity to publish draft regulatory acts and strategic documents for public discussion. Each institution has decentralised access to the portal and publishes documents on which public consultations are planned. All interested parties have the opportunity to get preliminary information about the planned changes and express their opinion on improving the country's legislation and policies. In addition to public consultations, news, and strategic documents, the portal also has a discussion forum that provides an opportunity to organise debates on socially important topics (Pelivanova, 2019). Thus, based on the theoretical study of the introduction of electronic platforms for public consultations and analysis of the functioning of existing platforms in foreign countries, it can be understood that electronic portals are multifunctional and in addition to conducting online consulting, the systems can offer other categories of services.

Figure 2 schematically shows an inexhaustible list of tasks that can be performed by electronic platforms, namely: informing the population about the work of the body, posting up-to-date news; publishing statistics on the local/state budget, reports on the use of budget funds; providing online services, such as getting a digital certificate of COVID-19 vaccination; conducting public consultations of public authorities, which includes online surveys, questionnaires, conducting video and audio conferences, forums and public hearings, etc. (Wang et al., 2023).

Figure 2. Tasks of electronic platforms for online consultations with public authorities



The introduction of such a tool as electronic platforms is aimed at promoting greater involvement of citizens in making managerial decisions. The electronic platform can provide opportunities for conducting online consultations, online discussions of relevant issues in the format of a professional discussion, holding forums or public hearings, and much more. Such electronic systems will help to bring ordinary people and government officials closer together, as they will help to analyse and monitor the needs of the public. This subject requires much more consideration, which is why this study will serve as a relevant foundation for further research.

Public consultations are instrumental in fostering the continuous functioning and development of democratic societies and their systems. They contribute by promoting informed decision-making through diverse perspectives, enhancing transparency and accountability in governance, encouraging active citizen engagement, and legitimizing policies through broad consensus. These consultations also reduce polarization, foster inclusivity of marginalized voices, educate citizens on complex matters, drive adaptive governance in response to evolving needs, and safeguard against authoritarian tendencies. Ultimately, these contributions fortify democratic values, bolster governance effectiveness, and ensure the enduring progress and resilience of democratic societies.

It's important to note that maintaining an ongoing dialogue between citizens and public authorities is of paramount importance. This virtual dialogue ensures that citizens can participate in governance processes without physical constraints. It promotes informed citizenry, empowers marginalized groups, allows for timely responses from authorities, accommodates diverse schedules, fosters equitable representation, and facilitates efficient engagement. Moreover, it proves especially valuable during emergencies like pandemics, enabling uninterrupted governance. This constant virtual dialogue ultimately bridges the gap between citizens and authorities, fostering a more engaged, inclusive, and responsive democratic society.

IV. DISCUSSION

Electronic platforms for public consultations are an atypical way of feedback between public authorities and the population since the trend of involving citizens in the management of public affairs through the use of information

and Communication Technologies is quite new, and therefore insufficiently considered. However, the Institute of public consultations has long been the subject of research by many scientists who analyse public consultations from the standpoint of leading tools for regulating the participation of civil society in public administration. In a context where any project is likely to have direct or indirect social consequences, it makes sense to maintain public interest and awareness (Sidore, 2021).

The concept of involving citizens in the implementation of national/local policies is becoming increasingly popular as a model of public administration reform. Thus, the constant search for establishing a systematic link between public authorities and civil society is a steady consequence of various transformational processes (Tatsiy & Serohina, 2018). Faced with completely new challenges in a globalised world, governments at all levels are increasingly realising that they cannot effectively implement policies —no matter how clever they may be— if citizens do not understand and support them. Consequently, they are looking for the latest or improved models and approaches to better inform and involve their citizens in the policy-making process (Plostajner & Mendes, 2004). The authors of this study agree with the main thesis of the paper that in the era of digitalisation, such changes are aimed at modernising public administration and consolidating the course towards democratisation.

The interaction of the authorities with the people can be expressed in various forms, such as online consultations or face-to-face meetings. However, in any case, such cooperation should be based on the principle of equality, which includes the possibility for everyone regardless of age, gender, nationality, or financial situation to be involved in this dialogue (Ender, 2021). Consultations with the public allow for strengthening the level of trust of citizens in government institutions, establishing an effective dialogue between the authorities and the public, increasing the degree of transparency, predictability, validity, and quality of decisions taken by state and local authorities, expanding citizens' access to information about the activities of these bodies, ensuring more effective use of public finances, eliminating numerous corruption risks in the adoption of regulatory legal acts (Chalceva & Shvets, 2021). Consultations can be held in different ways and have different implementation mechanisms. For example, monitoring of public opinion can be carried out using public online surveys or, questionnaires. Discussion of regulatory legal acts can be carried out in video or audio conference mode. However,

evidently, this requires an open and free online platform that will be available to everyone. The rapid influx of digital technologies has created huge opportunities for new forms of communication in the government-civilian format (Freeman & Quirke, 2013).

Therewith, there is no consensus on what function public consultations perform since, as practice shows, consultations are a multifunctional phenomenon that is constantly being transformed by the needs of the public. Consulting is not a one-time event but a dynamic process that can consist of several complementary consulting actions that may differ in goals, deadlines, target groups, or tools (European Union, 2014). The authors agree with the statements and, based on the information provided, conclude that the public consultations on national policy issues posted on electronic platforms may relate to:

- issues of socio-political and economic development of the country, including discussion of reforms and draft regulatory acts;
- familiarisation of the population with the chosen political course of the state and its assessment by citizens in the form of public discussions;
- analysis of public opinion regarding the adopted law/other regulatory legal act or ratified international document;
amendments to existing laws or their complete repeal, etc.

People will participate only in what interests them, otherwise, they will not do anything (Hernandez, 2021). Local self-government bodies and territorial communities are the closest authorities to the people, so it is the issues referred to their competence that attract the greatest attention from the local population, especially in the conditions of decentralisation, when local councils receive a much larger number of powers and budget and the problem of interaction between the local population and the authorities is particularly acute.

Theorists argue that decentralisation can improve governance through a variety of channels, some of the most powerful of which is better information about local needs, greater accountability to citizens —as mentioned above— and competition between municipalities for a reputation that provides better results. In other words, by getting more rights from central authorities, local councils can (and should) contribute to the activation of the local population by establishing a constant and constructive dialogue between

the population and government representatives (Faguet & Poeschl, 2015). Because for the process of democratic development, the feedback between the authorities and the person is very important—the awareness of citizens about the actions of the authorities and the awareness of the authorities about the real needs of a particular citizen. It is easiest to implement it at the basic level of government—local, where citizens and government representatives live side by side (Lelechenko et al., 2017; Zastava, 2018).

There are several reasons for the mandatory continuous communication between a public authority and the public. Firstly, the cooperation of local governments with the population affects the quality of life in the community. Each city or even street needs a special settlement, and only the local population can fully pay attention to solving socially important problems of a particular area for its further development (Zhansagimova et al., 2022). Secondly, cooperation between the authorities and the population ensures the involvement of society in the implementation of the national and local policy, contributes to a more effective and productive performance of the duties of public bodies, and also allows society to fully exercise its political right to participate in the management of public affairs. The concept of “open government” covers a wide range of practices that can lead to new ways of governance from the standpoint of both the government and citizens (Governance Committee, 2018).

Finding new means of communication with community residents is an urgent challenge, and therefore the services that local authorities can offer must be affordable and effective. The introduction of electronic platforms for online consultations of public authorities with residents of communities in the context of decentralisation is quite relevant for several reasons, according to scientists (Yukhno, 2022):

- 1) Convenience of providing services. The functioning of electronic platforms is primarily based on the principles of equality and accessibility. Online services are fast and convenient because even without leaving home, one can use electronic services and get the necessary advice. Today, 5 billion people use the Internet worldwide, which is equivalent to 63 per cent of the world’s total population (Digital Around the world, 2023). Therewith, the existence of online services does not deprive citizens of the right to receive advice offline.

- 2) Public participation. Ignorance of citizens about their civil rights and possible influence on politics usually leads to the deprivation of government support from ordinary people and, as a result, the emergence of negative socio-political sentiments among the population. This consistent experience of lack of access, position, and influence makes citizens feel deprived of their rights and disrespected and can lead them to actively avoid participating in further public participation processes (Fernandes-Jesus et al., 2019).
- 3) Transparency and openness. History contains many examples when citizens who were dissatisfied with the government's policy, having lost confidence in the authorities, deprived them of their power. The openness of the government is often attributed to its accountability, which, according to proponents, leads to a reduction in government corruption, bribery, and other misconduct (Schauer, 2011; Chochia et al., 2018). Effective public consultations help to increase confidence in the authorities through constant dialogue and accountability for decisions taken and provide an opportunity for public organisations or trade unions to initiate public discussions. Therewith, in addition to conducting public consultations, electronic platforms improve citizens' awareness of government decisions regarding the use of public funds.

Discussing the advantages of the existence of electronic platforms for public consultations, it is worth noting that there are many difficulties associated with their implementation. Firstly, the use of information technologies requires an absolute modernisation of the management and administration system (Barlybayev et al., 2017). Developed e-government, with a high-quality system of training administrative personnel, really contributes to the search for the simplest and most accessible channels of communication with the local population, but this requires a complete reform of the outdated model, which includes additional funding, regulatory consolidation, cooperation not only with residents of communities but also with business representatives, modernisation of the civil service, etc. (M Abudaqa et al., 2019) Such modernisation should be considered as a component in the structure of a comprehensive public administration reform and is possible only if it is combined with a package of other important institutional and legal transformations – administrative and territorial, constitutional, budgetary, tax, and land reforms (Tiutiunnyk, 2015). In addition, consultations are created to discuss

already adopted legal acts or monitor public opinion about future projects. The influence of such civil society organisations as public organisations, trade unions, employers' organisations, creative unions, etc., whose activities are not directly related to the exercise of power, is directed at monitoring the actions of state institutions at the national and local levels (Paliy, 2012). That is, until there is a clear regulatory consolidation of the main standards for conducting public consultations, considering or ignoring public sentiment remains only a matter of discretion for government representatives.

Notably, today the question of the effectiveness of electronic platforms for online consultations is increasingly being raised. The results of the analysis of the work of electronic platforms showed that the activity of citizens is really small. There is no doubt that both the development industry and local communities tend to return to face-to-face meetings but this does not mean that the online engagement process has not been successful and should not be used in the future (Giles, 2022). Every year, citizens' activity and awareness are growing, and there is continuous informatisation of society, information and communication technologies have long been part of any civilised society, and therefore the inclusion of electronic platforms in the activities of public authorities is seen as a significant component in the policy implementation process.

Although there is currently no extensive regulatory framework and insufficient practical experience in the use of electronic consultation platforms, it is clear that administrative management needs to be modernised and closely cooperated with civil society to strengthen citizens' confidence in their government and increase its productivity and efficiency (Alhaj, 2016).

V. CONCLUSIONS

This study examines the influence of electronic platforms in promoting transparent and continuous communication between public authorities and civil society using public consultations. Such digital portals are of significant value to local communities who engage with local self-government bodies, as they help in addressing social issues that are specific to the area. The adoption of online services strengthens governmental transparency and enhances its public image.

Implementing electronic platforms requires reimagining public administration and incorporating specialized monitoring groups, social research, and a comprehensive regulatory framework to define standards for digital portal usage. A global examination shows that these platforms have differences in design, content, and functions, and integration is necessary for efficient, secure, and transparent information exchange.

Enhancing interaction between public authorities and civil society is still a pertinent issue. Systematic dialogue fosters trust between public authorities and civil society stakeholders by cultivating public understanding. According to the study, creating electronic platforms for online consultations helps foster socio-economic development, upholds citizens' rights, and safeguards personal interests.

This paper contributes by clarifying how electronic platforms foster transparent communication between public authorities and civil society. It emphasizes community-focused problem-solving, enhances governmental transparency, and empowers civil society through integrated opinions.

VI. REFERENCES

- Abudaqa, A. M. M., Hassim, A. A., & Saidun, Z. (2019). Relationship between service usefulness and information awareness toward citizen satisfaction of E-Government services in Kuala Lumpur. *International Journal of Innovation, Creativity and Change*, 5(2), 118-127.
- Alhaj, S. (2016). Public Consultations for Public Policy Making: What? Why? Who? and, How? <https://www.linkedin.com/pulse/public-consultations-policy-making-what-why-who-andhow-alhaj/>.
- Amanbek, Y., Balgayev, I., Batyrkhanov, K., & Tan, M. (2020). Adoption of e-government in the Republic of Kazakhstan. *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity*, 6(3), 46.
- Barlybayev, A., Sabyrov, T., Sharipbay, A., & Omarbekova, A. (2017). Data base processing programs with using extended base semantic hypergraph. *Advances in Intelligent Systems and Computing*, 569, 28-37. https://doi.org/10.1007/978-3-319-56535-4_3
- Beaulieu-Guay, L.-R., Costa, M. A., & Montpetit, É. (2023). Policy change and information search: A test of the politics of information using regulatory data. *Policy Sciences*, 56(2), 377-418.

- Bhatti, S. H., Ahmed, A., Ferraris, A., Wan Hussain, W. M. H., & Fosso Wamba, S. (2022). Big data analytics capabilities and MSME innovation and performance: A double mediation model of digital platform and network capabilities. *Annals of Operations Research*. <https://doi.org/10.1007/s10479-022-05002-w>
- Böckenförde, M. (2011). *A practical guide to constitution building: decentralized forms of government*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- Chalceva, O., & Shvets, K. (2021). Experience of implementation of public e-consultations in European countries. *Political life*, 3, 1-7.
- Chochia, A., Troitiño, D. R., Kerikmäe, T., & Shumilo, O. (2018). Enlargement to the UK, the referendum of 1975 and position of Margaret Thatcher. *Brexit: History, Reasoning and Perspectives*, 115-139.
- Citizen Space as public consultation software (2023). *Delib*. https://www.delib.net/citizen_space/resources/citizen-space-public-consultation-software.
- CONSUL open participation. Open software for citizen participation (2019). https://consulproject.nl/assets/documents/consul_dossier_nl.pdf.
- Digital around the world (2023). *Datareportal*. <https://datareportal.com/global-digital-overview#>.
- Dubych, K. (2012). Managerialism in the provision of public services to the population in the social sphere: the experience of the UK. *Public Administration: Theory and Practice*, 2. http://irbis-nbu.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbu/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Patp_2012_2_21.pdf.
- E-Albania (2023). *Statistics*. <https://e-albania.al/Pages/Statistics/statistika.pdf>.
- Ender, L. A. (2021). *Data governance in digital platforms: A case analysis in the building sector*. Umeå University.
- European Union (2014). Stakeholder consultation guidelines 2014. Public consultation document. 2014. https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/docs/scgl_pc_questionnaire_en.pdf
- Faguet, J-P., & Poeschl, C. (2015). *Is decentralization good for development? Perspectives from academics and policy makers*. Oxford University Press.
- Fernández-Jesús, M., Castro Seixas, E., & Carvalho, A. (2019). Beyond the hindrances: Experiences of public consultations and the possibility of ethics and relevance in participation. *Rescuing Participation*, 36, 57-80.

- Freeman, J., & Quirke, S. (2013). Understanding e-democracy. Government-led initiatives for democratic reform. *Journal of Democracy and Open Government*, 5(2), 141-154.
- Giles, M. (2022). "Facing up" to future public consultation procedures. *Ryden*. <https://www.ryden.co.uk/news-insights/facing-up-to-future-public-consultation-procedures>.
- Governance Committee (2018). Transparency and open government. <https://rm.coe.int/transparency-and-open-government-governance-committee-rapporteur-andre/16808d341c>.
- Hernandez, C. A. (2021). The role of citizens in smart cities and urban infrastructures. In J. R. Vacca (ed.), *Solving urban infrastructure problems using smart city technologies* (pp. 213-234). Elsevier.
- Ingram, G. (2020). *Civil society: An essential ingredient of development*. <https://www.brookings.edu/articles/civil-society-an-essential-ingredient-of-development/>.
- Kalin, W. (1999). Decentralization - Why and How? http://www.ciesin.org/decentralization/English/General/SDC_why_how.pdf.
- Kerimkhulle, S., Koishybayeva, M., Alimova, Z., Baizakov, N., & Azieva, G. (2023). Created and Realization of a Demographic Population Model for a Small City. *Proceedings on Engineering Sciences*, 5(3). <https://doi.org/10.24874/PES05.03.003>.
- Kopnova, O., Shaporeva, A., Iklassova, K., Kushumbayev, A., Tadzhihitov, A., & Aitymova, A. (2022). Building an information analysis system within a corporate information system for combining and structuring organization data (on the example of a university). *Eastern-European Journal of Enterprise Technologies*, 6(2-120), 20-29. <https://doi.org/10.15587/1729-4061.2022.267893>.
- Lelechenko, A. P., Vasylieva, O. I., Kujbida, V. S., & Tkachuk, A. F. (2017). *Local government in terms of decentralization of powers*. National Academy of Public Administration under the President of Ukraine.
- Meleshchenko, T. (2023). The political path of independent Ukraine from the national-state revival to its place in the modern historical process. *Foreign Affairs*, 33(2), 31-41. [https://doi.org/10.46493/2663-2675.33\(2\).2023.31-41](https://doi.org/10.46493/2663-2675.33(2).2023.31-41).
- Paliy, G. O. (2012). Regarding the intensification of interaction between civil society organizations and public authorities. *National Institute for Strategic Studies*. <https://niss.gov.ua/doslidzhennya/gromadyanske-suspilstvo/schodo-aktivizacii-vzamedii-organizacij-gromadyanskogo>.

- Pelivanova, N. (2019). The legal regulation of public consultations: International experience and tasks for Ukraine. *Strategic Priorities*, 49(1), 73-79.
- Plostajner, Z., & Mendes, I. (2004). Citizens participation. In *Handbook with best practice examples from south-east Europe* (pp. 97-113). Friedrich Ebert Stiftung, Zagreb Office Publ.
- Schauer, F. (2011). Transparency in three dimensions. *University of Illinois Law Review*, 1339-1358.
- Shahini, E., Skuraj, E., Sallaku, F., & Shahini, S. (2022). Recreational Opportunities through Agritourism Increases Relationships within Urban and Rural Communities in Western Balkan Societies. *Review of Economics and Finance*, 20(1), 283-287.
- Sidore, A. (2021). Public consultations: Nurturing positive perception and preserving social value in projects and investments. *IDB*. <https://blogs.iadb.org/sostenibilidad/en/public-consultations-nurturing-positive-perception-and-preserving-social-value/>.
- Tatsiy, V., & Serohina, S. (2018). Bicameralism: European Tendencies and Perspectives for Ukraine. *Baltic Journal of European Studies*, 8(1), 101-122.
- Thailand: The Impact of Digital Platform Services Law. (2023). *Norton Rose Fulbright*. <https://www.norton-rosefulbright.com/en/knowledge/publications/66b1e9fc/thailand-the-impact-of-digital-platform-services-law>.
- Thananithichot, S. (2020). Public consultation: International experience and implementation in Thailand. *SSRN*. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3621291>.
- The Draft Law No. 4254 “On public consultations”. (2020). http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70235.
- Tiutiunnyk, I. (2015). Modernization of public administration at the regional level as an object of scientific analysis. *Investment: Practice and Experience*, 19, 106-111.
- Tweedie, D., & Luzia, K. (2023). In place, with power: (Re)conceptualising accountability in national non-government organisations. *Critical Perspectives on Accounting*, 92, 102536.
- United Nations (2020). UN E-Government Survey 2020. <https://desapublications.un.org/file/781/download>.
- Voyvoda, E. (2022). Contextual analysis of European integration sentiments in post-communist countries: Trends, changing rhetoric, and sequence of practical steps (1991-2021). *European Chronicle*, 7(1), 23-29.

- Wang, Zh., Yuan, Ch., & Li, X. (2023). Evolutionary analysis of the regulation of data abuse in digital platforms. *Systems*, 11, 188. <https://doi.org/10.3390/systems11040188>.
- Yukhno, A. (2022). Digital transformation: Exploring big data governance in public administration. *Public Organization Review*, 13, 1-15. <https://doi.org/10.1007%2Fs11115-022-00694-x>.
- Zamira Sinaj, M., Dumi, A., & Eliza Bodo, M. (2012). Accessible package of services in health insurance reform in Albania. *Mediterranean Journal of Social Sciences*, 3(2), 147-152. <https://doi.org/10.5901/mjss.2012.v3n2.147>.
- Zastava, I. V. (2018). Democratization of society: essence and features of realization in conditions of globalization. *European Political and Law Discourse*, 5(4), 131-135.
- Zhansagimova, A. E., Nurekenova, E. S., Bulakbay, Z. M., Belousova, E. V., & Kerimkhulle, S. Y. (2022). Development of Rural Tourism Based on Green Technologies in Kazakhstan. In E. G. Popkova y B. S. Sergi (eds), *Sustainable Agriculture. Environmental Footprints and Eco-design of Products and Processes* (pp. 17-26). Springer. https://doi.org/10.1007/978-981-19-1125-5_3.

La cultura como derecho humano y sus implicaciones

Culture as a Human Right and its Implications

Enoc Alejandro GARCÍA RIVERA

 <https://orcid.org/0000-0002-4318-8571>

CONAHCYT-UAT, México
Correo: enocalejandrogarcia@gmail.com

Alejandro ESPINOZA TENORIO

 <https://orcid.org/0000-0002-0211-2976>

El Colegio de la Frontera Sur, México
Correo: aespinoza@ecosur.mx

RECIBIDO: 30 de agosto de 2023

ACEPTADO: 3 de noviembre de 2023

RESUMEN: La cultura como parte integrante de la humanidad produce elementos y dinámicas que actúan en correspondencia con acciones que inducen y moldean destrezas individuales y colectivas que permiten producir, acumular y transmitir experiencias y conocimientos generacionales vinculados a los distintos entornos y estructuras sociales en los que sus miembros se desenvuelven. Aprendizajes y habilidades que propician a su vez las capacidades necesarias para descifrar y adaptarse a cualquier hábitat de la faz de la tierra; para organizarse comunitariamente sin importar la escala o tamaño del grupo humano, y, sobre todo, para comprender y adoptar el rol que tiene cada uno en el mundo con respecto a sí mismos. Cualidades que le proporcionan un valor de inmensurable para la humanidad y por las que se estimó necesario revestirla bajo el carácter de derecho fundamental para preservarla y protegerla. A partir de lo anterior, el presente trabajo académico pretende aproximarse al análisis de las implicaciones constitucionales que se establecen con motivo del ascenso de la cultura como derecho humano a fin de abonar a su noción y discusión jurídica.

Palabras clave: cultura, derechos humanos, obligaciones, Estado.

ABSTRACT: Culture as an integral part of humanity produces elements and dynamics that act in correspondence with actions that induce and shape individual and collective skills that allow the production, accumulation and transmission of experiences and generational knowledge linked to the different environments and social structures in which they its members develop. Learning and skills that in turn promote the necessary capacities to decipher and adapt to any

habitat on the face of the earth; to organize community regardless of the scale or size of the human group; and, above all, to understand and adopt the role that each one has in the world with respect to themselves. Qualities that provide immeasurable value for humanity and for which it was deemed necessary to cover it under the character of a fundamental right to preserve it and protect her. Based on the above, the present academic work intends to approach the analysis of the constitutional implications that are established due to the rise of culture as a human right in order to contribute to its notion and legal discussion.

Keywords: culture, human rights, obligations, State.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La cultura.* III. *El reconocimiento de la cultura en el ámbito convencional.* IV. *Deberes e implicaciones nacionales de los derechos humanos culturales.* V. *Reflexiones finales.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La cultura es uno de los instrumentos más importantes que ha forjado la especie humana a consecuencia de su evolución y convivencia como especie en el planeta. Su aportación radicada en propiciar el asentamiento, permanencia y desarrollo de los grupos sociales en los distintos espacios geográficos de la tierra es, y sigue siendo, uno de los mayores avíos que ofrece en su provecho. En gran medida, porque en función de su dinámica se configuran y entretrejen elementos que construyen los rasgos colectivos e individuales con los que no sólo se distingue socialmente una comunidad de otra, sino también mediante los que sus miembros logran alcanzar las condiciones individuales propicias y suficientes para afrontar, en conjunto, las circunstancias cambiantes que les arroja el entorno natural y el contexto social en el que cotidianamente gravitan.

Desde luego, la cultura como parte integrante de la humanidad produce elementos y dinámicas que actúan en correspondencia con acciones que inducen y moldean destrezas individuales y colectivas que permiten producir, acumular y transmitir experiencias y conocimientos generacionales vinculados a los distintos entornos y estructuras sociales en los que sus miembros se desenvuelven. Aprendizajes y habilidades que propician a su vez las capacidades necesarias para descifrar y adaptarse a cualquier hábitat de la faz de la tierra; para organizarse comunitariamente sin importar la escala o tamaño del grupo humano, y, sobre todo, para comprender y adoptar el rol que tiene cada uno en el mundo con respecto a sí mismos, los demás miembros de su

comunidad y el resto de los conjuntos sociales con los que interactúan de forma directa o indirecta.

Cualidades de la cultura que han alentado un ineludible interés de estudio desde diferentes campos del conocimiento destacándose entre estos la antropología, la sociología y el derecho, por mencionar algunas; interés que ha arrojado una diversidad de conceptos en los que se exponen las características y atributos con los que la cultura contribuye al logro de los propósitos que se han fijado un sinnúmero de colectividades humanas a lo largo de su evolución social como especie. Rasgos y cualidades que han aquilatado en las últimas décadas un valor de inmensurable significancia universal, al punto de considerar necesario revestirla bajo el carácter de derecho fundamental para preservarla y afianzarla en cada uno de los cosmos de las comunidades que se encuentran esparcidas a lo largo del planeta. A partir de lo anterior, el presente trabajo académico pretende aproximarse al análisis de las implicaciones constitucionales que se establecen con motivo del ascenso de la cultura como derecho humano a fin de abonar a su noción y discusión jurídica.

II. LA CULTURA

Las primeras nociones modernas que se encuentran sobre la cultura son aquellas que germinaron de modo particular en el campo de la antropología. Ciencia social que se sitúa como la mayor precursora contemporánea en su estudio. Thompson (2002) destaca la trascendencia de este campo del conocimiento en la concepción de la cultura, al precisar que, aun cuando su primera definición se haya gestado en el seno de la filosofía y la historia, no es hasta la intervención de la ciencia antropológica cuando su comprensión acoge un giro importante con respecto a su estudio, desarrollo, conocimiento y definición, esto es, se produce un conocimiento más profundo sobre ella y su papel en la vida del ser humano.

Conforme al autor, la cultura a la vista del enfoque antropológico sería objeto de un estudio de mayor extensión debido a que en su examen se empezaría a incluir a las fibras más profundas de las sociedades. Con la antropología, la cultura ya no sólo sería contemplada para su estudio desde las cualidades y valores provenientes de las manifestaciones artísticas y obras superiores, sino desde las costumbres, prácticas y creencias que se cultivaban en la cotidianidad e interacción de los miembros de un grupo social. Enfoque

por el que a la postre se posicionaría a la antropología como la ciencia social más notable e influyente en cuanto a su análisis y comprensión (Thompson, 2002, pp. 189-190).

Es tan amplio el cúmulo de estudios de índole teórico que se han formulado sobre la cultura desde la perspectiva de la ciencia antropológica, que estudiosos como Keesing (2010) se harían a la tarea de sistematizarlos en tres grandes enfoques para su análisis y estudio conceptual: evolutivo, ideacional, y sociocultural; ópticas que se agruparían a la vez en énfasis de diversos matices. Sin lugar a duda, estos enfoques y sus modelos han contribuido al enriquecimiento de las causas dogmáticas propuestas por esta disciplina social, sin embargo, y para efecto del tema que se trata, su referencia se plantea con el único propósito de presentar las definiciones antropológicas que exhiben las cualidades de la cultura que tienen mayor trascendencia en la subsistencia del ser humano (p. 16). Rasgos que posteriormente se identificarían como bienes de la humanidad de necesaria salvaguarda universal.

Harris (1968), en el contexto de la perspectiva evolutiva, define a la cultura como un sistema de patrones y normas asociadas a grupos particulares de personas que les hace posible implementar procesos de adaptación en sus entornos, el cual se constituye de costumbres, formas de vida, tecnologías y modos de organización política, social y económica, pautas de asentamiento, creencias y prácticas religiosas. Conforme a él, la cultura es un sistema de pautas de conducta socialmente transmitidas que actúa en función de facilitar el acoplamiento generacional de los miembros de las comunidades humanas con los entornos ecológicos donde se desenvuelven y subsisten. La cultura sería entonces un sistema de conductas característico a cada población, a través del que se dispersan e intercambian los elementos somáticos que requieren para adaptarse y sobrevivir ante la naturaleza (p. 16).

La óptica ideacional, por su parte, traza a la cultura como un sistema de ideas mediante el que los individuos de una comunidad intentan operar de forma aceptable su vida en sociedad. Goodenough (1957), uno de los exponentes de esta perspectiva, señala que la cultura no es tanto como un fenómeno material debido a que no está fundamentada en cosas, gente, conducta o emociones, sino más bien un fenómeno ideal fundamentado en la organización que recae sobre todos esos elementos. Para él la cultura es en esencia “la forma de las cosas que la gente tiene en su mente, sus modelos de percibir las, de relacionarlas o de interpretarlas” (p. 167). Por consiguiente, ésta se constituye por normas para decidir qué es, qué puede ser, qué es lo que

cada uno piensa acerca de, qué hacer con y de qué manera se pondrá hacerlo (Goodenough, 1961, p. 34).

Levi-Strauss (1985), en esa misma línea teórica, concibe a la cultura como una estructura constituida de símbolos que han sido creados por el ser humano a través de procesos que ocurren en su mente, y en el que su propósito es organizar cognitivamente a cada individuo dentro de la comunidad en función de crear orden y orientación en sus relaciones. Para Levi-Strauss, la cultura es un sistema de signos que se va estructurando como resultado de los hechos sociales y los elementos culturales que se procesan en la mente de los individuos de un conjunto social, cuyo cometido estriba en fijar un orden a partir de pautas que están orientadas a construir modelos sociales que permitan organizar los espacios vitales en los que estos cohabitan.

Esas estructuras de índole mental concebidas por el autor son las que están inmersas y dan sustento a los procesos culturales que propician el orden que actúa en función de preservar el sistema social en todos y cada uno de sus aspectos; estructuras que operan a su vez bajo tres principios universales: el requerimiento de normas; la correspondencia que sobrelleva la resistencia entre los miembros de la sociedad, y la sinergia mediante la que se transfieren valores de un individuo a otro. De esta manera, precisa, este conjunto de elementos, estructuras y principios son los responsables de propiciar los procesos culturales mediante los cuales se genera el orden con el que el ser humano es capaz de convivir socialmente (pp. 36 y 56).

Por último, y desde la perspectiva sociocultural de la antropología, McGoodwin (2002), refiere a la cultura como un sistema complejo e indisoluble conformado por elementos personales, económicos, políticos y religiosos que emana de los conocimientos e ideas prácticas que han acumulado los individuos a lo largo de su convivencia social en un entorno concreto, es decir, de la experiencia a la vida de la región que ha desarrollado un grupo social durante un periodo de tiempo determinado y las adecuaciones que formulan cotidianamente por causa de las circunstancias contemporáneas que se les van presentando en su día a día. Bagaje que asimilan los miembros más jóvenes de la comunidad para transmitirlos posteriormente a las nuevas generaciones.

Conforme a McGoodwin, este cúmulo intelectual es englobado y proyectado a través de símbolos como el lenguaje; las pautas de comportamiento; la visión del mundo; los valores e historia; los modos consuetudinarios de organización social, económica y política; los mitos y creencias, así como las téc-

nicas para obtener, elaborar y utilizar artículos materiales característicos a sus actividades de subsistencia más predominantes. Bagaje cuyo propósito fundamental estriba en “satisfacer distintas necesidades humanas, incluida la de encontrar respuestas a preguntas que el ser humano es capaz de formular, desde las más prácticas y concretas hasta las más filosóficas y cósmicas” (pp. 9 y 10).

Un segundo grupo de conceptos cincelados en la contemporaneidad, que de igual forma contribuye a la noción de la cultura y, por consiguiente, al discernimiento de otras cualidades de invaluable valor para la pervivencia del ser humano, es el que se aprecia en el seno de la sociología. Este campo de estudio, a diferencia de la antropología, proyecta su análisis desde la óptica de la sociedad ya que la examina a partir del papel que tienen los elementos sociales en su procesos, vínculos y sinergias que surgen por virtud de su encuentro. Este enfoque científico aplicado por la sociología se encauza hacia el estudio de las manifestaciones materiales que la cultura manifiesta en la vida individual y colectiva del ser humano, así como el modo en el que sus símbolos se insertan y actúan en sus contextos y procesos socialmente estructurados. Entendiéndose a estas estructuras como rasgos internos de esos contextos y procesos sociales y no como métodos o doctrinas vinculados a la ciencia antropológica (Thompson, 2002, p. 216).

Williams (1994) pone de relieve esta contribución de la perspectiva sociológica a la conformación teórica de la cultura, al destacar que esta la examina desde las instituciones, prácticas, relaciones y procesos sociales que la producen y asimilan. De acuerdo con Williams, la sociología se centra en el estudio de las tensiones, conflictos, resoluciones, irresoluciones, innovaciones y cambios reales que surgen al interior de la sociedad como producto de los estados y dinámicas que se presentan con motivo de la convergencia entre la cultura y la sociedad (pp. 27-28). Como es posible apreciar, esta rama científica, al igual que la antropología, construye definiciones en torno de la cultura en las que también se exhiben cualidades de alta relevancia para la existencia y desarrollo del ser humano.

Bauman (2002), por ejemplo, identifica a la cultura como un modo de praxis humana en el que el conocimiento y el interés se integran en uno solo para hacer posible la vida social de la especie humana (p. 336). Conforme a Bauman, la cultura actúa en función de albergar las respuestas humanas a las contingencias cotidianas de la vida en comunidad, lo que le permite desarrollar su vida en sociedad. Respuestas que provienen de los estímulos o reacciones que germinan en el plano de la experiencia que adquiere tanto en el

ámbito subjetivo como objetivo de su existencia. De ahí que determine que la cultura está inmersa entre los dos polos de la experiencia básica del hombre, motivo por el que la noción de la cultura siempre debe estar asociada al de la praxis humana (Bauman, 2002, p. 259).

En esencia, la teoría de Bauman sostiene que cada sistema cultural ordena el mundo en el que viven los miembros de la comunidad en cuestión, mediante una función que opera en dirección de moldear los universos colectivo e individuales inherentes a cada uno de ellos; a nivel del universo colectivo, el sistema cultural informa el esquema de acciones bajo el cual cada ser concreto de la comunidad debe conducirse hacia el interior de la estructura social que se ha tejido a partir de la red humana de interdependencias; mientras que, a nivel del universo individual, el sistema cultural indica qué posición debe asumir cada uno de ellos en dicha estructura. Es así, mediante esta función de la cultura, que modela el mundo de los integrantes de una comunidad como ésta, favorece la aspiración del ser humano por ordenar, organizar y hacer predeciblemente manejable el espacio vital donde habita y convive (Bauman, 2002, pp. 222 y 228).

Thompson (2002) incorpora la perspectiva sociológica a las ideas antropológicas vertidas sobre la cultura. En el caso concreto, él suma al enfoque antropológico que concibe a la cultura como un sistema de símbolos el contexto social que emplea la sociología como elemento base de sus estudios, pues considera que es el plano donde al final se insertan y reproducen las acciones simbólicas de la cultura junto con sus formas. De acuerdo con Thompson, incorporar los contextos estructurados socialmente a la noción simbólica de la cultura ofrece una visión más clara de las aportaciones que realiza la cultura a la subsistencia social del ser humano, ya que en ese plano se llevan a cabo los procesos culturales que reproducen las formas simbólicas con las que los individuos orientan el curso de su vida diaria (pp. 184 y 204).

Thompson (2002), refiriendo a Bourdieu, indica que los contextos sociales en los que se introducen las formas simbólicas de la cultura representan escenarios espaciales temporalmente específicos y socialmente estructurados. Espacios en los que se conjugan posiciones y trayectorias individuales a partir del lugar y dirección de vida que asume cada individuo del conglomerado social y de las que surgen, como resultado de su historia y vínculos activos, una interacción social que acoge y reproduce las formas simbólicas de la cultura. Acciones que se destacan por dar paso al proceso que pone de ma-

nifiesto a los medios con los que cultura contribuye de modo trascendental al desarrollo de la vida social del hombre (p. 221).

Sobre ese proceso, Thompson explica que la cultura actúa en el contexto social; en primer término, guiando la manera en la que sus individuos eligen, enfocan y expresan las formas simbólicas con las que van a entrar en contacto y trayecto para vincularse entre ellos, lo que configura un catálogo de formas simbólicas en común que da pie a la conformación de las estructuras sociales; posteriormente, determinando contextos sociohistóricos que, si bien, son parte de una eslabonamiento en común en esos campos de interacción, fijan etapas en esos procesos sociohistóricos continuos, los cuales a la postre encarnan el pasado y los conocimientos en común de ese espacio y sus miembros; y por último, estimulando procesos de valoración e intercambio mediante los cuales sus formas simbólicas son valoradas, evaluadas, aprobadas, refutadas e intercambiadas de forma constante por esos individuos que las reciben y reproducen (pp. 216-220).

Estas aproximaciones teóricas contenidas en las definiciones de la cultura, además de ofrecer una noción sobre sus rasgos, cualidades y componentes, proporcionan la posibilidad de identificar los efectos de condición esencial que se imprimen en provecho de la existencia humana como consecuencia de la dinámica de sus procesos. Está claro que las referidas tesis teóricas exhiben un conjunto de componentes agrupados en esquemas, sistemas o estructuras que al interactuar entre ellos erigen procesos que generan efectos y productos que actúan en provecho de la subsistencia en común y la conformación individual del ser humano. Efectos y sus productos sin las cuales difícilmente podría subsistir ante las exigencias naturales o vicisitudes sociales que habitualmente se presentan como parte de la realidad práctica de la vida en este planeta.

Como puede verse, el entramado de elementos tangibles e intangibles que concentra la cultura propician procesos al relacionarse y estos, a la par, manifiestan efectos y productos que abonan de modo determinante a la vida social y a la existencia individual del ser humano. En el aspecto comunitario, la cultura proporciona efectos que resultan indispensables para la permanencia y trascendencia humana como entidad social vinculada a un entorno natural y a un contexto social más amplio. Incluidos aquellos que forjan las condiciones necesarias para estimular su progreso e innovación en esos medios; mientras que, en su aspecto individual, igualmente les provee efectos que son decisivos para su condición personal en vínculo con su rol ante

sí mismos, ante los demás miembros de su grupo y ante los miembros de otras comunidades.

Es importante precisar, que aun cuando de los trazos teóricos se aprecian efectos que presentan cualidades funcionales orientadas con mayor preeminencia hacia uno u otro de los aspectos inherentes a la vida del ser humano, estos no dejan de aportar a las cuestiones inmanentes del otro. Es decir que, si bien, una cualidad funcional de un efecto cultural y su producto puede estar asociada al desarrollo, estímulo o consecución de cuestiones vinculadas al aspecto social del ser humano, no por ello deja de verse involucrada directa o indirectamente, o en menor o mayor medida, al desarrollo, estímulo o consecución de cuestiones vinculadas al aspecto personal del ser humano, debido a que la cultura por sí misma no es externa a la especie humana sino consustancial.

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto por los teóricos, y en relación con la dimensión social del ser humano, la cultura produce efectos y frutos culturales que hacen posible la adaptación y compensación grupal frente al medioambiente; la interconexión comunitaria en los sentidos de orden, unión, control, información, coordinación y estructuración que hace posible la coexistencia a largo plazo; la acumulación y transmisión multitudinaria e intergeneracional de conocimientos; la formulación y proyección de principios de utilidad colectiva; y la constitución de catálogos de convenciones y pautas de naturaleza comunitaria en los que se enmarcan formas comunes de comportamiento que van configurando a su vez un pasado compartido.

En lo concerniente a la dimensión individual de los miembros de la especie, la cultura genera efectos a título personal que les brinda las capacidades de emprender cambios o redireccionamientos vinculados a su entorno natural de modo que puedan adecuarse a sus variaciones o fenómenos; descifrar la manera en la que debe proceder ante una situación grupal o interacción particular con otro individuo; reconocer la mejor manera de transferir conocimientos prácticos a otros sujetos de su círculo familiar o comunitario; contribuir a la estructuración social y orden común a partir de su individualidad; estimular la interacción coherente y recíproca al vincularse con los demás miembros de la comunidad; entablar y preservar sinergias con los miembros de su grupo social.

Como lo destaca Roccatti (1999), quien sostiene que la cultura desempeña un papel fundamental entre los seres humanos y las agrupaciones sociales que conforman, en virtud de que propicia la convivencia, la tolerancia

y las relaciones en un marco de igualdad (p. 12). Sanz (2018) también destaca la significancia de la cultura para la humanidad al precisar que representa un elemento vital que de inicio le permite entenderse a sí mismo como especie, para posteriormente avanzar hacia la materialización del ideal de libertad que ha concebido en el curso de esa reflexión con respecto a cada miembro de los pueblos de la especie humana (p. 19).

Por último, Ávila (2000) de igual forma resalta la relevancia de la cultura para la humanidad al ubicarla como un factor clave para incrementar el intelectual humano y social de las naciones, pues contribuye al aumento de la capacidad y fortalecimiento de su principal agente: las personas. Para este autor, la cultura es un valor que posee la condición de base social de los fines humanos; un proceso, resultado y variable independiente con respecto a los demás ámbitos de la vida social que actúa en función de promover mejores condiciones de vida; un factor a su vez de integración y estabilidad política, y un elemento de equilibrio local y regional (p. 40).

III. EL RECONOCIMIENTO DE LA CULTURA EN EL ÁMBITO CONVENCIONAL

Las inconmensurables aportaciones de la cultura a la vida y desarrollo del ser humano, expuestas a la luz del examen de las ciencias humanas y sociales, no pasarían inadvertidas entre la mancomunidad internacional del siglo XX que se organizó para instaurar a la dignidad humana como propósito universal de la especie, quienes, en el empeño de concurrir a su realización, estimarían imprescindible investirla como un bien jurídico de condición esencial para lograrlo (Fernández, 1996, p. 38). Es así, en línea con la aspiración universal de alcanzar, preservar y mejorar las condiciones individuales y colectivas que abonan a la materialización de la dignidad en cada persona, como surge el imperativo de introducir a la cultura en el marco del sistema de protección de derechos humanos que estaba concibiéndose para proyectarse ecuménicamente.

Desde los inicios, y a lo largo de la evolución de ese sistema universal, la cultura se ha mostrado como una figura constante en su conformación; un elemento propio de la humanidad que no sólo requería ser reconocida por ese sistema para salvaguardarse, sino que también el sistema requería de ella para trazar el pautado jurídico-internacional que actuaría en función

de la consecución de los cometidos que estaban proyectándose por la nascente mancomunidad de naciones. En esos términos, el primer instrumento del sistema universal de derechos humanos en el que se ve inmersa a la cultura es la Carta de las Naciones Unidas (CNU, 26/06/1945). Documento que le dio origen a esta organización y que se identifica como el primer tratado internacional en la materia.

Al remitirse al contenido de la CNU se observaba que los fines rectores sobre los que la floreciente organización iba a enfocar sus esfuerzos estaban agrupados en cuatro ejes principales: la preservación de la paz y la seguridad internacional con base en los principios emanados del derecho internacional y la justicia; el fomento de la fraternidad entre los pueblos del mundo cimentados en todo momento bajo los principios de igualdad de derechos y libre autodeterminación; la materialización del apoyo mutuo entre naciones con el objeto de resolver las problemáticas internacionales de índole económico, social, cultural y humanitario, y por supuesto, la realización de acciones encaminadas al desarrollo y estímulo ecuménico del respeto a los derechos humanos (CNU, 26/06/1945, párr. 1-3).

Ejes que, tanto en sus inicios como en la actualidad, demandaban para su articulación de ciertas condiciones que sólo se originan en el seno de los procesos que pone en práctica el ser humano mediante la cultura, ya que para preservar la paz y seguridad internacional o propiciar un mejoramiento progresivo de las condiciones de vida de cada persona a partir de un desarrollo universal apoyado en un marco de derechos humanos: la empatía, la cooperación y la solidaridad se situaban como factores imprescindibles en cualquier esquema que aspirara a hacer posible su concreción. Elementos y atributos que, como lo han expuesto las ciencias humanas y sociales, el ser humano reproduce de modo común a nivel individual y colectivo por vía de la cultura.

No obstante, y a pesar de que la cultura estaba inmersa en el trazo inicial del sistema universal de derechos humanos que estaba germinando con la CNU, su carácter como derecho fundamental no estaba proclamado como tal en su contenido. Patiño (2014) indica sobre esta circunstancia, que no era particular a la cultura, que una de las finalidades esenciales de la floreciente organización de naciones era la de reafirmar la fe en los derechos y libertades fundamentales del hombre en términos del artículo 55 de su Carta constitutiva. Sin embargo, y a pesar de que esta disposición indicaba que debían respetarse y hacer efectivos los derechos humanos de toda persona sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, ésta re-

sultaba ser demasiado genérica debido a que no precisaba qué derechos iban a ser sujetos a esa protección y garantización efectiva (p. 44).

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 10/12/1948) sería entonces el documento que estaría a cargo de establecer las exigencias ético-jurídicas sobre las que se daría respuesta a los imperativos de la CNU que giraban en torno de los ejes que impulsaban a la dignidad humana: los relacionados con procurar la paz entre los pueblos para evitar otro lamentable capítulo en el que su transgresión se volviera a hacer presente por causa de un conflicto armado; e instaurar las bases universales sobre las que se emprenderían las futuras acciones para protegerla y materializarla entre los individuos de cada pueblo del planeta. Prácticamente, la Declaración actuaría como un instrumento interpretativo de fuerza vinculante con respecto a las implicaciones de los objetivos universales que habían quedado precisados en el estatuto orgánico de la organización mundial (E/CN.4/SR.48, 04/06/1948, pp. 7 y 8).

En ese sentido, y bajo el escenario del requerimiento de precisar al conjunto de principios, bienes, valores, derechos y garantías con los que se le daría forma al esquema de derechos fundamentales que servirían de base al impulso ecuménico de la dignidad humana, la cultura figuraría no sólo como uno de los elementos de necesaria inclusión, sino como un medio externo a ese esquema que debía ser considerado durante su proceso de conformación. Maritain (1947) resaltaría la relevancia de la cultura en la configuración de la primera base de derechos humanos que se vería plasmada en la Declaración que se estaba gestando. Desde su punto de vista, los derechos humanos debían explicarse desde el contexto de la “vida buena” que debe prevalecer en el conjunto social, la cual se enmarcaba bajo la noción del bien común que pugna por que las cosas buenas que están involucradas en la vida buena del conjunto sean esparcidas y vueltas a distribuir entre los individuos que forman parte de la comunidad (p. 236). Para Maritain (1942), el objetivo primordial de la sociedad de personas era lograr “la buena vida humana de la multitud” mediante el perfeccionamiento interno y el progreso material, espiritual y moral de las personas: obra política que era únicamente atribuible a la civilización y a la cultura (pp. 42 y 43).

La cultura, por tanto, era asumida como medio y objeto para conformar la base de derechos con la que se procuraría alcanzar los objetivos que se habían planteado en la CNU. Montero (2004), señala que el término de “derechos culturales” aparece por primera vez en torno a la creación de la

Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el año 1948, vistos éstos como uno de los diversos ejes temáticos contenidos en esta Declaración. Es así, como el surgimiento de los derechos culturales se encuentra adscrito al periodo inmediato al fin de la Segunda Guerra Mundial, debido a que en él surge la visualización de la cultura como una herramienta básica para prevenir la guerra y fomentar la paz dentro del contexto de la creación de los derechos fundamentales del individuo (p. 49).

A la conclusión de las sesiones para la redacción de la DUDH (1948), la cultura, junto a otros bienes de inestimable valor para la realización de la dignidad humana, transitaría al reconocimiento como derecho universal sujeto a protección y garantización por considerarse un bien esencial para la subsistencia social del ser humano. Es decir, el innegable vínculo entre los bienes derivados, cultura y las posibilidades para acceder a niveles de vida apropiados, lo mismo en lo físico y material como en lo emocional y espiritual, así como el propiciamiento de las condiciones sociales más convenientes para mejorar constantemente el estado existencial del ser humano en sus ámbitos individual, familiar y colectivo, le habrían valido su inminente ascenso como derecho universal.

Los artículos 22 y 27 de la DUDH (1948) serían las disposiciones convencionales que culminarían por acoger las libertades y prerrogativas de índole cultural que se consideraban actuarían en función de las nociones integrantes del valor supremo de la dignidad humana: la vida buena y el bien común. Montero (2004) señala que estos artículos representan históricamente las primeras disposiciones jurídicas internacionales definidas por parte de las Naciones Unidas en el campo de la cultura, ya que definieron el derecho de toda persona de tomar parte libremente en la vida cultural, gozar de las artes y en participar del progreso científico, así como la protección de los derechos de autor sobre las producciones científicas, artísticas y literarias (p. 49).

Castro (2017), en ese mismo sentido, indica que debe hacerse referencia a la Declaración como el primer instrumento internacional donde se reconoce a la cultura como derecho humano, en virtud de que en su artículo 27 se precisa que toda persona tiene derecho a tomar parte, gozar y participar de la cultura, así como a que se le protejan los derechos morales y materiales que le corresponden en función de su producción cultural, lo que dejaba en claro que el derecho a la cultura se estimaba fundamental y vinculatorio con el concepto universal de la dignidad humana (p. 199).

Esta disposición en particular, básicamente estableció cuatro derechos asociados a la cultura que deben ser protegidos y garantizados a nivel universal y de modo igualitario en interés de abonar al nivel de vida apropiado al que toda persona tiene derecho por su condición de ser humano: el primero, referente al derecho a involucrarse libremente en la vida cultural de la comunidad; el segundo, relativo al derecho de gozar de las artes en cualquiera de sus expresiones; uno más, vinculado a ser parte del progreso científico y de los beneficios que de él resulten, y, por último, el derecho a que todo ser humano sea protegido en los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor. Así, quedaría consumado el reconocimiento de la cultura en términos de asumirse como un derecho fundamental para la vida y el progreso humano.

La DUDH, sin lugar a duda, se constituye como el primer instrumento del sistema universal de los derechos humanos del que germina el derecho humano a la cultura. Sin embargo, en la escena del derecho internacional figuraría un instrumento convencional de alta relevancia para el desarrollo de la cultura como derecho humano en relación con sus alcances e implicaciones: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 16/12/1966), instrumento jurídico internacional que se distingue por fijar las responsabilidades de los entes estatales relacionadas con la garantía de los derechos culturales.

El arribo del PIDESC (1966) al plano del sistema universal de protección de los derechos humanos, se llevó a cabo en función de fijar una línea vinculante más robusta entre los Estados parte y los propósitos universales en materia de derechos humanos que se venían vertebrando para su protección y promoción universal desde la CNU y la DUDH. Alburquerque (2007) explica que posteriormente a la adopción de la DUDH se emprendieron los trabajos para redactar un tratado internacional único y vinculativo en el que se englobaran a todos los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; no obstante, la falta de consenso entre los Estados para su materialización llevaría a la Asamblea General de la ONU a optar por redactar tres instrumentos vinculativos en lugar de ese tratado internacional único, encontrándose entre ellos el PIDESC (p. 129).

Bajo esa premisa vinculativa, el PIDESC (1966) en la primera parte de su disposición convencional número 15 se ocupa en reafirmar los derechos humanos culturales instaurados mediante la DUDH: el de participar libremente

te en la vida cultural de la comunidad; el de gozar de las artes en cualquiera de sus expresiones; el de ser parte del progreso científico y de los beneficios que de él resulten, y el de gozar de la protección de los intereses morales y materiales por razón de autoría en producciones científicas, literarias o artísticas; mientras que, en su segunda parte, se enfoca en determinar las responsabilidades atribuidas a los Estados con motivo de esos derechos, enmarcándolas para ello en los deberes consistentes en adoptar las medidas para conservar, desarrollar y difundir la ciencia y la cultura; de respetar la libertad para realizar investigación científica y actividad creadora; y de fomentar y desarrollar la cooperación y las relaciones internacionales en materia de ciencia y cultura.

Al remitirse a la segunda parte del texto del numeral 15 del PIDESC (1966) es posible apreciar, que los deberes que los Estados parte adquieren como resultado del reconocimiento ecuménico de la cultura como derecho fundamental, los cuales se redactaron en sentido de alcanzar los fines fundamentales que se encuentran inmersos en cada uno de los derechos que de ella emanan a través de un ejercicio de garantización efectiva y con base en los valores éticos que le dieron sentido a ese régimen universal de derechos humanos. Deberes que el régimen político internacional de protección de los derechos culturales encausa en tres direcciones:

La primera, consiste en establecer un marco de cooperación entre los Estados para la promoción y fomento a la cultura y sus manifestaciones; la segunda, enfocada a la protección y conservación del conjunto de bienes materiales e inmateriales que constituyen el patrimonio cultural universal y de cada nación en particular; y la tercera, dirigida a la protección y satisfacción del acceso y participación en la cultura como un derecho humano. (Sanz, 2018, p. 21)

Responsabilidades que se abordarán con mayor amplitud en el siguiente apartado.

Al final del día, el PIDESC (1966) no sólo operaría en función de afianzar la vinculatoriedad de los Estados parte con la cultura, lo que se traduciría en su consolidación como derecho humano, sino que también actuaría como instrumento convencional que fijaría los ejes principales sobre los que la cultura se desplegaría como tal. Los derechos que se determinarían en relación con la cultura serían: el derecho a gozar del acceso al arte; el derecho a ser parte del progreso científico y de los beneficios implicados en éste; el derecho

a que se proteja la autoría de las creaciones artísticas, científicas o literarias, y el derecho a involucrarse en la vida cultural de la comunidad.

El derecho al arte, como el primero de los derechos culturales que determina el PIDESC (1966), engloba los derechos en condiciones de libertad que tiene toda persona de crear o expresarse artísticamente; de apreciar dichas expresiones y creaciones artísticas; de contribuir a ellas mediante su práctica individual o colectiva; de gozar y acceder a las artes y de que sean objeto de difusión sus expresiones y creaciones artísticas. La relevancia de este derecho radica en que el arte se considera no sólo como un elemento esencial de la cultura, sino también como “un importante vehículo para que cada persona individualmente o en comunidad con otros, así como el grupo de personas, desarrollen y expresen su humanidad, su visión de mundo y los significados que atribuyen a su existencia”. En la práctica, estos derechos humanos al arte son proyectados en dos direcciones: la del artista, en cuanto a su derecho a la libertad de expresarse y crear en términos artísticos; y la del espectador, en cuanto a su derecho a gozar y acceder a las artes (Muñoz, 2016, p. 74).

El segundo de los derechos humanos culturales establecido por el Pacto es el de la ciencia, que gira en torno, al igual que el del arte, al acceso que toda persona debe tener en términos de igualdad, es decir, sin mediar discriminación alguna por cuestiones de origen étnico, género, edad, condición social o económica, religión o preferencias políticas o sexuales, al conocimiento científico y sus beneficios y aplicaciones; a la libertad de realizar investigación o de contribuir a ella; a gozar de un entorno apropiado que posibilite la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología; así como a estar informado de modo individual y colectivo. La relevancia de este derecho humano radica en que su ejercicio fomenta la mejora en la situación socioeconómica de las personas que se benefician de sus aplicaciones y progresos. En buena medida, porque este derecho contribuye a corregir los efectos negativos de la globalización que propician la pobreza, ya que sin su acceso el estancamiento, la regresión y la exclusión social se agudizan (Muñoz, 2016, pp. 66 y 67).

Por su parte, el derecho humano a la autoría se enfoca en fomentar la contribución activa que realizan los científicos y los creadores artísticos con la que se abona al progreso de la sociedad mediante la protección de sus intereses morales y materiales; los primeros, considerados como aquellos intereses que emanan del vínculo permanente que surge entre las obras creativas y el trabajo personal y único de su creador, son salvaguardados por medio

del derecho de atribución, es decir, el derecho del autor a que sea reconocido como el creador de sus obras científicas, literarias o artísticas; así como por el derecho de oposición, esto es, el derecho que tiene el autor a oponerse a cualquier modificación de su obra que atente en perjuicio de su honor o reputación; mientras tanto, los intereses materiales, son protegidos a través del derecho a la propiedad y el derecho a una remuneración adecuada, ya que el autor de la obra científica, literaria o artística tiene derecho a gozar de los beneficios económicos que produzca (Muñoz, 2016, p. 69).

Por último, el derecho de toda persona a participar en la vida cultural de su comunidad se enmarca también como una libertad en la que el Estado debe; por un lado, abstenerse de obstaculizar el ejercicio de las prácticas culturales y el acceso a los bienes culturales y, por el otro, a que el Estado adopte o emprenda medidas de carácter positivo que propicien condiciones en las que se promueva y facilite la participación en la vida cultural y la protección de los bienes culturales que se producen en su seno. Entendiéndose a la vida cultural como aquella en la que se agrupan la forma de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música, las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones. Elementos mediante los cuales los individuos, grupos o comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan sus propias vidas (ONU, 2009, E/C.12/GC/21, párr. 13).

El reconocimiento de la cultura como derecho humano también se vería robustecido a nivel regional por diversos instrumentos convencionales. Ávila (1996) lo destaca, al precisar que como resultado de dramáticos acontecimientos de magnitud mundial y el desenvolvimiento de las relaciones internacionales durante los primeros cuarenta años del siglo XXI, se da una dinámica universalizadora y regionalizadora de instrumentos jurídicos de protección y promoción de los derechos humanos que extienden su ámbito de regulación a los derechos culturales (p. 149).

En el caso de América, el sistema interamericano de derechos humanos contribuiría a ese reconocimiento universal de la cultura a través de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (COEA, 02/05/1948) y posteriores protocolos de reformas aplicadas a su contenido, en particular: el Pro-

toloco de Buenos Aires (PRCOEA, 27/02/1967) y el Protocolo de Cartagena de Indias; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, 02/05/1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 7-22/11/1969) y su protocolo adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado también como “Protocolo de San Salvador” (PSS, 17/11/1988).

La Carta de la Organización de los Estados Americanos, por ejemplo, precisaba en su artículo 13 que cada ente estatal del continente gozaba del derecho de impulsar la vida cultural de las personas que integraban a sus comunidades con base en el respeto de los derechos humanos de cada uno de ellos. Este postulado convencional en materia de cultura, que se alojaba en esta disposición de la carta, se vería extendido a través de diversos protocolos que tuvieron como objeto modificar los alcances de los propósitos estatales que se habían fijado inicialmente a nivel continental en materia de derechos humanos, y en el caso particular en relación con el bien jurídico tutelado de la cultura.

Los protocolos de Buenos Aires y Cartagena darían cuenta de lo anterior al precisar en sus contenidos; el primero de los protocolos, señalaría en su disposición 47 que los Estados miembros debían dar énfasis público a aspectos consustanciales a los derechos culturales en función de propiciar el mejoramiento integral de la persona humana. De acuerdo con este precepto del Protocolo de Buenos Aires, los Estados miembros debían darle prioridad al impulso de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura. Por su parte, el Protocolo de Cartagena señalaría en su artículo 29, que los Estados miembros debían conjugar esfuerzos para impulsar el desarrollo económico, social, educacional, científico y tecnológico con el propósito de obtener el progreso integral de sus pueblos y sus miembros.

La DADDH y CADH también sumarían a esa pauta regional de juridificación de la cultura como derecho humano. La Declaración en su artículo 13 establecería los derechos culturales de toda persona a ser parte de la vida cultural de su comunidad, de acceder y gozar de las artes y los beneficios científicos e intelectuales y de que sus derechos morales y patrimoniales por el desarrollo de obras o inventos científicos, artísticos y literarios fuesen protegidos. En efecto, el precepto de numeral 13 de la DADDH redactaría que toda persona tendría el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos, así como

de recibir la protección estatal de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

Por su parte, la CADH en su artículo 26 fijaría, en comunión con la reformada COEA, la obligación de los Estados miembros de emprender las medidas nacionales e internacionales necesarias para alcanzar progresivamente la efectividad de los derechos asociados a la cultura que se encontrasen consignados en su contenido. De conformidad con ese precepto, los Estados parte se comprometían a adoptar las acciones legislativas y económicas internas y externas necesarias, para hacer efectivos los derechos en materia de cultura que se habían incorporado como resultado de las modificaciones aplicadas a su contenido por el Protocolo de Buenos Aires.

Por último, y tal vez el más relevante de los instrumentos regionales en materia de derechos humanos culturales por su puntualización en la materia, el PSS, establecería en su disposición 14 el reconocimiento explícito a nivel regional de los derechos humanos culturales y los deberes estatales contraídos con respecto a ellos. Esta disposición precisaría el derecho a participar en la vida cultural y artística de la comunidad; a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; y a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. Asimismo, establecería el deber de los Estados parte de adoptar las medidas estatales para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte; de respetar la libertad para realizar investigación científica y actividad creadora, y de reconocer los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales.

Este sería, a grandes rasgos, el proceso de juridificación internacional bajo el que enfundaría a la cultura como un derecho humano al delinear los trazos convencionales iniciales a partir de los cuales se desprenderían su definición, alcances e implicaciones posteriores. A partir de ello, la cultura como derecho humano se interpretaría en distintos sentidos, pero sin dejar de esbozarse desde esta base convencional. Montero (2004), por ejemplo, lo señala como el reconocimiento típicamente democrático de la condición de igualdad de todos los seres humanos al acceso y disfrute de los valores culturales, regido por reglas de juego comunes en un marco de solidaridad y respeto, orientadas a garantizar la libre participación en la vida cultural, artística y re-

creativa; la protección sobre la producción artística e intelectual; la libertad para la investigación creadora; el disfrute de la propia cultura, principalmente para aquellos grupos en desventaja sociocultural tales como los indígenas, mujeres, adultos mayores, infantes y población discapacitada; así como la protección de los recursos patrimoniales forjadores de identidades colectivas, sean éstos de naturaleza tangible (documental, arquitectónica o arqueológica) o intangible (historia oral o patrimonio lingüístico de los pueblos) (p. 49).

A su vez, Stavenhagen (2001) precisa que la cultura como derecho humano se conduce en la dirección de apreciarla como la igualdad de derecho de acceso de los individuos al capital cultural acumulado, así como el derecho de ciertas personas a crear libremente sus obras culturales sin restricción alguna y el derecho de todos a disfrutar de libre acceso a esas creaciones en museos, salas de concierto, teatros, bibliotecas, etcétera (pp. 22 y 23). Chacón (2014), a su vez, lo refiere como el “estilo de vida” de una comunidad, es decir, como derechos que no se pueden individualizar como civiles y políticos, sino más bien como derechos de naturaleza social y económica (p. 20).

Para Harvey (1996), los derechos culturales individuales corresponderían a los derechos humanos debido a que son resultado de un proceso de desarrollo legislativo, especialmente a nivel del derecho internacional, al igual que los derechos culturales de la comunidad nacional, esto es, el derecho a la identidad cultural, ya que están inmersos en las declaraciones, principios y derecho, es decir, están contenidas en los diversos instrumentos de derecho internacional (p. 37). Ávila (1996), por su parte, señala que desde la perspectiva jurídica el derecho humano a la cultura puede ser circunscrito a un ámbito particular en el que se integran el derecho individual y grupal a acceder, participar y disfrutar de los beneficios de la creación y distribución de conocimiento, obras, bienes y servicios, como sería el caso del derecho a producir, distribuir y recibir organizadamente educación, objetos intelectuales y artísticos o el derecho a preservar y gozar del patrimonio histórico nacional y universal (p. 22).

Prieto de Pedro (2008) refiere que, en la definición más amplia que recae sobre los derechos culturales, el derecho cultural o el derecho de la cultura, es la que se enmarca en las normas de los instrumentos jurídicos que regulan la vida cultural, la que a su vez abarca conceptos en sentido estricto que se forjan a base de derechos y desde una interpretación armonizada y transversal de los principios rectores de acceso universal, progresivo e indivisible en torno de la cultura (p. 19).

Por último, Arroyo (2006), refiriendo a la investigación de la Universidad de Friburgo, abona a la concepción de los derechos culturales como derechos de las personas, al precisar que estos se conducen en una perspectiva más amplia que la que es proyectada por los otros derechos de la persona, ya que su formulación lejos de restringirse o aislarse es más amplia tanto a título individual como de conjunto. Circunstancia dispersiva que obliga a agruparlos en tres grupos separados: los derechos actualmente reconocidos como derechos culturales, los derechos reconocidos a los profesionales de la cultura y los derechos culturales (p. 267). En ese sentido, Harvey (1990) indica que la legislación cultural conforma a tres grandes grupos de derechos: los individuales, los de la comunidad nacional y los de la comunidad internacional, los que a su vez darían lugar a un derecho cultural nacional que comprendería a los dos primeros y a un derecho cultural internacional (p. 8).

Ahora bien, de acuerdo con el examen de Arroyo, los primeros derechos reconocidos como culturales por los instrumentos internacionales son el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad y la protección de los derechos de autor; el derecho a la educación, y las libertades lingüísticas reconocidas a las personas pertenecientes a las minorías. Conjunto de derechos reconocidos en la DUDH, el PIDESC y el PDGP. El segundo grupo de derechos se concentran en las libertades académicas, y en los derechos de los periodistas en el contexto de que toda persona puede ser autor, enseñante o informador. El último grupo serían el derecho a la identidad cultural; las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión; las libertades de opinión, de expresión o derecho a la información; el derecho de pertenecer o no pertenecer a una comunidad cultural (p. 268).

Como se puede observar, este conjunto de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos habrían de situarse como los medios que cimentarían de forma inicial a la cultura como derecho humano, en virtud de que desde su contenido se proyectarían las implicaciones iniciales con las que se empezaría a propiciar no sólo su definición, sino también su desarrollo y expansión jurídico-convencional hacia el interior del sistema universal de protección de los derechos humanos que se estaba erigiendo. Tanto las convenciones universales como regionales serían entonces las responsables de materializar a la cultura como derecho humano, así como de situarse como la base convencional sobre la que se solventaría su posterior extensión y dimensión en relación con su aportación a la concreción de los demás derechos humanos y a su propósito primero y último: el de mejorar las condiciones de vida digna de cada ser humano en lo individual y en lo colectivo.

IV. DEBERES E IMPLICACIONES NACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS CULTURALES

El reconocimiento a nivel convencional al que fue sujeta a la cultura para erigirla como derecho humano sería tan solo el inicio del proceso mediante el que se desplegaría su positivización, porque una vez proclamada en los instrumentos jurídicos del sistema universal de protección de los derechos humanos el siguiente paso sería internalizarlo a nivel nacional a través de los ordenamientos supremos que son responsables de encauzar la actuación de los Estados a nivel doméstico. La norma constitucional, por tanto, sería el medio jurídico interno que en consecuencia debía abrazar en sus textos a la cultura en su condición de derecho humano. Acto que tendría por objeto asimilar su contenido ético y dogmático para posteriormente proyectarlo hacia el resto de la estructura jurídica y pública en aras de materializarlo en la realidad individual y colectiva de la población.

Con respecto a esta dinámica jurídica que se presenta con la universalización, Díaz (1998) apunta que es imprescindible formalizar e institucionalizar a los derechos humanos en el ordenamiento jurídico positivo de cada Estado para hacerlos efectivamente vigentes, en virtud de que es esencial fijarlos a las normas para que sea posible instrumentarlos a la realidad social de los entes estatales (p. 51). Uribe (2009), a su vez, indica que una de las funciones esenciales más reciente que se le ha asignado a la Constitución, ha sido la de transitar los derechos humanos del plano internacional al plano nacional. Asimilación que se efectúa tanto desde el plano en el que distingue su naturaleza y alcances como en el que se contemplan los medios jurídicos a través de los cuales los habitantes acceden a su goce y ejercicio efectivo (p. 1032), esto es, sus mecanismos de protección y garantía.

En este caso, los derechos humanos culturales se incorporarían jurídicamente a nivel doméstico en el Estado mexicano mediante diversos artículos de la Constitución. Sobre esta condición derivada de la pluralidad de derechos que germinan de la propia naturaleza multifacética y transversal de la cultura, Dorantes (2013) menciona que el derecho a la cultura no se encuentra previsto en un solo artículo constitucional, motivo que obliga a que este deba examinarse de manera armónica entre los distintos tratados internacionales aplicables y las diferentes normas constitucionales vinculadas a su instauración (p. 849).

En efecto, la Constitución mexicana (CPEUM, 05/02/1917) incorpora a la cultura a través de varias de sus disposiciones. Por ejemplo, los artículos 6o., 7o. y 28, párrafo noveno, contemplan la libre manifestación de las ideas y la prohibición de no constituir monopolios en torno de los derechos de autor, aspectos que se vinculan al derecho humano de protección a la autoría intelectual. El artículo 73, fracción XXV, regula por su lado el derecho humano cultural al disfrute y protección de los bienes culturales, ya que faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de vestigios o restos fósiles y sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos. El artículo 3o., fracción V, de la carta magna, incorpora el derecho humano al acceso y disfrute de los bienes y servicios culturales, en virtud de que hace referencia a que el Estado alentará el fortalecimiento y difusión de nuestra cultura (Dorantes, 2013, p. 848).

Finalmente, el artículo 4o. constitucional fue la última disposición en la que se vio reflejado el proceso jurídico de internalización de los derechos humanos germinados desde la cultura en el Estado mexicano. Conforme a la redacción de este precepto “Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales”, goce y ejercicio de los derechos humanos culturales que el Estado promoverá, difundirá y desarrollará “atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa”.

Esta fórmula de los derechos humanos en materia de cultura expuesta en la Constitución mexicana se configuraría a partir de las convenciones internacionales que sirvieron de medio jurídico para instaurarlos primigeniamente con ese carácter, así como de los instrumentos jurídicos internacionales que se estructurarían con posterioridad a razón de reconocer y proteger a los demás bienes, valores y productos que se gestan al interior de los procesos culturales. Pero de modo particular de las obligaciones que surgen con motivo de la Observancia General Número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (OGN3, 14/12/1990). Instrumento que fija el deber de adoptar las medidas legislativas necesarias para que paulatinamente se obtenga la plena realización de todos los derechos humanos, incluidos evidentemente los concernientes a la cultura.

En ese sentido, y como consecuencia de la dispersión que la cultura mostró con el devenir de su evolución como bien tutelado en el sistema de protección de los derechos humanos, positivizar resultado de gran trascendencia

para concentrar las implicaciones que iban emanando de las disposiciones convencionales que conformaban a cada instrumento jurídico internacional que era responsable de reconocer a algunos de los bienes o productos culturales. En efecto, la responsabilidad de carácter normativo que arroja la OGN3 (1990), abonó sustantivamente a la configuración constitucional de los derechos humanos culturales en México al considerar no sólo a los primeros derechos culturales, sino también a otros aspectos de la cultura como la diversidad y la libertad creativa. Elementos indisolubles a la identidad y al patrimonio cultural en sus vertientes material e inmaterial.

Serían estos instrumentos del ámbito jurídico internacional los encargados de orientar la inclusión constitucional de los derechos humanos asociados a la cultura. Así, y de acuerdo con el sentido de los acuerdos internacionales y los artículos constitucionales que obligan al Estado mexicano a asumir los compromisos contraídos internacionales vía convencional en materia de derechos humanos, los artículos 1o. y 133 (CPEUM, 1917), México tomaría para sí la responsabilidad de salvaguardar a nivel individual y colectivo el goce y ejercicio de los derechos humanos que se estructuraron con el propósito fundamental de proteger y garantizar todos aquellos bienes, valores, productos y procesos que se forjan al fragor de la cultura. Esta incorporación a la norma suprema representaría tanto el reconocimiento nacional de los derechos humanos culturales como la responsabilidad de asumir los deberes estatales que los acompañan en función de hacerlos efectivos a nivel individual y colectivo.

Hernández (1995) indica que uno de los efectos de los derechos fundamentales en relación con la norma suprema de los Estados contemporáneos es la de representar al sistema axiológico de valores concretos para darle sentido a la vida estatal. Así es, esta función lleva a los derechos fundamentales a proyectarse, entre otros cauces, como derechos prestacionales de sentidos objetivo y subjetivo, los que induce a una activación general del Estado que no guarda otro propósito primordial más que el de satisfacer las necesidades individuales y colectivas de sus destinatarios, con base en el aseguramiento del mínimo vital que se encuentra implícito en el núcleo de cada uno de estos derechos (p. 1049).

Reséndez (2016) indica, que “Con respecto a los derechos fundamentales existe una acción del Estado en la positivización de los mismos, la cual no debe agotarse únicamente en la inclusión de los mismos dentro del de-

recho positivo, sino también en la debida defensa y tutela del Estado para la efectiva realización y ejercicio de los mismos” (p. 311).

Díaz (1998) también señala que es imprescindible formalizar e institucionalizar en el ordenamiento jurídico positivo a los derechos humanos para hacerlos efectivamente vigentes, debido a que es indispensable ceñirlos a normas para que sea posible materializarlos en la realidad social de las entidades estatales (p. 51).

Uribe (2009), por su parte, explica que la función esencial más reciente que se le ha asignado a la Constitución es la que está enfocada a la incorporación de los derechos fundamentales junto con sus mecanismos de protección y garantía. Lo mismo desde un plano epistemológico en el que distingue su naturaleza y alcances, que desde un plano jurídico-social en el que se examinan opciones jurídicas reales que les permitan a los habitantes disfrutar de su goce y ejercicio (p. 1032).

Roldán (2015), por último, apunta que el actuar constitucional de los Estados ha sido rebasado por el requerimiento que germina desde el espectro internacional de los derechos humanos, dado que la suma de las tareas más finas y de mayor análisis gubernamental de carácter legislativo y ejecutivo, ya no se asumen como facultades discrecionales que puede ejercer o no mediante sus funciones, sino obligaciones que debe atender acorde a las implicaciones convencionales derivadas de ese aspecto internacional adoptado (p. 76). Así, y conforme al sentido de los acuerdos internacionales y a lo reglado por los artículos constitucionales, el Estado mexicano debió asumir la responsabilidad de salvaguardar efectiva y eficientemente el ejercicio de los derechos fundamentales, entre estos los que se instauran a partir de la cultura.

En definitiva, el Estado mexicano realizó este proceso de asimilación nacional de los derechos humanos culturales mediante los artículos 3o., fracción V, 4o., 6o., 7o., 28, párrafo noveno, 73, fracción XXV, de la CPEUM, lo que representaría su reconocimiento jurídico a nivel nacional y la gestación de deberes positivos a los que los distintos ámbitos gubernamentales del Estado mexicano estarían obligados a observar en atención de materializar individual y colectivamente sus implicaciones.

En ese sentido, Ferrajoli (2006) indica que gracias al embrión de Constitución del mundo que se haya integrada por la Carta de la ONU y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los entes estatales se han subordinado jurídicamente en su orden interno y externo con el propósito de garantizarlos mediante su positivación, lo que propicia “los vín-

culos formales relativos al «quién» y al «cómo» de las decisiones y los vínculos de contenido relativos al «qué cosa» de las decisiones mismas” (p. 114).

El tribunal constitucional mexicano mediante su actividad jurisdiccional, de igual forma ha sumado a esa positivización constitucional de los derechos humanos culturales con las interpretaciones que ha realizado sobre las obligaciones estatales a las que sus instancias gubernamentales están constreñidas a observar. Interpretación que, aun cuando es limitada en cuanto al cúmulo de derechos humanos que se encuentran asociados a la cultura, no deja de centrarse en establecer las implicaciones a nivel colectivo e individual a las que sus ámbitos de gobierno deben enfocarse. En efecto, mediante diversos pronunciamientos las instancias jurisdiccionales se han encargado de precisar los aspectos materiales en los que el Estado mexicano debe ocuparse para atender el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos culturales.

Cabe mencionar que los pronunciamientos jurisdiccionales que se han vertido en los tribunales constitucionales sobre los derechos humanos culturales, por un lado, no son tan abundantes como en el caso de otros derechos humanos, y por el otro, no se formulan de forma preeminentemente a partir de instrumentos convencionales particulares a la temática como acontece con otros derechos humanos que son sujetos a la exégesis constitucional, debido a que su interpretación se construye a partir de las condiciones de expansión convencional que ha privado sobre la cultura con motivo del trayecto que ha experimentado como derecho humano (Sánchez, 2013, p. 157). Con todo y ello, las interpretaciones jurisdiccionales son capaces de ofrecer una noción básica sobre las medidas que deben adoptarse hacia el interior del Estado mexicano para efecto de hacer palpables los derechos humanos culturales en la vida de las personas que se encuentran bajo su soberanía.

En primera instancia, los tribunales determinaron que el derecho a la cultura que se fija en la norma constitucional debe explicarse ajustándose a los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad sobre los que se sustenta el sistema universal de protección de los derechos humanos, lo que conlleva al deber de garantizar su acceso o participación, individual o colectiva, en términos de que su goce y ejercicio sea realizado en todo momento a plenitud y libre de cualquier tipo de distinción que atente contra la dignidad humana (Tesis 1a. CCVI/2012,10a., 2012). Es decir, los derechos humanos que germinan de la cultura, al igual que el resto de los bienes que se han encumbrado como derechos fundamentales por su inva-

luable aportación a la dignidad humana, deben ser objeto de garantización por parte del Estado, en cuanto a su acceso y participación, sin mediar algún tipo de discriminación o interferencia estatal en términos de los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad.

En ese mismo sentido, sobre el derecho a la cultura en vinculación al deber de garantizar que le concierne al Estado en su calidad de sujeto obligado, los tribunales constitucionales señalan que este derecho humano es multidimensional porque se enmarca, entre otros, en tres derechos: el derecho a acceder a los bienes y servicios culturales; el derecho a que se protejan el uso y disfrute de esos bienes y servicios culturales, y el derecho a que se proteja la producción intelectual, derechos que a su vez contribuyen a la realización del derecho a participar en la vida cultural. A partir de este dictamen jurisdiccional, los tribunales determinaron que la presencia de bienes y servicios culturales es una condición necesaria para materializar el goce y ejercicio de esos derechos, razón por la que se requiere que el Estado provea a sus ciudadanos de todo tipo de arte e infraestructura como bibliotecas, museos, teatros y estadios deportivos, es decir, que garantice el acceso a este tipo de bienes y servicios culturales para que a la par se asegure el derecho a ser parte de la vida cultural (Tesis 1a. CXXI/2017, 10a., 2017).

Esta obligación de garantizar, que se desprende de los criterios expuestos, gira en torno de la realización de cualquiera de los derechos fundamentales y se orienta, de acuerdo con la interpretación constitucional, a que los entes estatales emprendan tres tipos de acciones públicas hacia el interior de sus soberanías y de acuerdo a cada situación específica: eliminar todos aquellos factores que restrinjan la realización del ejercicio efectivo de los derechos humanos; suministrar recursos públicos para que cada derecho humano se materialice a nivel social, tanto en lo individual como en lo colectivo, o implementar acciones públicas que generen actividades que propicien las condiciones necesarias para que todos se encuentren en aptitud de ejercerlos satisfactoriamente (Tesis XXVII 3o J/25, 10a., 2014).

En otro criterio vertido sobre la cultura en su condición de derecho fundamental, los tribunales constitucionales establecieron que el Estado está obligado a garantizar y promover, tanto en su aspecto individual como en el colectivo, la libre emisión, recepción y circulación de la cultura, lo que supone, en términos prácticos, que el Estado, mediante sus ámbitos gubernamentales, está obligado a propagar todas aquellas manifestaciones que se producen en el seno de los procesos de la cultura por su relevancia en la

formación de la identidad individual, colectiva y nacional, esto es, el Estado debe fomentar la divulgación de los múltiples valores y bienes culturales, entre ellos los relacionados con las tradiciones, costumbres, obras artísticas y científicas, conocimientos tradicionales y demás productos y bienes culturales (Tesis 1a. CCVI/2012, 10a., 2012).

Con respecto a esta obligación de promover, su interpretación se encausa en dirección de que los entes estatales están obligados a que las personas de su sociedad tengan conocimiento de todos y cada uno los aspectos que forman parte de uno u otro derecho humano, y, particularmente, lo que en su conjunto debe representarles en su vida cotidiana, pues a partir de su asimilación cognoscitiva pueden adquirir la capacidad de discernir si los están gozando y ejerciendo adecuadamente. Así es, de acuerdo con los tribunales constitucionales la obligación de promover tiene como propósitos que las personas conozcan sus derechos y mecanismos de defensa con el fin de que extiendan la base de realización de sus derechos fundamentales, lo que se traduce para el Estado en términos prácticos para su cumplimiento en acciones mediante las cuales provea a las personas de toda la información necesaria para asegurar que sean capaces de distinguir cuando están ejerciéndolos apropiadamente (Tesis XXVII 3oJ/25, 10a., 2014).

En un criterio constitucional más los tribunales abordan, entre otros aspectos vinculados a la cultura, la protección de este derecho fundamental por causa de la trascendencia que posee con respecto a la identidad individual y colectiva. En este criterio, las instancias constitucionales indican que el Estado debe desplegar su política cultural en dirección de proteger todas aquellas expresiones que contribuyen a la conformación de la identidad, ya que ello nutre y desarrolla a su vez la dignidad de cada individuo y colectivo. De acuerdo con el planteamiento, la cultura es un elemento integrante y formativo de la personalidad de ser humano como individuo, pero también es un elemento definitorio de sus expresiones, valores y características grupales, esto es, en la faceta del individuo como parte integrante de un colectivo. En suma, y en coyuntura con esta implicación de salvaguardar el derecho a la identidad cultural, el tribunal precisa el deber que tiene el Estado de identificar, conservar y rehabilitar todo aquel patrimonio cultural material e inmaterial que abona individual, colectiva e intergeneracionalmente al sentido de pertenencia que el ser humano necesita desarrollar (Tesis: I.3o.C.7 CS, 10a., 2020).

En el caso particular del deber de proteger, los órganos jurisdiccionales en materia constitucional señalan que esta responsabilidad estatal consiste en prevenir que sus agentes o cualquier particular vulnere alguno de los derechos humanos. Directiva que se bifurca a su vez en dos acciones específicas: instaurar un esquema público de vigilancia que sea capaz de identificar acciones, actos o conductas de los agentes estatales o particulares que sean susceptibles de actuar en detrimento del goce y ejercicio adecuado de los derechos humanos, y disponer de mecanismos de reacción que sean lo suficientemente capaces de impedir la consumación de esas acciones, actos o conductas. Esencialmente, y de acuerdo con los tribunales constitucionales, el deber de proteger implica acciones estatales enfocadas a resguardar a las personas de cualquier acción, acto o conducta pública o privada, que interfiera o ponga en riesgo de vulneración el goce y ejercicio de sus derechos humanos (Tesis XXVII.3o.4 CS, 10a., 2014).

La interpretación doctrinal de igual modo ha contribuido al reforzamiento de la exégesis jurisdiccional con respecto a la explicación de los deberes positivos estatales que se encuentran entrañados en el contexto de los derechos humanos culturales. Planteamientos que, cabe mencionar, nacen del enfoque teórico constitucionalista que se aplica en torno de los derechos fundamentales. En efecto, Landa explica que desde que la comprensión de las normas constitucionales transitó de la base del sistema de garantías al de valores y principios fundamentales, el contenido concreto de los derechos humanos ha sido alimentado por todas aquellas doctrinas constitucionales que de alguna forma han incidido en el fortalecimiento del Estado constitucional. Perspectivas entre las que destacan la institucionalista; la democrático-funcional; la jurídico-social, y la de las libertades (Landa, 2002, pp. 50-71).

Así pues, Roccatti (1999) señala que los derechos culturales se traducen en facultades y prerrogativas de toda persona a participar en la vida cultural de la comunidad, lo que se traduce en criterios donde privan el derecho a la preservación de la identidad cultural que se conforma por un abanico de derechos y libertades específicas que varían de grupo a grupo y que contemplan, entre otros aspectos, las partes religiosa, lingüística y hasta la organización social, y el derecho a la autodeterminación en el que se contempla la historia, la ubicación territorial, la identidad y las costumbres. De ahí que la protección internacional imponga sobre el Estado, de inicio, la carga moral que lo conduce a observar y defender la integridad de los derechos humanos y, posteriormente, la carga de hecho que lo responsabiliza a asumir las medi-

das internas necesarias para hacer efectiva la continuidad de la cultura y la transmisión de sus valores.

Por su parte, Ruiz (2007) apunta en referencia a uno de los frutos más significativos de la cultura: la identidad cultural, que es uno de los elementos que mayor dependencia presenta con respecto a los derechos culturales, en virtud de que representa una de las libertades consustanciales a la dignidad de las personas vinculada a los demás procesos y elementos culturales, tal y como lo representa el patrimonio cultural material e inmaterial. A partir de lo anterior, este autor señala que todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, entre ellos el que aborda el derecho a conservar, adaptar y cambiar voluntariamente la cultura propia de un grupo o persona, implican la protección de los particulares, la comunidad internacional y, sobre todo, la protección por parte del Estado, lo cual no se limita a un espacio geográfico en específico (pp. 197 y 204).

Por último, Sánchez (2013) indica que la reforma constitucional en México que incorporó a la cultura como derecho humano le representó nuevos deberes en la materia como su reconocimiento, protección y promoción, ya que con base en ello se posibilitan el ejercicio de las libertades culturales que son inherentes a la dignidad de las personas. Conforme a este autor, la reforma constitucional en materia cultural supone la implementación obligatoria de medidas públicas por parte del Estado de orden legislativo, administrativo y financiero, en función de asegurar el derecho de los individuos a participar en igualdad de circunstancias en la vida cultural y el derecho de que se reconozca, según sea el caso, la diversidad de culturas que germinan y subsisten en el ámbito de su sociedad. Básicamente, “el Estado mexicano tiene ahora un mandato constitucional claro: establecer las condiciones mínimas que hagan viable el pluralismo cultural” (p. 122).

Como se puede apreciar, la incorporación constitucional de la cultura como derecho humano plantea implicaciones que nacen de los alcances jurídicos proyectados desde el marco convencional que sustenta el sistema universal de protección de los derechos humanos. Implicaciones que se traducen en responsabilidades estatales que deben atenderse a través de la implementación de medidas, en primera instancia, de corte jurídico, para después materializarse en su esfera financiera y gubernamental. Estas medidas en su conjunto deben traducirse en acciones públicas que sean capaces de materializar, entre otras cosas, la existencia y disposición de bienes y servicios culturales; la divulgación de los múltiples valores y bienes culturales; la protección

de los bienes culturales materiales e inmateriales; y velar por la continuidad y transmisión efectiva de la cultura y sus valores, pues con ello daría cumplimiento a sus deberes contraídos por lo que se refiere a los derechos humanos culturales.

V. REFLEXIONES FINALES

La cultura como sistema, subsistema, estructura o esquema que produce procesa, almacena o transmite una serie de bienes inmateriales necesarios para la subsistencia social e individual del ser humano, o como medio que puede transitar de modo transversal entre los demás derechos humanos para impulsar su realización y ejercicio efectivo en favor de la dignidad de los individuos, ha dejado constancia del inestimable valor que guarda para la especie humana. Condiciones por las que sería sujeta a un proceso de juridización de nivel ecuménico que la revestiría como derecho humano, en aras de preservar y proteger los valores y bienes que se producen en el seno de sus procesos tales como: la identidad individual y comunitaria, la multiculturalidad, el orden y la cohesión social, la transmisión intergeneracional de conocimientos, las pautas sociales, la producción de ciencia y arte, entre otros más.

Como resultado de lo anterior, la cultura en su condición de derecho humano ha adquirido consigo los deberes estatales que se enmarcan en las acciones de proteger, garantizar, respetar y promover que le son consustanciales a su calidad y sentido jurídicos. Deberes que se reproducen en implicaciones públicas específicas al momento de que se incorporan a nivel doméstico por vía constitucional para efecto de materializarlos en la vida cotidiana de las personas, y que, en términos generales, deben alcanzar los derechos culturales que abrazan el acceso al arte y al progreso científico con sus beneficios, a la protección de las creaciones artísticas, científicas y literarias y, particularmente, a vivir y ser parte de la vida cultural de la comunidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Albuquerque, C. (2007). Balance del grupo de trabajo sobre el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En *IV Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos: Derechos económicos, sociales y culturales. Un debate*

- urgente en democracia*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (pp. 127-144).
- Arroyo Yanes, L. M. (2006). Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación. *Nuevas Políticas Públicas. Anuario Multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, (2), 262-283.
- Ávila, R. (1996). *El derecho cultural en México: Una propuesta académica para el proyecto político de modernidad* [tesis de doctorado, Universidad Nacional Autónoma de México].
- Ávila, R. (2000). Derecho cultural: Un concepto polisémico y una agenda necesaria, *Derecho y cultura*, (41), 39-52.
- Bauman, Z. (2002). *La cultura como praxis*. Paidós.
- Castro, C. (2017). Los derechos culturales y su gestión en honduras. *Estudios Constitucionales*, 15(1), 193-215.
- Chacón, A. (2014). Hacia un concepto de derechos humanos integrador de los derechos culturales: ideas para un debate. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, (10), 17- 77.
- Carta de las Naciones Unidas, 26/06/1945.
- Carta de la Organización de Estados Americanos, 02/05/1948.
- Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, Resumen del Acta de la 48ª Reunión de la Comisión de Derechos Humanos, 04/06/1948.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 05/02/1917.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7-22/11/1969.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 02/05/1948
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10/12/1948.
- Díaz, E. (1998). *Estado de derecho y sociedad democrática*. Taurus.
- Fernández, F. (1996). La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. *Derecho PUPC*, (50), 11-45.
- Dorantes, F. (2013). Derecho a la cultura en México. Su constitucionalización, sus características, alcances y limitaciones. *Revista Alegatos*, (85), 845-862.
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, (15), 113-136.
- Goodenough, W. (1957). Cultural anthropology and linguistics. En P. Garvin, *Report of the Seventh Annual Round Table Meeting on Linguistics and Language Study*.
- Goodenough, W. (1961). *Comment on cultural evolution*. Russell Sage Found.
- Harris, M. (1968). *The Rise of Cultural Theory*. Crowell.
- Harvey, E. (1990). *Derechos culturales en Iberoamérica y el mundo*. Tecnos.

- Hernández, M. (1995). Constitución y derechos fundamentales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (84), 1041-1051.
- Keesing, R. (2010). Teorías de la Cultura. En V. Honorio (Comp.), *Lecturas de Antropología Social y Cultural. La cultura y las culturas*. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Landa, C. (2002). Teoría de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, (6), 49-71.
- Lévi-Strauss, C. (1985). *Las estructuras elementales del parentesco*. Planeta-De Agostini.
- Maritain, J. (1942). The End of Machiavellianism. *The Review of Politics*, 4(1), 1-33.
- Maritain, J. (2001). *Los derechos del hombre y la ley natural. Cristianismo y democracia*. (A. Esquivias, trad). Palabra.
- McGoodwin, J. (2002). *Comprender las culturas de las comunidades pesqueras*. FAO.
- Montero, F. (2004). Los derechos culturales: un acercamiento a su contenido programático y aplicabilidad normativa. *Cuadernos de Antropología*, (14), 47-59.
- Muñoz, A. (2016). *Derechos culturales en cuanto derechos humanos: Aproximaciones a su contenido y alcance desde el derecho internacional*. Universidad de Chile.
- Observancia General Número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 14/12/1990.
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16/12/1966.
- Patiño, J. (2014). *De los derechos del hombre a los derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Prieto de Pedro, J. (2008). Los Derechos Culturales: el hijo pródigo de los derechos humanos. *Revista Crítica*, (928), 19-23
- Protocolo de Buenos Aires, 27/02/1967.
- Protocolo de Cartagena de Indias, 05/12/1985.
- Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado también como “Protocolo de San Salvador”, 17/11/1988.
- Reséndez, P. (2016). Protección del derecho a decidir y contratar libremente: su impacto en la sociedad. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (35), 307-315.

- Ruiz, O. (2007). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (118), 193-239.
- Roccatti, M. (1999, 12 de abril). *El derecho a la identidad cultural*. Conferencia Magistral, Toluca de Lerdo, México.
- Roldán, O. (2015). *La función garante del Estado constitucional y convencional de derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sánchez, J. (2013). *Patrimonio cultural: ensayos de cultura y derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sanz, N. (2018). *Derechos culturales y derechos humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Stavenhagen, R. (2001). Derechos culturales: el punto de vista de las Ciencias Sociales. En *¿A favor o en contra de los derechos culturales?* United Nations Educational Scientific and Cultural Organization. <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001238/123891s.pdf>
- Tesis: 1a. CCVI/2012 (10a.) (2012). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época.
- Tesis: XXVII 3o J/25 (10a.) (2014). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época.
- Tesis: XXVII.3o.4 CS (10a.) (2014). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época.
- Tesis: 1a. CXXI/2017 (10a.) (2017). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época.
- Tesis: I.3o.C.7 CS (10a.) (2020). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.
- Thompson, J. (2002). *Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de la comunicación de las masas*. Universidad Autónoma Metropolitana.
- Uribe Arzate, E. (2009). La defensa constitucional de los derechos fundamentales en la reforma del Estado mexicano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 42(125), 1023-1046.
- Williams, R. (1994). *Sociología de la cultura*. Paidós.

Naturaleza jurídica de la Acción por incumplimiento en Ecuador frente a la ejecución de sentencias internacionales

Legal Nature of the Action for non-Compliance in Ecuador Against the Execution of International Sentences

Iliana LÓPEZ RUIZ

 <https://orcid.org/0000-0001-9737-7469>

Facultad de Derecho de la Universidad de Otavalo, Ecuador
Correo electrónico: ilianalopez.ruiz90@gmail.com

RECEPCIÓN: 18 de agosto de 2023

ACEPTACIÓN: 13 septiembre de 2023

RESUMEN: Se valora la garantía constitucional de acción por incumplimiento, presentando un análisis detallado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, asimismo, se profundiza en sus requisitos de procedencia y admisibilidad, con énfasis en la prueba del reclamo previo. Por último, estudia el procedimiento de esta garantía y los efectos de la sentencia derivada de la misma. El objetivo fundamental es analizar la eficacia de esta acción jurisdiccional partiendo del estudio de su naturaleza jurídica. Se utiliza el método cualitativo de investigación científica, para la recolección de información sobre aspectos relacionados a la regulación normativa de esta acción. Finalmente, se logra concluir que no se delimitó adecuadamente en la norma la naturaleza y alcance de esta garantía en lo referente al cumplimiento de sentencias internacionales, pues forzosamente se le da esta doble dimensionalidad a la garantía, sin considerar que exigir el cumplimiento de una sentencia internacional no es igual a exigir el cumplimiento de una norma abstracta o un informe, a ello sumado que la Acción por incumplimiento es un proceso de conocimiento, que posee requisitos de procedencia y admisibilidad, que dificultan el acceso de las víctimas, sometiéndolas a un nuevo proceso, con las etapas y tiempos procesales que ello implica. Es precisamente esa la relevancia de la investigación debido a que por las razones antes mencionadas esta garantía jurisdiccional no está siendo eficaz para exigir el cumplimiento de resoluciones internacionales emitidas por organismos de protección de derechos humanos.

Palabras clave: derechos humanos, incumplimiento, sentencias, garantía.

ABSTRACT: The constitutional guarantee of Action for non-compliance is valued, presenting a detailed analysis in the Ecuadorian legal system, likewise, its origin and admissibility requirements are deepened, with emphasis on the proof of the previous claim. Finally, it studies the procedure of this guarantee and the effects of the sentence derived from it. The main objective is to analyze the effectiveness of this jurisdictional action based on the study of its legal

nature. The qualitative method of scientific research is used to collect information on aspects related to the normative regulation of this action. Finally, it is possible to conclude that the nature and scope of this guarantee in relation to compliance with international judgments was not adequately delimited in the norm, since this double dimensionality is forcibly given to the guarantee, without considering that demanding compliance with a sentence international law is not the same as demanding compliance with an abstract norm or a report, added to this that the Action for non-compliance is a process of knowledge, which has provenance and admissibility requirements, which make it difficult for victims to access, subjecting them to a new process, with the stages and procedural times that this implies. This is precisely the relevance of the investigation because for the aforementioned reasons this jurisdictional guarantee is not being effective in demanding compliance with international resolutions issued by human rights protection organizations.

Keywords: human rights, non-compliance, sentences, guarantee.

SUMARIO: I. *Objetivos, planteamiento del problema.* II. *Metodología.* III. *Desarrollo.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias.*

I. OBJETIVOS, PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La acción por incumplimiento es una garantía constitucional establecida por primera vez en Ecuador en la Constitución de 2008. La misma no se debe confundir con la Acción de incumplimiento, entre ambas figuras jurídicas existen notables diferencias a pesar de la gran similitud de su denominación. En virtud de aquello, la acción por Incumplimiento en otros países de la región es conocida como Acción de incumplimiento, esto es lo que tal vez tiene a fomentar tales equívocos.

En el caso de Ecuador, por ejemplo, son dos instituciones del derecho totalmente diferentes, la acción por incumplimiento es una garantía jurisdiccional que el texto constitucional regula en su artículo 93 dirigida al cumplimiento de normas internas y de sentencias e informes internacionales relacionados a los derechos humanos. Por su parte la Acción de incumplimiento tiene otro fundamento, y en esto es necesario hacer especial énfasis, no fue en un inicio una garantía constitucional propiamente dicha, sino que se estableció en el texto constitucional como una potestad o facultad que sólo le compete a la Corte Constitucional para controlar exclusivamente el cumplimiento de mandatos emitidos en procesos constitucionales.

Para algunos autores el trasfondo de la acción de incumplimiento tiene mucho que ver con el escaso desarrollo normativo en lo referente a la ejecu-

ción de sentencias de carácter constitucional, como afirma Quintana (2020) “uno de los defectos del sistema de justicia constitucional en Ecuador era el escaso desarrollo normativo y jurisprudencial para ejecución de sentencias que en esa materia se dictaban, lo que dificultaba la verificación y seguimiento del cumplimiento de estas decisiones” (p. 155). La Carta Magna de Montecristi viene a resolver este particular al regular la Acción de incumplimiento, la misma se normaliza en el numeral 9 del artículo 436 de la referida norma, al indicar lo siguiente:

Artículo 436. La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales. (Constitución de la República del Ecuador, 8/08/2023, art. 436)

Por otra parte, se establece en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional (2009) lo que tiene que ver con los incumplimientos de sentencias y dictámenes constitucionales en los artículos del 162 al 165, donde no solamente indican el alcance de estas decisiones del foro constitucional, sino también se hace referencia a la tramitación de dicha acción. En tal sentido, la Corte Constitucional ha indicado la importancia del cumplimiento de sus mandatos como premisa para la formación de un legítimo Estado constitucional de derechos, así mismo en su sentencia núm. 031-10-SIS-CC (2010) establece que

Es de gran importancia para la realización del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que en la ejecución de la decisión en los procesos de garantías constitucionales se agoten todas las posibilidades de cumplimiento de las sentencias; por tanto, corresponde los jueces adoptar las medidas adecuadas necesarias que garanticen el cumplimiento de la decisión sentencia, en aras de la plena efectividad de los derechos, que la autoridad el particular le den cumplimiento oportuno. (p. 14)

Una vez contextualizadas estas acciones en cada uno de sus ámbitos, es menester analizar a fondo la Acción por incumplimiento, que en definitiva es el centro de la investigación. Para su análisis hay que partir de que la Acción por incumplimiento, comienza a ser materia de estudio a partir de octubre de 2008, cuando es regulada por la Constitución de Montecristi

consagrándola en el artículo 93 citado con anterioridad. Al analizar este precepto legal se infiere que la acción por incumplimiento constituye una garantía jurisdiccional específica y bastante particular, y lo que la hace tan peculiar es que se le atribuye una doble naturaleza, puesto que no se limita a exigir el cumplimiento del ordenamiento jurídico interno, sino que también es la vía para exigir el cumplimiento de las sentencias e informes de organismos internacionales, por lo que constituye una garantía principalmente encaminada a dotar de eficacia a la justicia constitucional.

Se debe entender que el trasfondo para que esta garantía fuese incluida en el texto constitucional, más allá de su naturaleza reparadora, era de precautelar del derecho a la seguridad jurídica que debe tener toda persona y también el principio de tutela judicial efectiva en lo referente al cumplimiento de las sentencias e informes de carácter internacional, todo como respuesta de los órganos judiciales a las infracciones al ordenamiento jurídico en cuanto toda actuación de los órganos del poder público, cuyas decisiones y actuaciones deben estar sometidas y amparadas en derecho. Para autores como Carbonell (2021) “la seguridad jurídica es uno de los valores que se propone alcanzar cualquier ordenamiento jurídico [...] y tiene una estrecha relación con el concepto de Estado de derecho en sentido formal” (párr. 1-2).

Así mismo, refiriéndose a la seguridad jurídica tutelada por esta garantía, apunta Romero que “la seguridad no se agota con la mera promulgación de las normas legales, puesto que la seguridad jurídica se extiende hasta que la norma llega a cumplir los fines para los cuales fue creada” (Romero, 2012, p. 233).

Una cuestión importante es que, a pesar de que podemos afirmar que la Acción por incumplimiento es una garantía constitucional relativamente novedosa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a pesar también de que su desarrollo doctrinal no es que sea del todo amplio, no se puede negar que es un mecanismo no solo de protección de derechos, sino de ejecución de resoluciones tanto internas como internacionales, para asegurar protección de derechos frente a los incumplimientos de los órganos de poder, pues no tendría sentido tutelar derechos que no se pretenda exigir, como bien afirma Storini (2010): “los derechos solo valen en la medida en que su contravención sea jurídicamente sancionada, para lo cual es imprescindible que su titular pueda instar la reacción de los mecanismos de tutela del ordenamiento” (p. 301), sobre todo porque “la razón de caracterizar a la Constitución como la garantía principal del Derecho, se encuentra en que la misma plas-

ma el catálogo de derechos fundamentales [...], así como también establece los mecanismos y dispositivos para la defensa de los mismos” (Rojas, 2018, párr. 6).

Una de las primeras referencias que hace la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana al respecto, la encontramos en la sentencia 0007-09-SAN-CC de 2009, donde este foro advierte que

La acción por incumplimiento forma parte de aquellas garantías jurisdiccionales previstas en el texto constitucional, para hacer efectivo el cumplimiento de derechos constitucionales; en lo fundamental, para precautelar el principio constitucional de seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución. En tal virtud, cuando la Corte dispone el cumplimiento de “algo incumplido” lo que hace es garantizar los derechos constitucionales de las partes que se han visto afectadas con el incumplimiento. (p. 4)

Como es claro, la Corte considera que dotar a las personas de seguridad jurídica es el pilar fundamental de un Estado constitucional de derechos, plantear mecanismos que garanticen no sólo el pleno goce de los mismos, sino también las vías de actuación ante el incumplimiento de ellos, constituye la certeza inexcusable que debe ser proporcionada a todos los ciudadanos, como garantía que, en caso de que se vulneren derechos constitucionales y humanos, poseen herramientas idóneas y necesarias para reparar las violaciones y en tal sentido determinar las responsabilidades que correspondan.

II. METODOLOGÍA

La investigación que se llevó a cabo fue de tipo documental y descriptiva; para ello se implementó el método cualitativo de investigación, realizándose una recopilación de información sobre los enfoques normativos y procedimentales que giran en torno a la garantía de Acción por incumplimiento. Así mismo se aborda la eficacia de esta garantía partiendo del estudio de su naturaleza jurídica. Lo anterior permite establecer que, partiendo de dicha naturaleza jurídica, esta garantía presenta serios inconvenientes específicamente en su alcance referente al cumplimiento de sentencias e informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos.

Las fuentes documentales analizadas son esencialmente nacionales debido a que se abordan jurisprudencia y normativa vigente en Ecuador. Sin embargo, se exponen un grupo de criterios relevantes sobre esta acción jurisdiccional, con el afán de lograr clarificar con argumentos claros la eficacia de esta garantía dentro del orden constitucional ecuatoriano. Se aplica de igual manera el método analítico de investigación, con el que se estudia la garantía constitucional de acción por incumplimiento desentrañando sus componentes más importantes, específicamente el procedimiento para sustanciar la misma en sus diferentes etapas procesales, con lo que se pudo establecer que existen aún numerosos vacíos desde el punto de vista normativo que desencadenan una notable falta de eficacia como mecanismo de cumplimiento de sentencias e informes internacionales.

III. DESARROLLO

1. *La Acción por incumplimiento: su naturaleza jurídica*

Parecería certero afirmar que el texto constitucional deja muy claro que esta garantía jurisdiccional persigue la protección de un derecho como lo es la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva mediante la posibilidad de exigir el cumplimiento de una obligación incumplida por el Estado, la cual, una vez cumplida implica el cese de la amenaza o de la violación de los derechos. La característica esencial de las garantías jurisdiccionales constitucionales, no sólo de esta en particular sino de todas, es precisamente que pretenden la protección del derecho mediante la interposición de procesos judiciales de naturaleza constitucional.

El caso de la Acción por incumplimiento es en sí misma una acción no sustitutiva, esto quiere decir en palabras claras que no es aplicable si existen vías ordinarias para conseguir el mismo fin, es decir que únicamente cuando estas vías de carácter ordinario no hubieren cumplido su finalidad o cuando no existan las mismas, sólo entonces se puede interponer la Acción por incumplimiento. Es precisamente porque la misma viene a exigir esa obligación de hacer o no hacer ante el incumplimiento de dicha obligación.

En este sentido, es necesario delimitar la naturaleza jurídica de esta acción. En primer lugar, el constituyente le da esta dimensión a la Acción por incumplimiento en la cual pretende hacer cumplir a través de ella las sentencias

e informes de organismos internacionales de derechos humanos. Claramente esta fue la intención del legislador, dado que si se analiza el Acta número 89 de la Asamblea Constituyente de Montecristi del 17 de julio de 2008 se puede evidenciar el objeto que le otorgaban a la misma al indicar que

La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, cualquiera sea su naturaleza y jerarquía, así como el cumplimiento de sentencias o informes de cortes u organismos internacionales de derechos humanos, que no sean ejecutables por las vías de apremio ordinarias. Esta acción se interpondrá ante la Corte Constitucional, siempre que la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible, de modo que se pueda individualizar la decisión, la conducta o la prestación debida; y que el incumplimiento de la obligación sea evidente. (Asamblea Constituyente de Montecristi, 2008, p. 114)

Es así que la Acción por incumplimiento es finalmente incluida dentro del proyecto de Constitución de Montecristi. Según la intención del constituyente los fines que se perseguían con esta garantía eran verdaderamente genuinos. Los inconvenientes se presentan más adelante desde el punto de vista procedimental, y es que existen una serie de elementos que inicialmente el constituyente no consideró desde su perspectiva.

Este análisis inicial del legislador fue reproducido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional un año después, pues la exigencia del cumplimiento de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos se ve sujeta a los mismos requisitos y fases procesales que los procesos cuyo eje central es el incumplimiento de normas o actos normativos internos. Este particular contraviene la naturaleza jurídica que tiene la garantía de Acción por incumplimiento en lo referente al exigir el cumplimiento de una sentencia, principalmente porque esta garantía se erige como un nuevo proceso en sí mismo, con todas las etapas procesales que ello implica.

En cuanto a esta última dimensión que el constituyente otorga a la Acción por incumplimiento, se debe indicar que la obligación del Estado ante estas resoluciones internacionales nace tanto del sistema universal, como del sistema interamericano de protección de derechos, y en virtud de ello la declaración de responsabilidad de los Estados ante situaciones de vulnera-

ción de derechos es precisamente lo que ha ameritado en el caso ecuatoriano, la implementación a nivel constitucional y legal de una garantía especial y jurisdiccional para lograr su efectivo acatamiento.

Si revisamos el artículo 56 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional claramente indica en el proceso que esta acción es susceptible de admisibilidad. Esta particularidad permite de manera inmediata establecer que si la Acción por incumplimiento fuese un proceso de ejecución no podría pasar nunca por un filtro de admisibilidad. En virtud de ello se denota que se trata de una garantía de conocimiento. Ahora bien, analicemos lo que indica el artículo 57 de la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Art. 57. Procedimiento. Presentada la demanda a la Corte Constitucional, la sala de admisiones lo admitirá o inadmitirá conforme lo establecido en los artículos precedentes.

En caso de considerar admisible la demanda, inmediatamente se designará mediante sorteo a la jueza o juez ponente y dentro de las veinticuatro horas siguientes, se notificará a la persona accionada para que cumpla o justifique el incumplimiento en una audiencia que se realizará en el término de dos días, ante la jueza o juez ponente.

En la audiencia, la persona accionada comparecerá y contestará la demanda y presentará las pruebas y justificativos que considere pertinentes.

En caso de que existan hechos que deban justificarse, se podrá abrir el término de prueba por ocho días tras los cuales se dictará sentencia. Si la persona accionada no comparece a la audiencia o si no existen hechos que deban justificarse, se elaborará el proyecto de sentencia y el Pleno dictará sentencia en el término de dos días tras la celebración de la audiencia. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 57)

Es evidente que se trata de un proceso autónomo en sí mismo, donde se realizará una audiencia, con el objetivo de inteligenciar al juez para establecer si hubo o no incumplimiento ya sea de una norma o de una sentencia de carácter internacional y por ende vulneración de derechos. En los procesos de ejecución si bien puede haber o no audiencia, la esencia es ordenar el cumplimiento, o sea en tal caso el juez llamará a audiencia y le solicitará al demandado que diga y pruebe si ha incumplido o no con la obligación.

Esto lleva a concluir que como está pensada y configurada esta Acción es un proceso de conocimiento, aun cuando le han dado una connotación o dimensión procesal en la que se puede exigir el cumplimiento de una sentencia a través de ella. Es precisamente este el inconveniente que hace que esta garantía no resulte eficaz para exigir el cumplimiento de sentencias de carácter internacional, téngase en consideración que no es lo mismo exigir el cumplimiento de una norma, que por demás es de carácter abstracto y tiene toda la lógica que se exija a través de un proceso de este tipo, que exigir el cumplimiento de una sentencia cuyo cumplimiento debe ser inmediato.

El constituyente decide incluir el cumplimiento de estas sentencias internacionales dentro de la garantía constitucional de Acción por incumplimiento, realizando un análisis formal y entendiendo que esta acción se interpondrá ante la Corte Constitucional, siempre que la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible. Se hace especial énfasis en estos términos, pues es el elemento característico que vincula a las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos con esta garantía, toda vez que el constituyente alega que las mismas se tienen obligaciones de hacer, de no hacer, claras, expresas y exigibles, por lo que a su razonamiento cabría perfectamente dentro de esta acción. Sin prevenir que, en el ámbito procedimental posterior, la naturaleza jurídica propia de este proceso supondría serias dificultades para que la misma fuera eficaz al menos en lo relacionado a la materialización de estas sentencias internacionales.

Por otra parte, en 2009 se promulga la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, e igualmente sin atender de forma especial a las consecuencias procesales y constitucionales de este particular, se reproduce nuevamente el contenido de la Constitución en esta norma al establecer el procedimiento a seguir para su sustanciación. Podría haberse corregido o direccionado de mejor manera este proceso, si se observa que ya en esta ley se habla de otra figura procesal en el artículo 163 y siguientes como lo es el proceso de incumplimiento al establecer que

Art. 163. Incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales. Las juezas y jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado. Subsidiariamente, en caso de inejecución o defectuosa ejecución, se ejercitará la acción de incumplimiento ante la Corte

Constitucional [...] (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 163)

En este precepto legal ya se habla de la Acción de incumplimiento, y si bien no se le declara como una garantía, y al mismo tiempo sólo es procedente para fallos constitucionales, podría decirse que hubiese sido una salida viable ubicar en este proceso el cumplimiento de sentencias de carácter internacional, o sea hacerlo extensivo no sólo a decisiones emanadas de procesos constitucionales, sino también a las sentencias e informes internacionales de organismos de protección de derechos humanos. Esto hasta cierto punto hubiese solventado que las víctimas de un incumplimiento por parte del Estado frente a este tipo de sentencias internacionales no tuvieran que iniciar un proceso nuevo y autónomo, como lo es la Acción por incumplimiento, susceptible de admisión por la Corte, que además implica un lapso probatorio en el cual el juez debe valorar pruebas sobre un incumplimiento que ya se ha configurado.

También es digno de reflexión que esta decisión no hubiese sido descabellada, pues si se analiza que la Acción de incumplimiento tiene como objeto exigir el cumplimiento de fallos constitucionales y por demás las sentencias de carácter internacional de protección de derechos humanos, también protegen derechos humanos y constitucionales al unísono, sería perfectamente lógico realizarlo de esa manera, más aun cuando en 2010 la Corte Constitucional en su Sentencia 001-10-PJO-CC le otorga el carácter de garantía jurisdiccional al afirmar que

La Corte Constitucional, como consecuencia del problema jurídico reflejado en el caso, establece que los mecanismos constitucionales de cumplimiento de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales se constituyen en garantías jurisdiccionales. Ante la existencia de sentencias constitucionales contradictorias, o ausencia de precedente constitucional en la materia, que impidan la ejecución de la misma, la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 436 numeral 9 de la Constitución, se constituye en el órgano competente para conocer sobre dicho incumplimiento y dirimir el conflicto suscitado. (Corte Constitucional del Ecuador, 2008, p. 20)

El caso es que la garantía debería estar diseñada para una de estas dos situaciones particulares, o si realmente es el mecanismo para ambos fines, de-

bería contar con un diseño procesal que permitiera cumplir con ambos objetivos sin que uno vaya en detrimento del otro. Sin embargo, al analizar de manera literal la letra de la Constitución referente a la denominación de la Garantía de Acción por Incumplimiento, vemos que la misma es una acción “por incumplimiento” y no una acción “de cumplimiento”, parecería que el fin inmediato de la acción es sancionatorio, al menos si se interpreta de manera literal, sin embargo, la inspiración de la garantía según el constituyente es de naturaleza reparatoria, pues las garantías constitucionales tienen como objetivo primordial buscar la reparación de un derecho y no la imposición de una sanción.

2. Requisitos de procedencia y admisibilidad de la acción por incumplimiento

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) en su capítulo VII del Título II, aborda esta acción en su totalidad en los artículos 52 al 57. Primeramente, hay que desentrañar lo establecido en el artículo 52 del mencionado cuerpo legal al indicar que

Artículo 52. La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 52)

Este precepto legal establece que esta acción podrá interponerse ante el incumplimiento no sólo de normas jurídicas, sino también de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos, hasta aquí estaría claro cuando es procedente dicha garantía constitucional, sin embargo, el legislador dice además, que para tipificar la procedencia de esta acción es necesario que la obligación incumplida sea de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.

Analizando estos términos con detenimiento se debe definir cuando una obligación es de hacer o no hacer. Es lo que comúnmente se conoce como obligaciones positivas, en las que el obligado debe realizar una acción

y obligaciones negativas en las que la persona debe abstenerse de realizar una acción, en palabras de doctrinarios como Osterling y Castillo (2001):

En efecto, la prestación, en las obligaciones de dar, está constituida por la actividad del deudor destinada a la entrega de un bien y por su propia entrega; en las obligaciones de hacer, por la ejecución de un hecho que puede ser material (pintar un cuadro y luego entregarlo al acreedor) o inmaterial (transportar a una persona de un lugar a otro); y en las obligaciones de no hacer, esto es en las obligaciones negativas, por la simple abstención del deudor, quien cumple su obligación no haciendo. (Osterling y Castillo, 2001, p. 698)

Igualmente, la Corte Constitucional ha sido enfática al analizar estas características, dando especial importancia a los términos que deben caracterizar la obligación, inicialmente dice que debe ser clara, toda vez que según la línea jurisprudencial de esta Corte la claridad en una obligación está determinada por los elementos que la constituyen como su alcance, es decir, si son completamente determinables los mismos para exigir su cumplimiento. En virtud de aquello existen también criterios jurisprudenciales referentes a la característica de “expresa” que debe tener esta obligación que se pretende demandar, ante esto la Corte en su sentencia núm. 011-15-SAN-CC del año 2015, ha indicado que

Ahora bien, el segundo requisito para la procedencia de una acción por incumplimiento, es que la obligación sea expresa, requisito que se entiende cuando de la configuración de la misma, aparece nítida y manifiesta la obligación, esto, porque no se pueden asumir escenarios contenidos en otra normativa o que pueden inclusive constituirse en inexistentes o imposibles. (p. 13)

Por último, y no menos importante, debemos referirnos a la exigibilidad de la obligación. Es entonces necesario detenerse a definir en qué consiste según los criterios de la Corte Constitucional el término exigibilidad propiamente dicho. Frente a esto, la máxima intérprete de la Constitución ecuatoriana en la sentencia núm. 007-15-SAN-CC del 2015 ha declarado que

Por su parte, una obligación exigible es aquella que emana el deber de cumplir y el derecho de exigir el cumplimiento de su contenido; es decir, el deber de cumplir se encuentra directamente relacionado con el acatamiento de normas cons-

titudinales e infra constitucionales, así como el derecho a exigir el cumplimiento con la determinación del sujeto o sujetos que llevarán a efecto el mismo. (p. 8)

Una vez analizados estos requisitos de procedencia, es pertinente definir la legitimación activa y pasiva de esta acción. La legitimación activa de la Acción por incumplimiento es bastante amplia, ya que puede ser interpuesta por cualquier persona, natural o jurídica, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad que vea afectado su derecho. Ahora bien, un poco más específico a razón de la naturaleza jurídica de esta acción es determinar contra qué sujetos procede la misma. Este particular está consagrado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), en la cual se indica la legitimación pasiva en los siguientes términos:

Artículo 53. Legitimación pasiva. La acción por incumplimiento procederá en contra de toda autoridad pública y contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procederá contra particulares también en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 53)

Es decir que existen dos sujetos contra los que se puede interponer esta acción. En primer lugar, particulares, naturales o jurídicos, o autoridades del poder. En un segundo lugar, se encontrarían particulares que deban cumplir una obligación impuesta por una sentencia, decisión o informe proveniente de un organismo de derechos humanos. Es necesario aclarar que son dos las circunstancias que la ley prevé en las que la acción por incumplimiento puede presentarse cuando se habla de una persona natural, la primera sería cuando esta persona o personas en ejercicio de funciones públicas no presten servicios públicos, como bien lo indica el precepto citado, y en segundo lugar se corresponde con la existencia de una sentencia o informe relacionado con los sistemas de protección de derechos humanos en la cual se establezca una obligación particular.

Con respecto a la procedencia de esta acción la Corte Constitucional ecuatoriana ha sido determinante también al advertir que no procede en ningún caso cuando la pretensión verse sobre la inconstitucionalidad o ile-

gualidad de normas, menos cuando el incumplimiento o presunto incumplimiento se derive de una errónea interpretación de la norma, ante estos supuestos el foro constitucional ha apuntado lo siguiente en su sentencia núm. 010-12-SAN-CC de 2012:

Esta acción está dirigida para exigir el cumplimiento de actos normativos y administrativos de carácter general, sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, siempre que no se trate de sentencias y dictámenes constitucionales. Esta Corte considera necesario aclarar que lo que se cuestiona mediante esta acción por incumplimiento no es la legalidad o constitucionalidad, sino el incumplimiento de un acto normativo o administrativo, sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. (p. 7)

De esta manera la Corte delimita el ámbito de acción y eficacia de esta garantía, es decir la Acción por incumplimiento es una garantía que persigue la materialidad del ordenamiento jurídico vigente de forma eficaz, además de exigir el cumplimiento de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, fuera de esta competencia sería totalmente improcedente la misma.

Ahora bien, cuando se habla de la admisibilidad de la acción por incumplimiento, se debe dar especial atención al análisis y verificación de requisitos formales. Sería así que, este proceso de admisión constituye la antesala que da lugar o no a la continuidad de las siguientes etapas procesales. En el caso de esta garantía se establecen cuatro supuestos que van a determinar en gran medida que la misma sea admitida o en su defecto inadmitida. Estas causales se regulan de manera clara en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), donde se expone lo siguiente:

Artículo 56. Causales de inadmisión. La acción por incumplimiento no procede en los siguientes casos:

1. Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional.
2. Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales.
3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse

la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.

4. Si no se cumplen los requisitos de la demanda. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 56)

Es menester analizar cada una de estas causales desde una perspectiva práctica. Por ejemplo, la primera se refiere específicamente a la protección de los derechos que tutela esta garantía, o sea esta causal está llamada a evitar que se generen confusiones o colisiones entre esta garantía de Acción por incumplimiento y las otras garantías jurisdiccionales. En el caso de la Acción por incumplimiento tutela el derecho a la seguridad jurídica y se puede decir que también tiene un grado de incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva en lo concerniente al contenido de ejecución de sentencias. En conclusión, esta acción no busca la reparación específica del derecho vulnerado que dio lugar al proceso inicial en vía judicial interna o internacional, sino garantizar la eficacia de las normas y el cumplimiento de aquellas sentencias e informes relacionados a los sistemas de protección de derechos humanos.

Como segundo punto se refiere la norma, a la omisión de mandatos de carácter constitucional, en pocas palabras sería el incumplimiento por parte de una autoridad ya sea de reglamentar o normar alguna cuestión específica por mandato constitucional, o también pudiese referirse a omisiones no solo de tipo legislativo sino de cualquier otro mandato proveniente de este foro. Otro punto de análisis importante es que la ley indica como causal de inadmisión también la existencia de otro mecanismo judicial, aquí se ahonda en la subsidiariedad de esta garantía, que ya también fue motivo de examen al hablar de su procedencia.

En este sentido lo que se pretende es que en ninguna circunstancia la justicia constitucional sea sustitutiva de la vía judicial ordinaria, por ende, si existe otro mecanismo judicial idóneo y efectivo para lograr el fin propuesto no puede ser admitida esta acción. Esta realidad cambia en lo referente al derecho internacional, en este caso concreto la subsidiariedad es vista como un mecanismo de reforzamiento del derecho interno como se analizó en el capítulo anterior. Refinándose a este particular apunta Toro (2011):

En el ámbito del DIDH no existen competencias concurrentes o simultáneas entre las instancias nacionales e internacionales, sino que se deja a las autoridades nacionales la tarea de garantizar, en primera instancia los derechos y libertades

internacionalmente reconocidos y solo ante el incumplimiento de cualquiera de los deberes internacionales de las autoridades estatales es que las instancias internacionales están facultadas para intervenir. (Toro, 2011, p. 26)

Por último y no menos importante, se hace referencia en el numeral 4 del propio artículo 56 al incumplimiento de los requisitos de la demanda. En virtud de esto es necesario remitirse al artículo 55 de ley de garantías donde se indica que los requisitos de la demanda son los siguientes:

Artículo. 55. Demanda. La demanda deberá contener:

1. Nombre completo de la persona accionante.
2. Determinación de la norma, sentencia o informe del que se solicita su cumplimiento, con señalamiento de la obligación clara, expresa y exigible que se requiere cumplir.
3. Identificación de la persona, natural o jurídica, pública o privada de quien se exige el cumplimiento.
4. Prueba del reclamo previo.
5. Declaración de no haber presentado otra demanda en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión.
6. Lugar en el que se ha de notificar a la persona requerida. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 55)

Si revisamos con detenimiento este precepto normativo en la mayoría de sus requisitos referentes al contenido formal de la demanda, no dista mucho de lo exigible en otras acciones jurisdiccionales. Puesto que debe plasmarse la identificación completa del accionante, así como expresamente la norma o sentencia de la cual se configura el incumplimiento, de forma tal que se especifique que es lo que no se ha cumplido y porqué. Este segundo requisito de la demanda de Acción por incumplimiento es evidente que no se trata de enumerar un catálogo de derechos vulnerados, esto desnaturalizaría por completo su esencia procesal, no es este el objeto y fin de esta garantía, como lo ha dejado claramente especificado la Corte Constitucional ecuatoriana en su sentencia núm. 010-12-SAN-CC de 2012 al señalar que

La acción por incumplimiento es una garantía jurisdiccional cuyo objetivo fundamental es la efectiva aplicación de las disposiciones del ordenamiento jurídico ecuatoriano para lograr una tutela efectiva de los derechos, mediante el cumpli-

miento de las obligaciones contenidas dentro de los distintos actos normativos o administrativos de carácter general, así como las sentencias o informes de organismos internacionales que protegen los derechos humanos. (p. 6)

Otro requisito fundamental que debe contener el escrito de demanda serán los datos de identificación de quien debe cumplir, en este sentido el foro constitucional en esta propia sentencia núm. 010-12-SAN-CC de 2012, ha indicado con exactitud contra qué sujetos es procedente y exigible el cumplimiento de una obligación indicando lo siguiente:

La acción por incumplimiento procederá en contra de toda autoridad pública y contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procederá contra particulares también en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable. La acción por incumplimiento también puede ser dirigida hacia particulares cuando estos sean encargados del desempeño de funciones públicas. Ahora bien, existen ocasiones en que una autoridad está encargada de hacer cumplir la función pública del particular; en estos casos se puede dirigir tanto al particular como a la autoridad facultada para que se lleve a efecto el cumplimiento. (p. 7)

Como cuarto requisito la norma establece que debe ser presentada la prueba del reclamo previo, esto significa para el legitimado activo que este reclamo previo está regulado expresamente en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) que establece lo siguiente:

Reclamo previo. Con el propósito de que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 54)

De lo anterior se concluye que el legitimado activo para que proceda su demanda de Acción por incumplimiento, deberá demostrar que a pesar

de haber solicitado o requerido ante la autoridad o servidor público o particular responsable del cumplimiento, en este caso concreto el ente administrativo encargado de tales fines es la Secretaría de Derechos Humanos, el incumplimiento de esa obligación se ha mantenido y por ende se debe acudir a la vía judicial.

En este orden de ideas, la norma también exige, además, para admitir la demanda, que el legitimado activo realice una declaración expresa que señale que no ha iniciado otra demanda con identidad de objeto y personas, toda vez que no es permisible en ningún proceso de garantía constitucional que se duplique la acción. Finalmente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) establece como último requisito de la demanda, la obligación de hacer constar el lugar donde se puede notificar o poner en conocimiento de la acción a la persona o entidad demandada, a fin de garantizar el derecho del legitimado pasivo a su defensa.

3. Prueba del reclamo previo como requisito de admisibilidad

Como se había expuesto, uno de los requisitos para que sea admitida a trámite la demanda de Acción por incumplimiento, es precisamente la presentación de la prueba de reclamo previo, la cual consiste en que, tal como lo define el ya citado artículo 54 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), el demandante deberá demostrar que ha solicitado el cumplimiento de la obligación, y que aun así ha persistido dicho incumplimiento. La autoridad a quien se le exige este incumplimiento tiene el término de cuarenta días para ejecutar su obligación luego de presentada esta solicitud, transcurrido este término si no da solución a la pretensión solicitada es que la norma considera que se configura el incumplimiento, y por ende cabe la interposición de la Acción por incumplimiento.

Es considerable darle especial atención a este requisito de admisibilidad, teniendo en consideración que de cierto modo esta disposición contenida en la norma contraviene la esencia garantista de la Constitución ecuatoriana vigente, pues la naturaleza de toda garantía jurisdiccional es lograr la protección directa y eficaz de los derechos, el solo hecho de establecer este requisito supondría el agotamiento de una vía previa, en este caso concreto sería la vía administrativa, como se indicó antes frente a la Secretaría de Derechos Humanos; téngase en consideración que esta vía previa supone que la víctima debe iniciar el trámite ante esta Secretaría, por lo que tampoco es el Esta-

do quien de manera voluntaria activa este mecanismo de ejecución. Es ante la ineficacia del proceso administrativo, que la víctima puede interponer la vía judicial.

Otro tema que resulta paradójico es que la propia norma indique que se debe configurar el incumplimiento pasados los cuarenta días de que se solicite a la instancia pertinente que cumpla con su obligación, considerando que cuando el demandante acude a esta instancia judicial es precisamente porque no se le ha cumplido su pretensión mucho antes de llegar a este trámite. Sin embargo, este requisito se debe indicar que no es una innovación del ordenamiento jurídico ecuatoriano, todo lo contrario, en otros países de la Comunidad Andina donde existe esta garantía jurisdiccional también está presente este llamado reclamo previo. En Colombia, por ejemplo, es considerado un requisito de procedibilidad, en su caso la Corte Constitucional colombiana en su sentencia núm. C-1194-01 de 2001, ha señalado que

Como la Acción de Cumplimiento no es para garantizar la ejecución general de las leyes sino el cumplimiento de deberes omitidos, la Constitución en renuencia es un paso conducente dentro del proceso encaminado a exigir a una autoridad el cumplimiento de una de sus obligaciones (legales o administrativas), pues ésta es la manera, no sólo de constatar el incumplimiento de la administración sino de delimitar el ámbito del deber omitido [...] Por eso, la Constitución en renuencia es compatible con la naturaleza y funciones de la acción de cumplimiento. Cabe señalar que el propio texto del Art. 87 C.P. introdujo el concepto de la renuencia de manera expresa al señalar que “la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. (párr. 79)

En el caso colombiano, este requisito puede ser obviado únicamente en el caso en que el cumplimiento íntegro de la obligación traiga consigo el inminente peligro de sufrir un perjuicio irreparable, pero esta situación debe ser sustentada en la demanda y debidamente probada por parte del demandante, en tal caso igualmente tanto para la presentación de este reclamo previo como para exonerarse de la presentación del mismo, existe la responsabilidad en la persona del afectado de demostrar que ha exigido el cumplimiento. En el caso colombiano se requieren 10 días desde la presentación de este reclamo previo para que se considere configurado el incumplimiento y proceda la acción.

De igual manera, en Perú también es un requisito para que proceda la demanda presentar esta prueba de reclamo previo, y la presentación de esta constancia debe ser notariada. Para sustentar este criterio el tribunal Constitucional de Perú en su Sentencia 191-2003-AC/TC del año 2003 ha señalado lo siguiente:

Mediante la acción de cumplimiento no se controla la mera o simple inactividad administrativa, sino aquella que asume la condición de “renuente...”, el requerimiento notarial es un presupuesto procesal subjetivo que “...persigue que se demuestre que no se trata de un simple letargo administrativo, sino que la autoridad responsable persiste en la inacción, pese a que el afectado en sus intereses legítimos le ha recordado que existe un mandado contenido en la ley o en un acto administrativo que aún no se ha cumplido. (párr. 13)

En este mismo sentido y atendiendo a que en el caso de Ecuador, la Acción por incumplimiento tiene un alcance diferente y superior que en estos países, pues debido a que en el caso ecuatoriano esta garantía también es procedente para la exigencia del cumplimiento de sentencias e informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos, sería prudente entonces analizar qué sucede en estos casos concretos.

Primeramente, se debe establecer que la naturaleza y efectos de este tipo de sentencias e informes internacionales son totalmente diferentes a las de cualquier otro proceso ordinario, téngase en cuenta que la materia que se pretende reparar con las mismas son vulneraciones a derechos humanos.

Si se analiza de manera literal el contenido del citado artículo 54 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, donde se regula el reclamo previo, se evidencian ciertas inconsistencias al momento de definir ante qué instancia se debe presentar el reclamo de la obligación. De manera literal indica el artículo que es ante quien deba satisfacer dicha reparación y en este punto se puede pensar que el reclamo previo podría ser presentado ante la Secretaría de Derechos Humanos, sin embargo, esta Secretaría no es el ente encargado de satisfacer las obligaciones, sólo se limita a coordinar la ejecución de la sentencia con las restantes instituciones que sí tienen la obligación de reparar a la víctima.

Se debe tener en observancia de igual manera que las obligaciones de reparar la vulneración recaen ante diferentes instituciones, entonces es comprensible preguntarse a partir de cuándo comienza a transcurrir el término

de los 40 días para que se considere configurado el incumplimiento. Estas son algunas cuestiones que definitivamente aportan más dudas que respuestas a las víctimas dentro de estos procesos. A esto podemos agregar que la exigencia de este reclamo previo podría sugerir que se pruebe un incumplimiento que ya ha tenido lugar con anterioridad a la acción, que ya existe por sí mismo, con el solo hecho de que el accionante deba recurrir al cumplimiento forzosa de la resolución. Como bien apuntan Porras y Romero (2012):

Es así mismo contradictorio que la norma determine que solo realizado el reclamo y transcurrido el tiempo —40 días— el incumplimiento se configura, esto por cuanto el incumplimiento en sí mismo ya se ha producido, sin necesidad de que el administrado o accionante haya presentado el requerimiento previo o que hayan transcurrido el término. (Porras y Romero, 2012, p. 246)

Es importante señalar además que esta prueba del reclamo previo no sólo es un requisito formal para la admisibilidad del proceso, sino que para la Corte Constitucional ecuatoriana es el requisito indispensable para que se considere que se ha configurado el incumplimiento por parte del Estado. Así lo indica la propia Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia núm. 69-16-AN-2021 del 17 de marzo de 2021 al puntualizar que

En el marco de una acción por incumplimiento, para que la Corte Constitucional tenga por ciertos los hechos alegados resulta indispensable que dentro del proceso exista prueba suficiente de que el hecho ocurrió. De ahí que, respecto de la acción por incumplimiento, la LOGJCC exige presentar una prueba del reclamo previo, no sólo como una formalidad sino como un requisito para que tal incumplimiento se configure. De hecho, la demostración de este hecho es un requisito que corresponde a la esencia de la acción en cuestión. (p. 7)

Analizando la incidencia de la exigencia de este requisito, desde el punto de vista constitucional habría que considerar en qué medida también se transgrede el artículo 11 numeral 3 de la Constitución ecuatoriana en lo referente al principio de aplicación directa de los derechos y garantías constitucionales. Como bien indica Castro (2017):

Puede cuestionarse la constitucionalidad del reclamo previo, que es un requisito que no consta en la Carta Suprema y que restringe la aplicación inmediata

de la Acción por Incumplimiento, tanto más que en el caso ecuatoriano se establece que, desde que se efectúa el reclamo previo, hasta que se está en capacidad de presentar una demanda de Acción por Incumplimiento, debe esperarse la respuesta de la autoridad obligada por el término de 40 días, que al ser días hábiles se convierte prácticamente en dos meses. Se afirma que esta regulación, a todas luces, está en contra de la conceptualización de las garantías constitucionales, como instrumentos de “inmediata y directa aplicación”. (Castro, 2017, p. 312)

Otro tema de discusión sería referente a las particularidades de sencillez, rapidez y eficacia que por sobradas razones son vitales en este tipo de procesos constitucionales y que igualmente se regulan en el artículo 86, numeral 2, del propio texto constitucional, además se definen en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Todos estos particulares llevan a cuestionar si resulta excesivo que se condicione la Acción por incumplimiento a este requisito que por demás justificaría un doble menoscabo a los derechos del afectado.

4. Efectos de la sentencia de Acción por incumplimiento

De manera general las resoluciones constitucionales se pudieran caracterizar por tener un carácter modulativo, en el sentido de que las mismas tienen influencia directa al regular sus efectos, no sólo en el tiempo, sino también en la materia y el espacio, con el objetivo esencial de salvaguardar la supremacía de los derechos constitucionales. Entiéndase que la modulación de sentencias es una técnica muy frecuente y usada por los jueces constitucionales, con el fin de establecer o dirimir el sentido o sentidos en que debe o no ser interpretada una disposición normativa.

Sin embargo, ni en la norma ni en la Constitución de Montecristi se establecen de manera específica los efectos de las sentencias de Acción por incumplimiento, pero a pesar de esto la práctica jurisdiccional ha demostrado que los efectos de estas sentencias son en su gran mayoría inter partes, aunque en algunos casos, dependiendo de la relevancia del mismo, sus efectos pueden ser de carácter general o vinculantes. Sobre estas sentencias de carácter vinculante y que fijan precedentes jurisprudenciales podemos encontrar un ejemplo en la sentencia 011-13-SAN-CC (2016), donde en su parte resolutoria refiriéndose a la reparación integral establece que

3. En consideración a que el Servicio de Rentas Internas ha dejado sin efecto el acto que provocó la vulneración de derechos, se establece que esta sentencia en sí misma constituye una forma de reparación. No obstante, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se dispone también como medidas de reparación integral:

3.1. En garantía de no repetición para con los contribuyentes, que el Servicio de Rentas Internas se abstenga de solicitar mediante resoluciones, circulares, memorando o cualquier otro instrumento de naturaleza similar, requisitos no previstos en la Constitución de la República, la ley o el reglamento pertinente, para el ejercicio de los derechos de los contribuyentes. (p. 14)

En esta resolución de la Corte Constitucional se declaró vulnerado el derecho a la seguridad jurídica. Por otro lado, es relevante el hecho que enuncia en su numeral 2 de la parte resolutive citada, estableciendo un efecto *erga omnes*. Por todo lo anteriormente expuesto es evidente que las sentencias de Acción por Incumplimiento pueden tener efectos inter partes y pueden en algunos casos tener efectos *erga omnes*, donde sus alcances no solo benefician a las partes procesales sino a una comunidad determinada, o a los ciudadanos en general, creando así un precedente jurisprudencial que marcará la línea de aplicación de normas en casos similares.

5. Eficacia de la Acción por incumplimiento frente a la ejecución de sentencias internacionales

Ecuador ha sido declarado responsable en 43 ocasiones por vulneraciones de esta naturaleza, es decir que desde 1997 hasta la actual fecha de 2023 existen 43 sentencias condenatorias hacia el Estado ecuatoriano. En tal sentido muchas estas se encuentran en fase de supervisión de cumplimiento, debido a que no han sido ejecutadas en su totalidad por parte del Estado. Es por ello que, con fines ilustrativos, se consultó la página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con los datos que obran en la misma se elaboró la siguiente tabla que contiene los casos en los cuales se ha sancionado al Ecuador por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 1997 hasta el presente año 2023 y que se encuentran con cumplimiento parcial o pendiente de cumplimiento su sentencia:

Tabla 1. Tabla general de casos y su estatus de cumplimiento por parte de Ecuador

| # | <i>Caso</i> | <i>Año</i> | <i>Estatus</i> |
|----|--|------------|---------------------------|
| 1 | Benavides Cevallos vs. Ecuador | 1998 | Cumplimiento parcial |
| 2 | Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (Reparaciones y Costas) | 1999 | |
| 3 | Tibi vs. Ecuador | 2004 | Cumplimiento parcial |
| 4 | Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador | 2007 | Cumplimiento parcial |
| 5 | Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador | 2007 | Cumplimiento parcial |
| 6 | Vera Vera y otra vs. Ecuador | 2011 | Cumplimiento parcial |
| 7 | Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador | 2012 | Cumplimiento parcial |
| 8 | Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador | 2015 | Cumplimiento parcial |
| 9 | Flor Freire vs. Ecuador | 2016 | Cumplimiento parcial |
| 10 | Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador | 2016 | Cumplimiento parcial |
| 11 | Vásquez Durand y otros vs. Ecuador | 2017 | Cumplimiento parcial |
| 12 | Montesinos Mejía vs. Ecuador | 2020 | Pendiente de cumplimiento |
| 13 | Carranza Alarcón vs. Ecuador | 2020 | Pendiente de cumplimiento |
| 14 | Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador | 2020 | Pendiente de cumplimiento |
| 15 | Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador | 2021 | Pendiente de cumplimiento |
| 16 | Caso Grijalva Bueno vs. Ecuador. | 2021 | Pendiente de cumplimiento |
| 17 | Villarroel Merino y otros vs. Ecuador | 2021 | Pendiente de cumplimiento |
| 18 | Caso Garzón Guzmán y otros vs. Ecuador | 2021 | Pendiente de cumplimiento |

| | | | |
|----|--|------|---------------------------|
| 19 | Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador | 2021 | Pendiente de cumplimiento |
| 20 | Caso Casierra Quiñonez y otros vs. Ecuador | 2021 | Pendiente de cumplimiento |
| 21 | Caso Mina Cuero vs. Ecuador | 2022 | Pendiente de cumplimiento |
| 22 | Caso Huacón Baidal y otros vs. Ecuador | 2022 | Pendiente de cumplimiento |
| 23 | Caso Cortez Espinoza vs. Ecuador | 2022 | Pendiente de cumplimiento |
| 24 | Caso Aroca Palma y otros vs. Ecuador | 2022 | Pendiente de cumplimiento |
| 25 | Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador | 2023 | Pendiente de cumplimiento |

Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos (2023). Elaboración propia.

Para verificar si la garantía de Acción por incumplimiento es realmente efectiva o al menos impulsada por las víctimas, vale la pena analizar en cuantos de estos casos se ha activado este mecanismo judicial de Acción por incumplimiento para exigir que el Estado cumpla y ejecute en su totalidad la sentencia. En virtud de ello y según obra en la página oficial de la Corte Constitucional ecuatoriana, de los 25 casos que aún se encuentran en cumplimiento parcial o pendiente de cumplimiento, sólo en dos de ellos se ha demandado la ejecución de la sentencia vía judicial por medio de la Acción por incumplimiento, se trata del Caso Mejía Hidrobo del año 2020 y el Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku año 2022. A decir del doctor Melo (2020), quien es el abogado actuante en este último caso, la razón para no activar esta garantía se debe a que

Una razón que desmotiva a acceder a la Corte Constitucional fije el cumplimiento es la demora procesal que tiene también la Corte Constitucional, la víctima que ha salido victoriosa ante la Corte Interamericana, ya lleva litigando más de una década y luego que ha ganado el caso otra vez enfrentarse a un proceso que no tiene plazos claros, la ley establece plazos cortos lo que ocurre es que no son obedecidos por la Corte Constitucional, entonces eso desmotiva, creo que ese es un factor importante. (Melo, 2020, p. 137)

Es evidente, o al menos deja mucho que pensar, que existiendo una garantía jurisdiccional de carácter constitucional regulada hace 15 años en la Ley Fundamental ecuatoriana, que tiene como uno de sus fines precisamente la ejecución de este tipo de sentencias internacionales, sólo dos de veinticinco casos hayan activado este mecanismo. Sin embargo, dentro de la Corte Constitucional desde 2008 a la fecha, se han tramitado más de 170 Acciones por incumplimiento para demandar el incumplimiento de normas internas, es decir que la garantía es eficaz o al menos los destinatarios la activan, para su alcance relacionado con el cumplimiento de normas del ordenamiento jurídico interno, mas no para pedir el cumplimiento de sentencias emitidas por organismos internacionales de protección de derechos humanos. Resulta desgastante y sumamente agotador para las víctimas pasar nuevamente por un proceso nuevo y susceptible de todas las fases procesales antes descritas, donde además recae sobre su responsabilidad la carga probatoria aunque el incumplimiento por parte del Estado se encuentre por demás configurado.

IV. CONCLUSIONES

Se puede concluir que la acción por incumplimiento como garantía constitucional consume eficazmente su rol en lo concerniente al cumplimiento de normas del ordenamiento jurídico interno, sin embargo su segunda dimensión o alcance como mecanismo judicial para exigir el cumplimiento de sentencias de la Corte IDH no es del todo eficaz, en primer lugar porque el constituyente no fue claro al momento de delimitar la naturaleza jurídica de esta garantía en lo referente a la exigibilidad del cumplimiento de las sentencias internacionales, en virtud de que forzosamente se le da este alcance sin considerar que exigir el cumplimiento de una sentencia no es igual a exigir el cumplimiento de una norma, que en sí misma es de carácter abstracto.

En el mismo sentido, el proceso previsto para esta garantía es de conocimiento, por lo tanto, posee requisitos de procedencia y admisibilidad, que dificultan el acceso de las personas que ostentan una sentencia internacional porque han sido vulneradas en sus derechos humanos, sometiéndolas a un nuevo proceso, con las etapas y tiempos procesales que ello implica, cuando el cumplimiento de la sentencia se debe constituir de forma inmediata a la luz de la tutela judicial efectiva, precisamente como el fin de un proceso y no como el inicio de uno nuevo; por ende, se considera más idóneo que el legis-

lador hubiese ubicado el cumplimiento de sentencias de organismos internacionales dentro de un proceso de ejecución por naturaleza como la acción de incumplimiento.

Por otra parte, es necesario que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia aclarare la naturaleza jurídica de la garantía y defina correctamente su objeto en lo relacionado al cumplimiento de sentencias internacionales, diferenciándolas de las normas abstractas e informes que poseen una naturaleza distinta y, por tanto, procesalmente deben recibir un tratamiento diferenciado.

Es por ello que, para concluir, se recomienda que se establezca una excepción para estos casos en lo relacionado al filtro de admisibilidad de la garantía de acción por incumplimiento, lo anterior, en atención a principios como el *in dubio pro legislatore*, declaración de inconstitucionalidad de *ultima ratio* y la supremacía constitucional. Por lo que podría solventarse esta situación a través de una sentencia modulativa, de carácter aditivo que establezca la excepción mencionada para los casos de cumplimiento de sentencias internacionales, de manera tal, que no se someta a la víctima a un nuevo proceso susceptible de requisitos de admisibilidad tales como el reclamo previo y todo el engorroso proceso que él mismo implica.

V. REFERENCIAS

- Asamblea Constituyente de Montecristi (2008). Acta 89 Sesión del Pleno. 17 de Julio 2008, Montecristi, p. 114.
- Carbonell, M. (2021). *Seguridad Jurídica*. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell. <https://miguelcarbonell.me/2021/02/16/que-es-la-seguridad-juridica/>
- Castro, I. (2017). *La acción por incumplimiento en la comunidad andina de naciones. Particular referencia al caso ecuatoriano* [tesis de doctorado, Universidad da Co-ruña]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=119576>
- Constitución de la República del Ecuador (2008, 20 de octubre). Registro oficial No. 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-1194-01. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1194-01.htm>
- Corte Constitucional del Ecuador (2009). Sentencia No. 0001-09-SIS-CC. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/>

- [SpacesStore/5c33cda7-64f9-4825-8e25-3b6de111836a/0003-08-IS-res.pdf](#)
- Corte Constitucional del Ecuador (2009, 9 de diciembre). Sentencia No. 0007-09-SAN-CC
- Corte Constitucional del Ecuador (2010, 22 de diciembre). Sentencia núm. 031-10-SIS-CC <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c4fc3a84-9d6e-414e-adca-fd69eb010d2d/0048-09-IS-res.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador, (2012). Sentencia núm. 010-12-SAN-CC. Caso núm 0009-11-AN. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/214c062e-173c-467c-a71d-82ca97f6f7db/0009-11-AN-sent.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador (2015a). Sentencia núm. 007-15-SAN-CC. Caso N° 0022-14-AN S.R.O. N° 553.
- Corte Constitucional del Ecuador (2015b, 17 de noviembre). Sentencia núm. 011-15-SAN-CC. Caso N° 0039-13-AN, S.R.O. N° 629.
- Corte Constitucional del Ecuador (2016, 15 de marzo). Sentencia 011-13-SAN-CC. Caso núm. 0003-10-AN. <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/6733ae00-4e2a-4449-a5a4-78b8c5bdae9c/0003-10-AN-sen.pdf?guest=true>
- Corte Constitucional del Ecuador (2021, 17 de marzo) en su sentencia núm. 69-16-AN-2021. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-69-16-an-21/>
- Toro, M. del (2011). *El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de Derechos Humanos con especial referencia al sistema Interamericano*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2496/7.pdf>
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (2009, 22 de octubre). *Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009*. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf
- López I. y Yanez K. (2020). *Mecanismos para el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Ecuador y el derecho a la tutela judicial efectiva* [tesis de maestría. Universidad de Otavalo]. <https://repositorio.uo-tavalo.edu.ec/xmlui/handle/52000/472>
- Osterling, F. y Castillo, M. (2011). *Algunos conceptos sobre la teoría general de las obligaciones*. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Algunos%20conceptos%20sobre%20la%20teoria%20general%20de%20obligaciones.pdf>

- Página Web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2023). Lista de casos en etapa de supervisión, excluyendo aquellos en que se ha aplicado el artículo 65 de la Convención. https://www.corteidh.or.cr/casos_aplicacion_articulo_65_convencion.cfm
- Porras, A. y Romero, J. (2012). Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana. Período octubre 2008-diciembre 2010. http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Guia_jurisprudencia_constitucional_ecuat_2/Guia_jurisprudencia_constitucional_ecuat_2.pdf
- Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencias de la Corte Constitucional (2015, 22 de octubre). Registro Oficial Suplemento 613 de 22-oct.-2015. <https://www.sot.gob.ec/sotadmin2/lib/file/doc/REGLA-MENTO%20SUSTANCIACION%20PROCESOS%20CORTE%20CONSTITUCIONAL.pdf>
- Rojas, F. (2018). La garantía jurisdiccional de aplicabilidad directa de derechos fundamentales en la constitución boliviana. *Revista Jurídica Derecho*, 7(9), 93-113. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102018000200006&lng=es&tlng=es.
- Storini, C. (2010). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana del 2008*.
- Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia 0191/2003. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00191-2003-AC.html>

Análisis de las políticas de transformación digital de las microempresas en la región latinoamericana: los casos de Colombia y Chile

Analysis of the Digital Transformation Policies of Microenterprises in the Latin American Region: the Cases of Colombia and Chile

Rodrigo BARCIA LEHMANN



<https://orcid.org/0000-0003-1021-446X>

Universidad Autónoma de Chile. Chile

Correo electrónico: rodrigo.barcia@uautonoma.cl

Betty MARTÍNEZ-CÁRDENAS



<https://orcid.org/0000-0001-6460-8953>

Universidad Autónoma de Chile. Chile

Correo electrónico: betty.martinez@uautonoma.cl

RECEPCIÓN: 23 de junio de 2023

ACEPTACIÓN: 18 de septiembre de 2023

RESUMEN: El objeto de este artículo es comprender cuál es la naturaleza y las implicaciones de las políticas de transformación digital de las microempresas en la región latinoamericana, en particular, respecto de los casos de Colombia y Chile. En efecto, debido a la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2, que generó la enfermedad COVID-19 y las medidas de restricción de movimiento del año 2020, la transformación digital de las microempresas se hizo aún más urgente. Esta urgencia obedece a la necesidad de reactivar la economía, de un lado, pero también a la necesidad de regular internamente el Objetivo de Desarrollo Sostenible Núm. 9 (ODS9). Para ello, Chile y Colombia han transpuesto en la legislación interna todo un conjunto de políticas que han acelerado el uso de la tecnología. En especial, nos hemos detenido a analizar qué depara el futuro para las pequeñas empresas, o cómo las políticas públicas ayudarían a la incorporación de las nuevas tecnologías y al cumplimiento efectivo del ODS 9. Nuestra tesis es que para lograr una reglamentación efectiva en la promoción de las tecnologías emergentes para lograr que estas puedan ser utilizadas para reducir los costos de transacción y las externalidades respecto de las pequeñas empresas, la transposición del ODS9 es insuficiente. Este estudio emplea el método del derecho comparado para analizar algunos de los cambios generados en Chile y Colombia con respecto a las pequeñas empresas y analizará

críticamente la técnica de transposición de los ODS. Las nuevas tecnologías pueden servir para trabajar legislativa y jurisprudencialmente sobre estas dos fallas de mercado y las consecuencias de ello merecen una reflexión en derecho comparado.

Palabras clave: pymes, tecnologías emergentes, reactivación económica, transformación digital, objetivos de desarrollo sostenible, transposición de los ODS, derecho comparado.

ABSTRACT: This paper aims to understand the nature and implications of digital transformation policies for microenterprises in the Latin American region, particularly in the cases of Colombia and Chile. Indeed, due to the pandemic caused by the SARS-CoV-2 virus, which caused the COVID-19 disease and the movement restriction measures in 2020, the digital transformation of micro-enterprises became even more urgent. This urgency is due to both the need to reactivate the economy and how internally regulate Sustainable Development Goal No. 9 (SDG9). To this end, Chile and Colombia have transplanted into domestic legislation a whole set of policies that have accelerated the use of technology. In particular, we analyze what the future holds for small businesses or how public policies would help to incorporate new technologies and effectively comply with SDG 9. Our thesis is that in order to achieve effective regulation in the promotion of emerging technologies so that they can be used to reduce transaction costs and externalities with respect to small companies, the transposition of SDG9 is insufficient. This study uses the method of Comparative Law to analyze some of the changes generated in Chile and Colombia with respect to small companies and will critically analyze the technique of transposing the SDGs. The new technologies can serve to work legislatively and jurisprudentially on these two market failures and the consequences of this deserve reflection in comparative law.

Keywords: SMEs, emerging technologies, economic recovery, digital transformation, sustainable development goals, transposition of the SDGs, comparative law.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los resultados de la regulación chilena.* III. *Los resultados de la regulación colombiana.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

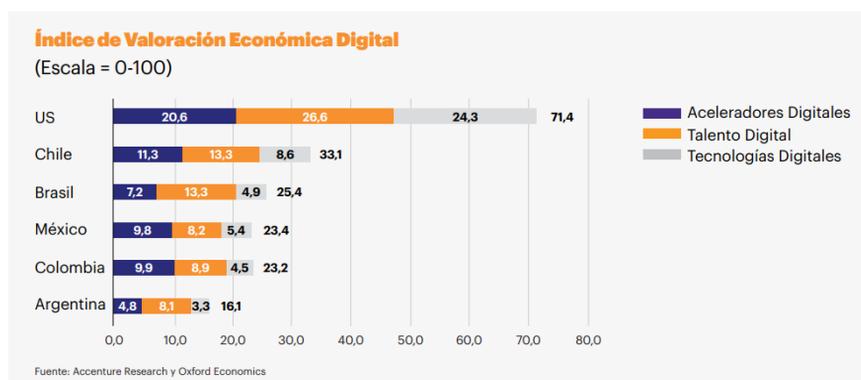
I. INTRODUCCIÓN

La creación de políticas públicas orientadas para el desarrollo de la Industria 4.0, por parte de las microempresas ha sido una tendencia internacional. Francia, por ejemplo, se ha movido en esta dirección con la Ley del Pacto de 2019 (Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, 2019). En América Latina las políticas de transformación digital se remontan a muchos años atrás. Chile ocupó el 2020 el puesto 41 entre las economías del mundo y aportó el 6 % del PIB de la región. En torno a la digitalización Chile avanzó con diversos programas, a saber: “Chile hacia la sociedad de la información (1999), la Agenda Digital 2004-

2006, la Estrategia Digital 2007-2012, la Agenda Digital Imagine Chile 2013-2020 y la Agenda Chile 2020” (Secretaría General Iberoamericana (SEGIB), 2020). Chile se unió a la OCDE en 2009 y Colombia en el 2020.

Chile, pero también Colombia, han logrado hacer de sus territorios unos de los mejores interconectados de la región.

Gráfica 1
Índice de evaluación económica digital
(DSV) en la región en 2018



Fuente: Accenture digital (2018).

Según la gráfica 1, en 2018 Chile tuvo un índice de evaluación económica numérica (DPV) de 33.1, el más alto entre los países de la región, más allá de Brasil y México. Sin embargo, “a pesar de que es el líder regional en términos de digitalización, a escala global, el nivel de madurez de Chile sigue siendo bajo” (Accenture digital, 2018, p. 5). Un reciente informe, elaborado por la Secretaría General Iberoamericana, reveló que la economía chilena sigue concentrada en un porcentaje muy reducido de empresas. De hecho, según este informe, casi el 85 % de las ventas son realizadas por grandes empresas. Ellas representan no más del 2 % del número total de empresas activas en el país, mientras que, a principios de la década actual, más del 95 % de las empresas fueron reportadas como microempresas (Accenture Digital, 2018, p. 5). Como señala el Ministerio de Economía de Chile: “Observamos que el 3.1 % son grandes, el 52.5 % son pymes y el 44.4 % son micros. Estra-

tegias que generaron el 75.9 %, 20.6 % y 3.6 % de los ingresos totales respectivamente en 2017” (Accenture Digital, 2018, p. 5).

Esta concentración de la economía coincide con la que se reporta en el mercado colombiano, en el que, a pesar de que el 90 % del sector formal está representado por microempresas, solo el 1 % de las grandes son las que afectan el 60 % del valor agregado. A ello se agrega que las grandes empresas realizan más del 90 % de las exportaciones colombianas (Accenture Digital, 2018, p. 5). Colombia, desde 2008, ha incluido en sus planes de desarrollo estrategias para promover el establecimiento de infraestructura digital en el país. Así, la política nacional de productividad y competitividad se encuentra por primera vez en documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (más adelante CONPES) No. 3.527 de 2008, la política nacional de ciencia y tecnología e innovación en el CONPES No. 3.582 de 2009 y el actual Plan Nacional de Desarrollo denominado “Pacto por Colombia Pacto por la Equidad” (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de Colombia, 2018). Por otra parte, conforme al Boletín ELE-5: Principales resultados Unidad de Estudios División de Política Comercial e Industrial del Ministerio de Economía, fomento y turismo de Chile, de enero 2019: “Este Plan se basa en la ecuación: Legalidad + Emprendimiento = Equidad, una mayor igualdad de oportunidades presupone la integración de una serie de acuerdos transversales, entre los que se encuentra el Pacto por la Transformación Digital de Colombia” (Accenture Digital, 2018, p. 94).

Sin embargo, no fue hasta la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2, que generó la enfermedad COVID-19 y las medidas de restricción de movimiento del año 2020, que la transformación digital de las microempresas se aceleró. Esta urgencia se debe a la necesidad de reactivar la economía en el escenario de una recesión económica más o menos generalizada. Como resultado, Colombia promulgó la Ley No. 2069 del 31 de diciembre de 2020: “[a] través de la cual se promueve el emprendimiento en Colombia”. La Ley No. 2069 de 2020 desarrolla los pilares de la política prevista en el Pacto por la Transformación Digital de Colombia.

Esta especial coincidencia entre Chile y Colombia consistente en que a pesar de los esfuerzos implementados por las respectivas políticas legislativas en materia de transformación digital destinadas a promover la tecnología que debería aumentar la participación de mercado de las pequeñas empresas, sus mercados continúan convergiendo en el mantenimiento de unas economías altamente concentradas, es lo que justifica que el estudio presentado

en este artículo se enfoque en la comparación de los regímenes para las pequeñas empresas en estos dos países y excluya, por el momento, a Brasil y México.

En efecto, es innegable que el desarrollo del mundo estará necesariamente ligado a la digitalización y al despliegue de nuevas tecnologías (Hernández, Roque et al., 2017). De igual forma, la magnitud de la destrucción creativa que está generando el capitalismo, se analice o no de una manera diferente con respecto a la creación y pérdida de empleos, es claro que se trata de un fenómeno imposible de evadir¹ para las pequeñas y medianas empresas en Latinoamérica. Sin embargo, Chile y Colombia compartieron hasta el año 1971 el mismo Código Civil y Código de Comercio, lo cual hace que, desde el punto de vista societario, se encuentren en una situación muy similar frente a un futuro que debería ser promisorio para las pequeñas empresas desde que la tecnología, la cual promete para las pequeñas empresas la reducción de los costos de transacción y las externalidades negativas en el uso del mercado como mecanismo de creación y distribución de riqueza.

De hecho, el capitalismo en estos dos países ha estado estrechamente vinculado a los costos de escala y, naturalmente, cuanto más grande es la empresa, mayores son las economías de producción y servicios. De allí se explica la tendencia de estos dos mercados hacia la concentración, es decir, hacia la formación de poder monopólico. A nivel mundial, ello es muy claro en economías pequeñas, como son las economías chilena y colombiana. La explicación de este fenómeno radica en los llamados “costos de transacción” y costos de escala. Los costos de transacción se pueden definir como los costos de usar el mercado como un asignador de recursos, que no están directamente relacionados con el proceso de creación del bien o servicio de que se trata. Cuanto más grande sea la empresa, menores serán los costos de transacción, más bajos serán sus precios, lo que la llevará a tener una cuota de mercado cada vez mayor. Las patentes y las marcas funcionan de la misma manera. Permiten a las empresas con capital adquirir tecnología y marketing al que las pequeñas empresas no tienen acceso. El tamaño también permitirá a las grandes empresas absorber a sus competidores eficientes, pero más pequeños (Williamson, 1975, pp. 1-19).

¹ En este artículo ese fenómeno está más relacionado a las pequeñas empresas que a su impacto en empleo.

La realidad anterior era obvia, antes de la introducción de las nuevas tecnologías. Pero esta realidad cambia a medida que las oportunidades para la creación de valor se extienden a las pequeñas empresas, a través del espíritu empresarial y las nuevas tecnologías. Las tecnologías emergentes reducen fuertemente los costos de transacción. Así, las nuevas tecnologías permiten a las pequeñas empresas reducir costes y competir con las grandes empresas. En otras palabras, las pequeñas empresas pueden llegar directamente al consumidor gracias a las nuevas tecnologías, y en la mayoría de los casos, no se requieren costosas cadenas de distribución. Por otra parte, la evidencia tampoco parece coincidir con la prevalencia de las grandes empresas frente a las medianas o pequeñas.² En resumen, la evidencia es contradictoria, o si se quiere, evoluciona con fuerza. Pero lo que está claro es que para innovar hay que crear empresas y tanto si una empresa puede nacer o no desde sus inicios como una gran empresa, es habitual que nazca como una pequeña.³ Por lo tanto, según este razonamiento, está justificado que la ley cree las condiciones que faciliten la creación y el funcionamiento de las pequeñas empresas.

Otro aspecto relacionado con el funcionamiento de las empresas está determinado por las externalidades. Y ahí, hay dos líneas de pensamiento que se enfrentan entre sí. Por un lado, Milton Friedman ha declarado que la compañía será efectiva y eficiente en la medida que se centre en el beneficio de los accionistas (teoría del accionista o *shareholder*). Por otra parte, para Edward Freeman, es necesario sumar a la comunidad como impulsora de las decisiones de la empresa (teoría de los *stakeholders*). Así, para este último autor, dentro de las motivaciones regulatorias y de la organización de la empresa, se deben tener en cuenta aspectos como el medio ambiente, la salud, etc. En cualquier caso, es posible que la teoría de los grupos de interés pueda ser correcta, pero solo en la medida en que integre las externalidades en las decisiones de la empresa. Así, la intervención en la organización de la empresa por no accionistas, que no se sustente en las externalidades, será una forma

² El índice Forbes Global 2000 Rank (Forbes Global clase el Mayor empresas) se aprecia como los primeros lugares de las grandes empresas a través de los años va variando considerablemente. Ello pone en tela de juicio que en realidad las grandes empresas tengan ventajas competitivas sobre sus competidores, desde que en el tiempo son desplazados agresivamente por otras empresas (Murphy y Contreras, 2022).

³ La tesis de D'Oliver Williamson que explica el éxito de las grandes empresas que gustan de reductores de algunos costos de transacción es, por lo tanto, cuestionado.

de intervención que generará pérdidas sociales.⁴ Conforme a este marco teórico, a continuación, se analizarán brevemente algunos de los cambios que se han generado en Chile y Colombia con respecto a las pequeñas empresas, que podrían justificarse sobre la base de una de estas dos fallas de mercado.

El objetivo general de este estudio es identificar el potencial y las limitaciones de la política de transformación digital de las microempresas en Chile y Colombia. Para ello, evaluaremos, en primer lugar, la aparente suficiencia del derecho pymes (Ley No. 20.416, 2010) [revisada el 20-10-2022] y los programas de transformación digital en Chile, y luego, en el segundo, examinaremos la nueva ley en Colombia: “A través del cual se promueve el emprendimiento en Colombia” (Ley No. 2069, 2020) [revisada el 02-05-2022].

II. LOS RESULTADOS DE LA REGULACIÓN CHILENA

En general, el sistema regulatorio de Chile se basa en el principio de subsidiariedad. Este principio constitucional está implícito en la Constitución de 2005 (la llamada Constitución del Presidente Lagos). Así, el principio deriva de la constitución. En primer lugar, está el artículo 19, No. 21 de la “Carta Fundamental” del 2005, que consagra la libertad de empresa, y que establece lo siguiente:

Artículo 19.- La Constitución garantiza a toda persona: 21. - El derecho a ejercer cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, de conformidad con las normas legales que la rigen. El Estado y sus ramas sólo podrán ejercer o participar en actividades comerciales si una ley de quórum cualificado las autoriza. En tal caso, estas actividades estarán sujetas a la legislación común aplicable a las personas físicas, sin perjuicio de las excepciones previstas por la ley por razones justificadas, que también deberán ser quórum cualificado.

Y, en segundo lugar, este principio se deriva del apartado 3 del artículo 1o. de la actual “Carta Constitucional”, que reconoce la importancia de los

⁴ Existe una abundante literatura en torno a la posibilidad de dar un poder de decisión importante a los trabajadores en la empresa, así como la participación de la comunidad en las decisiones de la empresa para evitar daños sociales (William, 1983).

grupos intermedios. La norma anterior establece que: “El Estado reconoce y protege a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la autonomía adecuada para alcanzar sus propios fines específicos”.⁵

1. La experiencia chilena: la Ley Estatutaria de PYMES (Ley No. 20.416 de 2010) y los programas de transformación digital en Chile

En cuanto al fortalecimiento de las microempresas, la Ley de Pymes (Ley No. 20.416, 2010), que establece normas especiales para las pequeñas empresas, tiene como objetivo facilitar el desarrollo de las pequeñas empresas, a través de la adaptación y creación de normas regulatorias que rijan su puesta en marcha. Implementación, operación y terminación, dependiendo de su tamaño y grado de desarrollo. Esta ley permite constituir una sociedad en un día en Chile (artículo 1o. de la ley). Naturalmente, esta es una ley que reduce los costos de transacción.

Además, el gobierno chileno ha establecido un mecanismo que le permite priorizar la definición de políticas públicas a favor de las microempresas de acuerdo con tres criterios: primero su impacto, luego, su costo y finalmente su efectividad; es decir, el análisis de estos criterios es la base para la creación de la política y la elaboración del presupuesto necesario para su desarrollo. También la ley en su artículo 2o. de la Ley No. 20.416 se refiere a la determinación del ámbito de aplicación únicamente a las microempresas. En este sentido, se especifica que: “[Sujeto]. Para los efectos de esta ley, se entenderá por pequeñas empresas las micro, pequeñas y medianas empresas”.

Las microempresas son empresas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades empresariales no superaron las 2,400 Unidades de Fomento en el último año calendario; las pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades comerciales superen las 2,400 Unidades de Fomento y no superen las 25,000 Unidades de Fomento en el último año natural, y las medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades comerciales superen

⁵ Esto podría reformarse dado que el país está hace un par de años en un proceso de reforma constitucional.

las 25,000 Unidades de Fomento y no superen las 100,000 Unidades de Fomento en el último año calendario (Ley No. 20.416, 2010).

El valor de los ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades de la empresa indicados en el párrafo anterior se refiere al monto total de los mismos, para el año natural anterior, descontando el valor correspondiente al impuesto al valor agregado y los impuestos específicos que se puedan aplicar. Si la actividad hubiera iniciado operaciones en el año natural anterior, los límites a que se refieren los párrafos anteriores se establecerán teniendo en cuenta la proporción de ingresos que represente los meses en los que el contribuyente haya desarrollado actividades.

A los efectos de determinar los ingresos, las fracciones de meses se considerarán meses completos. Dentro del límite máximo de 100.000 unidades de desarrollo establecido en el segundo párrafo, el presidente de la República, por orden suprema del Ministerio de Economía, Desarrollo y Reconstrucción y dictamen previo o a solicitud del Consejo Consultivo de la Pequeña Empresa, podrá modificar la clasificación de las pequeñas empresas o establecer factores o indicadores adicionales para su categorización.

No podrán calificarse como pequeñas empresas las que realicen por sector de actividad o actividades de las descritas en los apartados d) y e) de los números 1 y 2 del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre la Renta; los que realicen actividades inmobiliarias o financieras, con excepción de los necesarios para el desarrollo de su actividad principal, o los que posean o exploten en cualquier calidad derechos societarios o acciones en sociedades o participaciones en contratos de asociación o cuentas indivisas, siempre que, en todos estos casos, los ingresos procedentes de todas las actividades antes mencionadas superen el 35 % de los ingresos correspondientes al citado ejercicio del ejercicio anterior.

Dichas sociedades, cuyo capital social se mantiene en más del 30 %, tampoco pueden clasificarse como sociedades cuyas acciones cotizan en bolsa o en sus filiales. Las clasificaciones empresariales contenidas en otras normas legales permanecerán vigentes para los fines indicados en los órganos reguladores que las establezcan. Del mismo modo, con el fin de orientar y crear instrumentos y programas de apoyo a las pequeñas empresas, los organismos públicos responsables de su diseño podrán utilizar otros factores o indicadores para determinar las categorías de empresas que pueden acceder a estos instrumentos.

Más tarde, para ayudar a Mipymes, se creó el Consejo Asesor Nacional. Este organismo establece mecanismos que asisten al cierre de negocios, regula los procesos de inspección, considera el otorgamiento de permisos provisionales de operación, apoya la normativa laboral, sanitaria y municipal. Lo anterior, como un proceso de cohesión entre el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Economía que tiene como objetivo adecuar las necesidades y problemáticas de las Mipymes en el país. Además, prevé una serie de reglamentos sectoriales especiales para las microempresas, como los acuerdos de producción propia, la regulación de los consumidores y la regulación de los Mipymes concursales.

Además, desde 1939, Chile cuenta con la Corporación para el Fomento de la Producción (Corfo), que hoy también brinda desarrollos para la inclusión de la innovación en el segmento Mipyme, llevando a cabo un programa de garantías financieras que facilitan el acceso al crédito, incluso existen líneas de crédito para ser utilizadas en fondos de capital de riesgo.

Finalmente, el proceso de financiamiento es acompañado por el Banco del Estado, que es un banco comercial, pero que está empezando a tener las funciones de un banco de desarrollo. El Banco presta servicios bancarios y financieros centrados en el desarrollo económico. Los chilenos tienen una estructura en el “primer piso”; es decir, ofrece atención personalizada a todos los chilenos, atendiendo a todo tipo de empresas, manteniendo una relación cercana, profunda y duradera con sus clientes. Este banco también ha sido muy importante con las llamadas “cuentas rut o vista” (Banco Estado, 2023). Estas cuentas corrientes son fáciles de abrir y solo dan la oportunidad de retirar sus propios fondos y recibir depósitos. El banco cobra moderadamente por dicho mantenimiento. Es un producto fundamental para las personas que no tienen acceso al mercado. También ha sido un apoyo importante para poder iniciar negocios.⁶

El objetivo del Banco del Estado es promover el emprendimiento y la inclusión social. Desarrolla parte de la política pública de sostenibilidad y desarrollo, además, contribuye a un sistema financiero competitivo con altos estándares de calidad. Es el único banco propiedad del gobierno chileno, por lo que su principal objetivo es ofrecer servicios a la población que tiene dificultades para acceder a los bancos comerciales. De hecho, una de sus líneas de servicio es la micro financiación a través de una de sus filiales. Así, ha logrado

⁶ Sin embargo, aquellos cargos se han venido reduciendo (CNN Chile, 2022).

conectar a 460,000 emprendedores al sistema financiero, logrando el 62 % del segmento de microfinanzas.

Sin embargo, un informe reciente (informe 2020) de la Secretaría General de Estados Unidos y Brasil, reveló que la economía chilena continúa concentrada en un porcentaje muy pequeño de empresas. De hecho, según este informe, casi el 85 % de las ventas son realizadas por grandes empresas, que representan no más del 2 % del número total de empresas activas en el país, mientras que, a principios de la década actual, más del 95 % de las empresas fueron reportadas como microempresas.⁷

Por lo tanto, es claro que la necesidad de transformación digital puede ser vista como una oportunidad para consolidar las microempresas en Chile, y aumentar sus cuotas de mercado.⁸ Así, en cuanto a programas de transformación digital, Chile cuenta con 5. Entre ellos están los siguientes: “Chile hacia la sociedad de la información (1999), la Agenda Digital 2004-2006, la Estrategia Digital 2007-2012, la Agenda Digital Imagine Chile 2013-2020 y la Agenda Chile 2020” (SEGIB, 2020, p. 83).

Un estudio de 2018 mostró que, en Chile, fueron principalmente las startups del sector financiero las que respondieron con éxito a la transformación digital, aprovechando la tecnología y desarrollando nuevos modelos de negocio basados en plataformas digitales. Además, al informar sobre el estado de desarrollo de las empresas *fnitech* chilenas, la gran mayoría de ellas se encuentran en 9 etapas avanzadas de desarrollo, utilizando plataformas abiertas y APIs. Para la mayoría de las empresas tradicionales, por otro lado, la falta de una estrategia digital, así como la incertidumbre sobre el retorno de la inversión, y la complejidad operativa y organizativa del cambio, han limitado su transformación digital. Sin embargo, el desarrollo del mercado en las plataformas es todavía muy embrionario. Algunas empresas han comenzado a destacarse en la región, como MercadoLibre, Rappi, Despegar y Cornershop; pero es probable que la mayoría de ellas sean absorbidas antes de haber logrado un desarrollo real.⁹

⁷ *Idem.*

⁸ Nótese que el aumento de cuota de mercado de las pequeñas empresas solo es positivo dentro de un sistema de mercado, es decir, en el que realmente produzcan más barato que las grandes empresas. Lo contrario significaría un enorme costo para el consumidor.

⁹ Cornershop fue absorbida por Uber (Fajardo, 2021).

2. Pequeñas empresas

El Ministerio de Economía, Desarrollo y Turismo tiene una División de Pequeñas Empresas (DEMT). Esta división es responsable de formular e implementar políticas de promoción de la producción para pequeñas empresas (pyme) en Chile, dirigidas en particular a aumentar su productividad. Para ello, diseña y evalúa planes y políticas públicas, coordina con diversas entidades públicas y privadas, mantiene diversos órganos de consulta e información, entre otros. Por otra parte, los países Latinoamericanos no generan ambientes propensos para la creación de *startup*. La distancia entre los líderes en materia de creación de emprendimientos son los Estados Unidos de América y Canadá (1o. y 3o.), y en Latinoamérica los países que le siguen, mucho más atrás, son justamente Chile y Colombia (desde aproximadamente el lugar No. 30).¹⁰

En conclusión, las Mipymes de Chile todavía deben trabajar en la creación de una estrategia digital que les permita implementar las políticas de promoción y de producción diseñadas para ellas. En cierta forma, aunque aún es temprano, se puede señalar que la estrategia regulatoria en materia digital no ha rendido los frutos que se esperaban.

A continuación, pasaremos a analizar la situación de las Mipymes de Colombia ante las políticas de transformación digital.

III. LOS RESULTADOS DE LA REGULACIÓN COLOMBIANA

A pesar de la gran importancia de las Mipymes (pymes) para la economía, quizás la característica más evidente de la política colombiana que ha tratado de promoverlas es su aparente insuficiencia. Se puede tener una experiencia palpable de esto observando la multiplicación de reglas, la extensión constante del orden público de protección y dirección, y la tendencia constante a abrir más espacio a otras fuentes para la creación del marco legal para las pequeñas y medianas empresas.

En su mayor parte, el marco regulatorio moderno para las Pymes en Colombia parece obedecer a un modelo estatal y burocrático caracterizado por su tecnificación y la recodificación del derecho de sociedades en bus-

¹⁰ También podríamos contar entre ellos a México (StartupBlink, 2019).

ca de la creación de una cultura emprendedora entre la población (A); y el uso de la tecnología hacia la reducción de costos de transacción y externalidades (B).

1. En busca de la creación de una cultura emprendedora en Colombia

Para la política gubernamental que apoya la promoción de las pymes en Colombia, este tipo de empresas parecen estar aisladas de otras empresas, merecedoras de un tratamiento especial centrado en su vulnerabilidad. Los comerciantes parecen, en general, aceptar esta situación. Por lo tanto, la experiencia jurídica de las empresas parece existir en un mundo paralelo al de otras empresas.

Este aparente aislamiento está estrechamente relacionado con el valor de los activos comerciales. En Colombia, una empresa se considera pequeña o mediana cuando todos sus activos tienen un valor mínimo de 500 SMLV (unos 100.000 USD) y un valor máximo de 30.000 SMLV (unos 6.000.000 USD). Una consecuencia de esto es que las reglas típicas que funcionarían para las sociedades en general, como Milton Friedman había predicho, podrían¹¹ conducir a la pérdida paradójica de autonomía, autosuficiencia y solidez en el desarrollo del objeto social. Así, el trato aislado y particular de las pyme puede considerarse como una de sus especificidades. Las PYME han sido tratadas con tal especialización que pueden ser analizadas y aprehendidas de acuerdo con sus propias necesidades internas, sin referencia al derecho de sociedades que las rodea.

En la lógica del derecho moderno, la compleja regulación de las pyme se caracteriza por un enfoque en las necesidades de los individuos que son miembros o socios: estas reglas no prescriben específicamente la conducta de los socios, sino que muestran los límites de las actividades que pueden llevar a cabo, de modo que se respete la libertad de cada uno de ellos (Oppetit B., 1998, pp. 6 y ss.). Así, en primer lugar, la Ley No. 590 del 2000 tiene por objeto promover el desarrollo integral de las micro, pequeñas y medianas empresas a la luz de sus habilidades para la creación de empleo, el desarrollo regional, la integración entre sectores económicos, el uso productivo del pequeño capital y teniendo en cuenta la capacidad comercial de los colom-

¹¹ Véase supra.

bianos. En segundo lugar, la Ley No. 789 de 2002 tenía por objeto apoyar el empleo; ampliar la protección social; modificar algunos artículos del Código Sustancial del Trabajo y crear el “Fondo de Empresarios”.

En tercer lugar, la Ley No. 1.014 de 2006 (Promoción de la cultura emprendedora) establece, entre otros aspectos, el marco institucional para promover y desarrollar la cultura del emprendimiento y la creación de empresas. Para ello, se crea la Red Nacional de Emprendimiento (RNE), que tiene como objetivo, primero, establecer políticas y lineamientos para promover una cultura de emprendimiento; luego, formular un plan estratégico nacional para el desarrollo integral de la cultura para el emprendimiento; establecer mesas de trabajo; ser articulador de organizaciones que apoyen las acciones de las empresas innovadoras y creadoras de empleo en el país; y, finalmente, desarrollar acciones conjuntas entre diferentes organizaciones para aprovechar sinergias y redoblar esfuerzos para promover emprendimientos comerciales. También se crean Redes de Emprendimiento Regional (RRE) que buscan a través de estos organismos mejorar la articulación entre los actores que trabajan en el tema a nivel regional, y entre ellos y las entidades del gobierno nacional.

Finalmente, el Decreto núm. 1192 de 2009 (por el cual se reglamenta la Ley 1014 de 2006) creó la Red Nacional de Emprendimiento (RNE) que fue una de las principales bases para la aprobación en 2010 de la Política Nacional de Emprendimiento. En esta política el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ha asumido importantes retos relacionados con la aplicación de la Ley No. 1014 de 2006 para la promoción de una cultura de emprendimiento, que lo compromete como actor responsable de las políticas públicas basadas, en primer lugar, en facilitar el inicio formal de la actividad comercial; luego promover el acceso al financiamiento para emprendedores y nuevos negocios creados, y finalmente, promover la articulación interinstitucional para la promoción del emprendimiento en Colombia.

Además, en el mismo espíritu de consolidar una cultura emprendedora en Colombia, el gobierno se ha comprometido con documentos de política pública, como el Programa Nacional de Desarrollo (2018-2022), denominado: “Pacto por Colombia: Pacto por la Equidad-Pacto Nacional por el Emprendimiento”. Este pacto implica la participación de varios actores con una visión común para facilitar el proceso emprendedor en Colombia, como vector de transformación del discurso en acción y realmente concentrar a Colombia en un país que está en el centro del emprendimiento;

el documento CONPES 3866 de 2016 destinado a la creación de la Política Nacional de Desarrollo Productivo y, finalmente, documento CONPES 3956 de 2019, dirigido a la creación de la Política Nacional para la Formalización de empresas.

Sin embargo, a pesar de la proliferación de reglas en todos los ámbitos de las pymes, lejos de remediar la ausencia de una cultura emprendedora colombiana, más bien ha acentuado una importante concentración de la economía en el mercado. De hecho, para el año 2020, a pesar de que el 90 % del sector formal está representado por microempresas, solo el 1 % de las grandes son las que afectan el 60 % del valor agregado. Además, son las grandes empresas las que suponen más del 90 % de las exportaciones (Accenture Digital, 2018, p. 5).

2. La necesidad de promover el uso de la tecnología hacia la reducción de costos de transacción y externalidades: La razón del despacho de la nueva Ley No. 2069 del 31 de diciembre de 2020

Un diagnóstico elaborado por el Ministerio de Comercio de Colombia mostró lo que podría considerarse las causas de esta concentración de la economía en las grandes empresas, que permitió la promoción de la tecnología hacia la reducción de costos y externalidades.

A. Las principales causas del fracaso de la cultura emprendedora en Colombia

Según el Ministerio de Comercio de Colombia, la primera de estas causas fue la inflación normativa. En efecto, a pesar de todo este esfuerzo regulatorio, las microempresas en Colombia continuaron careciendo de medidas diferenciales para reducir el impacto de las fallas institucionales y de mercado en este segmento, que, según la tesis de Milton Friedman, es mayor que el generado en las grandes empresas. En este sentido para las microempresas la aplicación de herramientas complejas es un enorme costo regulatorio del lado del regulador (coste de transacción).

En segundo lugar, las condiciones locales en las que operan las pymes y la forma en que hacen frente a sus desafíos plantean problemas adicionales. Ellos revelan las debilidades que mantienen las pymes y que evitan el des-

pliegue de sus capacidades productivas y comerciales, y que generan que no crezcan, ni se desarrollen. Por ejemplo, en 2016, el 53 % de la población colombiana expresó su intención de iniciar un negocio en los próximos 3 años. Sin embargo, solo el 15 % pudo ejecutar su emprendimiento.

La segunda causa está relacionada con altos niveles de discontinuidad de la actividad. El diagnóstico mostró una preocupante tendencia creciente de discontinuidad del 6 % en 2014 al 5 % en 2019. Las principales razones para que los empresarios colombianos vendieran, cerraran o abandonaran su iniciativa empresarial fueron: bajos niveles de rentabilidad (36.3 %), razones personales (23.4 %) y problemas de financiamiento (13.6 %).

Según el Ministerio de Comercio de Colombia hubo una disminución en los informes de emprendimiento para 2019, ya que la proporción de empresarios establecidos disminuyó en un 3 % en comparación con 2018 y en un 2 % para 2017. De hecho, Colombia ha caído a niveles que la ubicaban como uno de los países menos desarrollados del mundo. Según Startu-pblink (2019), Colombia ha sido eliminada de los 40 primeros países para emprender, después de Brasil, Chile, Argentina y México, y actualmente ocupa el puesto 46, doce lugares menos que el año inmediatamente anterior.

Por ello, uno de los aspectos en los que el actual gobierno se ha centrado en la mejora es el fomento del desarrollo de la innovación y la mejora de la normativa relativa a las empresas innovadoras. Esta fue, de hecho, la principal motivación para la formulación de lo que hoy es la Ley 2069 del 31 de diciembre de 2020, “Por medio de la cual se promueve el emprendimiento en Colombia” (Ley No. 2069, 2020).

B. Ley No. 2069 de 31 de diciembre de 2020

El tema del uso de la tecnología hacia la reducción de costos de transacción y externalidades de las pymes se presta eminentemente para una reflexión en derecho comparado. Incluso podemos ver que se trata de una tendencia transnacional. En efecto, en presencia de plataformas digitales que aspiran a ser utilizadas como herramientas de innovación y emprendimiento y considerando que los recursos *Web* forman parte de una sociedad de la información y el conocimiento en la que se requiere alfabetización informacional y digital “para que se pueda acceder y comportarse de forma inteligente a través de la cultura y la tecnología digitales”; es esencial cuestionar el criterio indígena de la Ley No. 2069 del 31 de diciembre de 2020 (Guar-

diola J., 2020; Álvarez M. et al., 2015) sin embargo, la respuesta a esta pregunta depende enteramente de lo que se entienda por derecho transnacional.

¿Qué es una ley transnacional? Es, quizás, justo lo contrario del derecho comparado. No hemos encontrado una definición de este término desde el derecho comparado. Sin embargo, la noción de transnacional no es extraña. En derecho podemos decir que se trata de normas jurídicas resultantes del préstamo de políticas públicas de un país a otro, o de la influencia de una política pública diseñada por una importante agenda internacional entre las políticas públicas internas de los países que la siguen.

Esta definición destaca no sólo la función del derecho transnacional (unificación de las leyes nacionales); sino también su naturaleza: consiste en una forma de crear el derecho. Es, de hecho, una forma predeterminada de crear un estado de derecho. De hecho, reconoce la legitimidad de un estado de derecho derivado de una agenda internacional, o incluso, por ejemplo, de la agenda 2030 de los objetivos de desarrollo sostenible.¹² Pero, dependiendo de si el proceso de justificación de la norma se convierte en una necesidad interna, como tal de un diagnóstico, la norma podrá acceder a ser una fuente de derecho.

En Colombia, la Ley No. 2069 del 31 de diciembre de 2020 deriva de un diagnóstico desarrollado por el Ministerio de Comercio según el cual: “El gobierno nacional ha dado prioridad a la presentación de un proyecto de ley para respetar las diversas acciones establecidas en el programa de gobierno. Entre estos, la creación de sistemas integrales de emprendimiento, la generación de una diferenciación de cargas tributarias y la búsqueda de recursos de capital para el emprendimiento, fortaleciendo programas como iNNpulsa” (Restrepo Abondano, 2020).¹³

La Ley No. 2.069, del 31 de diciembre de 2020, mencionan entre ellos al noveno Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS).¹⁴ Sin embargo, este objetivo busca promover:

¹² Véase https://www.sosve.org/objectifs-de-developpement-durable-post-2015/?utm_source=adwords&utm_medium=cpc&utm_campaign=GAM_DY-NAM_GRANT&utm_content=ALLSITE&gclid=EAIaIQobChMI_Ovx55eT-QJVM0VIAB2nhgIKEAAYAiAAEgIPV_D_BwE

¹³ Algo parecido sucedió en Francia, con la Loi Pacte (Plan de Acción para el Crecimiento y transformación de la Empresa) parece ser el resultado de “varios mecanismos de diálogo entre la dirección de la empresa y los grupos de interés” (Caprón, 2018, p. 12).

¹⁴ Tampoco lo hace la Loi Pacte.

El desarrollo resiliente y sostenible de la infraestructura, la industrialización y la innovación. Estos sectores deben ser una fuerza impulsora para reducir la pobreza y mejorar la calidad de vida en el mundo, al tiempo que tienen un impacto menor en el medio ambiente. El ODS 9 exige fomentar el apoyo financiero, tecnológico y técnico a las industrias y fomentar la innovación y la investigación científica. Para lograr este objetivo, es necesario fortalecer la cooperación internacional en investigación y desarrollo, garantizando al mismo tiempo la transferencia de tecnología a los países en desarrollo. (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2023).¹⁵

Sin embargo, si bien es cierto que se oculta en el texto de las normas la existencia de esta teoría del derecho transnacional, lo cierto es que ambas normas comparten una misma consecuencia: ambas leyes deben buscar regular internamente el ODS 9.

C. Análisis de las implicaciones de la Ley No. 2069 del 31 de diciembre de 2020 en Colombia

Observemos que esta forma de crear derecho ya no responde a los imperativos del derecho comparado, como lo era anteriormente, por ejemplo, la influencia que una ley podía tener sobre otra en un país extranjero. La técnica que se ha venido consolidando en estas últimas décadas es la de la Ley núm. 2069. En efecto, antes de que se pusiera en marcha la agenda de los ODS, y en particular el ODS 9, los países tenían una evolución interna independiente con respecto a su regulación de las pequeñas y medianas empresas, como pudimos observarlo en la primera parte de este artículo.

En esta sección de la segunda parte, desde un punto de vista metodológico, comparemos las principales novedades de la Ley núm. 2069 del 31 de diciembre de 2020 para comprender que, en lugar de que Colombia tuvo que orientar su normativa interna para trasplantar un mismo ODS.

La transposición se advierte, primer lugar, por la redefinición del concepto mismo de sociedad, a través de la creación de la empresa misionera.¹⁶ Esta

¹⁵ También es notable que el proyecto de ley colombiano no haga siquiera mención a la Ley Pacte de Francia. Es este silencio el que aparentemente legitima la necesidad de la norma en el derecho interno, tanto para Francia como para Colombia.

¹⁶ Éste es un estilo de transposición que se asemeja mucho al seguido por Francia en la Loi Pacte (Caprón, 2018).

redefinición, de la sociedad hacia el cumplimiento de una misión determinada también está presente en varios artículos en la ley colombiana. Por ejemplo, el artículo 19 dispone que, si en el sector agropecuario si una empresa destina la actividad productiva hacia “la seguridad alimentaria, el mejoramiento técnico, la sostenibilidad productiva, el mantenimiento del agua y/o que desarrollen dentro de ellas los impactos ecológicos y ambientales positivos”, podrá beneficiarse de programas especiales de capacitación y de fondos especiales.

En segundo lugar, la nueva ley colombiana introduce dos nuevas formas de simplificación de los procedimientos para la creación, transmisión y disolución de una sociedad, como la introducción de una la nueva causa de disolución de sociedades: el incumplimiento de las hipótesis de adjudicación empresarial (Ley No. 2069, 2020, artículo 4o.) y la simplificación de la forma en la constitución de una asamblea; “La junta de socios o la junta se reúne válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin convocatoria previa, cuando la mayoría esté representada por todos los socios” (Ley No. 2069, 2020, artículo 6o.). Sin embargo, la nueva norma parece no tener en cuenta que lo anterior constituye una clara modificación a los artículos 218 y 182 del Código de Comercio de Colombia (C. de Co), respectivamente. Los efectos del impacto de esta modificación en el Código de Comercio no hicieron parte de la exposición de motivos de la reforma.

El afán por la regulación interna del ODS 9 continúa en cuanto a la reducción de las obligaciones contables (Burgués, Cecilia y Ouvard, Stéphane, 2020), el artículo 8o. de la Ley 2069 tiene como objetivo simplificar la contabilidad de las microempresas al establecer que “El gobierno podrá autorizar a las microempresas a llevar una contabilidad de capitalizaciones, o efectivo, o mixtas, de acuerdo con la realidad de sus operaciones” (artículo 8o. de la Ley No. 2069, 2020).

El ODS 9 pareciera que podría alcanzarse a través de la mejora de la financiación de las empresas, mediante la posibilidad de que las pymes creen vínculos para la promoción del desarrollo comercial y financiero inclusivo, incluyendo empresas no comerciales y aquellas basadas en tecnología Fintech (Ley No. 2069, 2020, artículo 9o.). Así como la promoción de las franquicias como alternativa al emprendimiento y a la expansión de las microempresas (Ley No. 2069, 2020, artículo 11).

Finalmente, el fomento del apoyo financiero del ODS 9 a través de la reducción de costos llegó más tarde, con la reforma tributaria de 2021 que fi-

nalmente amplió la cobertura del régimen simplificado en materia de tributación, lo que puede beneficiar a empresas cuyos ingresos brutos anuales no superen los 3,630.8 millones de pesos. El tope anterior era de 2.904.6 millones de pesos. El régimen simplificado unifica el pago de impuestos como la renta, el consumo y la industria y los negocios consolidados. Genera descuentos en las cotizaciones al régimen general de pensiones y está exenta de cotizaciones parafiscales. Este régimen se enfoca en las micro y pequeñas empresas (casi el 97 por ciento de las unidades productivas en Colombia), y en la práctica permite una tasa diferencial que es en promedio la mitad de lo que se aplica al resto de la población legal. En Chile también existe un régimen tributario simplificado.¹⁷

Comparando las medidas adoptadas en Chile, en la primera parte, y Colombia en la presente sección, se ve la preocupación por cumplir con el ODS 9 a través de la reducción de los costos regulatorios y de transacción de las pymes, permitiendo su ingreso al mercado, y su desarrollo posterior. Sin embargo, los efectos de estas medidas en el derecho interno de cada país no fueron tomadas en cuenta, con lo cual, si bien estos tres países han hecho un esfuerzo por la reducción de estos costos para el funcionamiento de las pequeñas empresas, mediante procesos tributarios especiales y simplificados, están todavía lejos de lograr la realización del ODS 9, como se aprecia de los indicadores que se han analizado. Lo anterior parece advertirnos que no basta con la adecuación del estado de derecho de un país hacia el cumplimiento del ODS, sino que también es necesario tener en cuenta los aspectos de mercado (que son los fundamentales para las empresas), que en este trabajo no hemos analizado. Naturalmente la inestabilidad producto de la pandemia y la inestabilidad geo-política en un mundo cambiante deben influir fuertemente en estos resultados.

IV. CONCLUSIONES

El objeto de este artículo fue el de comprender cuál es la naturaleza y las implicaciones de las políticas de transformación digital de las microempresas en la región latinoamericana, en particular, respecto de los casos de Colombia y Chile. En el campo teórico las nuevas tecnologías deberían aumentar

¹⁷ Véase Contabilidad simplificada 14 ter retro (Servicio de Impuestos Interno, SII, 2017).

la participación de mercado de las pequeñas y medianas empresas, lo que en la práctica no ha ocurrido. Sin embargo, del análisis realizado en este trabajo se concluye que la pandemia fue sólo un escenario de oportunidad para la transposición de los ODS en la legislación interna en materia de pequeñas empresas, ya que la concentración de los mercados chileno y colombiano en grandes empresas persiste, y los intentos de promover el aumento de cuota de mercado, tanto de las pequeñas como medianas empresas, sobre todo promoviendo el uso de nuevas tecnologías, se percibe todavía muy lejano.

En efecto, aunque los esfuerzos regulatorios de ambos países son de relativa larga data, —y a pesar del escenario Latinoamericano e internacional a partir de la pandemia— es preocupante el poco éxito de las pesadas regulaciones, que se han promulgado en la materia. Por todo lo anterior, nuestra recomendación es volver a hacer el esfuerzo de aplicar el método del derecho comparado para el diseño de las políticas públicas, al menos en materia de sociedades, ya que “La experiencia histórica comparada de lo que se ha intentado en otros lugares y con qué éxito o fracaso [...] rara vez se invoca en las recomendaciones de políticas, a menudo con consecuencias deprimentes” (Watson, Keith 1999, p. 235).

V. BIBLIOGRAFÍA

- Accenture Digital. (2018). El avance de la Economía Digital en Chile. 6/4/2022. https://www.accenture.com/t00010101T000000Z_w_/cles/acnmedia/PDF-71/Accenture-Digital-Index-Chile.pdf
- Álvarez, M., Cela, K., Gallego Gil, D. J. y Rosanigo, Z. B. (Coords.) (2015). *Tic y Web 2.0 para la inclusión social y el desarrollo sostenible*. Dykinson.
- Banco Estado (2023). *Solicitud de CuentaRUT*. <https://www.bancoestado.cl/bancoestado/cuentarutbpm/CRUTPubLogin.asp>
- Burgués, C. y Ouvrard, S. (2020). La empresa, la contabilidad y el Derecho: Cuestiones, riesgos y Perspectivas en considerar de la ley Pacto. Investigación en Ciencias de Administración, 139(4), 137-167. <https://doi.org/10.3917/resg.139.0137>
- Caprón, M. (2018). Naturaleza y propósitos de la empresa: Un debate renovado por la Ley Pacto. Post-Impresión. 13o. Congreso de RIODD. (Red Internacional de Investigación en Organizaciones y el Desarrollo sostenible). Universidad de Grenoble.

- CNN Chile. Banco Estado anunció que “simplificó” los valores de comisiones de CuentaRUT. *CNN Chile*. 12/01/2022. https://www.cnnchile.com/economia/banco-estado-simplifico-valores-comisiones-cuentarut_20220112/
- Fajardo, D. Uber adquirirá el 100% de Cornershop y pagará US\$ 1.400 millones por el 47 % que aún no tenía. *La Tercera*. 21/06/2021. <https://www.latercera.com/pulso/noticia/siguela-oleada-de-startups-chilenas-uber-adquiere-el-100-de-cornershop/CWGBOTL4SFBIBIFLNXJSIWOB DY>
- Guardiola Saura, J. (2020). Plataformas tecnológicas de inteligencia colectiva como herramientas de innovación y emprendimiento: caracterización y estado del arte. UPM.
- Ley No. 2069. (2020). Colombia. 2/05/2022. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=160966#:~:text=La%20presente%20Ley%20tiene%20por,bienestar%20social%20y%20generar%20equidad>
- Ley No. 20.416. (2010). 20/10/2022.
- La loi PACTE : pour la croissance et la transformation des entreprises*. Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique. 11/09/2019. <https://www.economie.gouv.fr/loi-pacte-croissance-transformation-entreprises>
- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de Colombia. (2018). *Plan Nacional de Desarrollo 2018- 2022. Pacto por Colombia, pacto por la equidad*: <https://www.minvivienda.gov.co/ministerio/planeacion-gestion-y-control/planeacion-y-seguimiento/plan-nacional-de-desarrollo-2018-2022#:~:text=%E2%80%9CPacto%20por%20Colombia%20C%20pacto%20por%20la%20equidad%E2%80%9D&text=Este%20Plan%20busca%20alcanzar%20la>
- Murphy, A. y Contreras, I. *The Global 2000*. Obtenido de Forbes. 12/05/2022. <https://www.forbes.com/lists/global2000/?sh=fffefaf5ac04>
- Oppetit, B. (1998), *Derecho y modernidad*. Puf.
- Organización de las Naciones Unidas, ONU. (2023). Objetivo 9: Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización sostenible y fomentar la innovación. *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/infrastructure/>
- Restrepo Abondano, J. *Exposición de Motivos Proyecto de Ley: “Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento y se dictan otras disposiciones”*. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. 20/07/2020. <http://leyes.senado.gov>

[co/proyectos/imagenes/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2020%20-%202021/PL%20161-20S%20-%20122-20C%20Ley%20de%20Emprendimiento.pdf](#)

Servicio de Impuestos Interno, SII. (2017). *Régimen Simplificado de Tributación 14 Ter para la Mipyme*. Servicio de Impuestos Interno, SII. https://www.sii.cl/portales/reforma_tributaria/sistemasimplificado14ter.html

Secretaría general iberoamericana (SEGIB) (2020). p. 83.

StartupBlink. Últimas Tendencias y Desarrollos en los Ecosistemas de Startup Global. 12/06/2019. <https://www.startupblink.com/blog/ultimas-tendencias-y-desarrollos-en-los-ecosistemas-de-startup-global/>

Watson, K. (1999) Comparative educational research: the need for reconceptualization and fresh insights. *Compare*, 29(3), 235.

William M. (1983). The Transaction Cost Analysis of Oliver E. Williamson : A New Synthesis ?, *Journal of Economic Issues*, 1983, 17(1), 95-114. <https://www.jstor.org/stable/4225277>

Williamson, O. (1975). Mercados y Jerarquías: Análisis e Implicaciones anti-monopolio. *The Free Press* (pp. 1-19).

Garantías constitucionales del internamiento involuntario por trastorno mental en el Tribunal Constitucional español y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Constitutional Guarantees Of Involuntary Internment For Mental Disorder In The Spanish Constitutional Court And In The European Court Of Human Rights

Juan Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO

 <http://orcid.org/0000-0002-5705-7097>

Universidad de Almería

Correo electrónico: jmn055@ual.es

RECIBIDO: 27 de julio de 2023

ACEPTADO: 21 de septiembre de 2023

RESUMEN: La salud mental ha surgido como uno de los desafíos más prominentes en la sociedad del siglo XXI. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), un 9 % de la población presenta alguna manifestación de trastorno mental, cifra que se proyecta a incrementarse al 25 % en algún momento de sus vidas. En este contexto, el internamiento involuntario debido a trastornos mentales se perfila como un proceso crítico donde los derechos fundamentales y las garantías constitucionales afrontan un riesgo sustancial.

El presente estudio propone efectuar un análisis de las salvaguardas legales que rigen el internamiento involuntario, incidiendo en la incipiente construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como encomiables referentes reguladores. El marco normativo actual adolece de falta de sistematización, lo cual confiere un papel esencial al Tribunal Constitucional español en la delimitación de elementos que aseguren la legalidad y equidad de este procedimiento de naturaleza compleja. En un contexto de derecho comparado, el TEDH desempeña una función primordial, estableciendo pautas comunes en el ámbito europeo.

Palabras clave: salud mental, trastorno mental, derecho a la libertad, internamiento involuntario, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT: Mental health has emerged as one of the most prominent challenges in 21st century society. According to the World Health Organization (WHO), 9 percent of the population presents some manifestation of mental disorder, a figure that is projected to increase to 25 percent at some point in their lives. In this context, involuntary commitment due to mental disorders emerges as a critical process where fundamental rights and constitutional guarantees face a substantial risk.

This study aims to carry out an exhaustive analysis of the legal safeguards that govern involuntary internment, focusing on the incipient jurisprudential construction of the Spanish Constitutional Court and the European Court of Human Rights (ECHR) as commendable regulatory references. The lack of a defined regulatory framework prevails, which confers an essential role on the Spanish Constitutional Court in the delimitation of elements that ensure the legality and fairness of this procedure of a complex nature. In a context of comparative law, the ECtHR plays a key role, establishing common guidelines at the European level.

Keywords: mental health, mental disorder, right to liberty, involuntary commitment, European Court of Human Rights.

SUMARIO: I. *Introducción. La salud mental como factor determinante de la sociedad moderna.* II. *El internamiento por trastorno mental.* III. *Garantías constitucionales y legales del internamiento involuntario.* IV. *Garantías judiciales del internamiento involuntario a través de la jurisprudencia del TEDH.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN. LA SALUD MENTAL COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA SOCIEDAD MODERNA

El término “salud mental” se basa todavía en una distinción inicialmente dicotómica entre lo mental y lo no mental, la cual está ampliamente superada por la ciencia. Actualmente, se entiende al ser humano de manera holística, considerando que lo no mental ya no se limita únicamente a lo físico, sino que también abarca lo social (Portero, 2012, p. 103).

La OMS define la salud mental como “un estado de bienestar en el que el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad” (OMS, 2019).

En las últimas décadas se ha observado un notable incremento en la prevalencia de afecciones mentales. En particular, la pandemia de la COVID-19 ha agravado significativamente esta coyuntura, situando los trastornos mentales en niveles sin precedentes. Durante el primer año de la pandemia se evidenció un notable aumento del 25 % en la incidencia de trastornos mentales comunes, tales como la depresión y la ansiedad (OMS, 2022, p. 3).

A escala mundial, se identifica una escasa inversión en salud mental, destinando menos del 2 % del presupuesto de atención médica para esta área. En los países menos desarrollados, más del 70 % de los recursos asignados a salud mental se concentran en hospitales psiquiátricos. La disponibilidad

limitada de profesionales y fármacos accesibles genera restricciones en el acceso al tratamiento, privando a la mayoría de la atención requerida. Asimismo, la calidad del servicio prestado constituye un desafío generalizado en la cobertura de servicios de salud mental (OMS, 2022, p. 4).

A nivel asistencial, todavía persiste una visión obsoleta de la enfermedad mental basada en el modelo médico tradicional y paternalista, que debe ser redirigida hacia un modelo social. Este modelo reconoce que la enfermedad mental no reside en la persona, sino en el entorno que le impide desarrollar su potencial. Es crucial reemplazar los procedimientos basados en la identificación de la incapacidad y la suplantación de la voluntad de la persona, por sistemas que potencien la autonomía y proporcionen apoyos flexibles y adecuados para cada individuo, cada decisión concreta y cada momento (Consejería de Salud y Bienestar Social, 2012, p. 7).

Históricamente, la psicopatología y el individuo con trastorno mental han sido objeto de una gestión compleja y enfrentamiento al rechazo social y estigmatización. Sin embargo, esto ha cambiado progresivamente debido a varios factores. Por un lado, ha habido una transformación conceptual de la patología mental y un cambio en su enfoque terapéutico. Además, se han establecido Centros o Unidades de Salud Mental en el sistema sanitario, reemplazando los asilos psiquiátricos, permitiendo tratamientos ambulatorios en áreas psicoterapéuticas, farmacológicas y sociales. Por otro lado, se ha fomentado la formación de equipos multidisciplinarios con médicos, enfermeros, psicólogos y trabajadores sociales. Todo esto ha sido posible gracias a un marco legal que reconoce los derechos fundamentales de las personas afectadas por enfermedades mentales (Ibáñez y Casado, 2018, p. 126).

No obstante, es frecuente que las enfermedades mentales generen desequilibrios que conllevan la aparición de desafíos complejos en el ámbito familiar y social, cuya gestión se torna ardua y difícil. Ante esta coyuntura, surgen cuestionamientos acerca de las medidas a adoptar, los procedimientos a seguir e incluso el lugar más apropiado para ubicar al paciente (Ibáñez y Casado, 2018, p. 126).

En el presente estudio, se plantea realizar un análisis exhaustivo del internamiento involuntario de las personas afectadas por trastorno mental, con enfoque en las garantías procesales y constitucionales establecidas tanto a nivel nacional en España como en el ámbito europeo. El objetivo es examinar detalladamente el marco normativo vigente, su aplicación en la práctica y su evolución a través de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II. EL INTERNAMIENTO POR TRASTORNO MENTAL

De acuerdo con la legislación vigente y en consideración al consentimiento del paciente, se identifican dos categorías de hospitalizaciones psiquiátricas: hospitalizaciones voluntarias o consensuadas, y hospitalizaciones involuntarias, no consensuadas o compulsivas. Las hospitalizaciones involuntarias deben ser consideradas como una medida extraordinaria, aplicada cuando el individuo es incapaz de otorgar un consentimiento válido debido a su condición médica.

Al margen de la categorización especificada, es posible identificar el denominado internamiento *avoluntario*, que puede ser entendido como un internamiento tácitamente consentido por la persona afectada. Esta modalidad se vincula con los internamientos en centros geriátricos. En efecto, se trata de una figura jurídicamente controvertida. Al respecto, este estudio acoge la tesis de Rodríguez Álvarez, según la cual el concepto de *avoluntariedad* es “un término creado *ad hoc* y que conforma una presunción de conformidad carente de sentido y poco garantista de los derechos de los ciudadanos” (Rodríguez Álvarez, 2012). En esta misma línea, De Verda y Beamonte argumenta que cuando se utiliza la categoría de *avoluntario*, “se olvida la circunstancia de que, si la persona mayor carece de capacidad para apreciar las consecuencias del acto, es imposible que lo consienta, ni de manera expresa, ni de manera tácita, además de que el ingreso en un establecimiento de carácter cerrado es una medida, de tal gravedad, que el responsable del centro ha de exigir el consentimiento expreso del anciano, si éste puede prestarlo y, en caso contrario, ha de recabar autorización judicial” (Verda, 2016, p. 19). En todo caso, admitir la existencia de internamientos *avoluntarios* implica el reconocimiento de un término jurídicamente conflictivo dada la dificultad técnica que existe en algunos casos para diferenciar la concurrencia o no de libertad (Barrios, 2004, p. 21). De este modo, estamos ante un internamiento no voluntario cuando no se existe voluntad expresa en contrario, sino que basta con que la persona no exprese voluntad alguna, ni a favor ni en contra del internamiento (Berenguer, 2014, p. 36).

1. *Concepto y clasificación*

A. *El internamiento voluntario o consentido*

Se refiere al internamiento no judicial, el cual se establece mediante un contrato directo entre el paciente y la institución médica, y ambas partes tienen la capacidad de rescindirlo sin más trámites. Este tipo de internamiento se lleva a cabo con el consentimiento libre del paciente, quien posee competencia mental y solicita ser admitido en un hospital psiquiátrico, o acepta y da su consentimiento a una propuesta de internamiento realizada por un psiquiatra (Cabrera, 1991, pp. 28-36).

La mayoría de los internamientos psiquiátricos se ajustan a esta categoría. En estos casos, la mera expresión de voluntad por parte del paciente que solicita el ingreso o manifiesta su conformidad equipara la situación a cualquier otro procedimiento terapéutico, lo que hace innecesaria la autorización judicial y la supervisión correspondiente (Gómez Papi, 1990, pp. 265-275).

Sin embargo, si durante el internamiento voluntario el paciente experimenta un deterioro que afecta la validez de su consentimiento y solicita su alta voluntaria, el médico a cargo, si considera que la falta de tratamiento podría resultar gravemente perjudicial para su salud, debe transformarlo en un internamiento involuntario. Para ello, debe comunicarlo al juez y seguir los procedimientos indicados posteriormente para llevar a cabo el internamiento involuntario en el ámbito civil (Gracia, 2000, pp. 636-639; Vega, Bañón y Fajardo, 2010, p. 178).

B. *El internamiento involuntario o no consentido*

Se trata de aquella situación en la que el paciente carece de capacidad para otorgar un consentimiento válido, y el internamiento se lleva a cabo mediante la decisión de terceras personas distintas al paciente. Como indica Sánchez Barrilao (2013), se trata de:

de un internamiento de una persona motivado por padecer un trastorno psíquico-mental, y consecuentemente, a fin de responder a su tratamiento; y a la par, respecto de alguien que no se encuentra en condiciones volitivas y cognitivas

suficientes como para consentir oportuna y adecuadamente su internamiento (pp. 203-204).

Este tipo de internamiento se fundamenta en criterios terapéuticos y se justifica cuando la desestabilización del paciente genera una situación de peligro evidente, tanto para sí mismo como para los demás.

A su vez, podemos subdividir esta modalidad en internamiento urgente e internamiento ordinario (Vega, Bañón y Fajardo, 2010, p. 178). En el internamiento civil ordinario, las condiciones del paciente recomiendan su internamiento, si bien, el procedimiento garantista legalmente previsto permite que la autorización judicial requerida pueda realizarse con carácter previo al internamiento.

Desde esta perspectiva, el juez tiene la responsabilidad de examinar el cumplimiento de las condiciones legalmente requeridas en relación con el internamiento involuntario, el cual implica una restricción inicial del derecho fundamental a la libertad.¹ Desde esta consideración, el juez debe verificar la adecuación de la medida restrictiva, es decir, evaluar si el internamiento es capaz de lograr el objetivo propuesto para el mismo (la autorización judicial será tratada con posterioridad). Asimismo, se debe examinar la necesidad de la medida, es decir, si no existe otra alternativa menos restrictiva que pueda lograr el mismo propósito de manera igualmente efectiva, como, por ejemplo, un tratamiento ambulatorio también involuntario. Además, se debe evaluar la proporcionalidad estricta de la medida, teniendo en cuenta el equilibrio o ponderación de la intervención en el derecho fundamental, considerando si los beneficios o ventajas para el individuo afectado (y el interés general) derivados de la medida superan los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (Sánchez Barrilao, 2013, pp. 204-205).

Por su parte, en el internamiento civil urgente es el facultativo quien decide, en primera instancia, proceder al ingreso. Al director del centro donde se produzca el internamiento le corresponde la obligación de comunicarlo en el plazo de 24 horas al juez competente, quien deberá ratificar o dejar sin efecto la decisión en las 72 horas siguientes.

¹ Véase la STC 207/1996, de 16 de diciembre, sobre la proporcionalidad del internamiento involuntario.

2. Marco regulador y protección constitucional en España

En España, el marco normativo-constitucional que regula el internamiento involuntario y urgente por trastorno mental se basa en el derecho fundamental a la libertad personal (Constitución Española [CE], art. 17.1), junto con las garantías establecidas para limitar dicho derecho. Esto implica que el derecho a la libertad personal no solo se aplica a intervenciones públicas de naturaleza punitiva, sino a cualquier restricción de la libertad física (Sánchez Barrilao, 2013, p. 184). Según reiterada doctrina de este Tribunal Constitucional (SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990), la libertad personal protegida por este precepto es la “libertad física”, la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual (Pomed, 2006, p. 165).

El artículo 17.1 de la CE establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad [...] nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. Básicamente, este principio replica el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en términos generales.

En la Unión Europea, ningún Estado miembro contempla en su Constitución el internamiento por razones médicas, como es común en el ámbito del derecho comparado, excepto en el caso de Italia (Constitución de la República Italiana [CPI], art. 32.2). No obstante, esta mención resulta superflua, ya que el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) considera lícita la privación de libertad “conforme a la ley [...] de una persona con trastornos mentales”.

Adicionalmente, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, reconocido como una fuente interpretativa legítima, sostiene que el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 es “aplicable a todas las formas de privación de libertad, incluyendo, por ejemplo, los casos de trastornos mentales”. La relevancia de estos marcos internacionales de referencia es destacada por la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, del 2 de julio de 2012 (Barrios, 2012, p. 831).

En este contexto, se encuentra el derecho fundamental a la “integridad física y moral” de toda persona y la prohibición de tratos inhumanos o degra-

dantes (CE, art. 15). Asimismo, como principios rectores de la política social y económica, se encuentran el derecho a la salud (CE, art. 43.1) y la responsabilidad de los poderes públicos de implementar políticas de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad mental, brindándoles la atención especializada que requieran (CE, art. 49).

Además, desde una perspectiva sustantiva del régimen constitucional relacionado con el internamiento de personas con trastornos mentales, también se debe tener en cuenta el reconocimiento de la dignidad de la persona y el “libre desarrollo de la personalidad” (CE, art. 10.1) como fundamentos de los derechos fundamentales, así como el reconocimiento de contenidos específicos en favor de la persona frente a terceros (Sánchez Barriola, 2013, p. 185).

Al margen del marco constitucional, el artículo 5.1 CEDH remite a la legislación nacional la determinación de los supuestos de privación de libertad y el procedimiento a seguir (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [STEDH], 11/05/2004), si bien, conviene especificar que, en el análisis de la legalidad de la privación de libertad, el TEDH considerará tanto el ordenamiento interno como el propio contenido del CEDH (STEDH, 12/02/2008). En España, el marco jurídico regulador se establece en la Ley 1/2000, del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), artículo 763, sobre internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Dentro del ámbito de dicha ley, queda derogado el artículo 760.¹² que también señalaba las posibles disposiciones de una sentencia de incapacitación, lo cual ampara legalmente la reclusión de una persona con trastorno mental y falta de capacidad.

Por el contrario, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), se ha posicionado en reiterada doctrina en contra de cualquier internamiento involuntario. En lo referente a España, son numerosos los informes periódicos donde el Comité ha mostrado preocupación por la regulación del internamiento involuntario prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil.³

² Se modifica, con efectos desde el 3 de septiembre de 2021, por el art. 4.17 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Ref. BOE-A-2021-9233.

³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 9 de abril de 2019: “El Comité observa con preocupación: (a) Que el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Orgánica siga

Ciertamente, al Comité le inquieta el hecho de que el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permita el uso de medidas de contención físicas, mecánicas y químicas contra las personas con discapacidad psicosocial; estas medidas incluyen, entre otras, la medicación forzosa, sobremedicación, terapia electroconvulsiva y otros tratamientos e internamientos sin contar con el consentimiento libre y con conocimiento de causa.

En virtud del artículo 43 de la Constitución, se encuentra vigente la Ley 14/1986, del 25 de abril, General de Sanidad (LGS), cuyo artículo 20 analiza la temática de la salud mental. Dicha ley establece, entre otros principios, la completa integración de las acciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y la equiparación total de las personas con enfermedades mentales a las demás. Destacan principios como el fortalecimiento de los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención domiciliaria (Ley General de Sanidad [LGS], art. 20.1), así como la hospitalización en unidades psiquiátricas de los hospitales generales (LGS, art. 20.2).

En lo que respecta a la autodeterminación de las personas en materia de salud, contemplada en el artículo 10.1 CE, se encuentra la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP). Esta dispone la exigencia previa del consentimiento libre e informado de todo paciente, y sobresalen los artículos 2o., que alberga los principios fundamentales; 4o., 5o. y 6o., relativos al derecho de información sanitaria; 8o., sobre el consentimiento informado; 9o., acerca de los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación, haciendo especial hincapié en sus párrafos segundo (letra b) y quinto, en relación con la realización por parte del personal médico de intervenciones clínicas esenciales para preservar la salud del paciente sin requerir su consentimiento en situaciones de riesgo inmediato y grave para su integridad física o mental, así como en los principios y garantías que rigen el consentimiento por representación; y 10, referente a las condiciones de la información y la formalización del consentimiento por escrito. Estos artículos serán expuestos con posterioridad.

permitiendo que las personas con discapacidades psicosociales o intelectuales sean sometidas al internamiento involuntario en instituciones en las que se les puede privar de su libertad y pueden ser sometidas a tratamientos médicos forzados y medidas mecánicas de contención”;

Por último, se encuentra la Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia que, en el artículo 4.2.g, reconoce el derecho de dichas personas a “decidir libremente sobre su ingreso en centro residencial” (Moretón, 2010, p. 486). Sin embargo, a continuación, se hace alusión al “ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en casos de internamientos involuntarios, garantizándose un procedimiento contradictorio” (Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en Situación de dependencia [LPAPAS], art. 4.2.h). Aunque la ley contempla la situación de internamiento involuntario, no lo especifica de manera explícita, lo que implica una remisión analógica al internamiento involuntario por trastorno mental, tal como ha señalado la doctrina de forma crítica (Sánchez Barrilao, 2002, pp. 233-234).

3. La naturaleza jurídica del internamiento involuntario

Nos situamos ante un marco normativo regulador disperso y poco exhaustivo. Al respecto, el autor Sánchez Barrilao (2013, p. 198) realiza una interesante disquisición sobre la naturaleza jurídica del internamiento del enfermo mental. De este modo, una cuestión pendiente en relación con el marco legal previamente expuesto sobre el internamiento involuntario de personas con trastornos mentales es la esencia misma del internamiento en relación con el trastorno y su tratamiento, y su conexión con los derechos fundamentales afectados, así como la intervención judicial necesaria para autorizarlo. En este sentido, dado que el internamiento se clasifica genéricamente como una “medida cautelar civil” según la sentencia 141/2012, FJ núm. 4, *ab initio* (esta sentencia será analizada con posterioridad), es importante considerar si el internamiento se entiende como parte o requisito del tratamiento médico necesario.

Si consideramos que el internamiento forma parte o es un requisito del tratamiento médico a realizar, el eje normativo principal en torno al cual se basaría el internamiento sería el derecho a la integridad física y moral (CE, art. 15) (Rodríguez López, 2006, p. 189), en conjunto con el respeto a la dignidad y la personalidad (CE, art. 10.1), y su correlato en relación con el consentimiento informado para el tratamiento médico (Ley Autonomía del Paciente [LAP], art. 8). Por lo tanto, un internamiento que forme parte o sea requisito de un tratamiento para una psicopatía se considera-

ría una medida terapéutica, y en consecuencia requeriría el consentimiento del paciente. En caso de que el paciente no pueda otorgar un consentimiento adecuado, se procedería a su sustitución de acuerdo con lo establecido generalmente (LAP, art. 9).

Sin embargo, cuando un internamiento de este tipo no es efectivo ni consentido personalmente, debe considerarse como no voluntario, lo que implica una limitación de la libertad personal (CE, art. 17). Por lo tanto, la articulación jurídica del internamiento se fundamenta en dos ejes constitucionales: la integridad física y moral, junto con la libertad personal (Sánchez Barrilao, 2013, p. 198).

Por otro lado, la situación difiere cuando el internamiento involuntario de una persona con un trastorno mental no tiene exclusivamente un propósito terapéutico, ya que el tratamiento de la psicopatología puede llevarse a cabo fuera o aparte del internamiento en forma ambulatoria e incluso involuntaria (Gómez-Escobar, 2007; Rodríguez Sáez, 2011; González, 2006). Sin embargo, en este caso, existe la posibilidad de recurrir al internamiento involuntario, no basado estrictamente en el tratamiento de la psicopatología, pero sí para prevenir ciertas consecuencias adversas del trastorno mental en cuestión, que podrían representar un riesgo para la integridad o vida del individuo afectado o de terceros (Sánchez Barrilao, 2013, p. 199).

En esta situación, el eje normativo central en el régimen jurídico del internamiento involuntario sería principalmente la libertad personal. Este tipo de internamiento se asemeja más a una medida de inocuidad, por un lado, que busca prevenir ciertos riesgos adversos al desactivar al sujeto y reducir su capacidad o potencial de causar daños a sí mismo o a terceros. Por otro lado, también puede ser considerado como una medida asistencial, en función del estado pasivo en el que puede encontrarse una persona con trastorno mental, lo cual le impide valerse adecuadamente por sí misma, generando un riesgo para su propia seguridad (Sánchez Barrilao, 2013, p. 199).

III. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

1. *El internamiento involuntario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*

Para el estudio de las garantías legales y constitucionales del internamiento involuntario del enfermo mental, considero pertinente iniciar el análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que, partiendo de un marco normativo regulador poco exhaustivo, ha sido el responsable (junto con el TEDH) de establecer, de un modo más preciso y profuso, los requisitos legales y garantías constitucionales de este complejo proceso. Conviene destacar que, aunque este estudio confronta dialógicamente la posición del TC español y el TEDH en relación con el internamiento involuntario, a pesar de la profusa jurisprudencia del TEDH en esta materia, ninguna de sus sentencias se refiere a España (Niveau, Jantzi y Godet, 2021, p. 3).

En España, el Tribunal Constitucional ha adoptado las garantías constitucionales del internamiento involuntario urgente a través, esencialmente, de cuatro sentencias:

- La sentencia 141/2012, del 2 de julio, del Tribunal Constitucional. La relevancia de la sentencia radica en su detallada especificación de los requisitos que deben cumplirse en los casos de internamiento urgente, los cuales generan las garantías proporcionadas por nuestro sistema legal a las personas sometidas a dicho procedimiento. Por consiguiente, la STC ofrece un conjunto de principios fundamentales tanto para los profesionales de la psiquiatría como para los jueces y magistrados. Estos principios, al ser comparados con los autos objeto de recurso, se acompañan de un ejemplo específico de todo lo que se debe evitar en tales circunstancias (Bercovitz, 2012, pp. 1 y ss.).
- La sentencia 13/2016, del 1 de febrero, del Tribunal Constitucional. El recurso de amparo presentado se centra en la falta de cumplimiento de dos requisitos y garantías del internamiento urgente: la violación del plazo de 24 horas que debe cumplir el facultativo para notificar al juez el internamiento de un paciente y la ausencia de un informe médico que justifique la medida. La STC alega la vulneración de los artículos 17 (libertad personal) y 24 (tutela judicial efectiva) de la Constitución

Española. El Tribunal Constitucional considera que las violaciones procedimentales establecidas en el artículo 763 LEC se enmarcan dentro de la lesión al artículo 17 CE, en lugar del artículo 24 CE (FJ 3°).

El TC determina que se produjo un incumplimiento en el procedimiento de comunicación al juzgado por dos razones. En primer lugar, se superó el plazo máximo de 24 horas. Este plazo no es fijo, sino que establece un límite máximo que comienza a contar desde el momento en que la persona afectada es ingresada contra su voluntad dentro de las instalaciones. En segundo lugar, la comunicación no fue realizada por la persona responsable designada para hacerlo. Es responsabilidad del responsable del centro donde se realiza el internamiento comunicar dicho ingreso y proporcionar los motivos que lo justifiquen. La delegación de esta función no tiene validez en términos de protección del derecho a la libertad. Aunque el traslado al centro pueda ser realizado por otras personas, como agentes de policía, personal de ambulancias, trabajadores sociales, familiares, amigos o conocidos, la responsabilidad de comunicar el ingreso recae siempre en el responsable del centro (FJ 3°) (Navarro, 2019, pp. 241-242).

- La sentencia 34/2016, del 29 de febrero, del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional enfoca el debate en dos aspectos. El primero se refiere a la posibilidad de regularizar los internamientos involuntarios de personas con trastornos psíquicos que ya se han materializado desde hace algún tiempo. El TC concluye que

no es posible hablar de la “regularización” de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización judicial, ya sea en un hospital, centro de atención sociosanitaria o residencia geriátrica [...]. No se puede “regularizar” lo que no es simplemente una corrección de formalidades administrativas, sino una violación directa de un derecho fundamental (CE, art. 17.1) (FJ 5°).

La segunda cuestión se centra en el procedimiento adecuado para obtener la autorización judicial que permita internar a una persona con una enfermedad mental degenerativa que ha estado recluida durante un tiempo prolongado en un centro de atención. El Tribunal Constitucional sostiene que

dicha sintomatología no implica necesariamente un nuevo padecimiento (“sobreenvenido”), sino más bien la constatación de la persistencia o irreversibilidad

del mal que ya existía. En definitiva, no se puede considerar urgente la autorización del internamiento solo porque se haya prolongado durante meses sin control judicial y se pretenda evitar que esta situación continúe. No se trata de validar un internamiento ilícito. (FJ 6°)

- La sentencia 132/2016, del 29 de febrero, del Tribunal Constitucional. El debate es esencialmente similar al planteado en la sentencia anterior (STC 34/2016, del 29 de febrero). En esta ocasión, el Tribunal Constitucional reitera que los tribunales han infringido el derecho fundamental a la libertad personal de la persona ingresada al no pronunciarse sobre su situación personal. La protección de sus derechos requiere impulsar la presentación de una demanda de modificación de la capacidad, estableciendo el internamiento como medida cautelar.

2. Los requisitos legales del internamiento involuntario

Una vez identificado qué es el internamiento involuntario, conviene establecer qué pacientes pueden ser internados, qué personas están autorizadas para solicitar el internamiento, a quién compete decidir sobre el internamiento y cómo se ejerce el control del mismo.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) no concreta de forma explícita quiénes están habilitados para solicitar el internamiento, por lo que en la práctica se suele mantener un criterio amplio. Sin embargo, un sector de la doctrina legal aborda esta cuestión desde una perspectiva más restrictiva. Se fundamenta en una analogía con el proceso de incapacitación y declaración de prodigalidad, contemplado en el artículo 757, como indica Arias García (2016, p. 17): “el párrafo tercero in fine de la regla 1 del artículo 763 LEC que nos remite expresamente a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de dicho texto legal, aunque la redacción de tal parte del precepto no sea nada clara, nos lleva a tal interpretación que dicho artículo se incardina dentro del capítulo correspondiente a los procesos sobre capacidad de las personas, criterio seguido por la Circular de la Fiscalía General del Estado de 8 de junio de 1984”, donde se especifica claramente quiénes tienen la capacidad activa para iniciar dicho procedimiento: “el cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano” (Ley Enjuiciamiento Civil [LEC], art. 757.1) o el Ministerio Fiscal (LEC, art. 757.2) (Espejel, 2004, p. 47).

A pesar de las diferentes reformas del artículo 757 de la LEC, la legitimación activa sigue siendo la misma, apreciándose un cambio meramente terminológico (incapacitación por medidas de apoyo), así como la supresión de la referencia a la prodigalidad (Prados, 2023, p. 164).

El internamiento involuntario ordinario debe ser autorizado por el juez del lugar donde resida el enfermo (LEC, art. 763.1). La decisión deberá ser admitida por el responsable del centro donde se hubiere producido el internamiento. (LEC, art. 763.1) (Blázquez, 2005, p. 243).

Formalizado el internamiento es indispensable realizar un seguimiento continuo del mismo. El juez tiene la facultad de revisar en cualquier momento, cuando lo considere pertinente, la situación del paciente internado y solicitar informes médicos. Sin embargo, está obligado a realizar esta revisión al menos cada seis meses, independientemente de las circunstancias (Vega, Bañón y Fajardo, 2010, p. 178). En efecto,

en la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento (LEC, art. 763.4).

Finalmente, la emisión del alta quedará exclusivamente a criterio del facultativo que, sin embargo, debe notificar la decisión al tribunal competente. Adicionalmente, la LEC, en su artículo 763.3, prevé la posibilidad de interponer recurso de apelación frente a la decisión judicial de internamiento o contra la inobservancia de las normas esenciales del procedimiento como resultado de indefensión.⁴

⁴ Al respecto, la Sentencia 50/2016, de 14 de marzo, del Tribunal Constitucional. En este asunto se trata un ingreso involuntario donde la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Las Palmas de Gran Canaria examina personalmente a la interna y escucha el dictamen del perito. En el mismo día se da traslado al fiscal del escrito del hospital y de las dos pruebas periciales. Así mismo, se requiere a los Colegios de Abogados y de Procuradores de Las Palmas que efectúen de forma inmediata la designación de profesionales. La

La determinación que pone fin a este procedimiento es el alta del paciente, ejecutada por el profesional médico. Esta resolución no será susceptible de impugnación debido a su origen no judicial, y las partes interesadas en el mantenimiento de la hospitalización deberán limitarse a presentar una solicitud de autorización ante el juez competente para llevar a cabo un nuevo internamiento. En esta solicitud, deberán exponer la conveniencia de adoptar esta medida de protección, a pesar de la presunta persistencia del trastorno psíquico, en vista de la nueva circunstancia descrita.

Por último, a pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece disposiciones específicas, es pertinente destacar que se puede presentar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo en contra de las sentencias emitidas en segunda instancia en los procedimientos relacionados con el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico de las personas. Esto es especialmente relevante dado que estos procedimientos se centran principalmente en el derecho fundamental a la libertad de las personas (S. Calaza, 2007, pp. 224-225).⁵

A. El trastorno mental

Se configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico. En efecto, indica el Tribunal Constitucional que

al significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan

magistrada-juez toma la decisión de ratificar el internamiento sin esperar al informe del fiscal ni el nombramiento de abogado y procurador. Frente a esta decisión, la fiscal actuante en el procedimiento presentó un recurso de apelación por infracción del artículo 763.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los artículos 17.1 y 24.2 de la Constitución española. El TC concluyó que “la premura con la que la magistrada-jueza ratificó el internamiento, cuando todavía no habían pasado las 72 horas previstas por la LEC, vulneró el derecho a la asistencia jurídica [...]. Señala el Tribunal Constitucional que, ante la falta de respuesta por parte del Colegio de Abogados, podía el tribunal *a quo* haber nombrado a la fiscal defensora de la paciente. Sin embargo, no lo hizo e impidió la asistencia jurídica de la afectada” (FJ 5º).

⁵ El TEDH, en el caso HL contra Reino Unido, detecta la vulneración del CEDH ante la falta de procedimientos que permitan a un paciente internado apelar la privación de su libertad. En esta misma línea, también el Caso X contra Finlandia o el Caso Varbanov contra Bulgaria.

considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad (FJ 4º).

Estas conclusiones tienen su origen en los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental de 17 de diciembre de 1991 de la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante, Principios EM) (Resolución 46/119, 17/12/1991), principio 4.1 y 4.2:

1. La determinación de que una persona padece una enfermedad mental se formulará con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente.
2. La determinación de una enfermedad mental no se efectuará nunca fundándose en la condición política, económica o social, en la afiliación a un grupo cultural, racial o religioso, o en cualquier otra razón que no se refiera directamente al estado de la salud mental.

En el internamiento involuntario urgente, las partes involucradas en la decisión alternan de tal modo que, en primera instancia, será el facultativo el que decida sobre el internamiento. Sobre esto, los Principios EM establecen que

una persona sólo podrá ser admitida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica o ser retenida como paciente involuntario [...] cuando un médico calificado y autorizado por ley a esos efectos determine que esa persona padece una enfermedad mental y considere:

- a) Que debido a esa enfermedad mental existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros; o
- b) Que, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva.⁶

⁶ El mismo principio, continúa indicando que: “En el caso a que se refiere el apartado b) del presente párrafo, se debe consultar en lo posible a un segundo profesional de salud mental,

Sin embargo, es importante hacer una distinción entre los diferentes profesionales involucrados en este proceso. En primer lugar, existe el profesional externo a la institución hospitalaria que recomienda o sugiere el ingreso, como el médico de atención primaria, el especialista en psiquiatría, el trabajador social, el psicólogo o incluso la policía. En segundo lugar, está el responsable del Centro, ya sea el director gerente o quien actúe en su representación, quien tiene la obligación de comunicar oficialmente al órgano judicial correspondiente. En tercer lugar, se encuentra el facultativo encargado de llevar a cabo el ingreso, lo cual sería preferentemente un especialista en psiquiatría, dado que se requiere evaluar no sólo el estado psíquico, sino también el físico, por ejemplo, para descartar la presencia de trastornos derivados de un traumatismo. Por último, se encuentra el profesional responsable de emitir el dictamen facultativo (Barrios, 2012, p. 831).

Los criterios de ingreso son:

- a) La gravedad del trastorno mental. La enfermedad debe revestir “un carácter o amplitud que legitime el internamiento” (STC 141/2012, FJ 3º) (Barrios, 2012, p. 831).⁷
- b) La pérdida de autonomía. Se permite el internamiento de personas que presenten una enfermedad o deficiencia de naturaleza psíquica que afecte su capacidad para decidir por sí mismas. Esta disposición se aplica tanto a personas mayores de 16 años (considerados adultos para efectos de autonomía como pacientes), como a menores de edad e incapaces (Barrios, 2003, p. 141). En el caso de los menores, no es suficiente el consentimiento de los padres, y en el caso de los incapaces, no es suficiente el consentimiento del tutor legal. En ambos casos, se requerirá la autorización previa o la posterior ratificación por parte de la autoridad judicial (Ley Orgánica, 15/01/1996, art. 26.3) (Espejel, 2004, p. 47).

En el internamiento ordinario de los menores de edad, se debe asegurar que ingresen en un establecimiento de salud mental apropiado para su edad, previa evaluación de los servicios de asistencia al menor.

independiente del primero. De realizarse esa consulta, la admisión o la retención involuntaria no tendrá lugar a menos que el segundo profesional convenga en ello”.

⁷ Además, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Herz contra Alemania, 12/06/2003, párr. 47; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Winterwerp contra Países Bajos, 24/10/1979, párr. 37; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Ashingdane contra Reino Unido, 12/10/1983, párr. 37.

Los menores no permanecerán en el centro más tiempo del estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas. Finalmente, el cese será acordado por el órgano judicial que esté conociendo del ingreso (LO, 15/01/1996, art. 26.5).

- c) Riesgo tanto para el paciente como para terceros. Se hace referencia a un “riesgo grave e inmediato o inminente de daño para la persona en cuestión o para terceros” (Principio 16.1.a) Principios EM). Por el contrario, el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDHB) sólo contempla intervenciones involuntarias en situaciones de riesgo para la persona misma y no para terceros.

En España, también en Italia, como excepción dentro del marco legislativo europeo, no se contempla este requisito. En ambos países, la presencia de un trastorno mental grave y la necesidad de tratamiento son los factores que justifican el internamiento involuntario. Aunque en el sistema legal español no existe una referencia explícita al factor de “riesgo” (tanto para el paciente como para terceros), de facto, este criterio subyace en un número significativo de casos de ingresos involuntarios, y de una u otra manera ha sido abordado por la doctrina con diferentes enunciados (Barrios, 2012, p. 833).⁸

B. Situación de urgencia

El legislador permite “excepcionalmente y por «razones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida», que el responsable de un centro médico pueda ordenar el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, con la obligación de comunicarlo al órgano judicial competente” (STC 141/2012, FJ 4º). De este modo, la urgencia de la situación justifica la aplicación de procedimientos clínicos, incluso en ausencia del consentimiento del sujeto involucrado (CDHB, art. 8; LAP, art. 9.2.b).

⁸ En Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Alemania, Estonia, Hungría, Lituania, Luxemburgo, Malta y Holanda se requiere para el ingreso involuntario que concurra un grave problema mental y un significativo riesgo para sí o para terceros, no requiriéndose de forma explícita la necesidad de tratamiento; en Dinamarca, Grecia, Finlandia, Francia, Irlanda, Letonia, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia y el Reino Unido se precisan dos criterios de ingreso, el riesgo de daño y la necesidad de tratamiento.

La emergencia genera una exención parcial o reducción de los protocolos establecidos, siempre y cuando se mantengan las salvaguardias esenciales.

La aprehensión de la existencia de una situación de urgencia puede emerger de individuos externos al ámbito médico, sin embargo, es tarea de los profesionales de la salud discernir si la condición del paciente justifica su ingreso. La presencia de una urgencia sanitaria se verifica cuando existe un peligro tanto para la integridad propia como para la de otros, lo cual legitima la intervención en aras del beneficio del paciente y la preservación de su bienestar (Barrios, 2012, p. 835).

C. Necesidad y proporcionalidad de la medida

Se indica en la STC 141/2012 que estará “justificada la ratificación si en el momento de ser examinado por el juez y por el facultativo el internado presenta un estado que haga aconsejable y necesario su internamiento”.

El principio de necesidad se refiere a la prescripción terapéutica, donde dicha necesidad se basa en las circunstancias particulares del individuo. Desde una perspectiva objetiva, el propósito del ingreso debe ser exclusivamente sanitario, con el objetivo de buscar una finalidad terapéutica.

Siguiendo las conclusiones de Barrios Flores (2012), el principio de proporcionalidad tiene las siguientes dimensiones:

- El tratamiento médico debe ser proporcionado y justificado en relación con los recursos disponibles, su eficacia y la finalidad sanitaria buscada. Se debe evaluar cuidadosamente la gravedad del riesgo y el valor jurídico de la libertad que se restringe.

Este tipo de internamientos forzosos conllevan habitualmente, de forma conjunta, la autorización para realizar los tratamientos pertinentes. De hecho, lo habitual es que se tramiten como autorizaciones de internamiento involuntario para poder llevar a cabo el tratamiento médico (Gutiérrez, Valle, Díaz y Gallego, 2021, p. 242).

En este sentido, el TEDH ha destacado la importancia del consentimiento de los pacientes, considerando que la imposición de un tratamiento médico sin ese consentimiento, si el paciente es adulto, supone un ataque a la integridad física del interesado que puede poner en cuestión los derechos protegidos

por el artículo 8.1 de la CEDH (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [STEDH], 29/04/2002, párr. 63).⁹ Para el TC español

el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. (Sentencia 37/2011, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional, FJ 5º)

Ciertamente, en España, como destaca el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Autonomía del Paciente permiten que las personas con discapacidades psicosociales o intelectuales sean sometidas a tratamientos médicos forzados y medidas mecánicas de contención mediante autorización judicial.

- Se debe buscar la restricción mínima necesaria, con el objetivo de brindar la máxima atención posible con la menor limitación de los derechos del paciente. La mayoría de los países de la Unión Europea incluyen este requisito, aunque no está presente en Bulgaria, Chipre, República Checa, Grecia, Irlanda, Letonia, Eslovaquia y España.
- El internamiento involuntario no puede ser indefinido y debe ser revisado periódicamente.

3. *La autorización judicial*

Como requisitos generales para los internamientos involuntarios, se establece que el juez, previo a la adopción o confirmación de la medida de internamiento que ya ha sido llevada a cabo, debe realizar una evaluación personal de la persona afectada por dicha medida. Además, el juez debe solicitar

⁹ También, STEDH, Caso Storck contra. Alemania, 2005 y Caso V.C. contra Eslovaquia, 2011.

un informe del Ministerio Fiscal y escuchar la opinión de un profesional designado por él mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 763.3 de la LEC (Vega, Bañón y Fajardo, 2010, p. 179).

En este contexto, es necesario considerar cómo la Ley de Enjuiciamiento Civil establece el procedimiento de intervención judicial ordinaria en relación con los internamientos por trastornos psíquicos, que se presenta como un caso de autorización (LEC, art. 763.1). En este sentido, dicha intervención implica que un juez verifique el cumplimiento de ciertas condiciones legalmente exigibles en relación con una acción específica, como lo es el internamiento involuntario, el cual inicialmente limita un derecho y, por lo tanto, plantea un riesgo potencial en cuanto a los derechos fundamentales (Sánchez Barrilao, 2012, p. 201).

En cuanto a la ratificación judicial del internamiento urgente (o autorización diferida), también debe entenderse en el mismo sentido previamente mencionado. A pesar de que esta ratificación se lleva a cabo una vez que la medida ha sido adoptada de manera facultativa, no se plantea como un recurso contra dicha medida, sino como un instrumento adicional de control cautelar e inmediato del cumplimiento de las condiciones que legitiman el internamiento involuntario por trastorno psíquico decidido directamente por un profesional médico debido a su urgencia (Sánchez Barrilao, 2012, p. 202).

El examen de la persona por el tribunal no puede ser equiparable a un interrogatorio, sino más bien a una inspección o reconocimiento del enfermo, constatando el estado psíquico del paciente dejando constancia en acta (Gómez Papi, 1990; Barrios, 2003). El examen se puede realizar en el juzgado, domicilio del paciente o, directamente, en el hospital.

En todo caso, es indudablemente un procedimiento garantista, por cuanto se deben tomar en cuenta una serie de elementos procedimentales. Estos incluyen la audiencia a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya presencia sea considerada necesaria o solicitada por el afectado. Asimismo, se llevará a cabo cualquier prueba que el juez considere relevante para el caso en cuestión. El juez también realizará un examen directo de la persona sujeta a internamiento, con el fin de obtener una comprensión directa de su situación. Además, se solicitará un dictamen de un profesional médico designado por el juez. Dicho dictamen debe considerar diversos aspectos, tales como el trastorno mental que motiva el internamiento, la incapacidad de hecho del sujeto para consentir de manera libre y voluntaria al internamiento, así como el propio internamiento y otras medi-

das terapéuticas propuestas para el individuo. Es fundamental asegurar que la persona afectada por la medida de internamiento tenga representación legal y defensa en todas las etapas del proceso. Además, se le debe otorgar la posibilidad de solicitar pruebas o testimonios en relación con su caso específico.

Durante el examen judicial pueden comparecer todas aquellas personas que el juez o el enfermo consideren oportunos y necesarios para la causa y, en todo caso, se oír al Ministerio Fiscal a través de un informe preceptivo sobre la necesidad del internamiento. No obstante, el mencionado informe no es vinculante. Asimismo, el tribunal podrá practicar cualquier otra prueba que considere relevante. Durante el proceso, el enfermo podrá disponer de representación y defensa.

En relación con la resolución judicial, debe estar debidamente fundamentada. En primer lugar, en lo que tiene que ver con la incapacidad de hecho de la persona sujeta a la medida para otorgar su consentimiento al internamiento; en segundo lugar, en cuanto al trastorno psíquico que padece dicha persona, y en tercer lugar, en la idoneidad del internamiento como medida y al tratamiento específico que se llevará a cabo para abordar el trastorno psíquico diagnosticado. Estas conclusiones se basarán, por supuesto, en las pruebas y dictámenes mencionados previamente (Sánchez Barrilao, 2013, p. 206).

Por otra parte, la resolución judicial deberá incluir una disposición que establezca la obligación de los profesionales de la salud responsables de atender a la persona internada de informar periódicamente al tribunal acerca de la necesidad de mantener la medida. Además de estos informes periódicos, podrán requerirse otros informes adicionales, y se especificarán los plazos para la emisión de dichos informes, los cuales no podrán exceder los seis meses (LEC, art. 763.4). Con base en estos informes, el juez, tras llevar a cabo las actuaciones que considere necesarias, podrá decidir sobre la continuación o no del internamiento (LEC, art. 763.4) (Sánchez Barrilao, 2012, p. 206).

En cuanto a la naturaleza de la intervención judicial, es importante destacar que el juez, en virtud de su independencia establecida en el artículo 117.1 de la CE, se erige como el único órgano constitucionalmente habilitado para llevar a cabo un análisis exhaustivo de las limitaciones de los derechos fundamentales, incluyendo la libertad personal, tanto de acciones de naturaleza pública como privada. El juez desempeña un papel crucial como garante de dichos derechos (Sánchez Barrilao, 2012, p. 200).

Por otro lado, es imprescindible un dictamen médico de un facultativo designado por el juez (LEC, art. 763.3).¹⁰ Un aspecto muy llamativo de la práctica del internamiento involuntario es que el dictamen médico lo puede realizar un médico forense, sin necesidad de la intervención de un facultativo especialista en psiquiatría. Es más, basta con el informe de un médico de atención primaria (Patrocinio, 2002). En todo caso, el tribunal puede solicitar tantos informes médicos como considere pertinente.

En cuanto a los criterios médicos que promuevan el internamiento, ciertamente, no existen de forma acotada y exhaustiva. En España, al igual que en la mayoría de los países europeos, los criterios para el internamiento involuntario son amplios en la práctica. Estos criterios incluyen delirios o trastornos de la percepción sensorial, alteraciones de conducta debido al incumplimiento del tratamiento, ideación o intentos de suicidio, incapacidad para el autocuidado debido a la falta de conciencia de la enfermedad, agresividad dirigida hacia otros en pacientes con psicopatología subyacente, trastorno de la anorexia nerviosa, entre otros (Vega, Bañón y Fajardo, 2010, p. 180).

La casuística desarrollada a lo largo de las últimas décadas ha ido fijando criterios poco específicos para los internamientos voluntarios: que exista indicación médica; que la situación psicopatológica del paciente le impida ejercer el consentimiento informado; que el ingreso se efectúa en beneficio del paciente o para la protección de terceras personas; o que exista imposibilidad de tratamiento ambulatorio (Vega, Bañón y Fajardo, 2010, pp. 180-181).

IV. GARANTÍAS JUDICIALES DEL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

En la jurisprudencia del TEDH se identifican determinadas condiciones procedimentales en el internamiento involuntario, especialmente en el de carácter urgente, como garantías propias de este procedimiento, conectadas directamente con el derecho fundamental a la libertad (CE, art. 17.1) (Barrios, 2010, p. 60). En efecto, a través de la jurisprudencia del TEDH se han definido importantes requisitos y exigencias legales que, además, han determinado un marco regulador más homogéneo en el entorno europeo.

¹⁰ STEDH, Caso Filip contra Rumanía, 2006; Caso M.R.L. y M.-J.D. vs. Francia, 2004; Caso S.R. vs. Países Bajos, 2012; Caso Ruiz Rivera vs. Suiza, 2014.

Con el objetivo de sistematizar la jurisprudencia del TEDH, he agrupado la distinta casuística en tres materias elementales: el internamiento involuntario como proceso judicial; los requisitos médicos del internamiento involuntario, y las garantías temporales del internamiento involuntario.

- *El internamiento involuntario como proceso judicial*: es preciso que el procedimiento “tenga un carácter judicial y proporcione al individuo encausado las garantías correspondientes a la naturaleza de la privación de libertad” (STEDH, 18/06/1971, párr. 76). El juez está obligado a informar al individuo privado de libertad o a su representante sobre su situación tanto material como procesal. Esto implica que el afectado (o su representante en su nombre) tiene el derecho de ser escuchado personalmente durante el procedimiento. Además, la persona privada de libertad debe ser informada de su derecho a contar con un abogado y procurador en este trámite, así como de su derecho a presentar pruebas (STEDH, 12/05/1992, párr. 23). El TEDH, en el caso Nielsen contra Dinamarca, hizo extensible las garantías procesales a los menores de edad (STEDH, 18/11/1988, párr. 58).

Todo internado involuntario ha de tener derecho a la impugnación judicial de la resolución que decide su ingreso. Respecto a qué ha de entenderse por tribunal, la Convención emplea en varios de sus artículos dicho término, indicándose con ello un órgano que mantenga la independencia respecto al ejecutivo y a las partes y respete las garantías de un procedimiento judicial (STEDH, 18/06/1971, párr. 78).

Asimismo, el TEDH considera que la prisión preventiva ordenada por motivo y para atender la condición mental no podría considerarse una “pena” (*Caso Inseher contra Alemania*). Al respecto, el TEDH acepta la prisión preventiva de un paciente de salud mental en un centro que ofrece atención médica adecuada (*Caso Bergmann contra Alemania*).

- *Los requisitos médicos del internamiento involuntario*. En términos de pruebas, además de realizar un examen directo del individuo en el centro, el juez ordenará la realización de un peritaje médico a cargo de un profesional designado por él. La verificación del estado mental mediante una previa peritación médica objetiva ha sido declarada por el TEDH como una condición indispensable para proceder al internamiento no urgente (STEDH, 05/10/2000, párr. 48). Por el contrario, el TEDH acepta la flexibilización de este requisito en los supuestos de urgen-

cia que demanden una pronta respuesta (STEDH, 12/06/2003, párr. 46; STEDH, 27/05/1997, párr. 86). En cualquier caso, es necesaria la perturbación del paciente para justificar el internamiento (STEDH, 24/10/1979, párr. 39).

El TEDH establece, además, que la decisión sobre el internamiento debe emanar de un órgano que tenga rasgos distintivos de tribunal (STEDH, 24/10/1979, párr. 67). Asimismo, el ingreso debe practicarse en un “hospital, clínica u otro establecimiento apropiado y habilitado al efecto” (STEDH, 12/05/1983). En el *caso Aerts contra Bélgica* se consideró como no apropiada la psiquiatría de una prisión puesto que no permitía “un seguimiento médico ni un entorno terapéutico” (STEDH, 30/07/1998). En el *caso Murray contra Holanda* (2013), el TEDH trata de la condena a una persona con una enfermedad mental para la que nunca se previó ningún tratamiento lo que no permitió al demandante poder superar ninguna de las revisiones periódicas necesarias para abandonar la pena punitiva al no quedar demostrado que no fuera a reincidir (García et al., 2016, p. 4). Así, en su caso, estas revisiones se cumplían de *iure*, pero no de facto, dado que la posibilidad existía, pero en su caso era una posibilidad ilusoria porque sus problemas mentales le impedían superar estas evaluaciones periódicas (STEDH, 10/12/2013).

Más aún, el TEDH considera que, entre una institución de alta seguridad y un establecimiento ordinario, siendo más apropiadas para la curación las condiciones de internamiento en el segundo caso, las condiciones del primero pueden ser consideradas como una “detención regular de un enajenado” (STEDH, 12/05/1983, párr. 47). Si bien, no ha considerado legal el internamiento en una residencia social con falta de recursos (*Caso Stanev contra Bulgaria*).

- *Las garantías temporales del internamiento involuntario*. Una de las garantías más destacadas en el marco regulador del internamiento urgente es el límite temporal establecido para la resolución judicial. Este plazo debe considerarse como inamovible, tal como hemos reconocido en relación con otros plazos de detención judicial. Esto implica que no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. Es reiterada la doctrina del TEDH sobre la celeri-

dad de respuesta de los órganos judiciales para la legalidad del internamiento. En el caso *Herczegfalvy contra Austria* (1992) declara excesivo el plazo de dieciocho meses, o cinco meses en el caso *Van Der Leer contra Países Bajos* (1988) (Barrios, 2010, p. 62). Del mismo modo, el TEDH ha considerado que se vulnera el CEDH cuando la legislación nacional no contempla un mecanismo de rápida apelación (STEDH, 05/10/2000, párr. 60).

En este sentido, las infracciones del procedimiento cometidas por el órgano judicial resultarán denunciables ante este mismo en orden a su inmediata reparación, solicitando una respuesta y en su caso recurriéndola. Conviene destacar en esta materia de internamiento involuntario civil, en casos de inactividad objetiva del órgano judicial, el procedimiento de *habeas corpus* ante el juez de instrucción competente en procura de la necesaria tutela de la libertad. Si bien, el TEDH reconoce que no basta un *habeas corpus* para entender colmada una tutela judicial efectiva, porque el limitado control de éste es insuficiente en la hipótesis de un internamiento prolongado (STEDH, 12/03/1981, párr. 58).

Las garantías temporales también son extensibles a la duración del internamiento, que no debe prolongarse de no persistir la perturbación (STEDH, 09/09/1998, párr. 61 y STEDH, 13/01/2011). El TEDH contempla la obligatoriedad de la revisión de la situación del internamiento a intervalos razonables (STEDH, 26/10/1996, párr. 32). La notificación de las razones de la detención o la decisión de prorrogar la misma es un acto obligatorio (STEDH, 14/07/1988, párr. 27). Aunque el TEDH matiza este requisito a que el paciente no se encuentre evadido en el momento de toma de la decisión.

Por el contrario, el TEDH ha considerado que mantener el internamiento si la enfermedad es incurable no es una violación del CEDH (*Caso Hutchison Reid contra Reino Unido*). En todo caso, la continuación del internamiento obligatorio sin apoyo médico adecuado y sin ningún tipo realista de cambio constituye un trato degradante (STEDH, 18/06/2017 y STEDH, 06/09/2016).

En suma, es reiterada la doctrina del TEDH donde se contempla que el incumplimiento de plazos comporta una violación del artículo 5.1 CEDH (STEDH, 14/07/1988, párr. 23 y STEDH, 27/09/1990, párr. 27).

V. CONCLUSIONES

En el contexto de la salud mental, se afrontan diversos retos para garantizar el respeto a los derechos humanos. De un lado, se evidencia una falta de conciencia acerca de la relevancia del respeto a los derechos humanos y un desconocimiento de las regulaciones internacionales que exigen su salvaguardia, tanto por parte del público en general como de los servicios de salud mental. De otro lado, se constata una carencia en el desarrollo normativo a nivel nacional o autonómico, lo cual obstaculiza la aplicación efectiva de este marco legal internacional en la práctica.

Es importante tener en cuenta que las violaciones de los derechos humanos no se limitan a instituciones cerradas y, desafortunadamente, pueden ocurrir incluso en entornos de atención comunitaria. Estas violaciones pueden presentarse en unidades de hospitalización psiquiátrica, incluyendo unidades de media estancia, comunidades terapéuticas, centros de día y hogares residenciales. Además, estas situaciones no se limitan a establecimientos sociosanitarios, sino que también pueden ocurrir en otros contextos, como entornos educativos, tanto públicos como privados.

Es fundamental tomar conciencia de las nuevas formas en las que se vulneran los derechos de las personas que residen o pasan un tiempo en estas unidades, dispositivos o recursos residenciales, así como de aquellas con las que se relacionan, aunque no vivan en ellos. Como un imperativo ético, es necesario garantizar que las prácticas profesionales protejan y cumplan con los derechos humanos de las personas que reciben atención en cualquiera de estos recursos existentes.¹¹

En el contexto europeo, se observa una notable heterogeneidad en el sistema de garantías destinado a las personas con trastornos mentales en re-

¹¹ Desde la firma de la Declaración sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 1975, se han desarrollado diversos instrumentos para proteger y promover los derechos de estas personas. Algunos de estos instrumentos incluyen el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (1982) y los Estándares sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993).

^{En} cuanto a la protección de los derechos humanos de las personas con enfermedad mental, también existen instrumentos específicos para su salvaguardia. Entre los más destacados se encuentran: Principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y la Mejora de la Atención de Salud Mental (1991); Directrices sobre los derechos humanos de las personas con trastornos mentales (1996) de la OMS; Atención a la salud mental: diez principios básicos (1996).

lación con el efectivo reconocimiento de los tratados, recomendaciones y sentencias. En numerosos casos, las recomendaciones se limitan a ser meras sugerencias dirigidas a los Estados europeos (específicamente del Consejo de Europa), mientras que el grado de acatamiento de las sentencias por parte de los mecanismos judiciales internos de cada Estado presenta, en ocasiones, deficiencias significativas. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado a lo largo de las últimas décadas una amplia jurisprudencia en defensa del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que ha servido como vía de canalización para el resto de los tribunales europeos.¹²

Indudablemente, se ha observado un incremento en el nivel de atención otorgado a la salud mental, acompañado de una mayor aprehensión acerca de su trascendencia. Diversos países han instaurado, actualizado y fortalecido políticas y estrategias referentes a la salud mental. Además, la investigación ha propiciado avances técnicos en esta disciplina. En el presente, se dispone de un amplio abanico de directrices, manuales y herramientas prácticas respaldadas por evidencia, las cuales se encuentran disponibles para ser implementadas en el ámbito de la salud mental.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Allen, J., Balfour, R., Bell, R. y Marmot, M. (2014). Social determinants of mental health. *International Review of Psychiatry*, 26(4), 392-407. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25137105/>
- Arias, J. A. (2006). Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2697-2736. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2027883>

¹² En la relación directa que existe entre los pronunciamientos del TEDH y su repercusión en las resoluciones judiciales nacionales, conviene hacer mención al recurso de revisión ante el Tribunal Supremo español en los distintos órdenes jurisdiccionales previsto en el artículo 5 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dicta: “Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

- Barrios, L. F. (2003). Uso de medios coercitivos en psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación. *Derecho y Salud*, 11, 141-162. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5154865>
- Barrios, L. F. (2004). Ingresos geriátricos: fundamento y garantías. *Derecho y Salud*, 12(1), 1-26.
- Barrios, L. F. (2010). Derechos Humanos y salud mental en Europa. *Norte de salud mental*, VIII(36), 55-67. <https://consaludmental.org/publicaciones/DerechosHumanosSaludMentalEuropa.pdf>
- Barrios, L. F. (2012). El ingreso psiquiátrico involuntario de carácter urgente: una revisión, tras la STC 141/2012, de 2 de julio. *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, 332(116), 829-847. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352012000400011
- Bercovitz, R. (2012). Decálogo para los internamientos involuntarios urgentes por trastornos mentales. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 7, 17-22.
- Berenguer, M. C. (2014). Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico: especial consideración al procedimiento a seguir en los casos de urgencia médica. *Derecho Privado y Constitución*, 28, 1-47.
- Blázquez, R. (2005). Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). Los internamientos involuntarios desde la perspectiva civil. *Primer Congreso La salud mental es cosa de todos. El reto de la atención comunitaria de la persona con trastorno mental grave desde los servicios sociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- Cabrera, J. (1991). El internamiento psiquiátrico. Monografías de psiquiatría. *Psiquiatría y Ley penal*, 3, 176-182. <https://www.elsevier.es/index.php?p=revista&pRevista=pdf-simple&pii=S021265670900482X&r=27>
- Calaza, S. (2007). El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. *Revista de Derecho UNED*, 2, 175-225.
- Consejería de Salud y Bienestar Social. (2012). *Derechos Humanos y Salud Mental en Andalucía*, Junta de Andalucía. <https://www.sspa.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/sites/default/files/sinfiles/wsas-media-pdf-publicacion/2021/DerechosHumanosSaludMental20121203.pdf>
- Espejel, C. (2004). El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Comentarios al art. 763 L.E.C. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 4, 47-62. <https://www.masterforense.com/pdf/2004/2004art2.pdf>
- Galderisi, S., Heinz, A., Kastrup, M., y otros (2015). Toward a new definition of mental Health. *World Psychiatry*, 14(2), 231-233. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4471980/>

- García, J., Bustos, R. y otros (2016). Derechos fundamentales y libertades públicas. *Revista española de Derecho Administrativo*, 178, 45-88.
- Gómez Papi, J. M. (1990). El internamiento del enfermo mental. *Jornadas sobre psiquiatría forense. Centro de Estudios Judiciales*. Ministerio de Justicia, centro de publicaciones.
- Gómez-Escolar, P. (2007). Algunas cuestiones sobre la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. *Estudios de derecho judicial*, 127, 119-206.
- González, O. (2006). Tratamiento ambulatorio involuntario de los enfermos mentales. El trasfondo de un prolongado debate. *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria*, 6(1), 39-46. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2386915>
- Gracia, S. (2000). Internamiento psiquiátrico e internamiento forzoso. *Centro de Salud*, 8, 636-639. <https://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-internamientos-psiquiatricos-aspectos-medicolegales-S021265670900482X>
- Gutiérrez, J., Valle, E., Díaz, E. y Gallego, S. (2021). Coronavirus disease 2019 (COVID-19): internamiento involuntario sí, tratamiento obligatorio no. *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, 56(4), 241-243.
- Ibáñez, M. y Casado, M. (2018). Internamiento no voluntario del paciente psiquiátrico: normas legales y aspectos críticos. *Semergen*, 44(2), 125-130. <https://www.elsevier.es/es-revista-medicina-familia-semergen-40-articulo-internamiento-no-voluntario-del-paciente-S1138359317301430>
- Laín, P. (1983). *La relación médico-enfermo. Historia y teoría*. Alianza Universidad.
- Moretón, M. F. (2010). Dos nuevos pronunciamientos del TC sobre el internamiento forzoso en establecimiento de salud mental como medida privativa de libertad: cuestiones sobre ingresos no voluntarios en centros geriátricos. *Revista de Derecho UNED*, 7, 461-487. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3623196>
- Navarro, M. (2019). El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial. *Revista de Bioética y Derecho*, 45, 231-251. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872019000100016
- Niveau, G., Jantzi, C. y Godet, T. (2021). Psychiatric Commitment: sixty years under the scrutiny of the European Court of Human Right. *Frontiers in Psychiatry*, 12, 1-10.
- Organización Mundial de la Salud (2013). Plan de acción sobre salud mental, 2013-2020, Ginebra.

- Organización Mundial de la Salud (2019). ¿Qué es la salud mental? http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/
- Organización Mundial de la Salud (2022). Informe mundial sobre salud mental. Transformar la salud mental para todos. <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240050860>
- Patrocinio, J. A. (2002). El internamiento de los presuntos incapaces. Aspectos procesales y sustantivos. *I Congreso virtual de Derecho y discapacidad en el nuevo milenio*.
- Pomed, L. (2006). Algunos aspectos de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la libertad y a la seguridad. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 17, 165-176.
- Portero, G. (2012). ¿Qué es la salud mental? En M. Velázquez, *La salud mental de las y los trabajadores* (pp. 101-238). La Ley.
- Prados, C. (2023). *El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*. Dykinson.
- Rodríguez Álvarez, A. (2012). Sobre el internamiento involuntario de ancianos no incapacitados en centros geriátricos. *Diario La Ley*, 7958.
- Rodríguez López, P. (2006). Los derechos constitucionales de las pacientes: derecho a la vida y a la integridad física. *Derecho y Salud*, 14(1), 167-204. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2005304>
- Rodríguez Sáez, J. A. (2011). El fundamento ético-jurídico de la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. *Diario La Ley*, 7762. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3795841>
- San José-Sanz, L., y Sol-Ordis, T. (2006). Aspectos médico-legales del internamiento psiquiátrico y la incapacidad civil. *Med Clin (Barc)*, 126(14), 549-553. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7024676/>
- Sánchez Barrilao, J. F. (2013). El régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental. *UNED. Revista de Derecho Político*, 87, 179-222. <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/12774>
- Sánchez Barrilao, J. F. (2022). *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*. Civitas.
- Sánchez Legrán, F. (2002). El paciente como usuario de la Sanidad. Derechos y deberes. *Medicina de Familia*, 3(4), 12-14. <https://gesan.uninet.edu/mas-terges/2002/tema13/13-1.pdf>

- Vega, C., Bañón, R. M. y Fajardo, A. (2010). Internamientos psiquiátricos. Aspectos medicolegales. *Aten Primaria*, 42(3), 176-182. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7024676/>
- Verda, J. R. de. (2016). El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el derecho español. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4, 9-28.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Aerts contra Bélgica*, 30 de julio de 1998.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Ashingdane contra Reino Unido*, 12 de mayo de 1983.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso de Wilde, Ooms y Versyp contra Países Bajos*, 18 de junio de 1971.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Eriksen contra Noruega*, 27 de mayo de 1997.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Herczegfalvy contra Austria*, 24 de septiembre de 1992.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Herz contra Alemania*, 12 de junio de 2003.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Hurchison Reid contra Reino Unido*, 20 de febrero de 2003.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso HL contra Reino Unido*, 25 de junio de 1997.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Johnson contra Reino Unido*, 9 de septiembre de 1998.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Nielsen contra Dinamarca*, 28 de noviembre de 1988.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Megyeri contra Alemania*, 12 de mayo de 1992.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Morsink contra Países Bajos*, 11 de mayo de 2004.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Pretty contra Reino Unido*, 29 de abril de 2002.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Silva Rocha contra Portugal*, 26 de octubre de 1996.

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Van Der Leer contra Países Bajos*, 14 de julio de 1988.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Varbanov contra Bulgaria*, 05 de octubre de 2000.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Wassink contra Países Bajos*, 27 de septiembre de 1990.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Winterwerp contra Países Bajos*, 24 de octubre de 1979.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso X contra Reino Unido*, 12 de marzo de 1981.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso M.R.L. y M.-J.D. vs. Francia*, 19 de mayo de 2004. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Storck vs. Alemania*, 16 de junio de 2005.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Filip vs. Rumanía*, 14 de diciembre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Pankiewicz contra Polonia*, 12 de febrero de 2008.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Heidn contra Alemania*, 13 de enero de 2011.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso V.C. contra Eslovaquia*, 8 de noviembre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Stanev contra Bulgaria*, 17 de enero de 2012.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso S.R. vs. Países Bajos*, 18 de septiembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Murray contra Holanda*, 10 de diciembre de 2013.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Ruiz Rivera vs. Suiza*, 18 de febrero de 2014.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Bergmann contra Alemania*, 7 de enero de 2016.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso WD contra Bélgica*, 6 de septiembre de 2016.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Rooman contra Bélgica*, 18 de junio de 2017.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Inseher contra Alemania*, 4 de diciembre de 2018.

Beneficiario controlador y control efectivo frente al delito fiscal

Controlling Beneficiary and Effective Control Against Tax Crime

Ivonne Alejandra OROZCO GONZÁLEZ

 <https://orcid.org/0000-0001-8888-694X>

Universidad de Guadalajara, Jalisco, México.

Correo electrónico: ivonneorozgonz@hotmail.com

RECIBIDO: 10 de septiembre de 2023

ACEPTADO: 1 de noviembre de 2023

RESUMEN: El presente documento explica el origen del beneficiario controlador en la legislación fiscal mexicana, los alcances del control efectivo y las consecuencias del intercambio de esta información a nivel internacional frente al delito fiscal. El objetivo de este artículo es definir el beneficiario controlador en México, abordar su origen en el plano internacional y si su incorporación en nuestra legislación fiscal vigente es constitucional. La hipótesis es que dicha norma, por la cual se establece el registro público del beneficiario controlador y sus medios sancionatorios establecidos en el Código Fiscal de la Federación, es inconstitucional.

La metodología aplicada es el método de estudio de casos cualitativos, ya que se pretende analizar a través del derecho comparado la introducción de la figura de beneficiario controlador identificando las normas que lo originan y sus consecuencias, para confirmar o rechazar la hipótesis sobre si dicha figura es constitucional o no, de acuerdo con el derecho mexicano e internacional.

Palabras clave: beneficiario controlador, velo corporativo, control efectivo, desestimación de la personalidad jurídica, tratados internacionales, derechos humanos, delitos fiscales.

ABSTRACT: This document explains the origin of the controlling beneficiary in Mexican tax legislation, the scope of effective control and the consequences of the exchange of this information internationally in the face of tax crime. The objective of this article is to define the controlling beneficiary in Mexico, address its origin at the international level and whether its incorporation into our current tax legislation is constitutional. The hypothesis is if the law that regulate the public registry of the controlling beneficiary and if the sanction established in the Federal Tax Code is unconstitutional.

The methodology applied is the qualitative case study method, since it is intended to analyze through comparative law the introduction of the figure of controlling beneficiary, identifying the norms that originate it and its consequences, to confirm or reject the hypothesis about

whether said figure it is constitutional or not, according to Mexican and international law.

Keywords: controlling beneficiary, corporate veil, effective control, dismissal of legal personality, international treaties, human rights, tax crimes.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Responsabilidad penal de los ilícitos cometidos por las personas jurídicas.* III. *Control efectivo.* IV. *El velo corporativo y su disparidad al definir beneficiario final.* V. *Prueba de representación (agency test).* VI. *Inconstitucionalidad del develamiento corporativo en virtud de reportar beneficiario controlador.* VII. *Garantía de audiencia, juicio previo y principio de cosa juzgada.* VIII. *Violación al derecho humano a la intimidad y la privacidad.* IX. *Violación al secreto fiscal.* X. *Conclusiones.* XI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Los primeros antecedentes para la lucha contra el lavado de dinero y financiamiento del terrorismo datan del año 1989, año en que fue creado el GAFI, que es también conocido como el grupo de los siete (G-7), ya que fue conformado por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido, donde no fue sino hasta abril de 1990, que da a conocer las primeras 40 recomendaciones cuyo objetivo era proporcionar un plan de acción para la lucha de lavado de dinero y financiamiento de terrorismo (GAFILAT, 2022).

Para el año 2000, México se hace miembro de la red global de GAFI, ingresando también posteriormente (2006) al Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), integrándose a los esfuerzos internacionales para la lucha contra lavado de dinero y crimen organizado.

Es hasta febrero de 2012 cuando el GAFI establece una definición de beneficiario final en su glosario, dentro de sus recomendaciones 24 y 25, que contienen sus estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, donde dispone como definición la siguiente:

Beneficiario final se refiere a la(s) persona(s) natural(es) que finalmente posee o controla a un cliente y/o la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción. Incluye también a las personas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica u otra estructura jurídica (OCDE, 2022).

Posteriormente, en octubre de 2012 se publica la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LEY PRIORPI), la cual define al beneficiario controlador, siguiendo las recomendaciones del GAFI en su postulado 24 y 25 en el artículo 3o., aunado a esto, un año después —el 6 de septiembre de 2013—, en la cumbre del G-20 se reitera a los países que deben hacer frente a los riesgos planteados por la opacidad de los vehículos corporativos y a tomar acciones y comprometerse para la aplicación del GAFI sobre el beneficiario final (G20, 2013).

En este orden de ideas, es posteriormente en 2016, que se introduce como requisito que la información de beneficiario final se encuentre disponible en los países miembros, esto derivado de los acuerdos del foro global llevado a cabo en Barbados el 28 y 29 de octubre del 2015 (norma IIPP) (BID, 2019).

Sin embargo, México continuaba sin atender algunos aspectos propios de los compromisos asumidos, como lo es mejorar la transparencia sobre quien posee y controla las sociedades, por lo que en la cumbre Anticorrupción de 2016 celebrada en Londres se compromete, con el objetivo de poner fin, a exponer irregularidades y desbaratar actividades ilícitas, garantizando información básica como el establecimiento de registros públicos (IMCO, 2016).

Es por estos compromisos, que en 2021 (12 de noviembre) en México se publica en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma que adiciona disposiciones fiscales, donde entre ellas se añadía en el Código Fiscal de la Federación la figura del beneficiario controlador en el artículo 32- B Ter, 32-B Quitar, 32-B Quinquies, 84-M y 84-N, los cuales exigen niveles de transparencia en sociedades mercantiles, fideicomisos y otras figuras con fines fiscales (SAT, 2021). En la exposición de motivos de dicha norma se menciona que a fin de dar respuesta al llamado G20 —del cual es miembro México— y con el objetivo de compartir información y garantizar el acceso a dicha información, de acuerdo con los mínimos establecidos de transparencia por el Foro Global GAFI, se hacen diversas modificaciones en la legislación.

Ulteriormente, el banco interamericano para el desarrollo publica un informe sobre la “Regulación sobre beneficiarios finales en América Latina y el Caribe”, en 2017, en el cual señala que los vehículos jurídicos que deberán registrar sus beneficiarios finales son las denominadas sociedades de capital. Las sociedades de capital extranjeras, sociedades de personas constituidas

en el país, sociedades de personas constituidas en el extranjero, sociedades que cotizan en la bolsa, fundaciones y fideicomisos (BID, 2017).

Respecto de los datos que se deben presentar, son nombre, domicilio, nacionalidad y residencia, fecha de nacimiento, documento de identificación, forma en que ejerce el control, fecha desde la cual es beneficiario final y cadena de control (entidad o accionista nominal a través del cual ejerce el control efectivo) (BID, 2017).

En el resumen de compromisos asumidos del beneficiario final, resalta la prohibición de emitir acciones al portador, la inmovilización o la exigencia de notificación cada vez que se actualice información y, por último, “el GAFI exige a los países que identifiquen cuáles de sus personas jurídicas representan un mayor riesgo para el ALA/FT, establezcan sanciones efectivas que aseguren el cumplimiento de las disposiciones anteriores y cooperen con otros países para intercambiar información sobre BF”, es por esto que diversos países llevan a cabo los siguientes:

| | |
|----------------|--|
| Estados Unidos | “Parte responsable” (Responsible Party) en Estados Unidos no cumple con la definición de beneficiario final del GAFI. La definición de “parte responsable” en la nueva legislación de Estados Unidos no es consistente con la definición de BF del GAFI, ya que solo se debe identificar a una “persona responsable”, en vez de —potencialmente— a varios, y esta persona puede ni siquiera ser quien tiene una titularidad o control mayoritario sobre la sociedad comercial (GAFI EE.UU., p. 224). |
| Reino Unido | Recuadro 2. Los criterios para ser BF en el Reino Unido. El Reino Unido utiliza el umbral del 25 %, pero no solo para la propiedad directa o indirecta de las acciones o del capital de la sociedad, sino también para los derechos a voto. Además, también sería BF quien pueda nombrar o remover a la mayoría del Directorio (Board of Directors) de una sociedad, o cualquier persona con control efectivo sustancial. Sin embargo, cabe la posibilidad de que ninguna persona sea identificada como BF, ni siquiera el individuo con puesto administrativo superior (directivo principal). |

| | |
|---------------|--|
| Unión Europea | El 20 de mayo de 2015, la Unión Europea (UE) aprobó la 4.a Directiva Anti-Lavado de Activos que exige la identificación y el registro ante una autoridad de los BF de personas jurídicas y de ciertos fideicomisos 4 (o entidades similares), en los artículos 30 y 31, respectivamente. La Directiva implica un piso mínimo que deben haber implementado localmente todos los Estados miembros de la UE al 30 de junio de 2017. |
| Argentina | Las entidades jurídicas deben suministrar información sobre los BF al registro comercial de la ciudad de Buenos Aires (Resolución UIF 30-E/2017, art. 2.o). |
| Brasil | En Brasil se debe informar el BF a las autoridades fiscales |
| Costa Rica | El BF se debe informar ante Banco Central. |
| Uruguay | El BF se debe informar ante Banco Central. |

FUENTE: elaboración propia con los datos obtenidos de Knóbel, 2020, Banco interamericano de desarrollo: <file:///C:/Users/IO/Desktop/Regulaci%C3%B3n-sobre-beneficiarios-finales-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf>

En un informe publicado por el GAFILAT (2020) se señala que conocer al beneficiario final servirá para la persecución de los delitos fiscales, ya que la transparencia de la propiedad de las personas jurídicas y fideicomisos permite establecer los responsables penales, así como es un mecanismo para detectar ilícitos cuando no están operando correctamente.

Ahora, uno de los mayores problemas que se plantean es respecto de las sociedades anónimas, ya que las acciones al portador representan un riesgo inminente, pues, a diferencia de las acciones nominativas registradas en los libros sociales, estas circulan libremente haciendo imposible identificar al beneficiario final, por ello es que en algunos países miembros de GAFILAT las acciones al portador están prohibidas, como lo es en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Guatemala y Rep. Dominicana (GAFILAT, 2020).

Como se puede observar, los obstáculos más grandes se encuentran en las sociedades anónimas y la volatilidad de la transmisión de sus acciones, ya que perjudican la transparencia, aunque en algunos países intenten limitarlos o vetarlos, pues la propia naturaleza de este tipo societario permite dicha libre transmisibilidad.

Algunos peligros inminentes que se plantean son brindar acceso a los registros públicos a quienes demuestren tener interés legítimo, en el informe de prácticas y desafíos menciona que no tiene por qué generar peligros de seguridad, debido a que no se compartirán la totalidad de los datos pero menciona que “El Reino Unido, por ejemplo, sólo brinda el nombre completo, dirección, mes y año de nacimiento (pero no el día) ni otros detalles como número de documento o pasaporte”, lo que no se entiende es que para cometer un crimen es suficiente el nombre y domicilio, por lo que resulta sumamente peligroso.

II. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ILÍCITOS COMETIDOS POR LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Lo planteado anteriormente, nos lleva a uno de los objetivos primordiales de conocer los beneficiarios finales o beneficiarios controladores y es precisamente, conocer y controlar el cumplimiento de las leyes fiscales, penales y financieras conociendo quién es el beneficiario final del ente jurídico, así como la persona responsable, sobre la cual recaen las decisiones de la persona moral y por tanto la persona detrás de los ilícitos, el problema que encuentran algunos países es que el beneficiario final o controlador no se encuentra dentro del país que trata de imputar el delito al probable responsable.

Esto nos lleva a diferenciar algunas etapas en el uso de dicha información: *a)* el uso de la información del beneficiario final cuando existe una investigación en curso de algún delito; *b)* el establecimiento de la tipificación de la conducta a través del ente y la determinación de la judicialización del caso concreto en el país que detectó el comportamiento configurado como delito.

Los grupos Egmont y el GAFI presentaron un informe elaborado conjuntamente para plasmar los distintos arreglos jurídicos y estrategias para el ocultamiento de patrimonio y bienes ilícitos, donde “El análisis de 106 casos demuestra que las personas jurídicas, y en particular las empresas ficticias, constituyen una característica clave de los sistemas diseñados para ocultar la identidad de los beneficiarios finales”, en este mismo informe se presentó que “los proveedores de servicios fiduciarios y empresariales (TCSP, por sus siglas en inglés) fueron los intermediarios profesionales que más participaron en la constitución de personas jurídicas, la suscripción de arreglos jurídicos y la apertura de cuentas bancarias”; de acuerdo con este informe el secreto

profesional es visto como obstáculo para la correcta recuperación de información relativa a los beneficiarios finales (GAFI, 2018).

Este informe señala que precisamente en las sociedades de personas, aquellas donde la participación de los accionistas en el capital, es la característica primordial y no su personalidad, por ello el tipo de responsabilidad frente a cualquier tercero es afrontada de forma y características distintas porque el control y propiedad se ejerce a través de acciones, dichas características del capital permite que las acciones puedan traspasarse y venderse sin afectar la existencia de la sociedad o el gobierno corporativo de la misma, citando de manera general algunas sociedades híbridas de las sociedades de responsabilidad limitada (SRL) (o de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones LTD) (Aubele, 2016).

La característica más importante de las sociedades de capital es la estricta separación de las personas que la componen y que invierten en ella, es decir, de las personas físicas y la de la persona moral, puesto que gozan de una separación entre las dos personalidades jurídicas, la de la persona física y su patrimonio y la de la persona moral.

Esta distinción entre ambas personalidades jurídicas le permite realizar cualquier operación y activos a su nombre, asumiendo derechos y obligaciones por cuenta propia, respondiendo frente a cualquier tercero, según las directrices del GAFI, la información del beneficiario final suele ocultarse haciendo uso de empresas ficticias, estructuras complejas de propiedad, personas jurídicas que figuran en calidad de directores, mandatos de representación de accionistas y directores, fideicomisos e intermediarios que intervienen en la constitución de personas jurídicas (GAFI, 2018).

Lo planteado en los párrafos que anteceden son los antecedentes del derecho internacional, respecto a las obligaciones que se desprenden de la designación de beneficiario controlador, pero para estudiar la problemática de la epistemología del beneficiario controlador debemos partir de los dos obstáculos más importantes, la complejidad del derecho societario, sus generalidades y cómo son utilizados como vehículos para el ocultamiento del beneficiario final.

Ahora bien, dentro del derecho mexicano uno de los principios más importantes en el cual descansan las bases doctrinales, es el reconocimiento de la personalidad jurídica distinta de los socios a la sociedad mercantil que otorga la ley a su constitución (Ley General de Sociedades Mercantiles [LGSM], art. 2), dicho acto constitutivo se ve respaldado por la teoría del acto colec-

tivo complejo que básicamente clasifica el acto constitutivo como un acto que converge pluralidad de voluntades dirigidas hacia un mismo fin (Rendón, 2012).

Este mencionado principio de la separación de patrimonios o autonomía patrimonial que parte del artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ubicado al inicio del capítulo V de dicha ley establece que “sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones” (Velasco, 2009). Savigny señala que “es equiparable a la persona física, ya que tiene capacidad para obligar y ser obligado” (Branson, 1999).

Una vez que hemos afinado las bases conceptuales del derecho societario, observaremos en el siguiente apartado la introducción del control efectivo en el derecho fiscal mexicano y busca precisamente esclarecer el gobierno corporativo, sus componentes y analizar las partes por el todo, lo cual sería contrario a los principios planteados de personalidad jurídica e independencia que hemos planteado previamente.

III. CONTROL EFECTIVO

Dentro de la legislación fiscal se ha introducido el concepto de control efectivo, el cual se encuentra inserto en algunos apartados de la ley:

| | |
|--|--|
| Artículo 17-D del Código Fiscal de la Federación | Firma electrónica. Se señala que el SAT negará el otorgamiento de la firma electrónica avanzada, así como los certificados de sellos digitales, cuando detecte que la persona moral solicitante tiene un socio o accionista que cuenta con el <i>control efectivo del solicitante</i> , que se ubique en los supuestos establecidos en los artículos 17-H, fracciones X, XI o XII, o 69, decimosegundo párrafo, fracciones I a V del CFF y que no haya corregido su situación fiscal, o bien, que dicho socio o accionista, tenga el <i>control efectivo</i> de otra persona moral, que se encuentre en los supuestos de los artículos y fracciones antes referidos y no haya corregido su situación fiscal. |
|--|--|

| | |
|---|--|
| <p>Artículo 17-H Bis fracción XI, CFF</p> | <p>Restricción temporal de CSD. Un supuesto para la restricción de los Certificados de Sello Digital (CSD) es cuando la autoridad detecte que la persona moral tiene un socio o accionista que cuenta con el control efectivo de la misma, y cuyo certificado se ha dejado sin efectos por ubicarse en alguno de los supuestos del artículo 17-H, primer párrafo, fracciones X, XI o XII del CFF, o bien, en los supuestos del artículo 69, decimosegundo párrafo, fracciones I a V del mismo ordenamiento, y no haya corregido su situación fiscal, o bien, que dicho socio o accionista tenga el control efectivo de otra persona moral, que se encuentre en los supuestos de los artículos y fracciones antes referidos y esta no haya corregido su situación fiscal.</p> |
| <p>Artículo 26, fracción IV, CFF</p> | <p>Responsabilidad solidaria. Esta fracción considera como responsables solidarios a los adquirentes de negociaciones, respecto de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas en la negociación, cuando pertenecía a otra persona, sin que la responsabilidad exceda del valor de esta. En el inciso b) de dicha fracción se establece que existe adquisición de negociación, salvo prueba en contrario, cuando la autoridad fiscal detecte que la persona que transmite y la que adquiere el conjunto de bienes, derechos u obligaciones comparte identidad parcial o total de las personas que conforman su órgano de dirección, así como de sus socios o accionistas con control efectivo.</p> |
| <p>Artículo 26, fracción X, CFF</p> | <p>Responsabilidad solidaria. Esta fracción señala que adquirirán dicho carácter los socios o accionistas, respecto de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas por la sociedad cuando tenía tal calidad, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la misma. La responsabilidad solidaria únicamente será aplicable a los socios o accionistas que tengan o hayan tenido el control efectivo de la sociedad, referente de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas por la sociedad cuando tenían tal calidad. La capacidad de una persona o grupo de personas, de llevar a cabo cualquiera de los actos siguientes: Imponer decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes. Mantener la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más del 50 % del capital social.</p> |

| | |
|--|--|
| | Dirigir la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma. |
| Artículo 27, fracción VI, inciso b), CFF | <p>Obligaciones en el RFC. Existe la obligación de presentar un aviso en el RFC, a través del cual informen el nombre y la clave en dicho registro de los socios, accionistas, asociados y demás personas, cualquiera que sea el nombre con el que se les designe, que por su naturaleza formen parte de la estructura orgánica y que ostenten dicho carácter conforme a los estatutos o legislación bajo la cual se constituyen, cada vez que se realice alguna modificación o incorporación relacionada a estos, así como informar el porcentaje de participación de cada uno de ellos en el capital social, el objeto social y quién ejerce el control efectivo, <i>en los términos de lo que establezca el SAT.</i></p> <p>Se entenderá por control, influencia significativa o poder de mando, lo que señala la regla 2.5.23. de la RMISC 2022, que prevé que se entenderá por control, influencia significativa y poder de mando, aquellas definiciones a que se refiere el artículo 2, fracciones III, XI y XX, respectivamente, de la Ley del Mercado de Valores.</p> <p>La Ley del Mercado de Valores indica que se entiende por:</p> <ul style="list-style-type: none"> - control, la capacidad de una persona o grupo de personas, de llevar a cabo cualquiera de los actos siguientes: <ul style="list-style-type: none"> • imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes, de una persona moral • mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social de una persona moral • dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma - influencia significativa, la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de cuando menos el veinte por ciento del capital social de una persona moral - poder de mando, la capacidad de hecho de influir de manera decisiva en los acuerdos adoptados en las asambleas de accionistas o sesiones del consejo de administración o en la gestión, conducción y ejecución de los negocios de una emisora o personas morales que esta controle o en las que tenga una influencia significativa |

| | |
|-----------------------|--|
| Artículo 206, LISR | RESICO-PM. Se establece que no tributarán conforme a este régimen las personas morales cuando uno o varios de sus socios, accionistas o integrantes, participen en otras sociedades mercantiles <i>donde tengan el control de la sociedad o de su administración</i> , o cuando sean partes relacionadas en los términos del artículo 90 de la LISR. Se entenderá por control, cuando una de las partes tenga sobre la otra el control efectivo o el de su administración, a grado tal que pueda decidir el momento de reparto o distribución de los ingresos, utilidades o dividendos de ellas, ya sea directamente o por interpósita persona. |
|-----------------------|--|

FUENTE: elaboración propia con los datos obtenidos del Código Fiscal de la Federación.

Ahora debemos analizar la introducción de control efectivo y beneficiario controlador en nuestras disposiciones fiscales, las cuales se introducen como parte de las recomendaciones hechas por el GAFI, así como adoptar las recomendaciones de distintos organismos internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (GAFIC, 2022). Estas recomendaciones hacen hincapié a los países miembros su deber de identificar el beneficiario final de cualquier operación financiera y para compartir su información, una vez corroboradas las transacciones, ya que para instituciones financieras se imponen restricciones de debida diligencia, donde una de las obligaciones es identificar precisamente para las personas morales.

Esto aunado a la recomendación 24, sobre transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas, donde se debe manifestar quién guarda el control de las personas jurídicas, en la nota interpretativa habla de un registro mercantil donde debe estar registrada la información de las personas jurídicas de los países, imponiendo la obligación de las sociedades mercantiles a conservar la información del beneficiario final.

IV. EL VELO CORPORATIVO Y SU DISPARIDAD AL DEFINIR BENEFICIARIO FINAL

Partiendo de los preceptos que definen el beneficiario final, también debemos abordar la definición de velo corporativo ya que el exigir determinar un beneficiario final de la sociedad, exige admitir que la voluntad del ente

se encuentra determinada por una persona llamada beneficiario final, para lo cual tenemos que abordar el develamiento del ente y por ende dicha doctrina, la doctrina del velo corporativo en México tiene su origen en la jurisprudencia y en las diversas obras que se han generado por la necesidad de generar conocimiento doctrinal en este tema, el derecho norteamericano ha sido fuente de conocimiento en la doctrina del velo corporativo y una de las obras precursoras fue “the piercing the veil jurisprudence” de Wormser, obra que recopiló el estado del conocimiento de la época y que afirma si las corporaciones tienen meramente personalidad jurídica y si está investida de invisibilidad e intangibilidad, no podrían por supuesto ser considerado un ciudadano del estado (Lezcano, 2018), es decir, ser tratado como individuo frente al estado para responder a sus obligaciones, aunando a este argumento los diversos casos en la corte en los cuales se determinó en su gran mayoría según este autor que para penetrar en el haber de los socios o accionistas se debía determinar una sola cuestión “si la sociedad había sido creada de mala fe para defraudar a sus acreedores” ya que el objeto de la aplicación de las normas siempre será impedir que se utilice las corporaciones como meros instrumentos para cometer fraudes a ley o sus acreedores.

En el derecho norteamericano, la mayoría de los estudiosos conocen a esta doctrina como “levantamiento del velo corporativo”, esta teoría surge con la finalidad de corregir abusos de la personalidad jurídica y de la limitación de la responsabilidad de los socios para realizar actos ilícitos, la cual, a través de la jurisprudencia americana, permite el ejercicio de una acción de equidad, que separa o aparta la personalidad jurídica del ente o sociedad y responsabiliza a los socios, cuando con ella se encubren o se realizan fraudes a la ley, daños a terceros u otros actos contrarios a derecho.

Entonces como podemos observar dicha teoría sólo justifica el desdeñamiento del velo corporativo si se demuestran supuestos de control efectivo o dominio de un tercero sobre una persona jurídica, por ejemplo, para Powell existen circunstancias, las cuales enlista en su famosa Laundry list, que pueden ayudar a determinar la existencia de control o dominio de una matriz sobre su subsidiaria:

- 1) La apropiación de la mayoría o la totalidad del capital social de la subsidiaria.
- 2) Administradores y gerentes en común.
- 3) Financiamientos de la matriz a su subsidiaria.

- 4) La suscripción de la totalidad de sus acciones de la subsidiaria o participación en su constitución.
- 5) La subsidiaria tiene un gran e inadecuado capital social.
- 6) La matriz cubre pagos a cargo de la subsidiaria tales como salarios y otros pasivos.
- 7) La inexistencia de negocios más allá de aquellos sostenidos con la matriz o la posesión como únicos activos aquellos proporcionados por la matriz.
- 8) La aparición de la subsidiaria en documentos de la matriz o declaraciones de sus gerentes como un departamento o una división de la matriz o la referencia hacia los negocios de la subsidiaria como propias de la matriz.
- 9) La matriz utiliza propiedad de la subsidiaria como propia.
- 10) La toma de decisiones por parte los administradores y gerentes no es autónoma, sino que dependen de la toma de decisiones de la matriz a favor de su subsidiaria.
- 11) La omisión por parte de la subsidiaria de observar formalidades corporativas. (Torres, 2012, p. 103).

V. PRUEBA DE REPRESENTACIÓN (*AGENCY TEST*)

A la luz de la doctrina del *veil piercing*, un socio o accionista pudiera ejercer tanto control sobre su sociedad que esta última estuviera compelida a actuar en representación de los primeros (Noakes, 2001), en consecuencia, se llega a considerar que existió una relación de representación por lo que la sociedad (Rands, 1999) representante (*agency*) no está obligada a participar de las pérdidas o responsabilidades derivadas del negocio sino que la representada (ya sea la matriz o los socios) tendrá que correr con las consecuencias legales de dicha representación.

Para que el *veil piercing* por representación proceda, se deben comprobar ciertos elementos:

- 1) *Control*. Se deberá de comprobar que los socios o la sociedad matriz ejercían control total sobre la subsidiaria. Dentro de una relación de representación, el representado tiene la obligación (y el derecho) de dar instrucciones específicas para que el representante desempeñe el servicio convenido, y el representante tendrá el deber de acatarlas y desempeñar el servicio conforme lo hubiese indicado la primera en función de que las consecuencias,

buenas o malas, recaerán sobre el representado, ejerciendo así una especie de control directo (DeMott, 1999).

El control al cual nos referimos en este apartado debe de ser diferenciado del control indirecto que pudieran ejercer los accionistas de una sociedad al nombrar o remover directores o administradores, rechazando propuestas de estos últimos o aumentando el capital social, o aún si la dirección de la sociedad estuviera a cargo de los propios accionistas, el tipo de control necesario para levantar el velo corporativo es el dominio de la primera sobre la segunda; el dominio supone el colapso de una entidad con otra, un control de *facto* constante y generalizado (Torres, 2012).

2) *Fraude*. Se refiere al análisis de la posibilidad de fraude por la separación de personalidad de la sociedad y sus socios.

1. *Análisis y discusión*

Como hemos desarrollado en el presente, el desdeñamiento del velo corporativo, es decir, este develamiento de separar al ente en las partes que la componen, solo se ve justificado en casos de que el ente sea un vehículo para cometer ilícitos o violar las leyes, de lo contrario sería inconstitucional, por tanto el señalamiento de beneficiario final es ilegal y un abuso por parte de las autoridades, ya que implica un reconocimiento de que existe una persona ejerciendo el control efectivo, por tanto el responsable final de la toma de decisiones, es decir el autor de los delitos en caso de enfrentar responsabilidad penal o de responsabilidad solidaria en su caso, lo cual es una violación al derecho humano a la seguridad jurídica y la legalidad, así mismo derechos personales como la privacidad y la intimidad, ya que dicha información permanecerá en un registro público, por lo que debemos revisar si también existe una violación al secreto fiscal en dicho intercambio de información o si se justifica bajo los preceptos jurídicos existentes.

A. *Control efectivo sociedad de responsabilidad limitada*

Para hablar de control efectivo en las sociedades de responsabilidad limitada se tendrá que examinar el monto de su aportación, ya que el artículo 79 (LGSM, 2023) determina que todos los socios tendrán derecho a participar en las decisiones de la asamblea, contando con un voto por cada mil pesos, salvo que se hayan otorgado partes sociales privilegiadas, práctica común

para proteger a socios fundadores en cuanto a la toma de decisiones de la sociedad. Este tipo societario tiene además la peculiaridad de que se requiere que la admisión de socios se dirima en la Asamblea que es el órgano supremo de la sociedad, requiriendo también que para la admisión de nuevos socios se tenga la aprobación en Asamblea de la mayoría.

En pocas palabras, este tipo societario no permite operaciones “disclosure” como en el derecho societario internacional, ya que se lleva libro de socios, cuyo registro es obligatorio para la transmisión de partes sociales, por tanto, dichas transmisiones no tienen la misma volatilidad o libertad que guardan las sociedades anónimas.

B. Control efectivo de las sociedades anónimas

a. Imponer decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes, de una persona moral.

Imponer decisiones es consecuencia del ejercicio del derecho de voto, ya que como observamos el órgano supremo de la Sociedad Anónima es la Asamblea de accionistas por lo cual se dice lo siguiente: “El derecho de voto está ligado en forma indisoluble con la posesión de la acción” que también debe obedecer a la naturaleza de acción, véase que lo que comentamos de aquellas acciones preferentes sin derecho a voto y “tal derecho no se ve excluido en relación con un valor nominal muy pequeño de las acciones y tampoco por la especialidad de ninguna clase de las acciones, ya que los estatutos no pueden afectar al derecho de voto” (Philipp, 2019, p. 385).

b. Mantener la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social de una persona moral

Se dice que se ostenta el control efectivo de la Sociedad no solo si se es titular del 50 % o más del capital social, sino que además se presume salvo prueba en contrario cuando conviva y sea pariente hasta el segundo grado de algún otro socio o de varios de ellos cuya participación conjunta en el capital so-

cial supere el 50% caso en el cual se ejercería el control de la sociedad. Existe además de los supuestos abordados que es el de la persona que tiene la concentración del 50% o más, el de aquellos accionistas que por su parentesco en conjunto ejercen el control efectivo y el caso de que esa concentración de participación en el capital lo tenga una sociedad distinta.

Dice Duque (2020) que además en la Sociedad Anónima podría darse aquel control de una sociedad distinta que adquiere participación por medio de las acciones y siendo así que, la participación en el capital social de la controlada por parte de la controlante, le otorga a éste la categoría de socio, y como consecuencia de ello, todos los demás efectos que de tal calidad se deriven.

No se puede caer en el error de estimar que la unanimidad de las decisiones de la sociedad hace que desaparezca el control, o que sea muestra de la inexistencia de tal fenómeno, la ley únicamente exige que los controlantes tenga la posibilidad de someter la decisión de la empresa a su voluntad, lo que se logra por diferentes medios, entre ellos, por el control en el capital, así que, si tal capacidad se da en la práctica, es suficiente para configurar la situación de subordinación. Nada impide que, en la práctica, el grupo controlador, por su buena gestión, se haga merecedor del respaldo de los demás socios minoritarios, y, en consecuencia, éstos voten de la misma manera a como lo hacen aquéllos, logrando unanimidad en las decisiones.

c. Dirigir la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma.

Este es el caso de aquellos accionistas que mediante el Consejo de Administración ejercen la función de administrador o aquellos que mediante contrato son los gerentes y representantes de los negocios de la sociedad, pero en calidad de socios o accionistas, porque el sujeto en el que recae debe estar legitimado para actuar en nombre de la sociedad. Su legitimación recae en el nombramiento en el órgano supremo de la sociedad y que cumpla con los requisitos legales y estatuarios para que dicho nombramiento surta efectos.

Esta forma de control también se ha denominado subordinación contractual y se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante (Ley 222,

1995) en las decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus socios.

Como más arriba se mencionó, todos los tipos sociales existentes en la legislación son susceptibles de dominar o ser dominados, por la configuración de cualquiera de los supuestos en los que se someta la voluntad de una sociedad a la voluntad de otra persona. Sin embargo, como también lo habíamos mencionado, consideramos que la sociedad anónima es el tipo social más accesible a ser controlado (por medio de la primera presunción mencionada), por la facilidad con la que pueden ser intercambiados los socios que participan en el capital, a diferencia de las demás sociedades, las que a pesar de no estar en imposibilidad de mutar sus socios, se les dificulta mucho más hacerlo (Francisco, 2019).

Podemos entonces asumir, por la interpretación que hemos llevado acerca de la redacción de los supuestos que contemplan el control efectivo de la sociedad, que la finalidad última es proteger la voluntad individual e independiente del ente y que según Savigny deben tener todas las personas morales, es decir cuando obedecen a la voluntad dolosa de un último beneficiado, perdiendo este, su objeto plasmado en el contrato colectivo se convierte en el vehículo de una voluntad injerida de su integrante, violando así el espíritu de su máxima: su constitutiva (Guido, 1962). Solo para concluir sobre este apartado, debo esclarecer que para aquellos socios o accionistas que además ejercen funciones de administración, a ojos del juzgador tienen que responder de forma distinta a los socios o accionistas quienes ven limitada su responsabilidad al importe de sus aportaciones sociales (Responsabilidad Solidaria, 2011).

Ahora bien, respecto a lo planteado sobre la identificación del beneficiario controlador como se ha venido desarrollando, implica superar el velo corporativo, para pasar la forma externa y ver las partes que la componen, para la entrega de información al margen de las recomendaciones de la GAFI que exigen este intercambio de información y que, además ya será información exigible por las autoridades fiscales y financieras en todo momento, contraviniendo los postulados que abordaremos en el siguiente párrafo.

Teoría de la desestimación de la personalidad jurídica que consiste en:

[...] prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para develar las personas e intereses ocultos tras ella[...] El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si

después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso (García, 2019, p. 24).

En los casos enumerados no existe ningún supuesto donde las personas jurídicas estén en situación de fraude, abuso de derecho o simulación, sino que de una forma preventiva se exige información susceptible que no debería ser enterada si no es en alguno de los dispuestos establecidos para la caída del velo corporativo de las personas jurídicas, por el supuesto control efectivo societario, ya sea de parte controlante o no, al referirnos de la parte controlante, son aquellos casos donde una sociedad controla a otra y se sirve de esta para cometer delitos, y es gracias a estas prácticas delictivas que surge la teoría del “disregard”.

La teoría del “disregard” o “Alter ego” que se le atribuye a Frederik Powell quien afirma en: “Parent and Subsidiary Corporations”, que una sociedad controlante debe responder por el pasivo de su subsidiaria insolvente, siempre que esta segunda haya sido una simple “instrumentalidad” de la primera (Powell, 1931). Al respecto la corte de Alaska señala que hay dos criterios para determinar el levantamiento del velo corporativo, un criterio conjuntivo y uno disyuntivo en donde se analiza el control ejercido sobre la sociedad y la conducta para ejercer un daño o abusar de un derecho (Philip, 1992).

VI. INCONSTITUCIONALIDAD DEL DEVELAMIENTO CORPORATIVO EN VIRTUD DE REPORTAR BENEFICIARIO CONTROLADOR

Ahora bien, como hemos venido estimando, en cada ley secundaria a la Constitución o acto de la propia autoridad hay un sinfín de derechos humanos que deben respetarse en pro de la Constitución y como hemos analizado el vehículo de exigibilidad frente al Estado son las garantías constitucionales, por lo que en pro de analizar la constitucionalidad o no del artículo 32-b TER debemos agotar la noción de la norma como acto privativo de los derechos humanos que goza cualquier individuo a la luz de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como se ha expuesto en este documento la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma máxima del Estado, porque de esta

derivan todos los ordenamientos jurídicos que han de normar y regir el mismo, la forma de gobierno e incluso la economía de los Estados y sus ciudadanos. Dicha constitución consagra un conjunto de garantías constitucionales que sirven como límites legales para el legislador y la aplicación de las normas tributarias (González, 2005).

Los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagran los derechos humanos a la seguridad jurídica y la legalidad; con sus respectivas diferencias entre sí, también enlazan su contenido tal como lo maneja Ovalle Favela quien argumenta que cabe señalar, que si bien los actos de molestia están sujetos sólo a la garantía de legalidad establecida en el artículo 16 constitucional, los actos privativos deben someterse tanto a las garantías de audiencia y legalidad contenidas en el artículo 14 de la propia Constitución como a la de legalidad del artículo 16 del mismo ordenamiento, ya que todo acto privativo es necesariamente, un acto de molestia (Favela, 1996).

Al analizar el artículo 32-B Tercer del Código Fiscal de la Federación en mención se debe entregar información protegida por el velo corporativo lo que denominan como control efectivo, al respecto el artículo 14 constitucional dice a su letra lo siguiente:

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En el aspecto técnico-jurídico que planteamos, sobre la aplicación del artículo 32-B tercer del CFF se infringen los principios para el desdeñamiento del velo corporativo, ya que no se atienden los elementos subjetivos que deberían ser analizados, pues no se examina qué orientó al ente a dirigir sus acciones a cometer determinados hechos, para examinar de fondo la voluntad de la sociedad y poder esclarecer si amerita o no su desestimación, sino que se basa en la presunción o posibilidad de que el ente sea utilizado para delinquir o no, siendo por lo tanto insuficiente para descomponer al todo en sus partes.

Al respecto, el derecho expuesto en el artículo 16 constitucional dispone lo siguiente: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio,

papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento[...]”.

Este ordenamiento contiene varias Garantías de Seguridad Jurídica, de acuerdo con Ignacio Burgoa, mismas que siguiendo el orden de exposición en que están consignadas son:

- La titularidad de las mismas.
 - El acto de autoridad condicionado por ella.
 - Los bienes jurídicos que preservan.
 - Mandato escrito, fundado y motivado.
- (Orihuela, 2003, p. 536).

Los cuáles serán el tema medular de nuestra investigación por coincidir con la esfera jurídica de afectación contenida en el artículo 32 B TER del Código Fiscal de la Federación, no sin antes insistir en que es por consecuencia un acto de molestia para el caso concreto que hemos analizado.

Alberto del Castillo del Valle menciona que la garantía de seguridad jurídica implica: que el gobernado no podrá ser afectado en su esfera jurídica por el Estado y sus autoridades en forma arbitraria, sino que éstos deben desarrollar conductas previstas en la Constitución para poder afectarlo en su cúmulo de derechos. La seguridad jurídica impone a las autoridades una obligación de hacer debiendo cumplir con todo lo que les manda la ley (Valle, 1992).

La norma, como hemos analizado, no es de interpretación directa, sino que debemos acudir a la interpretación suprema jurídica: la jurisprudencia. Acudimos a la jurisprudencia puesto que la figura de la desestimación de la personalidad no se encuentra contenida en ninguna norma concreta, sino que, aunque no es ajena al derecho mexicano, no tenemos aún un cuerpo normativo al que se pueda concurrir para su aplicación e interpretación.

La eliminación de la arbitrariedad es uno de los objetivos del principio de seguridad jurídica, así, mediante dicho principio se pretende evitar que las autoridades lleven a cabo conductas contrarias a derecho, tanto en la creación como en la aplicación de las normas que regulan la materia tributaria.

Las teorías de desestimación y levantamiento del velo corporativo en este sentido acuñan una serie de conceptos principalmente basados en el abuso del derecho y fraude a la ley los cuales señalan este derecho a oponer ante órgano jurisdiccional los derechos de terceros si se demuestra que un de-

recho se ejercitó a fin de causar daño, lo que constituye culpa delictuosa, es decir hay un ánimo y conocimiento de las consecuencias de ejercer ese derecho, cuando vemos una norma orientada a castigar sin agotar el elemento primordial para merecer la pena máxima como lo es el desdeñamiento del velo corporativo se hace incierto si no goza del elemento esencial que es el dolo porque con este principio se persigue un resultado concreto, orientado a defraudar.

Deben advertirse estos elementos para considerar que el órgano administrativo debe perpetrar en la persona moral, de lo contrario es un abuso de derecho que va en contra de la buena fe y la teoría de separación de patrimonios, recordemos que en el caso concreto que analizamos la Tercera Sala Civil del Tribunal Superior concluyó con base en la evidencia que la controladora actuó maliciosamente, es decir, se analizó la conducta del transgresor que perseguía el fin deseado, distinto es el ánimo de la norma multicitada del Código Fiscal de la Federación en su artículo 32- B TER que la SHCP alude a ella como norma autoaplicativa pero carece de los elementos para serlo y va en contra de instituciones de derecho como lo es el velo corporativo y el hermetismo que poseen las sociedades.

VII. GARANTÍA DE AUDIENCIA, JUICIO PREVIO Y PRINCIPIO DE COSA JUZGADA

La Garantía de Audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional ordena que “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”, así mismo al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido el criterio jurisprudencial.

Al igual que la garantía de audiencia, la garantía de juicio previo se encuentra prevista en el artículo 14 constitucional, que en su párrafo segundo señala que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido ciertas excepciones al respecto: “Garantía de audiencia, excepciones a la, en materia fiscal.” (Garantía de Audiencia, Excepciones de., 1994) y esto es al efecto de cobrar los impuestos determinados por las leyes, es evidente que dicho cobro tiene que hacerse mediante actos ejecutivos y unilaterales, que si bien pueden ser sometidos a una revisión posterior mediante la solicitud del afectado, no pueden quedar paralizados por el requisito de audiencia previa.

Una de las preguntas que originó esta investigación es si es violatorio a las garantías constitucionales ya que para el develamiento corporativo, es decir el diluir quién posee el control efectivo societario para señalar al beneficiario controlador, no existe un procedimiento previo, para calificar si la persona moral actúa de mala fe para poder justificar dicho acto de molestia, es decir sin audiencia previa, sin calidad de cosa juzgada es obligada a entregar la información que por su propia naturaleza societaria se encuentra protegida.

VIII. VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA INTIMIDAD Y LA PRIVACIDAD

Dichos derechos fundamentales son esenciales, originarios e innatos, extra-patrimoniales, intransmisibles, oponibles «erga omnes», irrenunciables e imprescriptibles y, en principio, intransferibles. Estos derechos que la doctrina italiana distingue, usualmente,

cuatro posibles esferas del aislamiento (vida privada): 1) la soledad, que entraña la imposibilidad física de contactos materiales; 2) la intimidad, en la que el individuo, sin hallarse aislado, se encuadra en un grupo reducido en el que se dan relaciones especiales, como por ejemplo en el ámbito conyugal y familiar; 3) el anonimato; 4) la reserva, que consiste en la creación de una barrera psicológica frente a las intromisiones no deseadas.

En conclusión, lo que tutela es la intimidad, la vida familiar, así como lo que se desprende del libre desarrollo de la personalidad, por lo cual la exigencia de mantener pública la información del beneficiario final en el registro que será de intercambio internacional, pone en peligro gravemente no solo este derecho, sino que dicha información sea utilizada con fines delictivos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación”. Es decir que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” (art. 12), por lo tanto, toda persona debe gozar de protección de su intimidad y privacidad contra cualquier injerencia que ponga en peligro dichos derechos humanos como lo es este acto invasivo sin mediar al menos una justificación jurídica para exponer la intimidad del domicilio o su privacidad.

Es en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Públicos (Pacto, art. 17), que hace referencia a “injerencias arbitrarias o ilegales”, por lo que cualquier acto que pudiera exponer o mermar estos derechos de forma que estos medios coercitivos no se encuentren amparados o justificados serán ilegales y violatorios a derechos humanos personales como los ya mencionados.

IX. VIOLACIÓN AL SECRETO FISCAL

Para abordar la violación al secreto fiscal, es necesario en primer término definir el secreto fiscal, el cual comprende dos bienes jurídicos diferenciados: los datos personales, es decir la vida privada y los datos contables o tributarios que engloban negociaciones o situación financiera y comercial (Granados, 2010). En conclusión, lo que se protege con el secreto fiscal son datos personales porque guardan relación con la vida privada y financiera de cualquier persona, por tanto, se traduce en un derecho a la intimidad porque van desde el nombre, domicilio y su patrimonio,

Para la SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) las personas morales cuentan con datos como su domicilio y sus comunicaciones, o bien, con información económica, comercial o inherentes a su identidad que “sí deben estar protegidos frente a intromisiones ilegítimas, ya que los bienes que tutelan o protegen los derechos a la intimidad o privacidad y a la protección de datos personales, en sentido amplio, pueden comprender, en tanto no se aleja ni se opone a esa tutela, a aquellos documentos e información de las personas jurídicas colectivas que escapan al conocimiento de terceros” (SCJN, 2013, p. 71).

La información en posesión de cualquier ente público o privado tiene el mismo carácter de confidencial, al corresponder a un ámbito privado de la

persona moral (conforme a la fracción I, Apartado A del artículo 6o. constitucional), por lo que la SCJN señaló que se deberá analizar si encuadra en los supuestos de confidencialidad o de reserva, entonces no deberá divulgarse (SCJN, 2013, p. 91).

Por ejemplo, en México existen algunas excepciones por las cuales autorizan al Servicio de Administración Tributaria (SAT, 27) a publicar, en su página de Internet, datos personales de contribuyentes que se ubiquen en alguno de los supuestos señalados por dicho numeral:

Artículo 69. (Penúltimo párrafo) La reserva a que se refiere el primer párrafo de este artículo no resulta aplicable respecto del nombre, denominación o razón social y clave del registro federal de contribuyentes de aquéllos que se encuentren en los siguientes supuestos:

- I. Que, tengan a su cargo créditos fiscales firmes.
- II. Que tengan a su cargo créditos fiscales determinados, que, siendo exigibles, no se encuentren pagados o garantizados en alguna de las formas permitidas por este Código.
- III. Que, estando inscritos ante el registro federal de contribuyentes, se encuentren como no localizados.
- IV. Que haya recaído sobre ellos sentencia condenatoria ejecutoria respecto a la comisión de un delito fiscal.
- V. Que tengan a su cargo créditos fiscales que hayan sido afectados en los términos de lo dispuesto por el artículo 146-A de este Código.
- VI. Que se les hubiere condonado algún crédito fiscal.

Estos mencionados supuestos corresponden a contribuyentes que han incumplido con sus obligaciones formales o sustantivas en materia fiscal o porque se ha configurado un delito fiscal, por lo que podemos afirmar que la solicitud de señalar beneficiario final en un listado de orden público, la medida no es proporcional, puesto que se violenta un derecho de los contribuyentes a la protección de los datos personales, si se tuviera que hacer el test de proporcionalidad y tuviéramos que preponderar el interés público de acceder a dicha información sobre la protección de este derecho, concluiríamos que los perjuicios provocados son mayores, a los beneficios percibidos por publicar dicha información, y ponerla al alcance, se trataría pues, de un juicio de ponderación con criterios específicos para el ámbito del acceso a la información.

En consecuencia es inconstitucional la medida legislativa de divulgar los datos personales de personas físicas que componen los entes morales señalados como beneficiarios finales, ya que no existe un supuesto que exceptúe de la regla general que es la protección al derecho humano a la privacidad por lo que no es proporcional, no es racionalmente justificado y de ninguna manera constitucional ya que carece de idoneidad o adecuación y, en consecuencia, contraviene los derechos humanos resguardados en la carta magna del derecho mexicano.

Aunado a esto existe una falta de prosecución de un legítimo fin constitucional y esto es una falta de interés público que justifique dicha medida, por lo que estaríamos en presencia de violaciones a derechos humanos por parte del propio Estado.

X. CONCLUSIONES

Primera. Al alcance de lo desarrollado en el presente, resulta inconstitucional la medida de darle publicidad a los datos personales como lo son nombre, domicilio, nacionalidad, edad y persona moral de la cual forman parte como beneficiarios finales, ya que dichos datos personales y patrimoniales gozan de protección por el derecho humano a la privacidad, la intimidad y el debido proceso.

Segunda. Cuando se devela el ente jurídico, es decir la persona moral (Sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada), existe un develamiento del ente, el cual está injustificado porque solo puede proceder a ello cuando existen pruebas suficientes de que el ente fue creado para defraudar, como vehículo de actos ilícitos o para ocultar bienes, por lo que resulta inconstitucional su develamiento solo para conformar un listado de naturaleza pública mercantil y fiscal. Ahora bien, la teoría para el develamiento corporativo no es ajena al derecho mexicano y es aplicado bajo los mismos criterios utilizados en el derecho comparado, los cuales, al ser analizados coinciden en los siguientes criterios:

- 1) Que el control efectivo de la sociedad este concentrado en una persona o corporación.
- 2) La sociedad se encuentra descapitalizada y por lo tanto no es solvente.
- 3) Inobservancia de formalidades corporativas.

- 4) El pago deliberado a los accionistas por su participación, sin atender las necesidades de la sociedad.
- 5) No goza de independencia corporativa.
- 6) La sociedad es utilizada para cometer fraude, injusticia o ilegalidades.

Se concluye que la autoridad hacendaría debe partir del hermetismo corporativo como principio jurídico, por tanto y unido a este principio la autoridad hacendaría debe efectuar un develamiento para lo cual deberá ser suficientemente probado que la conducta del integrante o tercero se ha orientado a abusar de la personalidad jurídica independiente de la persona moral en fraude de acreedores, por fraude de la ley o en general para violar normas imperativas mediante la utilización de aquélla en el ámbito fiscal, infringiendo la buena fe con la que debió conducirse para no evidenciar el abuso de la sociedad que conformó para dar la apariencia tras la que se ocultó, solo así sería posible que al amparo de la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia se efectúe la legal desestimación de la personalidad jurídica.

Además de lo planteado el patrimonio del ente es distinto al de las partes que lo componen, premisas del derecho societario que evidencian que la persona moral no debe ser develado más que en aquellos casos donde se ve comprobado que el ente fue creado para defraudar o abusar de la ley.

Concluimos que mediante el artículo 32 B TER del CFF la autoridad ve justificada la desestimación de la personalidad jurídica, lo cual es violatorio a las garantías individuales; porque como hemos asentado en este trabajo la consecuencia más importante del nacimiento de una persona moral, es el nacimiento de la personalidad jurídica, dotada de autonomía y una voluntad individualizada frente a terceros, donde en el seno del órgano de su administración se tomarán las decisiones de su administración, siendo infundada la obligación de publicitar el beneficiario final lo cual significa develarlo anulando su característica primordial; ya que esta doctrina fue creada para que los jueces pudieran prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para penetrar a través de ella y alcanzar las personas y los bienes que amparan bajo su cobertura en aquellos casos en que se pruebe fehacientemente la mala fe, abuso del derecho o simulación, no por encontrarse en un supuesto sancionable administrativamente.

Tercera. De acuerdo con la Constitución tenemos derecho al patrimonio, a la libertad, la seguridad jurídica y a la legalidad y se nos privará de estos derechos únicamente mediante los requisitos establecidos en el artículo 14 y

16 teniendo en todo momento derecho a un juicio previo y a una determinación fundada y motivada por la cual se nos priva de estos derechos fundamentales. La Sociedad Anónima además de las características analizadas tiene la característica primordial de que sus accionistas únicamente responden frente a la sociedad por sus aportaciones, para invalidar el contrato social al que pertenecen existe una figura reconocida por el derecho mexicano en la jurisprudencia denominada el velo corporativo, pero para su aplicación se atienden elementos de la voluntad del ente, el control o dominio ejercido por alguno de sus socios accionistas, su capitalización, si el ente fue creado con el único propósito de defraudar y el ánimo de transgresión a la ley para su aplicación al amparo de una ley.

Por lo tanto el artículo 32 B TER es inconstitucional toda vez que transgrede los derechos humanos tutelados en la Constitución como lo es el derecho a la libertad, el patrimonio, la seguridad jurídica y la legalidad dejando en estado de indefensión al gobernado, existiendo una clara violación a las garantías individuales que son la base de todo acto, y ley secundaria a la ley suprema del Estado mexicano, esta norma no cumple con los requisitos de fondo primordiales para de manera general y a la luz de los derechos humanos que todo ciudadano mexicano posee se vean resguardados en un ambiente de certeza, esta norma se hace valer de elementos técnico- jurídicos que no son apropiados para la aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica lo cual manifiesta el retrato de la política opresora del Estado mexicano de manera momentánea sin perpetuar lo que toda norma debe cumplir como requisito: su sustentabilidad para trascender en el tiempo.

Cuarta. Como se mencionó en el presente, las autoridades hacendarias tienen una obligación en el marco del derecho internacional de compartir información, por lo que la postura de la autoridad es dar respuesta al llamado G20, remitiéndome también al Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), ya que sus acuerdos son ineludibles, cuyos objetivos principales son combatir operaciones y transacciones que utilicen como vehículos jurídicos a las sociedades para evadir obligaciones en materia fiscal, blanqueo de capitales y delitos financieros, por lo que dicha información debe tener una disponibilidad inmediata para cumplir estos compromisos, pero no de forma que resulte inconstitucional, sino con apego al respeto a los derechos humanos.

Así mismo, mencionar que los estándares internacionales prevén la aplicación de medidas sancionatorias, dichas recomendaciones en el Foro Global

Internacional son generales y como hemos analizado en el plano internacional, dicha medida no contempla medios coercitivos, sino que permite a los países miembros hacer sus adecuaciones con apego a su carta magna y derecho interno, por lo que los legisladores se deben al quehacer de proteger su estado de derecho y los derechos humanos recogidos en los tratados internacionales y en la Constitución.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, S. V. (2010). *Derecho Fiscal*. Oxford.
- Álvarez, S. V. (2012). *Derecho Fiscal*. Oxford.
- Apéndice de 1975, tercera parte I (Segunda Sala).
- Aubele, M. P. (2016). *Análisis crítico de la sociedad por acciones*. Universidad de Chile. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112883/de-pinochet_m.pdf?sequence=1
- Audiencia, Garantía de. En Materia impositiva no es necesario que sea previa., AR 5032/69 Y AR 1229/59 (SCJN 1969).
- Barber, D. (1981). *Piercing the corporate veil*. Piercing the corporate veil. http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/jovmio/DS_PrimeriMetodoloskihPrisutupa/Barber.%20Piercing%20the%20corporate%20veil.pdf
- Beccaria. (2005). *Tratado de los delitos y las penas*. Porrúa.
- Bernal, E. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Porrúa.
- BID. (Noviembre de 2017). Regulación sobre beneficiarios finales en América Latina y el Caribe. <https://publications.iadb.org/es/publicacion/17330/regulacion-sobre-beneficiarios-finales-en-america-latina-y-el-caribe>
- BID. (Marzo de 2019). Manual sobre beneficiarios finales. https://www.dian.gov.co/Documents/Intercambio_de_Informacion_Internacional/Manual_sobre_beneficiario_efectivo_final_o_real.pdf
- Branson, D. R. (1999). *Understanding corporate law*. Mathew Bender.
- Burgoa, I. (1954). *Las garantías individuales*. Porrúa.
- Campos, G. S. (2006). De la doble sanción a los delitos fiscales. En J. J. Martínez, *Principios de derecho penal* (p. 56). Editores Angel.
- Campos, R. G.-S. (1995). *Los Delitos Fiscales*. Perezniето.
- Cerezo, M. L. (1997). *Derecho fiscal represivo*. Porrúa.
- Tesis: XVII.2o.P.A.11 A (10a.) (2014). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, 2006910, 24 de 1304, Libro 8, Tomo II, p. 1120.

- DeMott, D. A. (1999). The Mechanisms of Control. *Connecticut Journal of International Law*. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1755&context=facultyscholarship>
- Diario de los Debates del Congreso Constituyente. (1917). *Diario de los Debates del Congreso Constituyente* (p. 329). Ed oficial.
- Diputados., C. d. (2002). Ley Venta al publico de Acciones de Sociedades Anonimas. *Gaceta Parlamentaria del Senado de la República*, 79, p. 5.
- Duque, J. A. (2020). *El control de las sociedades por participación en el capita*.
- Escobar, H. F.-J. (1966). *Enciclopedia Jurídica T. XXI*. Bibliografica Omeba.
- Favela. (1996). *Garantías Constitucionales del Proceso*. Mc. Graw-Hill.
- Fix-Zamudio, J. L. (2004). Derechos Humanos en la Jurisprudencia Mexicana. En R. G. Treviño, *La seguridad Jurídica* (p. 324). CNDH.
- Fraga, G. (1975). *Derecho Administrativo (16a. ed.)*. Porrúa.
- Francisco, R. V. (2019). *Reforma al régimen de sociedades y concursos (2a. ed.)*. Editorial Temis.
- G20 (2013). Cumbre. (pp. Actas de conferencia). <https://www.g20.org/es/about-g20/#:~:text=El%20Grupo%20de%20los%20Veinte,las%20principales%20cuestiones%20econ%C3%B3micas%20internacionales>
- GAFI (2018). Ocultacion de la identidad de los beneficiarios finales. *Grupo de Acción Financiera Internacional*.
- GAFIC (2022). Recomendaciones a los países miembro. <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/416-fatf-recomendacion-10-debida-diligencia-del-cliente>
- GAFILAT (2020). Informe de prácticas y desafíos de los países de América Latina sobre los mecanismos de acopio de información básica y de beneficiarios finales. *Informe*.
- GAFILAT (2022). Biblioteca. <https://www.gafilat.org/index.php/es/>
- Garantía de Audiencia, Excepciones de., AR6390/63 Sexta Epoca, primera Parte (SCJN Volumen XCVII de 1994).
- García, J. I. (2019). *Teoría General de las Sociedades*. Legis.
- Garfias, I. G. (Noviembre de 2014). *Órgano de Administración de la Sociedad Anónima*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1747/6.pdf>
- Gaviria, E. (2010). *Resolución 1960 d de la Superintendencia de Sociedades*.
- González, E. G. (2005). *Derecho Tributario Vol. 5*.
- Graf, B. (2009). *Instituciones del derecho mercantil*. Porrúa.
- Graf, J. B. (1983). *Las sociedades en Derecho Mexicano*. Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

- Granados, L. P. (2010). *Secreto Fiscal*.
- Guido, D. (1962). *Genealogía y personalidad de la sociedad anónima*. Jurídica.
- Gutiérrez, A. C. (1981). *Ciencia Financiera y Derecho Tributario*. Tribunal Fiscal de la Federación.
- Humanos, C. N. (26 de Junio de 2011). SCJN. http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf_seccion/sistemas_5_2_1.pdf
- IMCO (2016, mayo). *Cumbre Global anticorrupción: Londres 2016*. <https://imco.org.mx/cumbre-global-anticorrupcion-londres-2016/>
- Iriarte, H. C. (2006). *Derecho Fiscal constitucional*. Oxford.
- Isidro, M. I. (1979). *Estudio sobre garantías individuales*. Porrúa.
- Jurisprudencia, Novena Época, tomo IV, Segunda Parte (Tribunales Colegiados de Circuito 24 de Junio de 1996).
- Knobel, A. (2017). Regulación de beneficiarios finales en América Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo BID.
- Ley 222, numeral tercero del artículo 27 (1995).
- Lezcano, J. M. (2018). *Piercing the Corporate Veil in Latin American Jurisprudence: A comparison with the Anglo-American method*. U.S.A.: University of London.
- López, M. A. (2010). *Teoría y Práctica de los Delitos Fiscales*. Porrúa.
- Luño, A. P. (1986). *Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion*. Tecnos.
- Machuca, P. M. (1999). El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades. *Revista RdS*, (12).
- Martínez, J. J. (2006). *Principios de derecho penal*. Ángel.
- Maurice, W. I. (1912). *The veil of corporate entity*. Columbia Law Reviw.
- Montesquieu. (2005). El espíritu de las leyes. En Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (p. 395). Porrúa.
- Noakes, I. A. (2001). *Piercing the corporate veil in Australia*. [https://law.unimelb.edu.au/files/dmfile/Piercing the Corporate Veil1.pdf](https://law.unimelb.edu.au/files/dmfile/Piercing_the_Corporate_Veil1.pdf)
- OCDE. (2022). Construyendo marcos eficaces de beneficiarios finales. *Manual conjunto global y BID* (p. 70). https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/effective-beneficial-ownership-frameworks-toolkit_es.pdf
- Orihuela, I. B. (2000). *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. Porrúa.
- Orihuela, I. B. (2003). *Las Garantías Individuales*. Porrúa.
- P/J9/95 (1995, julio 11) *Semanario Judicial*, SCJN
- Perez, R. O. (23 de Agosto de 2008). *Una visión dual a la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica*. <http://doctrina.vlex.com.mx/vid/vision-dual-doctrina-levantamiento-velo-71681398#section%202>

- Philip. (1992). *Control and/or misconduct: clarifying the test for piercing the corporate veil in Alaska*. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1287&context=alr>
- Philipp, W. F. (2019). *Sociedad Anónima Mexicana*. Oxford.
- Powell, J. F. (1931). Parent and Subsidiary Corporations Liabilities of a parent corporations for the obligations of ist subsidiaries. En C. A. Restrepo, *Instituciones de Derecho Comercial* (p. 354). Callaghan and Co.
- Puig, M. (2004). Fundamentos de derecho. En J. J. Martínez, *Las consecuencias jurídicas del delito* (p. 54). Porrúa.
- Rands, W. J. (1999). *Domination of subsidiary by a parent*. <http://mckinneylaw.iu.edu/ILR/pdf/vol32p421.pdf>
- Rasmusen, E. (Marzo de 2001). *Agency Law and Contract Formation Harvard Law School*. http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/323.pdf
- Rendón, M. G. (2012). *Sociedades Mercantiles (2a. ed.)*. Oxford University Press.
- Tesis: VI.3o.A.351 A, (9a.) (2011). Novena Época, 161768. 27 de 377, t. XXXIII.
- Rincón, J. S. (1989). *Sanciones administrativas*. Real colegio de España.
- Roda, C. B. (2000). *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Aranzadi.
- SAT. (2021). *Preguntas y respuestas sobre beneficiarios controladores*. <http://omawww.sat.gob.mx/documentossat/Documents/PreguntasRespuestasBC.pdf>
- Semanario Judicial , 205679. P. LV/92. Pleno. Octava Época. Amparo directo en revisión 2961/90. Opticas Devlyn del Norte, S. A. 12 de marzo de 1992. (El Tribunal Pleno en su sesión privada Mayo de 1992).
- SCJN. (11 de septiembre de 1950). Amparo civil directo.
- SCJN (2010). Tesis: Seguridad Jurídica, IUS 2008:904206
- Smith, G. B. (2014). The wrongful act requirement for piercing the corporate veil. *New York Law Journal*. <http://www.chadbourne.com/files/Publication/e5317a3d3f5e4a6583a1>
- Superintendencia de Sociedades, Resolución 125-001620 del 17 de septiembre de 2001, (17 de Septiembre de 2001).
- Superintendencia de Sociedades, Resolución 125-001620 (17 de Septiembre de 2001).
- Tesis aislada 1a XXVII/2007 (2007). *Semanario Judicial de la Federación*. IUS 173271.

- Tesis: I.5o.C.67C (10a.) (2013). *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. Décima Época.
- Tesis: I.5o.C.72C (10a.) (2013). *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. Décima Época.
- Tesis: contradicción de tesis 10/98 (tercer y cuarto tribunales colegiados en materia penal del primer circuito 13 de Junio de 2000).
- Torres, M. S. (2012). Corporate Veil Piercing: A Proposal for México. *Mexican Law Review*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/Mexican-LawReview/9/arc/arc3.pdf>
- Treviño, R. G. (2004). *Los Derechos Humanos en la Jurisprudencia mexicana*. CNDH. Universidad Nacional Autónoma de México. (Julio de 2014). *Investigaciones de la UNAM 2007*. <http://info4.juridicas.unam.mx/const/tes/8/20/9649.htm>
- Uría, R. (1996). *Comentario al Régimen Legal de Sociedades Mercantiles*. Civitas Ediciones.
- Uribe, B. L. (2018). Abuso de la Personalidad Jurídica. En *Estudios Jurídicos en memoria de Roberto L Mantilla Molina*.
- Urquiaga, E. P. (2010). *Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información*. Lust et praxis.
- Valle, A. C. (1992). *Garantías Constitucionales y Amparo en materia penal*. Duero.
- Velasco, G. G. (2009). *Persona Jurídica, doctrina y legislación mexicana*. Porrúa.
- Wiarco, O. A. (2004). *El delito de defraudación fiscal*. Porrúa.
- Zavala, E. F. (1917). *Diario de los debates del Congreso Constituyente*.

Preservación del patrimonio audiovisual y derechos humanos. Análisis jurídico de la importancia de la creación de una Cinemateca en Perú

Preservation of Audiovisual Heritage and Human Rights. Legal Analysis of the Importance of Creating a Cinematheque in Peru

Luis Jeampierre RAMOS APAZA

 <http://orcid.org/0000-0001-8346-8319>

Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, Perú

Correo electrónico: lramos@unsa.edu.pe

RECIBIDO: 6 de septiembre de 2023

ACEPTADO: 23 de octubre de 2023

RESUMEN: El propósito de este estudio es realizar un análisis jurídico que destaque la importancia de establecer una cinemateca en Perú y su relación con los derechos humanos. A través de un enfoque jurídico y cultural, centrándose en el derecho de acceso a la cultura, el derecho al patrimonio cultural, el derecho a la identidad y el derecho a la memoria. Se concluye que la Cinemateca Peruana no sólo preservaría el patrimonio cinematográfico, sino que también facilitaría el ejercicio de estos derechos y contribuiría al fortalecimiento de la identidad cultural y la memoria histórica. Este estudio destaca la relevancia de la preservación audiovisual en el contexto actual, considerando la amenaza de pérdida de registros audiovisuales y cinematográficos en Perú, debido a la falta de medidas adecuadas para su conservación. Su originalidad radica en su enfoque interdisciplinario que vincula derechos humanos con la preservación del patrimonio audiovisual. Por lo tanto, la Cinemateca Peruana, como entidad cultural, emerge como un espacio idóneo para materializar estos derechos y enriquecer la identidad cultural y la memoria histórica del país.

Palabras clave: cinemateca peruana, derechos culturales, derechos humanos, patrimonio audiovisual, preservación audiovisual.

ABSTRACT: The purpose of this study is to carry out a legal analysis that highlights the importance of establishing a cinematheque in Peru and its relationship with human rights. Through a legal and cultural approach, focusing on the right of access to culture, the right to cultural heritage, the right to identity and the right to memory. It is concluded that the Peruvian Cinematheque would not only preserve the cinematographic heritage, but would also facilitate the exercise of these rights and contribute to the strengthening of cultural identity and historical

memory. This study highlights the relevance of audiovisual preservation in the current context, considering the threat of loss of audiovisual and cinematographic records in Peru due to the lack of adequate measures for their conservation. Its originality lies in its interdisciplinary approach that links human rights with the preservation of audiovisual heritage. Therefore, the Peruvian Cinematheque, as a cultural entity, emerges as an ideal space to materialize these rights and enrich the cultural identity and historical memory of the country.

Keywords: peruvian cinematheque, cultural rights, human rights, audiovisual heritage, audiovisual preservation.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contexto histórico y actual de la preservación audiovisual en Perú.* III. *Preservación audiovisual y derechos humanos.* IV. *La Cinemateca peruana como respuesta a la imperante necesidad de preservación audiovisual.* V. *Impacto de la creación de la Cinemateca peruana.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

La preservación cinematográfica en el Perú es una problemática que debe ser abordada desde la perspectiva de los derechos humanos. El cine es un fenómeno cultural que desempeña un papel fundamental en la construcción de la identidad nacional y en la promoción de la diversidad cultural. Sin embargo, la falta de políticas públicas y recursos para la preservación y restauración de obras cinematográficas ha llevado a una situación crítica en la que se pierde material audiovisual que forma parte de nuestro patrimonio cultural.

En este sentido, es fundamental reconocer la importancia de los archivos y la preservación cinematográfica como herramientas para la salvaguarda de la memoria colectiva y el fomento de la cultura. Es necesario invertir en la creación de una Cinemateca Nacional que centralice y coordine los esfuerzos de conservación y restauración de las obras cinematográficas del país. Además, es importante impulsar la formación de profesionales especializados en la gestión de archivos y la preservación cinematográfica.

Es necesario reconocer la importancia del cine como fenómeno cultural y promover políticas públicas que garanticen su conservación y difusión para las generaciones presentes y futuras. El presente artículo tiene como objetivo realizar un análisis jurídico exhaustivo sobre la importancia de la creación de una cinemateca en Perú, y cómo esta iniciativa puede ser considerada como un ejercicio de varios derechos humanos, tales como el derecho de acceso a la cultura, el derecho al patrimonio cultural, el derecho a la identidad

cultural y el derecho a la memoria. La Cinemateca, como institución cultural que preserva y difunde el patrimonio cinematográfico, se convierte en un espacio propicio para la realización de estos derechos y para el fortalecimiento de la identidad cultural y la construcción de la memoria histórica del país.

El objetivo principal del presente artículo es analizar los derechos humanos asociados a la preservación audiovisual, por lo que se explorará la relación que existe entre ambos, en particular, los derechos culturales y el derecho a la memoria. Esto implica examinar cómo la creación de la Cinemateca puede contribuir a la protección y promoción de estos derechos fundamentales. Además, se analizará las implicancias jurídicas relacionadas con la creación de la Cinemateca peruana. Esto implica examinar cómo las leyes y regulaciones existentes en el contexto peruano e internacional, respaldan la importancia de intervención estatal en la creación y operación de una Cinemateca. Por lo tanto, se propondrá la realización de esta como una solución viable para resguardar el patrimonio audiovisual del país, promover el acceso a la cultura y fortalecer la identidad cultural. Esto implica argumentar a favor de la creación de la Cinemateca, basándose en sus beneficios potenciales para la sociedad y el patrimonio cultural.

II. CONTEXTO HISTÓRICO Y ACTUAL DE LA PRESERVACIÓN AUDIOVISUAL EN PERÚ

1. *Obras audiovisuales y obras cinematográficas*

A menudo, cuando se utiliza el término de obra audiovisual, muchas personas tienden a asociarlo únicamente con la creación de películas, descuidando otros medios de audio y video. Katherine Díaz (2014a) señala que una obra audiovisual comprende cualquier grabación que incluya imágenes en movimiento y sonido (p. 11). Por lo tanto, los dos principales medios de comunicación que producen estas obras son el cine y la televisión.

Según el glosario de la Ley que Promueve la Actividad Cinematográfica y Audiovisual, se define una obra audiovisual como

toda creación intelectual expresada mediante una serie de imágenes asociadas que den sensación de movimiento, con o sin sonorización incorporada, susceptible de ser proyectada o exhibida a través de aparatos idóneos, o por cualquier

otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene, sea en películas de celuloide, en videogramas, en representaciones digitales o en cualquier otro objeto o mecanismo, conocido o por conocerse. (Decreto de Urgencia No. 022-2019, [DU 022-2019], 05/07/2023)

Por otro lado, en el mismo texto define a una obra cinematográfica como

toda obra audiovisual no seriada, creada con fines ficcionales, documentales o estéticos, realizada de acuerdo a criterios formales determinados por su posible comunicación pública en una sala de exhibición cinematográfica. Dependiendo de su duración, la obra cinematográfica puede designarse como un cortometraje (hasta 30 minutos), medimetraje (entre 30 y 75 minutos) o largometraje (más 75 minutos) (DU 022-2019, 05/07/2023).

Del contenido previamente expuesto, se deduce que una obra cinematográfica se encuentra dentro de la categoría más amplia de obras audiovisuales. Aunque este artículo enfatiza la importancia del cine y su conservación, es crucial señalar que una parte significativa del material audiovisual que requiere protección urgente no se clasifica necesariamente como una obra cinematográfica, pero su preservación es esencial para garantizar la observancia de los derechos humanos que se analizarán más adelante en este artículo.

También es relevante destacar que existe una distinción sustancial entre lo que se considera una obra audiovisual y lo que se cataloga como patrimonio audiovisual. Siguiendo la definición de Katherine Díaz (2014a), para que una obra sea reconocida como patrimonio, debe poseer un valor de carácter histórico, artístico, social o cultural (p. 19). Por lo tanto, para efectos de la presente investigación, se contempla la necesidad de preservar todas las obras audiovisuales, incluyendo las cinematográficas, que formen parte del patrimonio audiovisual peruano.

2. Patrimonio cultural y patrimonio audiovisual

Patrimonio cultural es un término que engloba las manifestaciones y expresiones culturales que una sociedad hereda de sus antepasados y transmite a las generaciones futuras. Según la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, 2003), el patrimo-

nio cultural se define como “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”.

El patrimonio cultural desempeña un papel fundamental en la identidad de las comunidades y en la preservación de la diversidad cultural en todo el mundo. A través de la protección y promoción del patrimonio cultural, las sociedades pueden mantener vínculos con su pasado, transmitir valores a las generaciones futuras y fomentar un sentido de pertenencia y continuidad.

El patrimonio cultural se categoriza en dos principales grupos: tangible e intangible. El patrimonio tangible engloba elementos físicos como monumentos, edificaciones históricas, obras de arte y objetos culturales que tienen una presencia física y pueden ser percibidos visual y táctilmente. Por otro lado, el patrimonio intangible comprende aspectos culturales que no tienen una forma física, como tradiciones orales, expresiones artísticas, saberes tradicionales, rituales, música, danza y prácticas culturales transmitidas de una generación a otra (Munjeri, 2004).

El patrimonio audiovisual se clasifica generalmente como parte del patrimonio cultural intangible debido a su naturaleza inmaterial. Se refiere a las grabaciones y representaciones audiovisuales que capturan aspectos de la cultura. A pesar de que estas creaciones pueden estar contenidas en medios físicos (como cintas de cine o discos de vinilo), su valor cultural radica en la información y la expresión que representan, lo que los coloca en la categoría de patrimonio cultural intangible.

El patrimonio audiovisual es una parte esencial del patrimonio cultural en la era moderna, ya que comprende elementos visuales y sonoros que capturan momentos históricos, tradiciones, expresiones artísticas y testimonios de una sociedad. Las películas, grabaciones sonoras, fotografías y otros medios audiovisuales se consideran valiosos recursos para la preservación de la memoria colectiva y la comprensión de la evolución cultural y social.

La relación entre el patrimonio cultural y el patrimonio audiovisual radica en cómo estos dos conceptos se entrelazan para documentar y representar la historia y la identidad cultural de una nación. Las grabaciones históricas de eventos, la representación de tradiciones en películas y la preservación de voces y músicas del pasado son ejemplos claros de cómo el patrimonio audio-

visual enriquece y complementa el patrimonio cultural. La inclusión de estas fuentes en la memoria cultural de una sociedad asegura que las generaciones futuras puedan comprender y conectarse con su historia y cultura.

3. Evolución histórica del cine en el Perú

El cine es un fenómeno cultural que ha estado presente en la sociedad desde su creación en el siglo XIX. Se trata de una forma de arte que utiliza imágenes en movimiento para contar historias, transmitir emociones y reflexionar sobre la realidad; además, ha evolucionado a lo largo del tiempo y ha influenciado en la cultura y la sociedad de diferentes maneras. Según la UNESCO (2005), el cine tiene un papel importante en la difusión de valores y la construcción de la identidad cultural, así como en la promoción de la diversidad cultural y el diálogo intercultural.

El cine también tiene un impacto significativo en la economía, generando empleo y contribuyendo al desarrollo de las industrias culturales y creativas. Según la UNESCO (2014), el sector del cine y del audiovisual contribuye al crecimiento económico, la creación de empleo, el comercio internacional y la innovación tecnológica. Por lo tanto, el cine es una forma de arte, industria, tecnología, medio de comunicación y entretenimiento con un impacto significativo en la cultura, la sociedad, la economía y la educación.

El cine en el Perú tuvo sus inicios en la década de 1890 con la llegada de los primeros cineastas y exhibidores (Bedoya, 1995). Sin embargo, el cine peruano ha tenido altibajos en su desarrollo debido a factores como la falta de políticas públicas de apoyo y la falta de una industria consolidada. A pesar de estos obstáculos, el cine peruano ha producido obras destacadas en diferentes géneros y estilos.

El cine en el Perú inicia en la década de 1890 con la proyección de películas en formatos de cine mudo en los llamados “kinetoscopios” o “biógrafos”. Como señalan Isaac León Frías y Ricardo Bedoya (2015), estos formatos de cine se popularizaron rápidamente en la capital Lima y luego se expandieron hacia el interior del país en las primeras décadas del siglo XX. Posteriormente, en los años 30, el cine sonoro llegó al Perú y se convirtió en el formato dominante en la industria cinematográfica nacional. En las décadas siguientes, se produjeron numerosas películas peruanas en este formato, que abordaban diversos temas sociales, políticos y culturales del país.

La mayoría de las primeras películas peruanas fueron rodadas en celuloide. En la década de 1910, cuando comenzó la producción cinematográfica en el Perú, la mayoría de los estudios y productoras utilizaban cámaras y material de celuloide importados de Estados Unidos y Europa. En general, el celuloide fue el material de elección para la producción cinematográfica hasta la década de 1950, cuando comenzó la transición hacia formatos de película en color y, posteriormente, hacia la película en formato digital (León y Bedoya, 2015).

Las primeras películas peruanas se filmaron a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, y se utilizaron materiales como el celuloide y el nitrato de plata. Estos materiales son altamente inflamables y propensos a la descomposición, por lo que requieren un cuidado y una preservación especial. Cabe destacar que existen muchas otras películas peruanas que necesitan ser preservadas y restauradas para evitar su pérdida definitiva, lo que hace aún más necesaria la creación de una Cinemateca Nacional en Perú (García, 2022). En la actualidad, el cine en el Perú se produce principalmente en formatos digitales, aunque también se siguen utilizando formatos tradicionales para algunas producciones.

4. Desafíos actuales en la preservación audiovisual en Perú

La situación de la preservación audiovisual en el Perú ha sido objeto de críticas y cuestionamientos por parte de diversos sectores, incluyendo investigadores y realizadores audiovisuales. Al respecto, hay diferentes puntos de vista y opiniones respecto al desempeño del Estado en este ámbito, en su mayoría estando de acuerdo en la falta de voluntad política para la creación de la Cinemateca (Subirana, 2022).

Mucho del material audiovisual peruano que requiere ser preservado está compuesto de nitrato de plata, el cual es un material altamente inflamable y susceptible a la degradación química, lo que hace que las películas almacenadas en este formato estén en riesgo de perderse irreversiblemente si no se preservan adecuadamente (Luna, 2015). La falta de un lugar especializado y adecuado para el almacenamiento y la conservación de las películas en este formato puede provocar su degradación y pérdida, ya que las condiciones de almacenamiento inapropiadas pueden acelerar la descomposición del nitrato de plata y, por lo tanto, la pérdida del contenido visual que contienen.

Es importante tener en cuenta que las películas en nitrato de plata son una parte importante del patrimonio cultural audiovisual peruano y muchas de ellas contienen imágenes únicas e irrepetibles de la historia y la cultura del país. Por lo tanto, es necesario tomar medidas para preservarlas adecuadamente y garantizar su conservación para las generaciones futuras. Además del material en nitrato de plata, existen otros formatos de material audiovisual que corren el riesgo de desaparecer sin la Cinemateca peruana, tales como películas en acetato, cintas magnéticas de audio y video, fotografías y material digital (Bereijo y Fuentes, 2001, p. 10). Todos estos materiales son susceptibles al deterioro y la obsolescencia, lo que los hace vulnerables a su pérdida si no se toman medidas adecuadas de conservación y preservación.

En este sentido, la creación de la Cinemateca peruana no sólo permitiría la conservación y protección del material en nitrato de plata, sino también de otros formatos audiovisuales que forman parte del patrimonio cultural peruano. El año 2022 fue testigo del relanzamiento de varias películas restauradas y/o remasterizadas, algunas presentadas tanto en cines comerciales como en festivales. Entre las destacadas se encuentran *Cholo*, *El rey*, *El viento del ayahuasca*, *Profesión detective* y *Malabrigo*, entre otras. Además, se destaca el estreno de *Luis Pardo* (1927) dirigida por Enrique Cornejo Villanueva, la cual estuvo disponible de forma gratuita en la plataforma *Retina Latina*. Sin embargo, debido a la falta de una cinemateca, estas películas se encuentran resguardadas por sus propios creadores o por entidades privadas (Delgado, 2022).

A. La labor de DAFO

El Estado no ha hecho lo suficiente para proteger nuestro patrimonio audiovisual. En los últimos años, se han dado algunos avances en la preservación del patrimonio audiovisual peruano, como la creación del Registro Nacional de la Cinematografía y Audiovisual (RENCA) y los estímulos económicos para la preservación audiovisual impulsados por la Dirección del Audiovisual, la Fonografía y los Nuevos Medios (DAFO); sin embargo, según estudios pormenorizados, estos avances son insuficientes y aún queda mucho por hacer para garantizar la preservación y acceso al patrimonio audiovisual del país (James Medina, 2008). En este sentido, se destaca la importancia de una política pública integral y sostenida en el tiempo que permita fortalecer los mecanismos de preservación y acceso al patrimonio audiovisual.

DAFO es un ente adscrito al Ministerio Cultura del Perú (MINCUL), encargado de promover el desarrollo de la industria cinematográfica y audiovisual en el país. Uno de los objetivos principales de DAFO es la preservación y difusión del patrimonio audiovisual peruano. En este sentido, DAFO financia proyectos de preservación mediante el Programa de Estímulos Económicos para la Actividad Cinematográfica y Audiovisual. Este programa anual ofrece financiamiento para proyectos de preservación audiovisual, tales como la restauración, conservación y digitalización de obras audiovisuales, así como la creación de archivos audiovisuales y la realización de actividades de difusión. Los estímulos económicos son otorgados mediante convocatorias públicas, en las cuales se evalúan los proyectos presentados por los postulantes. Según la Dirección del Audiovisual, la Fonografía y los Nuevos Medios (DAFO, 2022a), en el año 2022, el MINCUL destinó casi medio millón de soles (aproximadamente ciento treinta y cinco mil dólares) en la concreción de los proyectos ganadores para tal periodo.

Por otro lado, Perú cumple con difundir y promover el Día del Patrimonio Audiovisual, designado por la UNESCO cada 27 de octubre, el cual tiene como objetivo la promoción, difusión y preservación del patrimonio audiovisual del país (DAFO, 2022b). Se busca sensibilizar a la población sobre la importancia de la conservación del patrimonio audiovisual, así como destacar su valor histórico, cultural y educativo.

B. La labor de entidades privadas

A pesar de que en Perú no se cuenta con un recinto estatal encargado de preservar el patrimonio audiovisual, lo que refleja la falta de interés e indiferencia por parte del gobierno hacia la protección de este valioso material que representa la identidad del país, algunas organizaciones y centros educativos han realizado esfuerzos para conservar a lo largo del tiempo estos valiosos documentos. La Filmoteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) es considerada un caso exitoso de preservación audiovisual en el Perú. Según la página web de la Filmoteca, su misión es “la conservación, investigación, difusión y enseñanza del cine y la cultura audiovisual en el Perú” la cual cuenta con una colección de más de 11,000 títulos, entre películas, documentales, cortometrajes y material audiovisual relacionado con la historia y cultura peruana.

Según Alberto Castro (2017), “Cineaparte” se ha establecido como una guía digital del cine peruano, siendo la primera plataforma virtual de *streaming* en Perú. Aunque no comenzó como una filmoteca física ni ha pasado por un proceso de digitalización, desde su inicio ha desempeñado el papel de una filmoteca al recopilar obras de cineastas peruanos, clasificarlas por género y promover su difusión a través de su plataforma.

A pesar de la labor que realizan empresas privadas en la preservación audiovisual, la creación de una cinemateca estatal sigue siendo necesaria debido a su función de garantizar el acceso público y democrático a la memoria audiovisual del país, así como de coordinar y dirigir los esfuerzos de preservación en todo el territorio nacional.

El Estado debe asumir un rol activo en la preservación del patrimonio audiovisual del país, y no puede simplemente depender de iniciativas privadas, por más valiosas que estas sean. La creación de una cinemateca estatal no busca reemplazar la labor de las empresas privadas en la preservación audiovisual, sino más bien complementar y garantizar un acceso público y democrático a la memoria audiovisual del país, así como coordinar y dirigir los esfuerzos de preservación a nivel nacional. La preservación del patrimonio audiovisual en el Perú es una tarea que requiere de una intervención pública decidida y efectiva. En este sentido, es necesario que el Estado asuma un rol más activo en la protección y salvaguarda de la memoria audiovisual del país.

Perú aún no cuenta con una política pública clara para la preservación del patrimonio audiovisual (Díaz, 2014b, p. 17), lo que ha llevado a una situación de precariedad en la conservación de las obras cinematográficas peruanas. En este sentido, es fundamental que el Estado promueva la creación de una política pública que garantice la protección y salvaguarda del patrimonio audiovisual del país.

Por otro lado, la discreta o ausente participación ciudadana influye en la exclusión de la Cinemateca peruana en la agenda política. Existe una falta de conciencia sobre la importancia de la preservación audiovisual en la sociedad peruana, la preservación audiovisual ha sido históricamente menospreciada y vista como un tema secundario en la agenda cultural del país. Según Carla Sánchez (2016), los ciudadanos desempeñan un papel crucial en la preservación de archivos audiovisuales. Su participación en charlas, proyecciones, consulta de documentos y difusión es fundamental para evitar la desaparición de estos organismos. Para Mónica Delgado (2022), no sólo es necesario la participación activa del Estado para la materialización de una

ley de la Cinemateca, también es fundamental que la sociedad misma exprese de manera clara y contundente una demanda de la misma, aunque por el momento esta sea débil o poco visible.

Por tales motivos, podemos aseverar que la labor estatal del Estado peruano en preservación audiovisual es insuficiente. Esta es una tarea compleja debido a diversos factores, como el deterioro natural de los materiales, la falta de conciencia sobre la importancia de la preservación y la falta de apoyo institucional y gubernamental.

5. *Definición y funciones de una Cinemateca*

Las cinetecas, cinematecas o filmotecas son instituciones físicas esenciales para la protección del patrimonio audiovisual, que representa la evolución histórica y cultural de la sociedad (Juárez, 2016, p.18).

La creación de la Cinemateca peruana podría ser clave en la preservación y difusión del patrimonio audiovisual del país, dado que estas instituciones desempeñan funciones clave como la recuperación, preservación, restauración, documentación, catalogación y difusión de archivos audiovisuales a través de proyecciones (Salazar, 2014).

Es responsabilidad del Estado ser el ente principal encargado de resguardar el material audiovisual de la nación, ya que, sin su intervención, se corre el riesgo de perderlo con el tiempo. La creación de la Cinemateca peruana requeriría considerar y adaptar elementos de experiencias exitosas de otras cinematecas en el mundo. De ser así, las funciones que la caracterizarían serían:

- La preservación y restauración del material: es fundamental que la cinemateca cuente con un equipo especializado en la preservación y restauración del material audiovisual, ya que muchos de los registros pueden estar dañados o en mal estado.
- La difusión del material: una vez que se cuenta con el material audiovisual y se ha preservado y restaurado adecuadamente, es importante que se promueva su difusión y acceso a la población.
- La colaboración con otros actores del sector: es importante que la Cinemateca establezca alianzas y colaboraciones con otros actores del sector cinematográfico, como productores, directores, festivales de cine y otros agentes culturales.

- El fomento de la investigación cinematográfica: las cinematecas son una herramienta fundamental para el estudio y la investigación del cine, ya que permiten el acceso a un amplio catálogo de películas, documentales y material audiovisual de diversa índole.
- La formación de públicos: la Cinemateca podría jugar un rol importante en la difusión del cine peruano y en la formación de públicos. Una Cinemateca es un espacio para la exhibición de películas, la realización de actividades de formación y difusión del cine nacional, lo que permitiría una mayor visibilidad del cine peruano y la formación de públicos interesados en este tipo de obras.

Antecedentes y modelos de Cinematecas en Latinoamérica

La preservación audiovisual es una tarea que se ha venido realizando en diferentes partes del mundo, y Latinoamérica no es la excepción. En este sentido, diversos países han logrado destacarse por la protección y salvaguarda de su patrimonio audiovisual, lo que ha permitido la recuperación y conservación de su memoria colectiva.

Las cinematecas desempeñan un papel crucial en la preservación del patrimonio audiovisual en América Latina y en todo el mundo. Estas instituciones se dedican a la conservación, restauración, investigación y difusión de películas y otros materiales audiovisuales históricos.

Por mencionar algunos ejemplos, tenemos a la Cineteca Nacional de México que es reconocida por su extensa colección de películas tanto mexicanas como extranjeras, y su labor trasciende la mera preservación, ya que ofrece programas educativos, ciclos de proyecciones temáticas y exhibiciones especiales (Ramírez, 2012). Esto ha contribuido significativamente a conservar la memoria cinematográfica de México, además de fomentar la difusión del cine, tanto a nivel nacional como internacional.

La Cinemateca Uruguaya, por su parte, es una de las instituciones más antiguas de América Latina dedicadas a la preservación del cine. Su compromiso se refleja en la restauración y conservación de películas, tanto uruguayas como extranjeras. Además de las proyecciones habituales, la cinemateca organiza festivales, seminarios y diversas actividades destinadas a promover el conocimiento y la apreciación del cine, desempeñando así un papel crucial en la preservación y promoción de la herencia cinematográfica uruguaya y más allá (Libertella, 2022).

III. PRESERVACIÓN AUDIOVISUAL Y DERECHOS HUMANOS

1. *Derechos culturales y la Cinemateca como espacio de representación*

En su acepción más amplia y comprensiva, concebimos la “cultura” como la totalidad de los aspectos singulares, tanto espirituales como materiales, intelectuales y emocionales, que definen una sociedad o una comunidad. La Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (UNESCO, 2001) establece que la cultura engloba los aspectos espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que son característicos de una sociedad o grupo social. Esto incluye no sólo las expresiones artísticas y literarias, sino también los estilos de vida, las formas de convivencia, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias. El derecho a participar en la vida cultural tiene dimensiones tanto individuales como colectivas, pudiendo ejercerse a nivel individual, en colaboración con otros individuos, o en el contexto de una comunidad o grupo.

Los derechos culturales están intrínsecamente interconectados y son complementarios entre sí. El ejercicio de uno de estos derechos frecuentemente depende de la preservación y protección de otro. De los derechos culturales que examinaremos, a saber, el acceso a la cultura, el patrimonio e identidad culturales, se puede anticipar que están interrelacionados y se apoyan mutuamente. En este sentido, el ejercicio del derecho de acceso a la cultura depende de la preservación y protección del patrimonio cultural, que a su vez fortalece la identidad cultural de una comunidad. En consecuencia, la creación de la Cinemateca peruana representa una oportunidad para que estos derechos, estrechamente vinculados, puedan ejercerse de manera más efectiva y en conjunto.

A. *Derecho de acceso a la cultura*

El acceso a la cultura (o a la vida cultural) es un derecho que implica la posibilidad de participar plenamente en la vida cultural de una sociedad y de disfrutar de los beneficios de la ciencia y la cultura. Para garantizar este derecho, es responsabilidad del Estado asegurar la conservación, protección, desarrollo, difusión y, sobre todo, el acceso a obras culturales y científicas. Esto significa que las personas tienen el derecho de acceder a una amplia gama

de expresiones culturales y conocimientos, tanto antiguas como contemporáneas, sin restricciones indebidas.

El ejercicio de este derecho se materializa de diversas maneras, como acceder a obras que se encuentran en el dominio público, lo que incluye libros y películas antiguas que son parte del patrimonio cultural de una nación. También se ejerce al disfrutar de música, lecturas o películas en el ámbito privado de nuestros hogares o a través de instituciones culturales como bibliotecas o cinematecas, donde se preservan y ponen a disposición una variedad de obras. Además, se permite fotocopiar partes de libros u obras esenciales para fines académicos, tomar notas de contenidos de clases para uso personal y colaborar en la adaptación de obras para hacerlas accesibles a personas con discapacidades, como aquellos con problemas de visión.

El derecho de acceso a la cultura, como todo derecho, no es absoluto y puede entrar en confrontación con los derechos de autor. La protección de la propiedad intelectual a través de los derechos de autor busca equilibrar el acceso a las obras culturales con los intereses económicos y morales de los creadores. Este equilibrio a menudo se refleja en excepciones y limitaciones legales que permiten el uso justo de obras con fines educativos, de investigación o críticos, respetando al mismo tiempo los derechos de los autores. Para Sergio Tamayo (2016), las excepciones o límites a los derechos de autor deberían ser interpretados no como tales, sino como el ejercicio del derecho de acceso a la cultura.

Es así como el derecho de acceso a la cultura se ejerce principalmente con obras que han entrado en el dominio público y obras permitidas bajo el régimen de excepciones de la Ley sobre el Derecho de Autor, así como los vestigios que forman parte del patrimonio cultural de la nación. Estos recursos culturales y artísticos disponibles públicamente son fundamentales para enriquecer la vida cultural y promover la participación en la cultura de la sociedad.

Este derecho está reconocido en varios instrumentos internacionales y nacionales, como la Carta Constitutiva de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Constitución Política del Perú, la Ley No. 27861 que exceptúa el pago de derechos de autor por la reproducción de obras para invidentes, y el Decreto Legislativo 822, que regula el Derecho de Autor.

Según la Organización de las Naciones Unidas (2009), en la Observación General número 21 realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

el acceso a la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, y a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural. Toda persona tiene también derecho a conocer formas de expresión y difusión por cualquier medio tecnológico de información y comunicación; a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de recursos como la tierra, el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas, y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades.

Según la UNESCO (2005), en la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, los Estados deben velar porque sus ciudadanos tengan la posibilidad de tener acceso a las expresiones culturales de su elección y de participar en la vida cultural de su comunidad.

La creación de la Cinemateca peruana sería altamente relevante para el acceso a la cultura dado que no solo preservaría y protegería la rica historia cinematográfica del país, sino que también proporcionaría un espacio donde el público pueda acceder a una amplia gama de obras audiovisuales y cinematográficas peruanas. Esto no solo enriquecería la oferta cultural en Perú, del mismo modo permitiría que las personas se sumerjan en la diversidad de expresiones culturales a través del cine, lo que es una parte fundamental del patrimonio cultural de un país. Además, promovería la educación cinematográfica y el acceso a una forma de arte que puede transmitir conocimiento, valores y perspectivas únicas. En resumen, la Cinemateca peruana estaría directamente relacionada con el derecho de acceso a la cultura y al proporcionar un espacio para preservar, proteger, difundir y acceder a obras culturales, en este caso, a través del cine. Esto contribuiría significativamente a la riqueza cultural y al enriquecimiento del conocimiento en la sociedad peruana.

B. Derecho al patrimonio cultural

El derecho al patrimonio cultural es un componente fundamental de los derechos culturales, se refiere al derecho de las personas y las comunidades a acceder, disfrutar y participar en su patrimonio cultural, así como a preservar y proteger dicho patrimonio para las generaciones presentes y futuras. Este derecho reconoce la importancia de la herencia cultural de una sociedad, promueve su valoración y respeto.

Además, la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO (UNESCO, 2005), establece la obligación de los Estados de tomar medidas para proteger y promover la diversidad cultural, incluyendo la preservación del patrimonio cultural y la promoción de la creación y producción de bienes y servicios culturales. Es importante destacar que, aunque esta convención no se refiera directamente a la creación de una cinemateca, sí hace hincapié en la importancia de la preservación del patrimonio cultural en general, lo que incluye el patrimonio audiovisual.

En el año 2005, la 33a. reunión de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) aprobó una Resolución que establecía el 27 de octubre como el Día Mundial del Patrimonio Audiovisual. El propósito detrás de esta designación era aumentar la conciencia pública sobre la necesidad de tomar medidas inmediatas y reconocer la significativa importancia de preservar los documentos de este tipo (UNESCO, 2005). Estos materiales, considerados manifestaciones de la identidad cultural de los pueblos, debido a su valor educativo, cultural, artístico, científico e histórico, se integran de manera esencial en el patrimonio cultural de una nación.

Además de esto, en 1980, la Conferencia General de la UNESCO emitió la Recomendación Sobre la Salvaguarda y la Conservación de las Imágenes en Movimiento. Este documento ha contribuido a generar conciencia acerca de la trascendencia del patrimonio audiovisual, por lo que ha tenido un papel determinante en la preservación de estos registros como testigos únicos del progreso económico, político y social de la sociedad.

Con relación al patrimonio audiovisual, Katherine Díaz (2014b) ha identificado seis características generales. Primero, posee una identificación de propiedad legal por parte de un organismo o individuo. Además, se le otorgan derechos de propiedad intelectual al autor y/o propietario, lo que

le confiere un carácter jurídico. También, se encuentra documentado y registrado, facilitando el proceso de inventario de los materiales y objetos relacionados. Para su registro e identificación, requiere de un espacio adecuado, generalmente resguardado y almacenado en archivos audiovisuales nacionales. Puede ser de dominio público o privado, permitiendo el acceso del público en general si está resguardado por el Estado, aunque un organismo privado podría tener restricciones. Por último, el patrimonio audiovisual contribuye al avance científico, ya que su contenido es una fuente de investigación sobre la vida de una época y sus aportes a la sociedad actual.

La preservación del patrimonio audiovisual es un tema de amplia relevancia jurídica al ser una expresión misma del ejercicio de los derechos humanos. Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948), “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Si bien la Declaración no hace referencia explícita a la preservación audiovisual, el artículo en mención está relacionado de manera indirecta con la importancia de la cultura y la protección del patrimonio.

Si bien la preservación audiovisual no está explícitamente reconocida como un derecho en tratados internacionales de derechos humanos, se puede desprender de lo anterior que la preservación y acceso a obras audiovisuales es una parte integral para el ejercicio del derecho al patrimonio cultural.

C. Derecho a la identidad cultural

La identidad cultural se refiere a la percepción y expresión de una comunidad, grupo o individuo sobre su herencia cultural, valores, tradiciones, creencias y formas de vida distintivas que los identifican dentro de una sociedad más amplia (Molano, 2007). Es la base de la identificación cultural y la cohesión social, lo cual puede manifestarse a través de la lengua, la música, la danza, la religión, la gastronomía, la artesanía, la vestimenta y muchas otras manifestaciones culturales.

La identidad cultural se ejerce mediante la práctica y la promoción de las tradiciones y valores culturales propios, así como a través de la participación en eventos y actividades culturales. También se manifiesta en la relación con el entorno y la comunidad, y en cómo se transmite de una generación a otra. En este contexto, la Cinemateca emerge como un espacio de repre-

sentación crucial, ya que desempeña un papel fundamental en la promoción y el ejercicio de este derecho.

El cine tiene un rol importante en la formación de la identidad cultural de un país o una comunidad. Según Roberto Campos (2020), el cine puede mostrar diferentes aspectos de la cultura y la sociedad de un país, lo que puede influenciar en la percepción que se tiene de éste. Además, el cine puede ser utilizado como una herramienta para preservar y promover la cultura de una comunidad o un país.

Según Alfonso Gumucio (1984), el cine tiene un papel importante en la consolidación de la identidad de un país y su pueblo. En este sentido, el cine puede ser una forma de educar a la población sobre la historia, la cultura y las tradiciones de un país. Por su parte, Katherine Díaz (2014a) enfatiza la necesidad de establecer un archivo nacional de material audiovisual con el propósito de preservar el patrimonio audiovisual y, en consecuencia, fortalecer la identidad nacional.

El cine ha tenido un impacto fundamental como constructor de la identidad cultural tanto en el Perú como en todo el mundo. A través de la representación de realidades y la construcción de narrativas, el cine influye en cómo los colectivos y las sociedades perciben y moldean su identidad. Esta influencia se manifiesta especialmente en la forma en que se refleja la cultura, la historia y la diversidad de una nación en la gran pantalla. Además, el cine tiene la capacidad de contribuir a la creación de una narrativa colectiva que conecta a las personas a través de historias compartidas.

En el contexto peruano, películas como “La Teta Asustada” (2009), dirigida por Claudia Llosa, han explorado la herencia cultural y la memoria histórica del país, abordando cuestiones como la violencia política y la identidad indígena. Esta película no sólo ha ganado reconocimiento internacional, sino que también ha generado un diálogo interno sobre la historia y la identidad del Perú. En América Latina, películas como “Neruda” (2016) en Chile y “Relatos Salvajes” (2014) en Argentina han abordado cuestiones políticas, sociales y culturales que influyen en la construcción de la identidad latinoamericana. Estas obras exploran la diversidad de experiencias y desafíos que enfrenta la región en la búsqueda de su identidad.

El cine peruano y latinoamericano también ha funcionado como una ventana hacia el mundo, mostrando las realidades de estas regiones a audiencias internacionales. Esto contribuye a la comprensión y apreciación de las diversas identidades y culturas que componen estas sociedades. Ade-

más, el cine ha explorado temas de diáspora y migración, como se evidencia en la película “Roma” (2018) de Alfonso Cuarón en México. Estas películas examinan cómo las personas mantienen su identidad cultural en medio del cambio y la movilidad.

En Asia, películas como “Comer, Beber, Amar” (1994) de Ang Lee en Taiwán han explorado la cultura y la identidad a través de la comida, destacando cómo la gastronomía puede ser un elemento central en la construcción de la identidad. El cine también ha abordado cuestiones de identidad de género y sexualidad, como se ve en “Una Mujer Fantástica” (2017) de Sebastián Lelio en Chile, que trata la identidad de género y las luchas de las personas transgénero. A nivel internacional, películas como “El Hombre que Conocía el Infinito” (2015) del Reino Unido e India exploran la identidad religiosa y cultural a través de la historia de Srinivasa Ramanujan, un matemático indio.

Por lo tanto, el cine es una herramienta fundamental para la construcción de la identidad colectiva de un país o región, ya que a través de las películas se pueden transmitir valores, tradiciones y costumbres propias de una cultura, así como nuevas tendencias y realidades. Asimismo, el cine permite a las personas verse reflejadas en las historias que se cuentan y en los personajes que se representan, lo que puede fortalecer el sentido de pertenencia y la identidad cultural. Todo lo anterior puede verse reflejado en películas como “Wiñaypacha” (2017), “Retablo” (2017) o “Manco Capac” (2020), películas peruanas galardonadas de la última década.

En este sentido, Antonio Guterres (2016) expone la importancia que le da la UNESCO a la preservación del patrimonio audiovisual, la cual es esencial para garantizar el derecho a la identidad cultural de las personas y las comunidades. El cine y otras formas de expresión audiovisual son parte del patrimonio cultural de un país y, como tal, deben ser preservados para las generaciones futuras.

Por tanto, el cine es una forma de expresión cultural y artística que puede contribuir a la consolidación de la identidad de un pueblo o comunidad. Si bien la ausencia de una Cinemateca en Perú no constituye una transgresión directa al derecho a la identidad cultural, puede influir en la forma en que se construye y se comprende la identidad cultural y social de la nación. Una cinemateca podría enriquecer significativamente la experiencia cultural y contribuir al ejercicio más completo de este derecho.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos reafirmar la interdependencia y complementariedad de los derechos culturales que hemos analizado. Es evidente que el ejercicio del derecho de acceso a la cultura está intrínsecamente ligado a la necesidad de preservar y proteger el patrimonio audiovisual. Este último aspecto constituye un cumplimiento del derecho al patrimonio cultural, y es precisamente este patrimonio el que fortalece la identidad cultural de una comunidad, otro aspecto fundamental dentro del conjunto de derechos culturales. De esta manera, la creación de la Cinemateca Peruana emerge como un punto central en el cual estos derechos culturales se conectan y brindan la oportunidad de ser ejercidos de manera más efectiva.

2. Derecho a la memoria y la cinemateca como custodia del pasado

El derecho a la memoria se refiere a la protección y reconocimiento del derecho de las personas y las sociedades para recordar y preservar su historia, especialmente en relación con eventos pasados significativos que han dejado una huella duradera en la identidad y la cultura de una comunidad.

Respecto a la memoria, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019) ha indicado que garantizar el derecho a la memoria es de gran importancia “a fin de asegurar la implementación de medidas de no repetición de los hechos del pasado”. En esta perspectiva, el material audiovisual preservado por un país es una herramienta que posibilita que las generaciones futuras adquieran conocimiento sobre eventos pasados, con el objetivo de prevenir la repetición de negativas situaciones similares en el futuro. De esta manera, ofrecer una versión distorsionada de la historia tiene un impacto premeditado en la memoria histórica de la nación en su totalidad.

Por tanto, este derecho implica el acceso a información histórica, la preservación de la memoria colectiva, la promoción de la verdad y la justicia en relación con acontecimientos pasados. La Cinemateca, en este contexto, funciona como un guardián del pasado al desempeñar un papel esencial en la conservación y difusión de la memoria colectiva a través de sus archivos cinematográficos. Esto se logra al preservar películas históricas, brindar acceso a los archivos históricos, promover la memoria colectiva a través de proyecciones y eventos, contribuir a la promoción de la verdad y la justicia en rela-

ción con eventos pasados, especialmente aquellos relacionados con derechos humanos y conflictos.

IV. LA CINEMATECA PERUANA COMO RESPUESTA A LA IMPERANTE NECESIDAD DE PRESERVACIÓN AUDIOVISUAL

1. *Propuesta para la creación de la Cinemateca peruana*

Dada la importancia de preservar el patrimonio audiovisual de Perú, proponemos la creación de la Cinemateca peruana, una institución estatal dedicada a la preservación y difusión de la memoria audiovisual del país. Esta cinemateca, por un lado, complementaría los esfuerzos privados existentes, que respaldan proyectos de digitalización y restauración de material histórico, además de participar en iniciativas de sensibilización sobre la importancia de preservar el patrimonio audiovisual del país, como los casos de la Filмотeca PUCP y Cineaparte, que expusimos líneas arriba, y por el otro lado, garantizaría el acceso público a este invaluable patrimonio.

La Cinemateca peruana sería responsable de recopilar, preservar y restaurar películas, documentales, grabaciones históricas y otros materiales audiovisuales relevantes para la historia y cultura del país. Además, organizaría proyecciones, exhibiciones y eventos educativos para fomentar el conocimiento y aprecio del cine peruano.

La participación ciudadana sería fundamental para el éxito de la Cinemateca peruana. Los ciudadanos podrían asistir a eventos, consultar documentos, donar material audiovisual y difundir la importancia de preservar el patrimonio audiovisual del país.

Para la implementación de esta propuesta, sería necesario obtener la aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros sectores pertinentes. Además, se requeriría una clara demanda de la sociedad peruana para la creación de la ley que establecería esta institución. Por ende, proponemos que, tomando en cuenta las experiencias latinoamericanas previamente mencionadas, se redacte una legislación que presente los fundamentos para la creación y operación de dichas iniciativas. Con base en dichas experiencias, esta ley deberá contemplar las siguientes disposiciones:

- Creación de la Cinemateca peruana como una entidad autónoma y descentralizada del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio.
- Funciones de la Cinemateca peruana, entre las que se incluyen la preservación, conservación, restauración y difusión del patrimonio audiovisual peruano, así como la investigación, formación y fomento de la creación cinematográfica.
- Recursos y financiamiento de la Cinemateca peruana, que podrán provenir de diversas fuentes, como el presupuesto público, donaciones, convenios y otros recursos.
- Estructura y organización de la Cinemateca peruana, que deberá contar con un Consejo Directivo y un equipo técnico especializado en la preservación y restauración del patrimonio audiovisual.
- Cooperación y coordinación con otras instituciones nacionales e internacionales encargadas de la preservación del patrimonio audiovisual.

Además, la Cinemateca peruana también tendría la tarea de coordinar con las diferentes entidades gubernamentales y privadas encargadas de la preservación y difusión del patrimonio cultural en el Perú. En este sentido, la creación de la Cinemateca peruana no solo se enfocaría en la preservación del patrimonio cinematográfico, sino que también tendría un enfoque más amplio en la promoción de la cultura y la identidad peruana.

2. Bases legales de la propuesta

El marco jurídico-normativo para la protección del patrimonio cultural en el Perú se encuentra en la Constitución Política del Perú y en diversas leyes. En particular, la Ley No. 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, la cual establece políticas nacionales de defensa, protección y promoción de los bienes que constituyen el Patrimonio Cultural de la Nación. Asimismo, la Ley de Cine, Decreto de Urgencia núm. 022-2019, orientada a la promoción del desarrollo de la actividad cinematográfica y audiovisual en el país, a través del fomento, la difusión, promoción y preservación de las obras cinematográficas y audiovisuales, establece en su artículo 21:

El Ministerio de Cultura cuenta con un archivo destinado a la custodia de obras cinematográficas y audiovisuales peruanas denominado “Cinemateca Peruana”, a fin de evitar su deterioro, destrucción o pérdida, garantizando con ello la con-

servación, recuperación y exhibición del patrimonio audiovisual de la Nación, en cualquier medio o plataforma.

Todas estas leyes establecen la base legal para la preservación del patrimonio audiovisual y cinematográfico del país. La ausencia de una cinemateca, a pesar de la existencia del artículo 21 en la principal referencia legislativa nacional en torno al cine en Perú, la cual expresamente la menciona como principal ente encargado de la preservación audiovisual nacional, podría atribuirse a varios factores. Uno de los argumentos del Ministerio de Cultura ha sido la falta de financiamiento suficiente y sostenible para establecer y mantener una cinemateca nacional. La implementación y operación de una institución de este tipo implican costos considerables en términos de conservación, digitalización y difusión de material audiovisual, además, el poder legislativo del país destaca prioridades gubernamentales centradas en otras áreas, a pesar de una cantidad considerable de proyectos de ley relacionados al tema que en su mayoría han terminado siendo archivados (Subirana, 2022).

Como hemos desarrollado oportunamente, los derechos de acceso a la cultura, a la preservación del patrimonio cultural, a la identidad cultural y a la memoria son reconocidos en el ámbito internacional. En efecto, existe un marco normativo que establece la obligación de los Estados de proteger y promover la cultura y el patrimonio cultural de sus pueblos, así como de adoptar medidas para la preservación del patrimonio cultural audiovisual.

La UNESCO ha promovido diversos instrumentos normativos que reconocen el derecho a la cultura y la importancia de la preservación del patrimonio cultural audiovisual, entre ellos la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005), que establece la obligación de los Estados de proteger y promover la diversidad cultural, así como de adoptar medidas para la salvaguardia del patrimonio cultural; la Recomendación sobre la Salvaguardia y la Preservación de las Imágenes en Movimiento (1980), que establece las bases para la protección y preservación del patrimonio audiovisual, y la Recomendación para la Salvaguardia y la Conservación de las Imágenes y Sonidos de Interés para la Humanidad (1980), que establece los principios básicos para la protección y preservación del patrimonio audiovisual.

V. IMPACTO DE LA CREACIÓN DE LA CINEMATECA PERUANA

1. *Beneficios de la preservación y acceso al patrimonio audiovisual*

La creación de la Cinemateca peruana tendría un impacto significativo en la preservación y acceso al patrimonio audiovisual del país. A través de esta institución, se garantizaría la conservación de las obras cinematográficas y audiovisuales peruanas, evitando su deterioro y pérdida. Esto permitiría que tanto las generaciones presentes como las futuras tengan acceso a estas obras, lo que contribuiría a la preservación de la memoria colectiva y el conocimiento cultural de Perú.

Por otro lado, podría impulsar la creación de más películas al proporcionar una fuente de inspiración y referencia para los cineastas peruanos, así como al ofrecer recursos y herramientas para la producción cinematográfica. Además, la existencia de una Cinemateca que preserve y difunda el patrimonio audiovisual peruano podría fomentar el interés y la valoración por el cine nacional, lo que podría llevar a una mayor inversión y apoyo a la producción cinematográfica en el país.

2. *Fomento a la investigación y promoción de la producción audiovisual*

El estado actual de la investigación cinematográfica en el Perú se encuentra en constante desarrollo, con diversos estudios y artículos que exploran diferentes aspectos del cine peruano. Sin embargo, este escenario podría mejorar notablemente.

Una cinemateca puede ser un recurso invaluable para el fomento de la investigación y la producción audiovisual en Perú, siguiendo el ejemplo de otras cinematecas en todo el mundo. La Cinémathèque Française en París, por ejemplo, se destaca por su extensa colección de películas y materiales relacionados con el cine, que han sido cruciales para investigadores y cineastas que exploran la historia del cine francés (Joao Bénard). Además, ofrece programas de investigación y becas que impulsan el estudio del cine. De manera similar, el BFI National Archive en el Reino Unido se ha destacado en la preservación y restauración de películas históricas, lo que permite a investigadores y cineastas acceder a un tesoro de material cinematográfico británico

y global (BFI National Archive). En los Estados Unidos, el Museum of Modern Art (MoMA) Film Archives ha impulsado la innovación en la industria cinematográfica al respaldar a cineastas emergentes y la producción de películas experimentales, según lo indicado en su página web (MoMA).

En el contexto latinoamericano, las cinematecas de Chile y Argentina han desempeñado roles significativos en el fomento a la investigación y promoción de la producción audiovisual en sus respectivos países. En Chile, la Cineteca Nacional ha establecido programas de investigación que se centran en la preservación y difusión del patrimonio cinematográfico, además de organizar eventos y talleres que promueven el conocimiento sobre la historia del cine local (Francisco Medina, 2018). En Argentina, la Cinemateca Argentina ha desempeñado un papel crucial en la preservación de la rica herencia cinematográfica del país. Han colaborado estrechamente con instituciones educativas y culturales para desarrollar programas de investigación que abarcan desde el cine clásico hasta las producciones contemporáneas, facilitando el acceso a materiales de archivo y brindando plataformas para la investigación académica (INCAA). Ambas cinematecas han contribuido significativamente al fortalecimiento del ámbito audiovisual, no solo a nivel nacional, sino también en el contexto latinoamericano. Al considerar la creación de una cinemateca en Perú, es crucial aprender de las experiencias negativas de las cinematecas latinoamericanas mencionadas para evitar errores comunes. Algunos problemas que han surgido en cinematecas de la región incluyen la falta de financiamiento a largo plazo, lo que puede llevar a la falta de mantenimiento y conservación adecuada de las películas y equipos (Cholakian, 2022). Además, la falta de personal capacitado y la rotación frecuente de liderazgo pueden afectar negativamente la continuidad y el *expertise* de la institución.

La creación de la Cinemateca peruana podría tener un profundo impacto en el ámbito de la investigación cinematográfica en el país. En primer lugar, la Cinemateca podría servir como un valioso repositorio de archivos y películas históricas, tanto de producción peruana como extranjera. Esto ofrecería a los investigadores un acceso inigualable a ricos materiales de archivo, propiciando el estudio de la evolución del cine en Perú, las tendencias cinematográficas y la transformación cultural a lo largo del tiempo.

Además, esta institución podría desempeñar un papel crucial en la facilitación de la investigación académica. Tanto las instituciones académicas como los investigadores independientes podrían hacer uso de la Cinemate-

ca como una fuente primordial para sus investigaciones cinematográficas. La disponibilidad de una amplia gama de películas y documentos relacionados con el cine en un solo lugar simplificaría la realización de estudios en profundidad y análisis detallados. Asimismo, la Cinemateca podría establecer programas de investigación en colaboración con universidades y otras instituciones académicas. Esto estimularía la producción de investigaciones originales sobre el cine peruano, su vinculación con la cultura y su influencia en la sociedad.

La Cinemateca también podría convertirse en un espacio propicio para la realización de eventos, conferencias y simposios relacionados con el cine. Esto permitiría a los investigadores compartir sus descubrimientos y conocimientos con la comunidad cinematográfica y el público en general, promoviendo un intercambio de ideas y enriqueciendo el diálogo sobre el cine.

Además de su enfoque en la investigación, la Cinemateca podría desempeñar un papel importante en la promoción de la producción cinematográfica nacional. Brindaría apoyo a cineastas locales y ofrecería un lugar para la proyección de películas independientes, lo que a su vez podría estimular la investigación sobre nuevas tendencias y enfoques en el cine peruano contemporáneo. Otro aspecto relevante es que la Cinemateca podría generar un mayor interés público en la cinematografía peruana y en el cine en general. Su mera existencia podría atraer a más personas, incluyendo estudiantes y profesionales, a involucrarse en la investigación y producción cinematográfica.

Finalmente, mediante la colaboración con instituciones cinematográficas internacionales, la Cinemateca podría impulsar el intercambio de conocimientos y recursos, así como participar en proyectos de investigación cinematográfica a nivel global.

Por lo tanto, la creación de la Cinemateca peruana tiene el potencial de convertirse en un centro esencial para la investigación cinematográfica en Perú. No sólo facilitaría el acceso a recursos valiosos, sino que también funcionaría como un punto de encuentro y colaboración para la comunidad cinematográfica local e internacional. Esto no sólo enriquecería la comprensión de la rica tradición cinematográfica de Perú, sino que también fomentaría el desarrollo de la industria cinematográfica en el país, promoviendo la producción de nuevas obras, cumpliendo con el ejercicio del derecho de acceso a la cultura, y contribuyendo a la preservación de la identidad cultural a través del medio cinematográfico.

3. Fortalecimiento de la industria cinematográfica peruana

La industria cinematográfica peruana ha logrado un reconocimiento internacional significativo en los últimos años, con películas que han destacado en festivales y mercados internacionales. Sin embargo, enfrenta desafíos persistentes relacionados con la financiación y la formación de talento. El apoyo continuo del gobierno, la colaboración internacional y el desarrollo de estrategias para superar estos obstáculos son fundamentales para el crecimiento sostenible de la industria cinematográfica peruana a nivel internacional.

En ese sentido, la creación de la Cinemateca peruana se presenta como una gran oportunidad para generar un espacio que podría ofrecer programas de formación y capacitación en cine, incluyendo proyecciones, talleres y charlas. Esto fortalece la base de talento en la industria, lo que a su vez mejora la calidad y la competitividad de las producciones peruanas.

Por tanto, la Cinemateca peruana podría fortalecer la industria cinematográfica del país al preservar el patrimonio cinematográfico, ofrecer formación en cine, promover la difusión de películas peruanas, apoyar la investigación, facilitar coproducciones y estimular la creatividad. Estos impactos pueden contribuir al crecimiento y la competitividad de la industria cinematográfica peruana a nivel nacional e internacional.

VI. CONCLUSIONES

- 1) La preservación del patrimonio audiovisual es una tarea fundamental en la protección del patrimonio cultural de un país. La preservación audiovisual en Perú como deber del Estado, se justifica en diversas normativas. Estas establecen la obligación del Estado de garantizar la preservación y conservación del patrimonio audiovisual.
- 2) La creación de la Cinemateca peruana representa una respuesta a la imperante necesidad de preservar el patrimonio audiovisual del país. Ante la necesidad de contar con una institución que se encargue de la preservación y difusión del patrimonio audiovisual peruano, se propone la creación de la Cinemateca peruana.
- 3) Una Cinemateca peruana sería una institución crucial para la preservación y difusión del patrimonio audiovisual del país y, por ende, para

- el ejercicio de derechos culturales y el derecho a la memoria; derechos humanos reconocidos en la normativa peruana y a nivel internacional.
- 4) Si bien existen esfuerzos concentrados en el sector privado y en DAFO, estos no son suficientes. La protección de las obras cinematográficas y audiovisuales es una tarea fundamental en la que deben participar no solo los cineastas y los profesionales del cine, sino también el Estado y la sociedad en general. La creación de la Cinemateca peruana es un paso importante en esta dirección, y debe ser vista como una oportunidad única para construir un futuro mejor para el cine y la cultura del Perú.
 - 5) Es fundamental resaltar la estrecha conexión y la interdependencia que existe entre los derechos culturales. Con frecuencia, el ejercicio de uno de estos derechos depende de la preservación y protección de los demás. La creación de la Cinemateca peruana se convierte en un punto crucial en el que estos derechos se entrelazan y se pueden ejercer de manera más efectiva.
 - 6) El derecho de acceso a la cultura se vería beneficiado por la existencia de la Cinemateca, la cual proporcionaría acceso a una amplia variedad de obras cinematográficas y audiovisuales, lo que enriquecería la vida cultural de la sociedad.
 - 7) El derecho al patrimonio cultural se fortalecería ya que la Cinemateca, al preservar y proteger películas históricas y documentos audiovisuales, contribuiría significativamente a la conservación del patrimonio cultural del país, que es esencial para mantener y transmitir la identidad cultural de la comunidad.
 - 8) La identidad cultural se vería reforzada mediante la promoción y proyección de películas nacionales y la representación de la diversidad cultural en el cine, lo que permite que las personas se identifiquen con su herencia cultural a través de las obras cinematográficas.
 - 9) El derecho a la memoria encontraría su expresión en las películas y los documentos audiovisuales que pueden servir como registros históricos y herramientas para recordar eventos y experiencias pasadas, contribuyendo a la construcción de la memoria colectiva.
 - 10) Se recomienda legislar sobre la creación de la Cinemateca Peruana como una entidad autónoma, que tenga como finalidad la preservación, investigación, conservación, restauración y difusión del patrimonio audiovisual de Perú. Esta ley debería establecer los recursos necesarios para la creación y funcionamiento de la Cinemateca, así como los mecanismos

de financiamiento, los objetivos a cumplir, las políticas de conservación y acceso, y las obligaciones de la Cinemateca para con el Estado y la sociedad.

- 11) La creación de la Cinemateca peruana permitiría el fomento de la investigación cinematográfica y la creación de nuevas producciones audiovisuales. La Cinemateca podría ser un espacio de encuentro entre cineastas y público, permitiendo la difusión de conocimientos y la realización de talleres y capacitaciones. Además, la presencia de la Cinemateca en el país podría incentivar la inversión en el sector audiovisual, generando empleos y dinamizando la economía.

VII. REFERENCIAS

- Bedoya, R. (1995). *100 años de cine en el Perú: una historia crítica*. Fondo de Desarrollo Editorial.
- Bénard, Joao. 50 años de la Cinemateca Francesa. 60 años de Henri Langlois. *Comparative Cinema*. <http://www.ocec.eu/cinemacomparativecinema/index.php/es/11-materiales-web/62-50-anos-de-la-cinemateca-francesa-60-anos-de-henri-langlois>
- Bereijo, A. y Fuentes, J. J. (2001). Los soportes filmicos, magnéticos y ópticos desde la perspectiva de la conservación de materiales. *Redalyc*. <https://www.redalyc.org/pdf/635/63500401.pdf>
- BFI National Archive*. <https://www.bfi.org.uk/bfi-national-archive>
- Campos, R. (2020). Identidad, cine y derechos culturales. Preservación cinematográfica en la Argentina. *ResearchGate*. https://www.researchgate.net/publication/346109372_Identidad_cine_y_derechos_culturales_Preservacion_cinematografica_en_la_Argentina#pf20
- Castro, A. (2017). Cineaparte es la primera plataforma digital de pago para ver películas peruanas desde tu casa. Útero.Pe. <http://encinta.uterop.e/2017/09/21/cineaparte-es-la-primera-plataforma-digital-de-pago-para-ver-peliculas-peruanas-desde-tu-casa/>
- Cholakian, D. (2022). Crisis en INCAA: las razones de la salida de Luis Puenzo y cuál es el futuro del cine nacional. *Infobae*. <https://www.infobae.com/cultura/2022/04/11/crisis-en-incaa-las-razones-de-la-salida-de-luis-puenzo-y-cual-es-el-futuro-del-cine-nacional/>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). Principios sobre Políticas Públicas de Memoria en las Américas. *Organization of American States*. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-3-19-es.pdf>
- Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. (2003). UNESCO. <https://ich.unesco.org/es/convenci%C3%B3n>
- Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005). UNESDOC Biblioteca Digital. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142919_spa
- Decreto de Urgencia No. 022-2019, Ley que Promueve la Actividad Cinematográfica y Audiovisual. 05/07/2023. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1834839-1>
- Delgado, M. (2022). Los diez hechos 2022 del cine peruano. *Wayka*. <https://wayka.pe/los-diez-hechos-2022-del-cine-peruano-por-monica-delgado/>
- Díaz, K. (2014a). Preservar el patrimonio audiovisual para fortalecer nuestra identidad nacional. *PUCP*. <https://congreso.pucp.edu.pe/alaic2014/wp-content/uploads/2013/09/GT11-Katherine-Diaz-Cervantes.pdf>
- Díaz, K. (2014b). El archivo audiovisual nacional: espacio de memoria e identidad. *Tesis PUCP*. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5532>
- Dirección del Audiovisual, la Fonografía y los Nuevos Medios (DAFO). (2022a). Ministerio de Cultura conmemora el Día Mundial del Patrimonio Audiovisual – DAFO. *DAFO*. <https://dafo.cultura.pe/ministerio-de-cultura-conmemora-el-dia-mundial-del-patrimonio-audiovisual-2/>
- Dirección del Audiovisual, la Fonografía y los Nuevos Medios (DAFO). (2022b). Proyectos de Preservación Audiovisual | Estímulos económicos para la cultura. *DAFO*. <https://estimuloseconomicos.cultura.gob.pe/2022/concursos/proyectos-de-preservacion-audiovisual>
- Filmoteca PUCP. *Funciones*. Filmoteca PUCP. <https://filmoteca.pucp.edu.pe/nosotros/funciones>
- García, M. (2022). La historia del cine peruano en peligro de perderse para siempre por falta de una Cinemateca Nacional. *El Comercio Perú*. <https://elcomercio.pe/archivo-elcomercio/la-historia-del-cine-peruano-en-peligro-de-perderse-para-siempre-por-falta-de-una-cinemateca-nacional-peliculas-cineastas-nelson-garcia-miranda-nnsp-noticia/>
- Gumucio, A. (1984). Cine, historia y memoria popular. *Dialnet*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5791471>

- Guterres, A. (2016). La UNESCO llama a proteger el patrimonio audiovisual, como parte de la historia. *UN News*. <https://news.un.org/es/story/2016/10/1367561>
- INCAA. FOMENTO – INCAA | Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales. *INCAA*. <http://www.incaa.gov.ar/fomento-datos1>
- Juárez, E. (2016). Las filmotecas en España: Estado de la cuestión (De los inicios del cine hasta la llegada del sonoro). *UVaDOC Principal*. <https://uva-doc.uva.es/handle/10324/19645>
- La Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. (2001). <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/unesco-universal-declaration-cultural-diversity>
- León, I., y Bedoya, R. (2015). Historia del cine peruano. *Ibermedia Digital*. <https://ibermediadigital.com/ibermedia-television/contexto-historico/historia-del-cine-peruano/>
- Libertella, Mauro. (2022). Cinemateca: el caso uruguayo. *Clarín.com*. https://www.clarin.com/revista-n/escenarios/cinemateca-caso-uruguayo_0_Zz-3MVdimdk.html
- Luna, J. (2015). La película de nitrato, uno de los productos más inflamables. *Hipertextual*. <https://hipertextual.com/2015/04/pelicula-de-nitrato>
- Medina, Francisco. (2018). Cineteca Nacional de Chile del CCLM. *Centro Cultural La Moneda*. <https://www.cclm.cl/cclm/quienes-somos/sobre-cineteca-nacional/>
- Medina, James. (2008). Informe Profesional: Marco organizativo y gestión documental del Archivo de Prensa. *Cybertesis*. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/14374/Medina_zj.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ministerio de Cultura. (2021). Ministerio de Cultura habilita sistema en línea para el Registro Nacional de la Cinematografía y el Audiovisual – DAFO. *DAFO*. <https://dafo.cultura.pe/ministerio-de-cultura-habilita-renca/>
- Molano, O. (2007). Identidad cultural un concepto que evoluciona. *Redalyc*. <https://www.redalyc.org/pdf/675/67500705.pdf>
- MoMA. Experimentation in Film / The Avant-Garde. *MoMA*. https://www.moma.org/learn/moma_learning/themes/film/experimentation-in-film-the-avant-garde/
- Munjeri, D. (2004). Patrimonio material e inmaterial: de la diferencia a la convergencia. *UNESCO Digital Library*. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000135853_spa

- Observación general núm. 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párr. 1a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [i.e. Culturales]) (2009). 11/07/2023. <https://digitallibrary.un.org/record/679355?ln=es>
- Organización de la Naciones Unidas (1948). La Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Ramírez, A. (2012). Cineteca Nacional, el mejor lugar para ver cine en la CDMX. *Time Out México*. <https://www.timeoutmexico.mx/ciudad-de-mexico/cine/cineteca-nacional>
- Recomendación sobre la Salvaguardia y la Conservación de las Imágenes en Movimiento (1980). <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/recommendation-safeguarding-and-preservation-moving-images>
- Salazar, J. de. (2014, marzo 17). Centro de Documentación de la Filmoteca Española - Diccionario Jurídico de la Cultura. *Diccionario Jurídico de la Cultura*. <http://www.rajyl.es/diccionario-juridico-cultura/voces/centro-de-documentacion-de-la-filmoteca-espanola>
- Sánchez, C. (2016). Un mundo más allá de las Filmotecas. *Patrimonio Audiovisual*. <https://csdehesa.wordpress.com/2016/11/03/un-mundo-mas-alla-de-las-filmotecas/>
- Subirana, K. (2022). ¿Por qué el Perú no tiene una Cinemateca? *Pressreader*. <https://www.pressreader.com/peru/diario-el-comercio/20220515/281921661645941>
- Tamayo, S. (2016). Derecho de acceso a la cultura e interpretación judicial en derechos de autor. *Tesis PUCP*. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6882>
- UNESCO (2005). Actas de la Conferencia General, 33a reunión, París, 3-21 de octubre de 2005, v. 1: Resoluciones. *UNESCO Digital Library*. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142825_spa
- UNESCO (2014). Informe sobre la economía creativa, 2013, edición especial: ampliar los cauces de desarrollo local. *UNESCO Digital Library*. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000230576>

La neutralidad ideológica del Estado y el derecho preferente de los padres en la educación de sus hijos. El caso de la formación ciudadana. Chile y España

The Ideological Neutrality of the State and the Preferential Right of Parents in the Education of Their Children. The Case of Citizen Training. Chile and Spain

Jhenny RIVAS ALBERTI

 <http://orcid.org/0000-0002-2589-6742>

Universidad de Las Américas. Chile.

Correo electrónico: jhennyrial1613@gmail.com

Alexander ESPINOZA RAUSSEO

 <http://orcid.org/0000-0001-7600-3054>

Universidad de Las Américas (Chile).

Correo electrónico: alexander.espinoza.rausseo@gmail.com

RECIBIDO: 8 de agosto de 2023

ACEPTADO: 29 de septiembre de 2023

RESUMEN: La neutralidad del Estado en la educación tiene como finalidad fundamental evitar cualquier forma de adoctrinamiento y con ello toda intención autoritaria contraria a la democracia. La educación como un derecho fundamental y cuya garantía corresponde al Estado, no se trata sólo de transmisión de conocimientos formales. La educación también tiene por finalidad el libre desarrollo de la personalidad, capacidades, pensamiento crítico y esto indudablemente comprende la instrucción de ciudadanos informados y formados que pueden participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural. Es por ello que la formación ciudadana en principios, valores democráticos y respeto de los derechos fundamentales constituye una excepción justificada y proporcional al deber de neutralidad del Estado. Al tiempo que una intervención tolerable en el derecho preferente de los padres, representantes y tutores en la educación de sus pupilos. Siempre que se mantenga el respeto a la libertad ideológica, libertad de expresión, derecho a la información y se promueva el debate libre y plural en aquellos temas que resulten controvertidos.

Palabras claves: educación, enseñanza, neutralidad, beligerancia, pluralismo.

ABSTRACT: The neutrality of the State in education has as its fundamental purpose to avoid any form of indoctrination and with it any authoritarian intention contrary to democracy.

Education as a fundamental right and whose guarantee corresponds to the State, is not only about the transmission of formal knowledge. Education also aims at the free development of personality thought, skills, criticism and this undoubtedly includes the instruction of informed and trained citizens who can participate in the processes that take place within the framework of a plural society. That is why citizen training in principles, democratic values and respect for fundamental rights constitutes a justified and proportional exception to the State's duty of neutrality. While a tolerable intervention in the preferential right of parents, representatives and guardians in the education of their students. As long as respect for ideological freedom, freedom of expression, the right to information is maintained and free and plural debate is promoted on those issues that are controversial.

Keywords: education, teaching, neutrality, belligerence, pluralism.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Preguntas de investigación.* III. *Metodología.* IV. *Contenido del derecho a la educación en Chile.* V. *Libertad de enseñanza.* VI. *Derecho preferente de las familias en la educación.* VII. *Neutralidad del Estado frente a la educación.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Enseñar temas sobre sexualidad, educación cívica, educación en valores democráticos, diversidad sexual y de género. Plantea una serie de cuestionamientos sobre el papel del Estado en la educación, la libertad de enseñanza, el derecho preferente de los padres respecto de la educación de sus hijos, la neutralidad del Estado en la educación, las diferencias entre enseñar y adoctrinar, la necesaria protección del pluralismo ideológico en la educación, entre muchos otros tópicos de importancia y actualidad. La relevancia de este debate es evidente en atención a los diferentes derechos, bienes y valores constitucionales concernidos.

En un momento como el actual, en que se cuestiona la competencia del Estado para enseñar en las escuelas unos valores comunes, como puede verse en determinadas polémicas en los Estados Unidos sobre los contenidos de los currículos, el tema de la laicidad en la escuela francesa, en España con motivo de los contenidos de la Educación para la Ciudadanía o la educación diferenciada, también la Guía de Educación Sexo Afectiva presentada por el Ministerio de Educación en Chile. Constituye un tema de la contingencia analizar el rol del Estado en la educación, frente a la obligación de neutralidad del Estado como forma de protección de cualquier intento de adoctrinamiento.

También el debate incluye los límites constitucionalmente admisibles a la libertad de enseñanza en consonancia con la libertad ideológica. Así como cuál es la forma idónea que garantice el derecho preferente de los padres respecto de la educación de sus hijos y la neutralidad del Estado en la educación, frente a la posibilidad de incluir contenidos en el currículo educativo que puedan colisionar con valores morales o religiosos. En particular se desarrolla la inclusión dentro del diseño curricular de asignaturas que tengan por objeto la formación en principios y valores democráticos y protección de derechos humanos.

II. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

- 1) ¿Cuál es el rol del Estado en la Educación, en particular en cuanto a la enseñanza de un conjunto de principios y valores democráticos comunes?
- 2) ¿Cómo garantizar la neutralidad del Estado en la educación respecto de contenidos curriculares que incluyen la formación en principios y valores democráticos, incluso valores de carácter moral?
- 3) ¿Qué elementos deben ser tomados en consideración para ponderar el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, en un marco democrático de pluralismo ideológico?
- 4) ¿Cómo garantizar el derecho preferente de los padres en la educación de sus hijos frente a las intervenciones del Estado en materia educativa?

III. METODOLOGÍA

Esta investigación parte de establecer una base teórica sobre el contenido del derecho a la educación, la libertad de enseñanza y el derecho preferente de los padres a elegir la educación de sus hijos. Para ello se utiliza doctrina y jurisprudencia chilena. No obstante, dado que en la jurisprudencia y doctrina chilena existe aún desarrollo inicial del tema utilizaremos derecho comparado analizando doctrina y jurisprudencia de España, en virtud del importante desarrollo jurídico que sobre el tema ha experimentado este ordenamiento jurídico. Estas bases teóricas permitirán desarrollar el análisis jurídico sobre los principales cuestionamientos que se hacen en la actualidad al rol del Estado en la educación, su obligación de neutralidad, en particular

en cuanto al desarrollo de asignaturas en programas curriculares dirigidas a educar en principios y valores democráticos, incluso respecto de contenidos que pudieran tocar temas con implicaciones morales o religiosas. La investigación se sustenta en la revisión documental de investigaciones científicas, normativas, informes, recomendaciones, comunicaciones y directivas europeas. La investigación es de tipo documental, con perspectiva analítica y reflexiva que completa el examen crítico. Análisis de bibliografía especializada, destacando antecedentes y evolución actual. Todo ello con la finalidad de establecer el contenido de las obligaciones del Estado en cuanto al derecho a la educación, los límites que pueden imponerse a la libertad de enseñanza, garantizado su protección en un marco de pluralismo ideológico. Frente a la posibilidad de incluir la enseñanza de principios y valores democráticos como parte de los contenidos a impartir en establecimientos educacionales.

IV. CONTENIDO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN CHILE

El artículo 19 núm. 10 de la Constitución Política de Chile señala que “la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida [...]”. A esto se agrega el contenido del artículo 2o. del Decreto con Fuerza de Ley núm. 2, de julio de 2010, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Educación núm. 20.370, de 2010; al concebir la educación como: “[u]n proceso de aprendizaje permanente, que abarca las distintas etapas de la vida de una persona, cuya finalidad es alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas”. En este sentido, podemos entender que la educación tiene una función inicial que podría considerarse como “individual o personal” y que guarda relación con buscar el máximo desarrollo posible de la persona (Sandoval et al., 2018, pp. 18-19).

Adicionalmente, el referido artículo 2o. del Decreto con Fuerza de Ley núm. 2 señala que la educación se enmarca

en el respeto y valoración de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la diversidad multicultural y de la paz, y de nuestra identidad nacional, capacitando a las personas para conducir su vida en forma plena, para convivir

y participar en forma responsable, tolerante, solidaria, democrática y activa en la comunidad, y para trabajar y contribuir al desarrollo del país.

Se trata de una clara referencia a la función social de la educación. Este carácter social concierne a la comunidad en su conjunto, encabezada por el Estado (Nogueira, 2008, p. 210; Evans, 1986, p. 40; Cea, 2012, pp. 323-324; Verdugo, 1997, p. 286).

En el ámbito internacional debemos señalar el párrafo 1o. del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual establece que los Estados parte “Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. También, el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General núm. 13 sobre el derecho a la educación, en su párrafo 43 ha precisado que

Los Estados Parte tienen obligaciones inmediatas respecto del derecho a la educación, como la garantía del ejercicio de los derechos sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) para lograr la plena aplicación del artículo 13. Estas medidas han de ser “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible” hacia el pleno ejercicio del derecho a la educación.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 29, núm. 1, letra a) establece que la educación deberá estar encaminada a “desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”.

Así las cosas, el derecho a la educación es la piedra angular del progreso de los pueblos (Sánchez, 2012, pp. 13-22). Se trata de un elemento de indudable importancia para abordar el presente y para el desarrollo del ser humano conforme a la propia conciencia (Suárez, 2005, p. 437; Cea, 2006, p. 6). Los conocimientos, competencias, valores y principios que reciben los educandos, constituyen un hito clave en el proceso de formación y construcción de su pensamiento crítico (Monzón, 2011, pp. 21-126). Doctrinariamente se reconoce que el derecho a la educación tiene “una naturaleza híbrida, tanto económico-social y prestacional como de libertad” (Rubio Llorente, 1977, p. 103).

En este contexto, la educación como un derecho fundamental prestacional y de libertad no se limita a recibir conocimientos, conceptos, teorías y a su análisis, sino que tiene por finalidad hacer posible el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos y también abarca la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural. Por ello un sector de la doctrina hace referencia al carácter moral o la dimensión ética de la educación, la cual se extiende a la formación general del individuo (Martínez de Pisón, 2006, p. 126; Barnés, 1984, p. 40; Duro, 2021, p. 154). La formación de la persona comprende tanto la formación humana como la académica, además de los conocimientos académicos la transmisión de valores y principios morales que se entregan al estudiante en un entorno coherente con esos principios, de acuerdo con la voluntad de los padres y como parte de una educación integral de la persona (Duro, 2021, p. 154).

Así las cosas, el derecho a la educación comprende: *i)* acceso a los medios de educación, instrucción y formación, *ii)* alcanzar los medios intelectuales que permitan la obtención de las mayores y mejores potencialidades de la persona durante su vida, *iii)* acceso al saber científico y profesional, que se considera necesario para el propio desarrollo de la personalidad (Flores, 2014, pp. 113-114; Vivanco, 2007, pp. 7-10; Jordán, 2009, pp. 180-181).

En la vertiente prestacional del derecho a la educación, corresponde al Estado legislar para que los que estén formados para ello puedan enseñar el máximo posible, con la mayor calidad, de acuerdo al principio de libertad de enseñanza, todo ello dentro de un plan de educación mínimo, el cual es establecido por el Estado, con el respectivo apoyo financiero que sea viable y necesario para el bien común (Tagle Martínez, 1988, p. 84; Vidal, 2017, p. 744; Nogueira, 2008, p. 210; Cea, 2012, p. 323; Verdugo, 1997, p. 286; González, 2012, p. 120).

Así las cosas, la educación es una actividad de interés general, respecto de la cual el Estado debe establecer los mecanismos para que la oferta educativa sea lo más amplia posible y que, en todo caso, todos tengan acceso a la educación, a través de la existencia de diversos tipos de centros educativos, que se complementan entre sí, sin que unos puedan considerarse más importantes que otros, lo que permite que exista una oferta educativa plural, facilitando la posibilidad de elección de los padres en la educación de sus hijos (Ortiz, 1980, p. 244). En todo caso debe garantizarse a todos el acceso a una formación adecuada para el pleno desarrollo de su personalidad, pues es este

compendio intelectual y cultural la base para el pleno ejercicio de su libertad en los más variados ámbitos (Martí, 2011, p. 35).

Siendo que el artículo 19, 10 de la Constitución Política de Chile, establece como objeto de la educación “el pleno desarrollo de la persona, en las distintas etapas de su vida”. Sobre el particular la doctrina chilena ha señalado que la educación es un proceso paulatino y sistemático, formal o informal, que tiene por objeto infundir además de conocimientos, también principio, valores, competencias, en un marco libre y reflexivo, incorporando también el aspecto espiritual, moral y físico (Flores, 2014, p. 112; Cea, 2012, p. 23).

Por su parte, la Constitución Española de 1978 en su artículo 27 contiene una serie de libertades y mandatos que pueden ser sistematizadas de la siguiente forma: “27.1 (derecho a la educación y libertad de enseñanza), 27.2 (ideario educativo constitucional), 27.3 (derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos), 27.5 (programación general de la enseñanza), 27.6 (libertad de creación de centros docentes) o 27.8 (inspección educativa).”

A los efectos de esta investigación se destaca el artículo 27.2 de la Constitución Española (CE),¹ el cual es un “principio inspirador de todo el proceso educativo, al tiempo que también impone límites a las libertades educativas del art. 27 CE” (Aláez, 2011, p. 93), esto es, del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de sus propias convicciones (artículo 27.3 CE); del derecho a crear centros docentes, “dentro del respeto a los principios constitucionales”; así como del derecho a la ayuda por parte de los poderes públicos competentes a los centros docentes que cumplan los requisitos para ello (art. 27.9 CE).

Un sector de la doctrina está de acuerdo en que el artículo 27.2 se presenta como “principio rector” o “norma directriz”. Considerándolo incluso como una máxima expresión del consenso sobre la educación logrado en la Constitución española de 1978, asignándole un objeto que es conforme con su rol esencial en un Estado democrático de derecho, lo cual supone el respeto a los principios, derechos y libertades fundamentales, protección de la dignidad humana, formación y educación para una participación responsable, proteger y facilitar el pluralismo ideológico, religioso y político (Cámara, 2007, pp. 61-62).

¹ 27.2 CE: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

El artículo 27.2 representa un principio de constitucionalidad de la educación, en el sentido de la orientación y fines que debe tener la educación como proceso sistémico y complejo. Los principios y valores constitucionales representan el marco en el cual debe integrarse la enseñanza impartida por cualquier centro educativo y por cualquier docente. En los centros educativos debe respetarse el pluralismo ideológico. Incluso los centros privados con un ideario propio también están obligados a garantizar una base mínima de respeto al pluralismo ideológico garantizado por el marco constitucional. El ideario propio nunca podrá contener elementos xenófobos, racista, apología del terrorismo, entre otros conceptos similares. En este sentido, es el Estado quien tiene, principalmente, la obligación de garantizar el pluralismo ideológico en la educación y en los centros educativos.

Destaca la sentencia del Tribunal Constitucional español 5/1981 con la que Tomás y Valiente acuñó la expresión “ideario educativo constitucional”, la cual ha sido utilizada y desarrollada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia española. Con esta expresión se hace referencia: al pleno desarrollo de la personalidad, la convivencia democrática y los derechos fundamentales como marco de todo ideario educativo. En consecuencia, todo ideario que “coarte o ponga en peligro el desarrollo pleno y libre de la personalidad será nulo por opuesto a la Constitución”; así mismo, el Estado “no podrá permitir, en aras de un pluralismo educativo mal entendido, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios educativos totalitarios o antidemocráticos” (STC 5/1981 (punto décimo de su Voto).

Tanto en la Constitución Política de Chile como en la Constitución de España el derecho a la educación tiene por objeto el “pleno desarrollo de la personalidad”, en el caso de España este desarrollo de la personalidad tiene como marco los principios y valores de la Constitución. En cuanto a la Constitución de Chile no establece el marco para este desarrollo de la personalidad en la Constitución. Pero sí lo hace legislativamente.

V. LIBERTAD DE ENSEÑANZA

En cuanto a la libertad de enseñanza esta fue reconocida explícitamente, por primera vez, en Chile, en la Reforma Constitucional del 13 de agosto de 1874, que adicionó al final del artículo 12 núm. 6 de la Carta de 1833 un solo inciso: “La Constitución asegura a todas las personas: [...] La libertad

de enseñanza”. Posteriormente, dicha garantía fue objeto de diversas especificaciones hasta tener una regulación mucho más completa en la Reforma Constitucional de 9 de enero de 1971 (Orrego, 1986, p. 484).

El vigente artículo 19,11 de la Constitución Política de Chile señala que “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”. La educación particular existe en Chile desde la época colonial, siendo las congregaciones religiosas las grandes promotoras de la primera enseñanza (Peña, 2022, p. 43). Por su parte, el artículo 8 de la ley General de Educación, establece el deber del Estado de resguardar la libertad de enseñanza, el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional de sus hijos; así como el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. En este sentido, la sentencia Rol núm. 410 del Tribunal Constitucional de Chile, estableció: “[...] la libertad de enseñanza resulta ser completa o plena, ya que abarca tanto a los fundadores o sostenedores de aquellos establecimientos en la prosecución de sus proyectos educativos, como a los padres en la elección de aquellos que juzguen coherentes con el ideario formativo de sus hijos [...]” (Sentencia Rol núm. 410, considerando 15°)

Pueden distinguirse diversos aspectos que forman parte de la libertad de enseñanza: *i*) derecho a impartir conocimientos, pura y simplemente *ii*) la enseñanza comprende siempre un modo o forma de enseñar y, en este sentido, se protege la libertad de elegir los métodos de enseñanza que se prefieran, *iii*) la libertad de creación y dirección de centros docentes, *iv*) derecho a mantener el ideario del centro educativo, por encima de la libertad de cátedra, en aras del pluralismo ideológico *v*) derecho a la financiación de la enseñanza, no en función del carácter público o privado de los centros, sino en función de la demanda social de un tipo educativo y de un centro concreto (Fernández-Miranda, 2006, p. 206; Fernández, 2006; p. 2; Fernández, 2010, pp. 369-388). La libertad de enseñanza es un “supra-concepto” que denota “un sistema de pluralidad de variadas libertades en la enseñanza” (Embidi, 2000, p. 231).

También en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol 410 señaló:

En suma, la libertad de enseñanza [...] supone el respeto y protección de la plena autonomía, garantizada por la Constitución en favor del fundador o sostenedor del establecimiento respectivo, para la consecución de su proyecto educativo,

en los ámbitos docente, administrativo y económico, porque sin gozar de certeza jurídica en el cumplimiento de tales supuestos esenciales tampoco es realmente posible afirmar que existe aquella libertad. (Sentencia Rol núm. 410 considerando 10º y considerando 26º)

Adicionalmente, es necesario señalar que la libertad de enseñanza también implica el reconocimiento de la libertad de pensamiento y la libertad ideológica, pues enseñar en libertad supone la libre formación de conciencias y la institucionalización de la libertad de enseñanza (Fernández-Miranda, 1988, p. 145; Valero, 2012, p. 422).

Por lo tanto, esta libertad exige el compromiso de sujetos públicos y privados con la promoción del pluralismo y con el rechazo de toda visión unidimensional del mundo (Salguero, 2004, pp. 800-801). Siendo esto fundamental para la democracia y el Estado de derecho que se caracterizan por el debate libre y plural del pensamiento (Duro, 2021, p. 148).

Ahora bien, en cuanto a la relación entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, mientras el derecho a la educación tiene una dimensión prestacional, pues se trata de un derecho social, exigible frente al Estado; la libertad de enseñanza se concreta principalmente en la libertad de creación de centros, en la posibilidad de dotarlos de un ideario, y la libertad de cátedra de los docentes. El derecho a la educación y la libertad de enseñanza se complementan, interconectan, tienen distinta naturaleza y titulares, pero son una misma realidad, y se requiere de ambos para asegurar el proceso de aprendizaje permanente en cada una de las etapas de la vida, tomando en consideración distintos contextos, edades y formas. Resulta innegable que este proceso de enseñanza-aprendizaje también se ve influido por la transmisión de valores y principios (Fernández-Miranda, 2006, p. 206; Flores, 2014, p. 111).

Así las cosas, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza son dos caras de la misma moneda. Algunos autores plantean incluso que de manera más precisa pudieran utilizarse las expresiones “libertad de educación y derecho a la instrucción o a la enseñanza” (Cámara, 2007, p. 69; Fernández, 2014, pp. 69-93). En todo caso, tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza deben ser analizados para abordar cualquier cuestión o problema en el ámbito educativo. (Borrajo, 2002, p. 661).

En esta activa relación entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza uno de los temas que surge al debate jurídico es en qué medida está facultado el Estado para incorporar como contenido del currículo nacional

no sólo los contenidos tradicionales sino también contenidos referidos a principios y valores del régimen democrático y en aspectos morales que por interpretaciones pudieran resultar conexos. Todo ello frente a la protección que se garantiza a los centros educativos privados para desarrollar su propio ideario, siempre dentro del marco constitucional. Prieto (2009) ha señalado que no debe entenderse que el Estado pueda ser un “dispensador de una especial sabiduría moral”. Para este autor efectivamente el Estado es el principal garante del derecho a la educación, pero tratar de dirigir la educación hacia determinados contenidos morales lo podría convertir, por lo menos en cuanto a este aspecto en un poder ilegítimo (pp. 210-211).

En el caso de España la libertad de creación de centros docentes aparece específicamente recogida en la Constitución en el número 6 del artículo 27 (se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales). De este poder de crear centros se deducen sus dos contenidos: *i*) el derecho al ideario del centro y *ii*) el poder de dirección del mismo (García, 2019, p. 26).

El artículo 27.2 de la Constitución Española² es un principio modelador de todo el proceso educativo, de igual forma también constituye un límite a las libertades educativas del artículo 27 de la CE (Aláez, 2011, p. 93), esto es, por una parte al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de sus propias convicciones (art. 27.3 CE); la creación de centros docentes “dentro del respeto a los principios constitucionales”; así como del derecho a la ayuda por parte de los poderes públicos de los centros docentes que cumplan los requisitos para ello (art. 27.9 CE).

El Tribunal Constitucional de España ha reconocido expresamente el derecho de los titulares de los centros privados a instituir un ideario educativo en el marco de los principios y declaraciones de la Constitución (art. 27.6 CE), pues esto forma parte de la posibilidad de dotar a estos centros de un carácter u orientación particular y propio (STC 5/1981, de 13 de febrero de 1981, fundamento jurídico 8). La ideología del centro, su modelo educativo; así como su visión del mundo en distintos aspectos se pone de manifiesto en su “ideario educativo” que refleja criterios y opiniones en cuanto a los as-

² 27.2 CE: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

pectos religiosos, morales, filosóficos, actuales e históricos, entre otros (Duro, 2020, pp. 163-206).

Ahora bien, se plantea la interrogante acerca de si es posible lograr la conciliación entre esta ideología propia en los centros educativos privados y el ideario educativo constitucional, el cual supone la enseñanza de un conjunto de principios y valores democráticos, que se pretenden imponer desde el Estado. Resulta claro que el ideario de los centros privados siempre debe estar dentro del marco constitucional. Pero fomentar un ideario en principios y valores constitucionales y democráticos requiere una actuación positiva, requiere el debate de temas complejos y álgidos en el marco de la libertad ideológica. Pudiera resultar controversial la conformidad de la obligación de neutralidad del Estado en la educación con la enseñanza de temas referidos a principio, valores democráticos y protección de derechos humanos, principalmente en escuelas públicas no descartando por completo a las escuelas privadas.

Para resolver esta cuestión debemos incorporar un tercer elemento que junto con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza forman parte de nuestro análisis, esto es: el derecho preferente de las familias en la educación.

VI. DERECHO PREFERENTE DE LAS FAMILIAS EN LA EDUCACIÓN

El artículo 19 núm. 10 de la Constitución Política de Chile señala que “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”. En concordancia con la importancia de la familia como institución central de la sociedad (art. 1 Constitución Política), así como con los tratados suscritos por Chile, a saber; Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

De acuerdo con un sector de la doctrina chilena es contrario a la Constitución y al derecho a la educación asegurado en el ordenamiento jurídico el imponer a los padres y estudiantes un establecimiento educativo y una formación religiosa o moral específica que no esté de acuerdo con sus convicciones (Nogueira, 2008, p. 223).

El de los padres es un derecho fundamental reconocido internacionalmente, entre otros documentos, por el artículo 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.³ También el artículo 18 del mismo instrumento establece el derecho a la enseñanza religiosa, como contenido específico del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Por su parte, el artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: “Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Es un derecho ilimitado, en su vertiente negativa:⁴ “No se puede restringir la libertad de no ser obligado a tener o adoptar una religión o unas creencias y la libertad de los padres y los tutores a garantizar la educación religiosa y moral” (Comentario general núm. 22 del Comité de los Derechos Humanos, 1993). También, en el ámbito regional de Europa, el derecho de los padres tiene respaldo sólido, tanto en el Consejo de Europa,⁵ cuanto en la Unión Europea.⁶

Estos derechos de los padres en materia educativa tienen una estrecha relación con el derecho a recibir enseñanza, siendo el objetivo de estos derechos de los padres el que los hijos reciban un tipo determinado de educación y de formación, conforme a sus valores, creencias y convicciones (Díaz, 1998, p. 277). Y ello no abarca sólo a la educación privada, pues se reconoce en este derecho de los padres no sólo una libertad sino también aspectos prestaciona-

³ Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

⁴ El principio de abstención lo formula la Recommendation 1202 (1993): “Religion tolerance in a democratic society”: “15. The secular state should not impose any religious obligations on its citizens. It should also encourage respect for all recognised religious communities and ease their relations with society as a whole”.

⁵ Artículo 2. Derecho a la instrucción. 2. “El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (20 de marzo de 1952).

⁶ Art. 14. “3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2008).

les, una dimensión prestacional, pues ello implica que debe garantizarse a los padres la verdadera opción de poder elegir. En el respeto por sus convicciones religiosas, filosóficas y morales. Se trata de un derecho-deber natural hacia sus hijos, pupilos y representados, correspondiéndoles preferentemente asegurar la educación y la enseñanza de éstos, y no a los poderes públicos. Se reconoce, un amplio margen de autonomía, que no debe ser desconocido por el Estado ni tampoco pretender sustituir el papel de los padres y representantes (García, 2021, p. 47; Garcimartín, 2007, p. 47; Sandoval et al., 2018, p. 126).

En el caso de Chile, destacan las sentencias sobre la distribución de la píldora del día después (Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida contra Ministerio de Salud). En esa oportunidad un grupo de padres interpuso acción contra la autoridad sanitaria por vulneración, entre otras garantías, del derecho preferente de educar a sus hijos. Para fundamentar el recurso, los recurrentes sostuvieron que el Ejecutivo a través del Ministerio de Salud se habría excedido en sus atribuciones al desconocer “caprichosamente y sin fundamento jurídico los derechos y obligaciones que entre los padres y los hijos establece nuestro ordenamiento”. La Corte de Apelaciones desechó los argumentos de los recurrentes aludiendo a las facultades legales que detentarían las autoridades de gobierno para desarrollar políticas concernientes al control de la natalidad y que en cuanto “al derecho de libertad de educación [...] y al deber del Estado de otorgar especial protección a su ejercicio”, no advierte que se le haya afectado, por cuanto la medida en cuestión no alcanza el derecho preferente de los padres ya que “además de no estar orientado a influir en la adopción de conductas no impide su ejercicio”.

En tal sentido, la Corte razonó de la siguiente forma:

Los padres, no obstante el acto cuestionado, siempre podrán educar a sus hijos en las cuestiones de la sexualidad y la regulación de la fertilidad de la manera que en su concepto les parezca adecuada, incluso expresamente podrán formularlos para que no recurran en circunstancia alguna a la ingesta del anticonceptivo de emergencia, sin que su afán de contrariar la política gubernamental pueda acarrearles consecuencia negativa alguna, porque importa el ejercicio del derecho constitucional de educar a los hijos. (SCA de Santiago, Rol N° 4623-2006, de 10 de noviembre de 2006, considerando 7°)

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, el tribunal de alzada sostuvo que la política de control de natalidad no afectaba el derecho de los

padres en la educación de sus hijos (Alvear et al., 2008, pp. 23-54; Bordalí et al., 2009, pp. 173-182; Vivanco, 2008, pp. 543-577; Nogueira, 2008, pp. 361-372).

El debate sobre “la píldora del día después” también fue objeto de análisis en el Tribunal Constitucional de Chile, el 5 de marzo de 2007 fue presentado un requerimiento ante el Tribunal Constitucional y el 18 de abril de 2008 se declaró la inconstitucionalidad del acto administrativo que autorizó la distribución del anticonceptivo con tres votos disidentes (STC, Rol núm. 740-07-CDS, considerandos decimoterceros al decimoséptimo).

En este sentido, el Tribunal Constitucional de Chile señaló que este derecho de los padres es una facultad de “obrar frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendieran dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos” (STC, Rol núm. 740-07-CDS, considerandos decimoterceros al decimoséptimo). También distingue el Tribunal entre las acciones propias de la enseñanza formal como podría ser la elección del establecimiento de enseñanza y la enseñanza informal entre las que se incluye las acciones educativas que se realizan en el núcleo familiar respecto de niños y adolescentes.

Como ya se indicó anteriormente el derecho preferente de los padres también comprende la libertad de los padres de elección del establecimiento educacional para sus hijos, lo que abarca el tipo de educación que han decidido para sus hijos y representados. Para hacer efectiva esta elección del centro educativo es necesario garantizar una oferta educativa pluralista, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. Pues en caso de no existir esta oferta plural se vería comprometido un valioso aspecto de este derecho preferente en favor de los padres y representantes (Zumaquero, 1984, p. 318). De igual forma, la convergencia de responsabilidades en la búsqueda de proteger el interés superior del niño puede producir situaciones en las que entren en colisión este derecho de los padres con las facultades de los poderes públicos en el ámbito educativo, por lo que se hace necesario determinar hasta dónde alcanzan las facultades de los poderes públicos en el ámbito educativo, a partir de la obligación del Estado de neutralidad ideológico-religiosa. Sobre todo, en cuanto a temas que eventualmente pudieran tener un contenido valórico, como podría ser el caso de la formación cívica.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho reconocido a los padres para asegurar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones también comprende un derecho a que el Estado

prevea mecanismos de exención (esto es, de objeción de conciencia) que eviten de forma idónea los llamados “conflictos de lealtad” entre los contenidos desarrollados en las escuelas y los valores, opiniones y creencias de los padres y representantes (Rollnert, 2007, p. 285).

En este punto, queremos destacar la situación que se plantea con el desarrollo de asignaturas mediante las cuales se pretende la enseñanza en principios y valores democráticos. Sobre el particular encontramos que, para un sector de la doctrina, la existencia de un programa educativo de principios y valores democráticos, en el que deben ser educados los escolares, se trata de una intervención justificada dentro de la neutralidad ideológica que es esperable del Estado respecto de la educación. Un límite negativo de las libertades educativas (Rey, 2021, p. 19). No obstante, también se reconoce que el interés de los padres por formar a sus hijos no es contradictorio con el deseo del Estado de formar ciudadanos con conocimientos cívicos, pensamiento crítico para participar en sociedad (Fontaine et al., 2018, p. 277).

Por otra parte, también se ha afirmado que la orientación finalista de la educación puede tener como justificación la instrumentalidad de la educación para la preservación y desarrollo del sistema constitucional democrático. Pues mediante el proceso educativo se dota al individuo para hacerse miembro y participar en una sociedad democrática y ello se logra enseñando el valor de respetar los derechos fundamentales y las reglas democráticas de convivencia, la mayoría de ellas expresadas en los textos constitucionales (Salguero, 2007, p. 320). Se trata de garantizar una educación en libertad e igualdad con capacidad de participación en la formación de la voluntad colectiva (Álvarez, 2010, pp. 222-223). También sobre este valor de la educación para la democracia puede verse (Kelsen, 1929, p. 18). En este mismo sentido, la educación para la democracia y la protección de los derechos humanos es una especie de currículo oculto del sistema educativo tal como fue defendido por Dewey (1916).

En materia del derecho preferente de los padres a elegir la educación de sus hijos destaca la controversial sentencia del Tribunal Constitucional de España 133/2010 “*homeschooling*”, mediante la cual el máximo tribunal de España señala que la modalidad *homeschooling* no está amparada dentro de la libertad de decisión de los padres en materia educativa: “el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea *prima facie*, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no

escolarización en centros homologados de carácter público o privado” (STC 133/2010, considerando 5º). Con esta afirmación, se pone como punto de relevancia sobre la finalidad constitucional de la educación, si se persigue no solo proveer a niños y adolescentes de conocimientos indispensables, sino también se aspira a un proceso de socialización en la escuela. Esto abre nuevamente el debate, sobre la interpretación que debe hacerse al libre desarrollo de la personalidad como finalidad de la educación, la intervención del Estado mediante ley en esta materia y la ponderación necesaria con el derecho preferente de los padres en materia educativa (Heredia, 2012, p. 437; Redondo, 2003, pp. 75-76; Briones, 2010, pp. 1-2; Rodrigo, 2021, pp. 1014-1044; Asensio, 2006, pp. 9-46).

De la sentencia se desprende que la educación a la que todos tienen derecho es una educación que posibilita un desarrollo integral del individuo. Y la modalidad *homescholling*, en criterio del Tribunal Constitucional de España no garantizaría este desarrollo integral. Se trata pues de una decisión que ha tenido un intenso debate en la doctrina especializada sobre el tema, pues las conclusiones a las que se llega suponen limitaciones importantes al derecho preferente de los padres en la educación de sus hijos, en particular en cuanto a la modalidad educativa.

Así las cosas, es necesario señalar que para un sector de la doctrina el interés del Estado en asegurar el derecho a la educación debe conciliarse con la libertad de los padres para marcar la orientación moral de sus hijos. El derecho preferente de los padres a educar a sus hijos supone que el Estado respete sus opiniones, puntos de vista, creencias, sin que se hagan referencias a valores éticos o morales, específicos fijados por la organización pública del sistema de enseñanza y que pudieran ser contrarios a los de padres y representantes (Prieto, 2009, pp. 209-240).

También destacan las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias *Folgerø contra Noruega*, del 29 junio de 2007, y *Hasan y Eylem Zengin contra Turquía*, del 9 de octubre de 2007). Ambas referidas al derecho preferente de los padres en la educación de sus hijos, lo cual implica no sólo la selección del establecimiento educativo sino también el derecho a objetar que sus representados reciban ciertos contenidos, previstos dentro de los diseños curriculares en particular cuando estos tienen implicaciones morales, filosóficas o religiosas.

En el caso *Folgerø y Otros c. Noruega (GC)*, se reconoce que el poder público no ha de establecer obstáculos a la iniciativa privada en el campo de la edu-

cación, siempre que se satisfagan las condiciones mínimas que el Estado exija. La existencia de variadas escuelas privadas no justifica cualquier injerencia de la escuela pública en la libertad de conciencia de los padres, bajo el argumento de poder escolarizar a sus hijos en la escuela privada (*Folgero y Otros c. Noruega (GC)*, n.º 15472/02, § 101, 29.06.2007).

Pudieran existir otro tipo de prácticas o contenidos a los que también los padres pudieran objetar, no se trata sólo del contenido de las asignaturas, por ejemplo: rezos, celebraciones, desfiles, entre otros (*Campbell y Cosans c. Reino Unido y Valsamis c. Grecia*). Así las cosas, el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos implica para los Estados una obligación positiva: preservar el pluralismo educativo, indispensable para proteger la sociedad democrática (Barrero, 2009, pp. 271-272).

Ambas sentencias también hacen referencia a la obligación por parte de la educación pública de no adoctrinar en aquellas materias que pudieran considerarse como “delicadas”, por el contrario, al impartirse este tipo de contenidos en las escuelas, ha de estar presidida por el pluralismo, la neutralidad y apoyarse en criterios científicos. Destaca que debe prevalecer el conocimiento y la información con preferencia a cualquier intención de incitar a prácticas que colisionen con la libertad de conciencia de los padres. La diversidad y la tolerancia son valores irrenunciables para la escuela pública (Tribunal Europeo de Derechos Humano (*Folgero contra Noruega*, del 29 junio de 2007, y *Hasan y Eylem Zengin contra Turquía*, del 9 de octubre de 2007).

Las referidas sentencias establecen parámetros importantes en cuanto a las obligaciones del Estado para salvaguardar la libertad religiosa y de pensamiento y la necesaria pluralidad que debe garantizar el Estado en esta materia. No obstante, cuando se trata de asignaturas cuyos contenidos van dirigidos a la llamada formación ciudadana, a la instrucción en principios y valores democráticos. Nos preguntamos si también pudieran padres y representantes pretender excepcionar a sus representados de este tipo de formación. Es controvertido alegarse que este tipo de formación es una intromisión no justificada a la libertad ideológica y de pensamiento.

En este sentido resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *Osmanoglu y Kocabas c. Suiza*, mediante la cual se ha afirmado con relación a los poderes públicos que: “deben difundir las informaciones y conocimientos que figuran en los planes de estudios escolares de forma objetiva, crítica y plural, absteniéndose de cualquier tipo de adoctrinamiento” (STEDH del 10 de enero de 2017). Del mismo tenor: *STEDH*

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen c. Dinamarca, del 7 de diciembre de 1976. También *Folgero c. Noruega*, del 29 de junio de 2007, y *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*, del 9 de octubre de 2007). Comentarios a estas sentencias pueden encontrarse en (Embid, 2008, pp. 47-53; Ruano, 2008, pp. 48-50). Por ello se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda llegar a considerarse como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Se trata de un límite que no debe ser sobrepasado.

Resulta incuestionable que el Estado tiene como límite claro en materia de educación cualquier visión adoctrinadora que desconozca el pluralismo necesario en democracia. Frente a esta obligación de no adoctrinamiento. También surgen interrogantes acerca de los mecanismos que deben desplegarse para robustecer la democracia. En este sentido, algún sector de la doctrina española afirma que la educación es “el mejor mecanismo preventivo para la protección de la democracia”, resultando esencial para la permanencia del sistema jurídico democrático (Aláez, 2011, p. 109). Por lo tanto, se trataría de una excepción justificada en la neutralidad ideológica del Estado.

VII. NEUTRALIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA EDUCACIÓN

La neutralidad en la educación se refiere a la posición que sobre una diversidad de temas debe asumir el Estado como prestador de la educación junto con los centros educativos particulares. Siendo también el Estado garante de este derecho, en cuanto acceso y calidad entre otros elementos. Esta neutralidad se refiere a la obligación de abstenerse de intervenir para promover determinados puntos de vista o concepciones de lo que está bien (Torrisco, 2006, p. 87).

El deber de neutralidad ideológico-religiosa exige por parte del Estado, que este aplique los medios adecuados para garantizar que todos los ciudadanos puedan ejercer su derecho de libertad de expresión, libertad religiosa, libertad ideológica dentro de un marco plural en el que los más variados grupos que conviven se respeten mutuamente y gocen de un amplio margen de autonomía, sin intervención de terceros, ni del Estado (Rodríguez de Santiago, 2008, pp. 115-118). Para autores como Vidal (2017), la neutralidad ideológica en la enseñanza no es posible. Lo que debe garantizarse es “un respeto al pluralismo interno del centro educativo y a las ideas y personalidad

de los alumnos, así como a la elección que han hecho los padres sobre la educación de sus hijos” (p. 59).

Los docentes deben emitir sus opiniones, siempre garantizando que también se expliquen cuáles son las diversas opciones y mostrando un interés legítimo en la búsqueda de la verdad. La escuela debe ser plural, con un pluralismo externo (diversidad de ofertas de centros educativos) y pluralismo interno (diversidad de opiniones y de ideas entre los profesores). Se espera que este pluralismo interno sea más extenso en los centros educativos privados pues tienen su propio ideario (Vidal, 2017, p. 62). Este pluralismo se traduce en el cumplimiento por parte del Estado de velar por que las informaciones y conocimientos que formen parte en los proyectos educativos sean difundidos de manera objetiva, imparcial, sin partidismos, pluralista y promoviendo el pensamiento crítico (Martín-Retortillo, 2008, p. 271).

En cuanto a la educación en valores, esta comprende valores como la convivencia cívica y democrática, y especialmente la promoción y protección de los derechos fundamentales (Fernández-Miranda, 2007, pp. 150-153). Siendo que la educación no es una mera transmisión de conocimientos, enseñar valores éticos, cívicos, propios de la democracia y del Estado de derecho, teniendo como eje central la protección de los derechos fundamentales, debe ser una prioridad de todo sistema educativo. En particular de la escuela pública, aunque no se excluye por completo a la escuela privada. Pues cuando se trata de formación en principios y valores democráticos y el respeto y protección de los derechos fundamentales también la escuela pública debe verse comprometida con ello, en el marco de la libertad de enseñanza.

Ahora bien, se admite que el Estado puede educar *lato sensu*, incluso en valores o a través de enseñanzas que incidan en la libertad de conciencia de padres y alumnos, pero no puede adoctrinar, esto se refiere, a fijar una postura única. La enseñanza sobre materias de contenido valórico que pueden ser complejas de abordar en los centros educativos han de estar regidas por la neutralidad. La neutralidad supone que ante un conjunto de opciones no se apoya ninguna de ellas por encima de las restantes (Trilla, 1992). Esto sólo es posible de lograr en un marco delineado por el pluralismo de ideas.

La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos impone a los docentes una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico. Pues es esta la actitud esperable en democracia y compatible con el respeto a la libertad de las familias que, “por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos cen-

tros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita” (STC 5/81, del 13 de febrero, FJ 9).

En todo caso, cuando se trata de centros educativos privados que tienen un ideario propio, consideramos que este ideario tiene como límites el respeto de los valores, principios y derechos constitucionales, pues es este el marco de todo debate democrático e incluso de la propia libertad ideológica garantizada por la Constitución. La existencia de un ideario propio de los establecimientos educacionales privados es la característica más evidente de la existencia del pluralismo educativo. La variedad de idearios se corresponde con la existencia de una diversidad de opciones y formas de interpretar los hechos (Otaduy, 1986, pp. 27-29). Siendo que los padres pueden elegir la que les resulta más adecuada con la educación que desean para sus hijos y de acuerdo con su propia visión de la vida, convicciones, creencias e ideologías.

Así las cosas, la obligación de neutralidad, en un principio, por parte del Estado y luego materializada en los docentes, supone en definitiva cuestionarse si el Estado puede educar o no en valores, en valores constitucionales, en valores para la ciudadanía, en principios y valores democráticos, en protección y garantía de derechos fundamentales. En este sentido, consideramos que existe un conjunto de principios y valores que provienen directamente de la democracia, plasmados algunos de ellos en los propios textos constitucionales o que pueden ser interpretados, tanto en lo procedimental: principio de mayoría con respeto de las minorías, participación, publicidad, como en lo sustantivo, donde las garantías de protección y respeto de los derechos fundamentales resultan clave. Nos referimos entonces a principios y valores comunes, que tienen su origen en la Constitución con amplio desarrollo en las declaraciones universales de derechos humanos y que de una u otra forma se espera sean compartidos por una determinada sociedad.

Resulta interesante la diferencia apuntada por la doctrina entre aquellos contenidos constitucionales comunes que son admitidos con carácter de universalidad y respecto de los cuales no existen interpretaciones potencialmente opuestas o controversiales, de aquellos que pudieran generar mayor controversia. En el caso de aquellos contenidos que puedan generar debate por diversidad de opiniones, se exige pluralidad y no adoctrinamiento (Barrero, 2022, pp. 118-119). Los temas que social y jurídicamente pueden resultar discutibles generando visiones o ideas contrapuestas podrían formar parte de este programa educativo en principios y valores democráticos, promoviendo la “capacidad crítica de los ciudadanos” (Nussbaum, 2005, p. 42).

Así, frente a los que podrían denominarse principios y valores comunes de la sociedad democrática, su alcance, contenido e interpretación, en casos concretos, pudiera incluso generar debate dentro de la sociedad. Pensemos en el derecho a la vida, su protección y respeto es indiscutible. No obstante, frente a temas como el aborto o la eutanasia la interpretación del derecho a la vida puede generar debate, basado en distintas posiciones ideológicas, morales y religiosas.

Así las cosas, estimamos que el Estado puede incluir dentro del diseño curricular, asignaturas cuyo objetivo sea la formación en principios y valores democráticos, tanto en lo procedimental como en lo sustantivo, partiendo de que se trata de valores y principios comunes a una determinada sociedad. Y ello supone una excepción justificada y proporcional a la obligación de neutralidad del Estado en la educación. La misma se justifica porque la educación tiene entre sus fines, fortalecer la formación democrática de quienes están llamados a participar activamente en sociedad. En todo caso, esta formación en principios y valores democráticos debe mantener un amplio margen de respeto al ejercicio de la libertad ideológica, libertad de expresión y dignidad humana, pues como ya ha sido apuntado no hay cabida para el adoctrinamiento en la educación en principios y valores democráticos.

También respecto de estos principios y valores democráticos comunes pueden existir controversias, en cuanto a si se encuentran todos expresamente establecidos en el texto de la vigente Constitución, o si deben incluirse también aquellos que forman parte del bloque constitucional de derechos fundamentales (artículo 5 Constitución Política de Chile) (Nogueira, 2015, p. 312). También desde el punto de vista procedimental surgen cuestionamientos en cuanto a si la inclusión de estos contenidos debe ser el producto de un plan previamente debatido con la sociedad, con un debate que se caracterice por la participación, el pluralismo y la publicidad o puede ser desarrollado solo a instancias estatales. En todo caso, consideramos que sería muy relevante un debate previo con distintos sectores de la sociedad para el desarrollo de estas asignaturas que versan sobre formación ciudadana en principios y valores democráticos y protección de derechos fundamentales, ante de su inclusión como asignatura obligatoria del currículo de estudio.

Otro aspecto destacable es la diferencia doctrinaria entre los contenidos que abordan la formación ciudadana, tanto si son específicos de una materia como transversales a la educación, pues se diferencia entre lo constitucionalmente lícito y lo constitucionalmente obligatorio. Esto en relación con la difu-

sión de valores que estén expresamente en la Constitución o sean presupuesto indispensable del orden constitucional. Cuando se trate de valores que no estén expresamente en la Constitución o no sean presupuestos indispensables, aun cuando sea constitucionalmente lícito, deberían quedar excluidos del contenido que se establezca en el ámbito educativo para conseguir la finalidad de formar ciudadanos formados e informados (Nuevo, 2014, p. 219).

Por su parte, resulta destacable la muy citada sentencia del Tribunal Constitucional de España (STC 5/1981), en particular en el ya conocido voto particular de Francisco Tomás y Valiente, mediante el cual se introduce la noción de un ideario educativo constitucional, en los siguientes términos

El derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa. Dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el art. 27.2 de la Constitución y en el art. 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...] (STC 5/1981, de 13 de febrero, (FJ 8).

Esta noción del ideario educativo constitucional ha sido objeto de innumerables trabajos doctrinarios y desarrollo jurisprudencial (Tribunal Constitucional Auto 40/1999, de 22 de febrero; Tribunal Supremo, Sentencia de 31 de enero de 1997 (Ar. 597)) y, entre otros, (Aláez, 2009, pp. 31-64; Aláez, 2011, pp. 91-130; Aláez, 2009, pp. 24-33; Álvarez, 2012, pp. 447-464; Nuevo, 2014, pp. 205-238; Vidal, 2017, pp. 739-766; Vidal, 2021, pp. 255-285).

También puede destacarse, la sentencia del Tribunal Supremo de España en cuanto al deber del Estado, profesores y centros docentes “En una sociedad democrática, no debe ser la Administración educativa —ni tampoco los centros docentes, ni los concretos profesores— quien se erija en árbitro de las cuestiones morales controvertidas [...]”. Son estas ideas propias del debate plural necesario en la democracia y conforme a las convicciones de cada quien, por ello cuando sea necesario abordar en el aula temas controversiales que de ordinario generan debate “[...] es exigible la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento” (SSTS 449/2009, RC 948/2008, y 450/2009, RC 1013/2008, ambas del 11 de febrero de 2009). Se trata de una formación relativa a una tronca común para todos los alumnos, futu-

ros ciudadanos que deben ejercer sus derechos, independientemente de sus propias posiciones ideológicas y creencias religiosas (Cámara, 2005, p. 138).

Uno de los temas más controversiales doctrinaria y jurisprudencialmente es el referido a proteger al estudiantado de toda forma de adoctrinamiento, frente a la intervención del Estado en aspectos que tocan temas morales, ideológicos e incluso religiosos, como el matrimonio entre personas del mismo sexo, la igualdad de género, la diversidad sexual. No sólo frente al derecho preferente de los padres en la educación de sus hijos, sino a la obligación del Estado de no adoctrinar. Sobre el particular, la doctrina ha señalado que la diferencia entre adoctrinar y educar en valores, principios democráticos, y el respeto por los derechos fundamentales radica en que se trata de una doctrina lo suficientemente abierta y plural como para permitir el desarrollo de opiniones y doctrinas opuestas (Embid, 1983, pp. 202-203).

En este mismo sentido, los valores democráticos de convivencia en los que se podría educar al estudiantado serían los de una democracia procedimental, a los cuales se les reconoce su valor constitucional y sirven de sustento para resolver las posibles controversias que se producen dentro del propio juego democrático (Banks, 2008, pp. 136-137). La importancia de enmarcar la educación en estos valores y principios democráticos se encuentra en la importancia que las democracias modernas asignan a la participación libre plural e igual de todos, que sólo es posible cuando los individuos llamados a participar están informados y son conscientes de cuáles son las reglas de juego democrático, los valores y principios que le sirven de sustento y los derechos fundamentales que sirven de fundamento a dicha participación (Aláez, 2009, p. 39). La Constitución es cultura, está compuesta no sólo de materiales jurídicos, es más que un ordenamiento dirigido a los juristas, sino que sirve esencialmente como guía para los ciudadanos, la Constitución también es “expresión de una situación cultural” (Häberle, 2000, pp. 87-104; Zagrebelsky, 2007, p. 8; Sánchez, 2022, p. 133; Ramírez, 1980, pp. 97-109).

No existen mayores objeciones a que el objetivo de educar en el conocimiento del sistema democrático, valores, principios democráticos y derechos fundamentales contenidos en la Constitución y tratados internacionales es loable y conforme al Estado de derecho y democrático. Sin embargo, la determinación precisa de esos “valores comunes” a la ciudadanía democrática que deben ser impartidos pudiera resultar más problemático. Se trata siempre y a todo evento de los valores superiores del ordenamiento jurídico sobre los que se sustentan los principios democráticos de convivencia junto a los de-

rechos y libertades fundamentales que se encuentran en la Constitución y en los tratados en materias de derechos humanos válidamente suscritos y ratificados. No se trata pues, de transmitir normas morales, que pretendan cambiar las convicciones o la conciencia de los alumnos (Rollnert, 2007, p. 288).

Por tanto, no se trata de inculcar a los alumnos un juicio moral sobre el aborto, el género, la homofobia, la inmigración, los estereotipos o los prejuicios sociales, sino el conocimiento jurídico y respeto de los principios y valores democráticos, así como los derechos fundamentales relacionados con estas cuestiones, todo en el marco de un debate plural, abierto y bien informado (Aláez, 2011, p. 118). A partir de un debate diverso, que revisa todas las opiniones posibles. Es tarea del Estado, por tanto, de los poderes públicos que, en aplicación del principio de neutralidad ideológica y religiosa del Estado, y el principio de igualdad y no discriminación, la educación de niños y adolescentes se lleve a cabo sin que se produzca discriminación alguna hacia ellos por motivos religiosos, ideológicos o morales (Ferrer, 2006, pp. 12-13).

Es de hacer notar que un sector doctrinario estima que no es posible lograr ese contenido mínimo de principios, valores democráticos y protección de derechos humanos, pues puede existir resistencia por parte de diversos grupo de la sociedad a aceptar que los principios que deben regir la conducta individual en una sociedad democrática, y en los que se eduque a los estudiantes son los provenientes de la moral pública cívica establecida por la Constitución y sus intérpretes, y en un segundo lugar los que provienen de la moral particular que cada uno pueda tener (Llamazares, 2010, pp. 110-113). En este mismo sentido, también encontramos que no es pacíficamente admitido que las personas deban ser educadas por mandato constitucional aceptando y respetando el marco democrático de forma preferente respecto de la moral individual o familiar que sus padres (Aláez, 2011, p.118).

En todo caso no tendría que producirse una colisión entre el derecho preferente de los padres a elegir la educación de sus hijos, así como el establecimiento educacional, siempre que se deslinden bien los contenidos comunes de este programa educativo de principios y valores democráticos el cual es transversal de aquellos otros que formarían parte de las libres y legítimas opciones ideológicas, morales y religiosas. Y ello ha de ser garantizado tanto en los centros de titularidad pública como privada, pues con ello se protege también la efectividad de las libertades ideológica y religiosa en un ámbito especialmente sensible y relevante como es el libre desarrollo de la personalidad, objetivo de la educación en un sistema democrático (Cámara, 2007, pp.

513-524). Este desarrollo de la personalidad debe ser al mismo tiempo libre y ello requiere que la educación respete la libertad ideológica y el derecho de los padres a la formación de sus hijos conforme a sus convicciones (Martí, 2007, pp. 253-255). Al tiempo que otorgar instrucción en principios, valores democráticos y protección derechos fundamentales también otorga la libertad suficiente a un individuo formado e informado para participar en procesos políticos y sociales.

Un supuesto importante de analizar tanto en doctrina como en jurisprudencia es que la posible vulneración de la neutralidad ideológica no se produce sólo cuando se enseña una doctrina o ideología determinada (adocctrinamiento en positivo) sino también cuando las enseñanzas sean contrarias a las convicciones de los padres, aunque los contenidos transmitidos no sean identificables con una orientación ideológica específica. Se habla en estos casos de adocctrinamiento negativo, cuando la enseñanza ignora, descalifica o excluye sistemáticamente las convicciones de los padres de tal manera que no responde a las exigencias de objetividad, sentido crítico y pluralismo (Rollnert, 2007, p. 292). En este sentido, resulta clave que el docente pueda dar sus opiniones, pero debe también explicar cuáles son las diversas opciones y mostrar un interés honesto en la búsqueda de la verdad y en el conocimiento más objetivo posible.

VIII. CONCLUSIONES

En el caso de Chile, la Constitución Política en el artículo 19,10 establece como finalidad de la educación el desarrollo de la personalidad. En este sentido, formar a un individuo integralmente para la sociedad, en aquellos temas propios de la ciudadanía para que pueda participar, libre, racional e informadamente como agente político pasivo y activo dentro de la sociedad es una parte importante de este desarrollo del individuo. Por otra parte, tiene el Estado la obligación de proteger la democracia y un elemento importante para su mantenimiento además del evidente respeto a las reglas procedimentales y sustantivas de la democracia, es la formación de los ciudadanos en principios, valores democráticos y protección de derechos fundamentales. Constituye ello una excepción justificada a la neutralidad del Estado en la educación y una intervención en el derecho preferente de los padres, representantes

y tutores. Pues es el Estado, principalmente, a través de la escuela pública, el encargado de incluir esta formación en el diseño curricular.

Para que esta excepción al deber de neutralidad sea justificada y proporcional es necesario que esta formación en ciudadanía se mantenga en el marco de un debate plural y libre respecto de aquellos temas que aun partiendo de principios y valores en los cuales existe un acuerdo universal, puedan generar debate respecto de su aplicación en el caso concreto. En virtud del necesario debate libre y plural que debe garantizar también la democracia y el Estado de derecho.

Por su parte, si bien el artículo 19, 11 de la Constitución Política de Chile consagra la libertad de enseñanza, con lo cual los establecimientos educativos privados tienen un amplio margen para desarrollar su propio ideario educativo, el cual debe mantenerse dentro del marco constitucional. También puede ser exigible que deban impartir asignaturas propias de formación ciudadana. Pues tanto los estudiantes de establecimientos públicos como privados tienen derecho a una formación que les permita participar en formar racional, libre e informada en todos los procesos dentro de la sociedad y en particular destacamos en los procesos de carácter político.

En cuanto al derecho preferente de los padres, representantes y tutores en la educación de sus pupilos, y por lo que respecta a la formación en principios, valores democráticos y protección de derechos fundamentales. La enseñanza de estos contenidos debe garantizar un debate libre y plural, de situaciones concretas, o interpretaciones que puedan ser controversiales a fin de garantizar la libertad ideológica y de conciencia y el respeto del derecho preferente de padres, representantes y tutores.

Por otra parte, la neutralidad del Estado en la educación tiene como finalidad fundamental evitar cualquier forma de adoctrinamiento y con ello toda intención autoritaria contraria a la democracia. En este sentido, la educación como un derecho fundamental y cuya garantía corresponde al Estado, no se trata sólo de transmisión de conocimientos formales. La educación también tiene por finalidad el libre desarrollo de la personalidad, capacidades, pensamiento crítico y esto indudablemente comprende el desarrollo de ciudadanos informados y formados que puedan participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural. Es por ello por lo que la formación ciudadana en principios, valores democráticos y respeto de los derechos fundamentales constituye una excepción al deber de neutralidad del Estado. Una excepción justificada y proporcional siempre que se mantenga el res-

peto a la libertad ideológica, libertad de expresión, derecho a la información y se promueva el debate libre y plural en aquellos temas que resulten controvertidos.

Finalmente, el artículo 27.2 de la Constitución Española es un principio base e inspirador de todo el proceso educativo y un límite (negativo) de las libertades educativas del artículo 27 de la Constitución Española. Siendo que la enseñanza obligatoria del ideario democrático constitucional no es adoctrinamiento, pues esta instrucción se produce en el marco de unas enseñanzas lo suficientemente abiertas y plurales.

Si bien el artículo 19, 10 de la Constitución Política de Chile no establece una referencia tan clara como el 27.2 de la Constitución Española en cuanto a los fines de la educación y su conexión con la formación ciudadana. La referencia al libre desarrollo de la personalidad en la Constitución chilena es una base sólida e importante para afirmar que la educación a la que todos tienen derecho es aquella que forma al individuo de manera integral para una participación en sociedad, respetando la libertad ideológica. Reconociendo el papel indispensable de padres, representantes, Estado, centros privados y públicos, docentes y estudiantes en el proceso educativo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Aláez Corral, B. (2011). El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17, 91-129.
- Aláez Corral, B. (2009). El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86, 31-64. <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/46845>
- Aláez Corral, B. (2009). Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre “Educación para la ciudadanía”. *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 5, 24-3.
- Álvarez, L. (2010). La educación en el Estado social y democrático de derecho. El ideario educativo en la Constitución Española. En Presno Linera/Sarlet (edits.), *Los derechos sociales como instrumento de participación*, Thomson Reuters/Aranzadi.

- Álvarez, L. (2012). La redefinición democrática del modelo educativo como objeto prestacional del derecho a la educación. En Cascajo, J. L., Terol, M., Domínguez Vila, A., Navarro, V. (Coords.), *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch.
- Álvarez, M. I. y Alcón, M. (2003). Breve estudio sobre la situación jurídica del derecho a la educación. *Revista De Las Cortes Generales*, (60), 221-239. <https://doi.org/10.33426/rcg/2003/60/205>
- Alvear, J. y Cisterna, V. (2009). La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. *Revista Actualidad Jurídica*, 18, 23-54. <https://repositorio.udd.cl/server/api/core/bitstreams/8fb4719b-d3ed-42f0-be43-10d10b69cff3/content>
- Asensio Sánchez, M. (2012). Análisis histórico-jurídico del artículo 27 de la Constitución española de 1978: un camino para entender nuestro sistema educativo. En J. R. Polo Sabau (Dir.), *Anuario de derecho a la educación*, Dykinson.
- Asensio Sánchez, M. (2006). La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa. *Laicidad y Libertades*, 6, 9-46.
- Banks, J. (2008). Diversity, Group Identity, and Citizenship Education in a Global Age. *Educational Researcher*, 37(3), 136-137.
- Barnés, J. (1984). La educación en la Constitución. Una reflexión conciliadora. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12, 23-65.
- Barrero Ortega, A. (2022). Educación cívico-democrática y adoctrinamiento ideológico. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, 109-126. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.125.04>
- Barrero Ortega, A. (2009). TEDH - Sentencias de 26.06.2007, Folgero y otros c. Noruega, 15472/02, y de 09.10.2007, Hasan y Eylem Zengin c. Turquía, 1448/04 - Objeción de conciencia de los padres a educación con implicaciones morales -enseñanza religiosa obligatoria. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 32, 259-274. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/view/46326>
- Bordalí, A. y Zúñiga Añazco, Y. (2009). Análisis del fallo del tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. *Anuario de Derechos Humanos*, 5, 173-182. <https://doi.org/10.5354/adh.v0i5.11526>
- Borrajó Iniesta, I. (2002). El derecho a la educación en libertad: esquema de interpretación. *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional/Universidad Complutense de Madrid/Fundación Ortega y Gasset. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Briones, I. (2010). Aspectos constitucionales y jurisprudenciales de la educación en casa. Análisis comparativo entre Estados Unidos y España, *I Congreso Nacional de Educación en Familia*, Valencia.
- Cámara Villar, G. (2007). Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España. *Revista de Educación*, 344, 61-82. <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/las-necesidades-del-consenso-en-torno-al-derecho-a-la-educacion-en-espana/educacion/23570>
- Cámara Villar, G. (2005). La educación en el Estado laico: el marco constitucional español en perspectiva histórica y comparada. En De Blas Zabaleta P. (coord.), *Laicidad, educación y democracia*, Biblioteca Nueva.
- Cámara Villar, G. (2007). Educación y enseñanza y universidades. En Balaguer Callejón (dir.) y L. Ortega, G. Cámara Villar, J. Montilla (coords.), *Reformas Estatutarias y Distribución de Competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Justicia y Administración Pública.
- Campos, F. (1969). *Historia constitucional de Chile, las instituciones políticas y sociales* (4a. ed.), Editorial Jurídica de Chile.
- Cea Egaña, J. L. (2012). *Derecho Constitucional chileno. Derechos, deberes y garantías* (2ª. ed.), Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Cea Egaña, J. L. (2006). Interpretación del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza según la Constitución. http://www.iglesia.cl/breves_new/archivos/20061019_jlcea.pdf
- Dewey, J. (1916). *Democracy and education: an introduction to the philosophy of education*, Macmillan.
- Díaz Revorio, F. (1998). El derecho a la educación. *Anuario Parlamento y Constitución*, 2, 267-305.
- Duro Carrión, S. (2021). Ideario educativo versus neutralidad de la escuela pública. Un eterno debate en España. *Revista de derecho constitucional europeo*, 36, 147-178.
- Duro Carrión, S. (2020). La empresa ideológica: Relación laboral y Derechos Fundamentales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 56, 163-206.
- Embid Irujo, A. (1983). *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos.
- Embid Irujo, A. (2000). *La enseñanza en España en el umbral del Siglo XXI (Consideraciones jurídicas)*, Tecnos.
- Embid Irujo, A. (2008). La Educación para la Ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, 47-53.

- Evans Espiñeira, E. (2006). *La Constitución explicada*, Lexis Nexis.
- Fernández-Miranda Campoamor, A. (2006). El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo. En M. de Esteban Villar, M. Á. Sancho Gargallo, R. Caballero Sánchez y J. M. Rodríguez de Santiago (coords), *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación.
- Fernández-Miranda Campoamor, A. (1988). *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces.
- Fernández-Miranda Campoamor, A. (2007). Educación para la ciudadanía: Una perspectiva constitucional. En López Castillo (coord.), Antonio, *Educación en valores: ideología y religión en la escuela pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fernández González, M. Á. (2014). La libertad de enseñanza en la Constitución. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, 1, 69-93.
- Fernández González, M. Á. (2006). *La libertad de enseñanza ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Universidad de los Andes.
- Fernández González, M. Á. (2010). Compatibilidad entre el pacto de derechos económicos, sociales y culturales y el ordenamiento jurídico interno en relación con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. En H. Nogueira Alcalá (coord.), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*, Librotecnia.
- Ferrer Ortiz, J. (2006). Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 10, 14-21.
- Flores, J. C. (2014). Derecho a la educación. Su contenido esencial en el derecho chileno. *Estudios Constitucionales*, 12 (2), 109-136. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000200005>
- Fontaine, A. y Urzúa, S. (2018). *Educación con Patines*. Ediciones El Mercurio.
- García-Antón, E. (2021). *La Objeción de Conciencia de Los Padres a Ciertos Contenidos Docentes en España y la Jurisprudencia de Estrasburgo*, Dykinson.
- García Costa, F. (2019). Introducción a los derechos educativos en la Constitución Española. *Scripta Fulgentina*, 57-58, 9-30. <https://institutosanfulgencio.es/scripta-fulgentina/wp-content/uploads/2020/01/02-scripta-fulgentina-57-58-W2.pdf>

- Garcimartin, C. (2007). Neutralidad y escuela pública: a propósito de la educación para la ciudadanía. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade de A Coruña*, 14, 279-298.
- González, J. A. (2012). Breve análisis sobre la evolución jurídico-constitucional del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en Chile. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, 1, 85-124. <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/14>
- Häberle, P. (2000). El Estado constitucional europeo. *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional*, 2, 87-104.
- Kelsen, H. (1929). *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. J.C. B. Mohr.
- Jordán, T. (2009). Elementos configuradores de la tutela jurisprudencial de los derechos educacionales en Chile. *Estudios constitucionales*, 7(1), 177-207. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000100006>
- Llamazares Fernández, D. (2010). *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*. Dykinson.
- Monzón Julve, M. (2011). La educación en casa o homeschooling la STC de 2 de diciembre de 2010. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 1, 121-126. <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2011.858>
- Martí Sánchez, J. M. (2011). El home schooling en el Derecho español. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. (25), 35.
- Martí Sánchez, J. M. (2007). La Educación para la Ciudadanía: Ley Orgánica 2/2006, de Educación. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, 253-255.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (2008). Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, 24, 223-290.
- Martínez-Torrón, J. (2011) La objeción de conciencia a ciertos contenidos docentes en la jurisprudencia de Estrasburgo. *Aequitas Sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*. Giappichelli Editore. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/34120>
- Martínez de Pisón, J. (2006). *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. Dykinson.
- Mozos, I. de los (1995). *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo.
- Nogueira Alcalá, H. (2008). El Derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el Derecho Constitucional chileno e internacional de los Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, 14(2), 209-269. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200007>.

- Nogueira Alcalá, H. (2015). El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios constitucionales*, 13(2): 301-350. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>
- Nogueira, H. (2008). Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre el decreto supremo que regula la distribución de la píldora del día después (Levonorgestrel 0.75 Mg). *Estudios Constitucionales*, 6(1), 361-372.
- Nuevo, P. (2014). Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional. *Revista de Derecho Político de la UNED*. N° 1 (89). <https://doi.org/10.5944/rdp.89.2014.12801>
- Nussbaum, M. (2005). *El cultivo de la humanidad*. Paidós.
- Orrego Sánchez, C. (1986). El Derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución de 1980 desde una perspectiva filosófico-jurídica. *Revista Chilena de Derecho*, 13, 463-498.
- Ortiz Díaz, J. (1980). *La libertad de enseñanza*. Universidad de Málaga.
- Otaduy Guerin, J. (1986). Las empresas ideológicas aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, 2, 311-332.
- Peña Rivera, F. (2022). Derecho a la educación, libertad de enseñanza y derecho preferente de padres, madres y apoderados en la educación de sus hijos. *Revista de Derecho Y Ciencias Sociales*, 26, 35-51. <https://www.rduess.cl/index.php/ojs/article/view/2>
- Ramírez, M. (1980). La socialización política en España: una empresa para la democracia. *Sistema Revista de Ciencias Sociales*, 34, 97-109
- Redondo, A. M. (2003). *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*. Tirant lo Blanch.
- Rey Martínez, F. (2021). El ideario educativo constitucional inclusivo. *Revista De Derecho Político*, (111), 13-44. <https://doi.org/10.5944/rdp.111.2021.31044>
- Rodrigo Lara, M. B. (2021). La educación en casa (homeschooling) en España ¿oportunidades perdidas o nuevos enfoques?. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*. N° 37: 1013-1044. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2021-10100901044
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2008). El Estado aconfesional o neutro como sujeto “religiosamente incapaz”. Un modelo explicativo del artículo 16.3 CE. *Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la*

- Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional, 115-146.
- Rollnert Liern, G. (2007). La neutralidad ideológica del Estado y la objeción de conciencia a la “Educación para la Ciudadanía”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 60-61, 271-302.
- Ruano, L. (2008). Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 17, 48-50.
- Rubio Llorente, F. (1977). *Constitución y educación*. VVAA: *Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*. Edersa.
- Prieto Sanchís, L. (2009). Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia. *Persona y Derecho*, 60, 209-240.
- Sandoval Ayala, S. y Yeomans Bertora, C. (2018). Sobre el Derecho y Deber Preferente de los Padres a Educar a sus Hijos. *Revista de Estudios Ius Novum*, 10(1). <http://www.revistaiusnovum.cl/index.php/REIN/article/view/9>
- Salguero, M. (2007). Socialización política y lealtad a la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, 97, 319-332.
- Salguero, M. (2004). El derecho a la educación, Constitución y derechos fundamentales. En J. Betegón Carrillo, F. J. Laporta San Miguel, L. Prieto Sanchís, J. R. de Páramo Argüelles (Coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica.
- Sánchez Asensio, M. A. (2012). Análisis histórico-jurídico del artículo 27 de la Constitución española de 1978: un camino para entender nuestro sistema educativo. En J. R. Polo Sabau (Dir.), *Anuario de derecho a la educación*. Dykinson, 13-22.
- Sánchez Asensio, M. A. (2006). La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa. *Laicidad y Libertades*, 6, 9-46.
- Sánchez Ferriz, R. (2022). Generar el sentimiento constitucional para consolidar la democracia. *Revista De Las Cortes Generales*, 114, 127-157.
- Solozábal J. J. (2007). La enseñanza de valores entre la libertad ideológica y el derecho a la educación. En A. López Castillo (Coord.). *Educación en valores Ideología y religión en la escuela pública*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Soto Velasco, S. (2004). La libertad de enseñanza durante el gobierno de Frei Montalva. *Revista chilena de derecho*, 31 (1), 137-154.

- Suárez Pertierra, G. (2005). Educación en valores y multiculturalidad. En G. Suárez Pertierra, J. M. Contreras Mazario, (Eds.) *Educación e interculturalidad en Europa*. Tirant Lo Blanch.
- Tagle Martínez, H. (1988). El Estado y la Educación. *Revista Chilena de Derecho*, 15 (1), 81-86. <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14461>
- Torbisco, N. (2006). *Group Rights as Human Rights: A Liberal Approach to Multiculturalism*. Springer Science+Business Media.
- Trilla, Bernet, J. (1995). Educación y valores controvertidos. Elementos para un planteamiento normativo sobre la neutralidad en las instituciones educativas. *Revista Iberoamericana de Educación*, 7, 93-120. <https://ricoci.org/historico/oeivirt/ric07a04.pdf>
- Tugas González, J. A. (2019). *El derecho a la educación en la Constitución*. Tirant lo Blanch.
- Valero Heredia, A. (2012). Ideario educativo constitucional y ‘Homeschooling’: A propósito de la STC 133/2010, de 2 de diciembre. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, 411-442.
- Verdugo Marinkovic, M., Pfeffer Urquiaga, E. y Nogueira Alcalá, H. (1997). *Derecho constitucional. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile.
- Vidal Prado, C. (2021). Educación y valores superiores del ordenamiento: igualdad y libertad. *Igualdades*, 4, 255-285. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.4.09>
- Vidal Prado, C. (2017). El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros. *Revista de Derecho Político*, 100, 739-766. <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20716>
- Vivanco Martínez, Á. (2007). Derecho a la educación y libertad de enseñanza: un aparente conflicto y sus efectos sobre una proposición normativa en Chile. *Temas de Agenda Pública*, 2(8): 1-22. <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/1544>
- Vivanco Martínez, Á. (2008). La píldora del día después. *Revista Chilena de Derecho*, 35(3), 543-577. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000300009>
- Zagrebelsky, G. (2007). *Imparare democrazia*. Einaudi.
- Zumaquero, J. M. (1984). *Los derechos educativos en la Constitución española de 1978*. Ediciones Universidad de Navarra.

¿Lo que no se mide no existe? El problema con los indicadores en materia de derechos humanos para los poderes judiciales

What is not Measured does not Exist? The Problem with Human Rights Indicators for Judiciaries

Alberto Abad SUÁREZ ÁVILA¹

 <https://orcid.org/0000-0002-0809-3534>

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México

Correo electrónico: abad@unam.mx

RECIBIDO: 25 de agosto de 2023

ACEPTADO: 22 de septiembre de 2023

RESUMEN: El uso de indicadores para medir las problemáticas sociales se ha extendido desde hace más de tres décadas como parte de la gobernanza global, fenómeno del cual las organizaciones públicas forman parte activa, incluidos los poderes judiciales. Los indicadores se utilizan en la judicatura de manera cotidiana: las administraciones centrales los emplean como insumo para elaborar su política judicial y rendir cuentas, mientras que los operadores de justicia los usan como una herramienta indispensable para la gestión diaria de sus cargas de trabajo. El gran atractivo de los indicadores es que pueden ayudar a los poderes judiciales a modernizarse a través de metodologías científicas.

A pesar del atractivo que tienen los indicadores en derechos humanos, existen una serie de problemáticas relacionadas con su implementación que deben ser observadas por los tribunales. Desde el análisis de la literatura especializada y con referencia al caso mexicano, este artículo aborda algunas de las principales, las cuales se concentran en cinco aspectos: 1) indicadores ¿para qué?; 2) la gobernanza de los indicadores; 3) las epistemologías de derechos humanos que se utilizan en su construcción; 4) los efectos sobre la cultura organizacional, y 5) los límites a la búsqueda de legitimidad que persiguen con su adopción.

Palabras clave: indicadores, derechos humanos, poderes judiciales, administración de justicia, política judicial

¹ Agradezco a la biblioteca SciencesPo, París, por acogerme durante el verano de 2023 para la redacción de este texto. También a los comentarios recibidos durante la presentación del borrador de este artículo en la reunión anual del Research Committee of Sociology of Law en Lund, Suecia, en agosto de 2023. Invaluable la generosa dictaminación de dos revisores anónimos que aportaron valiosos comentarios para enriquecer el texto.

ABSTRACT: The use of indicators to measure social problems has spread for three decades as part of global governance, a phenomenon in which public organizations, including the judiciary, are active. The indicators are used in the judiciary every day: administrations use them as an input to develop their judicial policy and accountability, while judges use them as an essential tool for the daily management of their workloads. The great attraction of the indicators is that they may help the judiciaries to modernize through scientific methodologies.

Despite the allure of Human Rights indicators, there are a series of problems that must be observed by the courts prior to their implementation. This article addresses some of the main ones, which focus on five aspects: 1) human rights indicators for courts, why?; 2) the governance of the indicators; 3) the epistemologies of human rights that are used in their construction; 4) the effects on the organizational culture, and 5) the limits to the search for legitimacy.

Keywords: indicators, human rights, judiciary, justice administration, judicial policy.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Indicadores de derechos humanos en poderes judiciales.* III. *Problemáticas de los indicadores de derechos humanos en poderes judiciales.* IV. *Conclusiones: ¿hacia una siguiente generación de indicadores en materia de derechos humanos para los poderes judiciales?* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

No es extraño que en medio de la gran revolución digital que se vive, los poderes judiciales consideren útil la introducción de indicadores en materia de derechos humanos para modernizar su trabajo, buscando con ello mejorar su desempeño en la atención de una de las cuestiones de mayor conflictividad de su trabajo cotidiano. Los indicadores son vistos como formas científicas de medición, con lo cual se distinguen de otro tipo de estrategias. Su introducción busca ayudar a los tribunales en la búsqueda de mayor legitimidad, así como fortalecer la afiliación de los jueces a los objetivos institucionales a través de herramientas objetivas.

Visto de esta forma, el atractivo de los indicadores en materia de derechos humanos es grande, pero ¿cuáles son las problemáticas que su introducción representa? En el balance de las ventajas y desventajas hay que ser muy precavido. Las organizaciones públicas, como los poderes judiciales, pueden nutrirse positivamente de los avances científicos y tecnológicos para hacer sus procesos más eficientes, siempre y cuando tengan objetivos claros y conozcan los procesos y las etapas que quieren fortalecer. Debe tenerse en cuenta que los procesos de cambio institucional son costosos y que, dentro de las resistencias de sus afiliados al cambio institucional, también se en-

cuentra la adopción de sistemas de monitoreo y medición. Deben observar igualmente que los indicadores pueden establecer estándares de conducta que reorientarán el comportamiento de los jueces y sus equipos de trabajo hacia nuevos objetivos. Todo esto, además, teniendo siempre presente que los tribunales actúan dentro de un marco permanente de búsqueda de legitimidad institucional en contextos políticos que suelen ser hostiles tanto al interior como al exterior (Gilman y Clayton, 1999).

La hipótesis central del artículo es que, a pesar del gran atractivo que presenta la introducción de indicadores en derechos humanos para poderes judiciales, existen áreas que presentan problemáticas para su correcta implementación. Observar estas problemáticas es central para la toma de decisiones respecto de la implementación de indicadores, por lo que hacerlas evidentes permite un mejor proceso de adaptación al trabajo de los tribunales y a su objetivo de protección jurisdiccional de los derechos humanos.

De esta manera, en el artículo se reflexiona sobre las principales problemáticas que enfrenta la implementación de indicadores en derechos humanos por los poderes judiciales. Desde una revisión de las teorías de comportamiento judicial y la literatura sobre el uso de indicadores, en el texto se evidencian cuáles son los espacios que se muestran más críticos en la implementación en materia de derechos humanos. El texto se divide en cuatro secciones. En la primera se hace una breve introducción sobre el tema. En la segunda se hace una revisión de la literatura sobre indicadores en los tres conceptos que se conjuntan para configurar nuestro tema: indicadores legales, indicadores en poderes judiciales e indicadores de derechos humanos. En la tercera sección se aborda la cuestión de la problemática de la introducción de indicadores en derechos humanos en los poderes judiciales en cinco aspectos: 1) la finalidad de la introducción de los indicadores; 2) la gobernanza de los indicadores; 3) los derechos humanos como punto de partida; 4) el efecto que tienen los indicadores en derechos humanos en la cultura organizacional, y 5) el impacto de los indicadores con la constante búsqueda de legitimidad institucional. En la cuarta y última sección se muestran algunas conclusiones y reflexiones finales respecto de una posible siguiente generación de indicadores en materia de derechos humanos para poderes judiciales.

II. INDICADORES DE DERECHOS HUMANOS EN PODERES JUDICIALES

El término *indicador* es polisémico y su contenido permanece como un campo en disputa. En general, puede ser considerado como una comparación entre dos o más tipos de datos que sirve para elaborar una medida o una observación cualitativa (OIT, 2016). En este primer apartado se analiza el alcance de la temática que se aborda en el artículo conforme al análisis de tres de sus conceptos principales: los indicadores legales o de derecho, los indicadores en derechos humanos, y los indicadores para poderes judiciales. Dentro del universo de metodologías de indicadores cada una ha tenido un desarrollo y aceptación diferente por lo que su revisión ayuda a entender las problemáticas que se presentan en la conjunción de indicadores de derechos humanos para poderes judiciales.

1. *Indicadores legales*

El uso de indicadores en el derecho es un fenómeno reciente que forma parte de lo que David Restrepo (2014) llama un *giro matemático*, que se manifiesta por el empleo incremental de técnicas matemáticas y estadísticas para describir, explicar, evaluar y prescribir un comportamiento institucional de relevancia para el derecho. La implementación de indicadores no es una finalidad por sí misma, sino que está orientada a generar herramientas para conocer mejor el desempeño en los procesos de determinada organización. Su uso contemporáneo extenso se origina de la influencia de la *cultura de la auditoría y management* que en la globalización se transmitió de las corporaciones privadas a las organizaciones internacionales y, de ahí, a las organizaciones nacionales (Frydman y Twining, 2015).

Dentro del derecho diversas organizaciones utilizan indicadores, no solamente las estatales; de hecho, el uso de indicadores en el mundo privado del derecho lo antecede. Por ejemplo, en los despachos de abogados corporativos es frecuente y bien utilizado desde hace varias décadas el uso de indicadores, tanto para su gestión interna como para el comparativo en diferentes publicaciones y reconocimientos de los mejores despachos y litigantes. Entre las escuelas de derecho existe un fenómeno similar, en el cual se utiliza un conjunto de indicadores para ordenar los *rankings* anuales mediante los cuales se califica a las mejores escuelas de derecho.

En el ámbito público, durante las últimas tres décadas los indicadores han sido una herramienta práctica para los organismos internacionales en la construcción de la gobernanza global. Frecuentemente se cita a J. K. Galbraith como inspiración para el uso extendido de indicadores con su frase “lo que no se mide suele pasar desapercibido” (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH], 2012). Los organismos internacionales han desarrollado indicadores para medir la efectividad de las políticas públicas que impulsan en diversas regiones del mundo, permitiéndoles el uso de conceptos similares en contextos muy diversos (Sano, 2000). El Banco Mundial tiene una clasificación de casi mil seiscientos indicadores del desarrollo a nivel global, misma que viene incrementándose año con año desde hace medio siglo para medir a más de doscientas economías alrededor del mundo (Banco Mundial [BM], 2022).

En los años noventa se incluyeron en las mediciones del Banco Mundial indicadores relacionados con el *Estado de derecho*, para evaluar temas como el acceso a la justicia, la protección de los derechos de propiedad e independencia de los poderes judiciales como indicadores indirectos de desarrollo, por su capacidad de movilizar el sistema de justicia para promover derechos económicos y sociales (Biebesheimer, 2005). Mas adelante se comenzó a medir el Estado de derecho como un indicador directo del desarrollo por sí mismo. En la actualidad el mismo Banco Mundial define su indicador de Estado de derecho como aquel que “captura percepciones de la extensión en la cual los agentes confían en las reglas de la sociedad, en particular respecto de la calidad del cumplimiento de contratos, los derechos de propiedad, policía y tribunales, así como de crimen y violencia (World Bank [WB], 2023). Otros proyectos como el *Rule of Law Index*, de la organización *World Justice Project*, se encuentran ampliamente extendidos y aceptados a nivel global (World Justice Project [WJP], 2022).

A pesar de la crisis que enfrentan los paradigmas de la gobernanza global, los indicadores siguen formando parte de los proyectos globales más relevantes. Por ejemplo, en la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* se cuenta con ciento cuarenta y cinco indicadores repartidos en diecisiete objetivos. Dentro de los indicadores existen algunos que se podrían clasificar como indicadores legales, por ejemplo, los contenidos en el *Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas* (Grupo Internacional de Expertos en Indicadores Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2020).

2. *Indicadores en derechos humanos*

Respecto a indicadores en materia de derechos humanos, el origen de la discusión puede trazarse hacia los años setenta, pero su implementación por organismos internacionales ha sido mucho más tardía. Conforme a Todd Landman y Carvalho (2010) la utilidad de los indicadores se encuentra en establecer criterios de medición de los derechos humanos que sirve entre otras cosas para poder realizar su descripción, el seguimiento, monitoreo y documentación de las violaciones, así como su clasificación. También ayudan a generar explicaciones y soluciones que sirvan para desarrollar estrategias para su defensa y políticas públicas.

De acuerdo con Guadalupe Barrena (2017), los indicadores en derechos humanos aparecen a finales del siglo pasado en la discusión pública, pero toman su forma “madura” con la publicación en 2012 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de una guía para la medición y aplicación de indicadores de derechos humanos. La razón principal que cita la OACNUDH para la emisión de la guía fue la creciente demanda “de que se elaboren indicadores que puedan utilizarse en las evaluaciones de derechos humanos y sirvan para impulsar la aplicación del ejercicio efectivo de los derechos humanos” (OACNUDH, 2012, p. 1).

El proceso de elaboración de indicadores por la OACNUDH se dio entre 2005 y 2008, construyéndose indicadores de derechos civiles y políticos, pero también de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Los indicadores se sometieron a procesos de validación por grupos de expertos internacionales y académicos, así como en conversatorios regionales y nacionales. De acuerdo con la OACNUDH, los indicadores tienen dos finalidades, por un lado “el uso de indicadores apropiados es una forma de ayudar a los Estados parte a poner a disposición de esos órganos información precisa y pertinente, así como de evaluar los programas realizados en el cumplimiento por los Estados de las obligaciones que derivan de los tratados” (OACNUDH, 2012, p. 2). La segunda finalidad sería que “el uso de indicadores apropiados es una forma de ayudar a los Estados a evaluar sus propios avances a la hora de garantizar el disfrute de los derechos humanos de sus poblaciones” (OACNUDH, 2012, p. 2).

Los indicadores en materia de derechos humanos, en la metodología planteada por la OACNUDH no hacen una distinción entre los diferentes poderes al interior del Estado, sino que están dirigidos a analizar las estructu-

ras y comportamientos de los Estados nacionales. Esto establece límites para que dicha metodología pueda aplicarse directamente al trabajo de los poderes judiciales, porque su concepción se concentra mayormente en una visión de política pública y no en la lógica del trabajo jurisdiccional.

3. Indicadores para poderes judiciales

Los poderes judiciales han adoptado un esquema de indicadores para su gestión desde hace más de veinte años como parte del mencionado giro matemático en el derecho. Su uso y aceptación se origina por la influencia que han tenido las prácticas de gobernanza global en la gestión contemporánea de las organizaciones públicas. Dentro del fenómeno de expansión global de los poderes judiciales de las últimas décadas (Tate y Vallinder, 1993), la evaluación y tecnificación de su trabajo debe considerarse como una de sus características principales.

En el caso de muchos de los poderes judiciales, sobre todo de países en desarrollo, los continuos y prolongados procesos de reforma legal, que frecuentemente le asignan nuevos objetivos a la justicia, suelen acompañarse de la necesidad de medir los procesos de implementación (Hammergren, 2005). Los indicadores permiten hacerlo a través de tecnologías comparativas. Muchos de los procesos de reforma judicial, al haber sido acompañados por el financiamiento de organismos internacionales, han requerido de la adopción de metodologías comparativas para su evaluación, por lo cual, la adopción de indicadores en diversas jurisdicciones se ha dado de forma más o menos simultánea. La adopción de indicadores para medir el desempeño de los poderes judiciales ha sido un comportamiento observable en diferentes partes del mundo en las décadas recientes.

La medición por indicadores puede realizarse atendiendo a dos áreas: 1) las estructuras judiciales, principalmente dirigida a medir las condiciones generales en las que actúa el poder judicial como organización (diseño institucional, servicio civil de carrera, independencia judicial, acceso a la justicia); y 2) el desempeño, orientadas a analizar el comportamiento de los tribunales y jueces en el cumplimiento de sus funciones. Un tercer grupo podría construirse con la idea de generar 3) indicadores de impacto; sin embargo, este tipo de indicadores no se ha desarrollado aún para el trabajo en poderes judiciales.²

² Existe una diversidad amplia en la clasificación de indicadores. Una de las clasificacio-

Mientras que el primer tipo de medición, del tipo de estructura, es ampliamente aceptado y utilizado con metodologías comparadas, respecto del segundo han existido mayores resistencias a su implementación. De acuerdo con Pim Albers (2007), la evaluación del desempeño de los poderes judicial es muy delicada debido a que los jueces les incomoda ser comparados con el trabajo administrativo de una agencia de gobierno, por lo que tienden a observar una sobre estimación en la atención del indicador como una posible invasión a su independencia judicial.

La gobernanza de los indicadores varía conforme a cada diseño institucional, dependiendo si existe una institución administrativa encargada de la elaboración de la política judicial o si es el mismo poder judicial, a través de un consejo de la judicatura o institución similar, el encargado de aquella. Para el caso específico del Poder Judicial de la Federación mexicano, por ejemplo, el proceso de reformas constitucionales que vivió entre 1994 y 1999 para crear el Consejo de la Judicatura Federal le permitió renovar sus planes de desarrollo para incluir nuevas ideas de gestión que incluyeran la elaboración de indicadores, así como recolección estadística de información (Fix-Fierro, 2020).

El Poder Judicial de la Federación trabaja con base en indicadores de forma cotidiana. El lugar más fácil para ubicarlos es el Informe Anual de Labores que presenta el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien funge también como presidente del Consejo de la Judicatura Federal. Este informe da cuenta tanto de indicadores de estructura (cuántos juzgados y tribunales existen, instalaciones físicas, presupuesto, personal, proyectos especiales, etc.) como de desempeño (cargas de trabajo, sentido de las resoluciones, etc.).³ Mientras que la información que se recolecta para los indicadores de estructura se halla dispersa en diversas fuentes en las diferentes oficinas que corresponden a su administración central, la fuente principal de los indi-

nes más utilizada es la de OACNUDH que refiere a tres tipos de indicadores: estructural, de proceso y de resultado (OACNUDH, 2012, p. 114). La clasificación que se propone difiere de la realizada por esta institución en virtud de que el enfoque en poderes judiciales difiere del enfoque de estados nacionales que tiene la OACNUDH.

³ Para mayor información consultar la página <https://www.scjn.gob.mx/transparencia/obligaciones-de-transparencia/inform>, donde se encuentran disponibles las versiones ejecutiva y extensa del informe anual de labores y su anexo estadístico desde 2004 al más reciente de 2022.

cadores de desempeño es el sistema de gestión denominado Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes [SISE].

Este sistema funciona ininterrumpidamente desde el año de 2001 bajo un esquema de indicadores y variables (CJF, Acuerdo General [AG] 28/2001, 2001). El SISE tiene diferentes funciones, pero podríamos establecer que cuenta con dos fundamentales, de dimensiones *micro* y *macro*. La función *micro* le permite servir como herramienta de seguimiento del trabajo cotidiano para cada órgano jurisdiccional que integra el Consejo de la Judicatura Federal. Aquí los juzgadores pueden llevar el control de cada uno de los asuntos que les han sido turnados, concentran la información más relevante de los expedientes y les permite llevar su estadística propia. Más recientemente, incorporan incluso los expedientes electrónicos del juicio en línea. Es la herramienta de gestión principal con la que cuentan juzgadores y demás funcionarios judiciales y es a través de ella que se elaboran los indicadores de desempeño al interior del Poder Judicial de la Federación.

Con la función *macro*, el SISE posibilita a la administración central analizar la información estadística que generan todos los órganos jurisdiccionales de los circuitos y distritos del país para respaldar la construcción de su política judicial, así como para informar a la ciudadanía sobre los resultados de la gestión. El Poder Judicial de la Federación se ha acostumbrado en estos últimos veinte años a tomar decisiones utilizando la información que le proporciona el SISE. El SISE, además de ser la fuente de información más relevante y confiable para los *informes anuales de labores* que presenta la presidencia del Consejo de la Judicatura Federal, lo es para la información que difunde el Estado mexicano mediante el INEGI, así como para los reportes periódicos que hace el Estado mexicano sobre el estatus del sistema de justicia a los organismos internacionales.

Algunos de los poderes judiciales en México han querido implementar proyectos de indicadores en materia de derechos humanos. A nivel federal, se ha intentado —durante diferentes administraciones del Poder Judicial de la Federación— la implementación de un sistema de monitoreo a través de indicadores sin resultados efectivos al momento.⁴ Uno de los ejemplos más visibles de introducción de indicadores para protección de derechos humanos

⁴ En la gestión de Juan Silva Meza (2010-2014), así como en la de Arturo Zaldívar (2018-2022), se llevaron adelante diversos proyectos preparatorios para la implementación de sistemas de indicadores sin que a la fecha ninguno de ellos haya sido implementado y presentado resultados de forma pública.

efectiva se llevó a cabo el Poder Judicial de la Ciudad de México, en colaboración con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A través de este proyecto se publica el *Anuario estadístico e indicadores de derechos humanos*. En su versión más reciente, del año 2022, se incluyen casi trescientos indicadores (Poder Judicial de la Ciudad de México, 2022).

Para concluir este apartado, se debe mencionar que no solamente los poderes judiciales generan indicadores para medir su labor, sino que también desde la academia y la sociedad civil se utilizan metodologías para la medición de la labor de los poderes judiciales, principalmente de los procesos de reforma judicial. Este tipo de indicadores tiene una función diferente a los indicadores realizados por el mismo poder judicial y no debería asimilarse ni sustituir la función que tienen dentro de los mismos tribunales. Pese a lo anterior, vale la pena una breve mención por la relevancia que tienen en el seguimiento del trabajo de los tribunales.

Utilizando de nueva cuenta el trabajo de David Restrepo (2015), dentro de la academia legal el giro matemático se caracteriza por utilizar técnicas matemáticas y estadísticas para describir los fenómenos legales y teorizar sobre el derecho con nuevos niveles de abstracción. Con ello se busca expandir el rango de los métodos de investigación y técnicas utilizadas en la investigación jurídica, lo que ayuda a elevar la calidad de los métodos de investigación mediante la incorporación de los desarrollos científicos más recientes. Con esto se proporciona no sólo mayores datos empíricos, sino un uso más sofisticado de ellos (Restrepo, 2015). Este autor data en los años setenta el inicio del uso de indicadores para el estudio del fenómeno jurídico, con una intención dentro de los estudios de *derecho y desarrollo* de establecer parámetros de comparación entre diferentes culturas jurídicas. A nivel comparado se tienen otras obras relevantes que incluyen indicadores desde los años setenta (Capelletti y Garth, 1978).

Contrario a la amplia aceptación que han tenido los indicadores para las administraciones centrales de los poderes judiciales y las organizaciones de la sociedad civil, su uso es restringido para la investigación jurídica. Aunque la investigación jurídica también se ha visto influida por las ideas de la gestión y gobernanza global, por lo que se ha abierto de poco en poco al uso de herramientas de investigación interdisciplinaria, en los espacios académicos se mantiene amplias reservas, ya que entre los juristas existen aún desconfianza a la adopción de técnicas y metodologías surgidas en otras áreas

del conocimiento como el uso de indicadores frente a las metodologías tradicionales. Mucho del trabajo con indicadores en poderes judiciales se hace por investigadores formados en otras disciplinas que se acercan a los fenómenos jurídicos.

En el caso mexicano, uno de los primeros trabajos que recolecta información empírica por medio de indicadores para analizar el trabajo de los poderes judiciales en México fue el realizado por el profesor Volkmar Gessner en el año de 1976. Este autor utiliza explícitamente el término “indicadores” para referirse a las unidades de medición de su estudio, usándolos para establecer las conclusiones más relevantes a las que llega (Gessner, 1976).

A partir de los procesos de globalización en el derecho mexicano se han introducido estudios jurídicos con indicadores. Entre las obras académicas que han utilizado indicadores en sus metodologías podemos encontrar diversas orientadas a conocer los procesos de implementación de las reformas al sistema de justicia (Fix-Fierro, 2020), estructuras judiciales locales (Caballero y Concha, 2001), estudios sobre cultura constitucional y de la legalidad (Flores *et al.*, 2015), la educación legal (Pérez-Hurtado, 2009), o estudios sobre la letalidad de la violencia institucional (Silva *et al.*, 2017), entre las temáticas más relevantes. Los estudios sobre comportamiento en materia de derechos humanos en el Poder Judicial que utilizan indicadores son escasos, pero también contamos con algunos ejemplos, principalmente respecto de la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suárez, 2014; Sánchez *et al.*, 2009). Lo elevado del costo de recolección de la información, así como las disputas metodológicas entre los distintos sectores de la academia, hacen que su uso no sea tan extenso, aun cuando ya tienen una presencia importante dentro de los estudios jurídicos.

Desde el sector social se ha dado el seguimiento de la labor de los tribunales a través del uso de indicadores en diversas materias. Aquí la cooperación internacional ha resultado fundamental para que la sociedad civil pueda desarrollar metodologías que acompañen la labor de los tribunales desde el exterior con su financiamiento. Los estudios más recurrentes son los procesos de implementación de reformas procesales en materia penal (México Evalúa, 2022). Las transformaciones en el Poder Judicial federal y estatal en México forma parte de los estudios de organizaciones sociales internacionales que realizan análisis mediante el uso de indicadores sobre estas materias.

Es muy importante distinguir la introducción de indicadores de derechos humanos para el Poder Judicial de la realización de estudios académicos

o por organizaciones sociales que incluyen indicadores en materia de derechos humanos. El primer tipo de indicadores tiene como finalidad ser una herramienta de trabajo cotidiano al interior del tribunal, ya sea para la toma de decisiones o para la gestión cotidiana de los operadores de justicia. Los estudios académicos que incluyen indicadores de derechos humanos, en cambio, tienen como finalidad contrastar la realidad conocida del desempeño judicial con otro tipo de metodologías. Parten de una pregunta científica y buscan solucionar hipótesis de esta naturaleza. Aunque los dos tipos de análisis utilicen metodologías similares, ni la finalidad ni el alcance de los indicadores se dirige hacia los mismos objetivos.

Algo similar sucede con los estudios que realizan las organizaciones de la sociedad civil, los cuales se desarrollan con menores controles y rigurosidad que los estudios académicos, ya que su finalidad no es construir conocimiento de este tipo, sino evaluar y analizar la información disponible en un lenguaje sencillo para su difusión entre la población.

III. PROBLEMÁTICA DE LOS INDICADORES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS PARA LOS PODERES JUDICIALES

En este apartado del artículo se aborda la problemática que enfrentan los tribunales para implementar indicadores en materia de derechos humanos a su trabajo cotidiano. La implementación de indicadores en materia de derechos humanos para poderes judiciales presenta una problemática observable en cinco diversas áreas: 1) indicadores ¿para qué?; 2) gobernanza; 3) los derechos humanos como punto de partida; 4) cambio organizacional, y 5) búsqueda de legitimidad.

1. *Indicadores en derechos humanos ¿para qué?*

¿Para qué quieren los tribunales implementar indicadores respecto de su labor en derechos humanos? Aunque pareciera una pregunta obvia, no lo es. La implementación de indicadores en materia de derechos humanos responde a múltiples finalidades, pero no todas son igual de genuinas. Existen razones endógenas y exógenas para la implementación de indicadores, mismas que se analizan a continuación.

Dentro de las finalidades endógenas, la introducción de indicadores sirve fundamentalmente para alcanzar dos objetivos: 1) permite a la organización y sus operadores un seguimiento puntual de su desempeño, y 2) genera información para tomar mejores políticas judiciales en materia de derechos humanos. Es muy difícil que un proyecto de indicadores pueda cubrir ambas con la misma eficacia, por lo que debe tenerse muy claro qué se quiere obtener. El principal objetivo de los indicadores en materia de derechos humanos es incorporarlos como una herramienta útil de los operadores del sistema de justicia que les permita realizar de mejor forma su trabajo.

Los indicadores en derechos humanos deben configurarse desde las necesidades de cumplir con los objetivos institucionales de los tribunales, con una complejidad y maniobrabilidad adecuada para jueces, magistrados y demás operadores de la judicatura. En este sentido, los indicadores de derechos humanos a quienes primero deben informar son a los propios operadores de justicia. El principal destinatario de los indicadores debe ser el operador, en primer lugar, y el administrador, en ulterior momento, para que los insumos recolectados sirvan a una mejor gestión del tribunal.

A pesar de ello, los indicadores generalmente están planteados con el objetivo de informar de su trabajo hacia el exterior del tribunal, principalmente a organizaciones internacionales y de la sociedad civil. Debe cuidarse que la transparencia no sea la única finalidad de la introducción de los indicadores en materia de derechos humanos, ya que por sí misma no justifica introducir cambios de este tamaño en la organización. Si bien es cierto que la publicidad que alcancen los indicadores permitirá que la sociedad conozca de mejor manera su trabajo cotidiano y el cumplimiento de sus objetivos, el principal objetivo debe ser que fortalezcan la tutela efectiva de los derechos.

La razón por la cual las razones exógenas en la implementación de los indicadores suelen tener mayor visibilidad que las endógenas es histórica. Los indicadores en los últimos treinta años les han servido a los proyectos de desarrollo, financiados por la cooperación internacional, para medir la eficacia de los procesos de reforma impulsados en diferentes lugares del mundo (Santos y Trubek, 2006). En ese sentido, podemos decir que los indicadores han tenido una función comparativa relevante, por lo menos en sus primeras versiones. Su extendido uso ha tenido esa finalidad permitiendo comparar diferentes realidades para evaluar la eficacia de los procesos de cooperación. Una perspectiva centrada en informar a organismos internacionales de los procesos de extensión y conocimiento de los derechos humanos en el mundo

podría ser calificada como hegemónica en exceso (Santos y Rodríguez Garavito, 2005), ya que prioriza las finalidades de las organizaciones internacionales sobre los objetivos institucionales de los poderes judiciales.

Una nueva generación de indicadores deberá centrarse en las razones endógenas de su implementación, por encima de las exógenas. Debe tomar como eje el cumplimiento de las funciones propias de los poderes judiciales en materia de derechos humanos, por encima de la necesidad de conocer los resultados de procesos de implementación de la agenda de cooperación internacional. Los indicadores en materia de derechos humanos dentro de los poderes judiciales deben plantearse para servir a los juzgadores y a su equipo antes que a la transparencia u alguna otra finalidad exógena.

2. Gobernanza de los indicadores en materia de derechos humanos

Los indicadores se encuentran en el vértice entre conocimiento y poder (Sally Merry *et al.*, 2015) por lo cual la gobernanza de este tipo de proyectos es relevante, ya que pueden definir con fuerza los contenidos del derecho. Esta situación tradicionalmente no es observada por los administradores de los tribunales, quienes tienden a pensar los proyectos de indicadores como paralelos o alejados de su trabajo cotidiano, sin advertir la importancia que tiene para el desempeño de su gestión este tipo de proyectos.

Cuando la implementación de indicadores se presenta por iniciativa de la cooperación internacional, los poderes judiciales suelen tener primero una actitud medrosa y posteriormente una deferente. Por un lado, en la actitud *medrosa*, por mucho la más común, las administraciones son temerosas de los procesos de implementación y del estado de las cosas que esto puede mostrar, por lo que demuestran escasa apertura. Estas administraciones se niegan constantemente a participar de los ejercicios de implementación de indicadores y cuando la negativa se vuelve insostenible, por la presión externa o porque la implementación de indicadores puede ayudarles en su permanente búsqueda de legitimidad institucional, utilizan diferentes trampas burocráticas para retrasar los procesos, limitar el acceso a la información o concluir los proyectos sin obtener ningún tipo de resultado relevante.

La otra actitud común dentro de los poderes judiciales con respecto a la implementación de indicadores es la actitud *deferente*. En estos casos las administraciones dan acceso pleno a su información, le permiten al equipo de tra-

bajo todas las facilidades para que puedan desarrollar su labor en las mejores condiciones, e incluso ponen a disposición parte del personal para que se apoyen en ellos. Aquí existe una actitud evidentemente abierta de la administración para el proceso de implementación, e incluso una confianza grande en lo que el proyecto puede aportar para generar un cambio institucional. El problema con esta actitud es que tiende a delegar todo el trabajo creativo en el socio implementador; normalmente una agencia de cooperación internacional. El poder judicial se muestra pasivo frente a las sugerencias y decisiones del implementador, aceptándolas sin interacción.

Como una característica de la gobernanza global, muchos de los estados y organizaciones nacionales han cedido espacio de soberanía a organismos internacionales, quienes tienen la posibilidad de orientar el comportamiento de las instituciones públicas. En el caso de temas innovadores para el trabajo de los poderes judiciales, como los derechos humanos, la tentación de ser deferente hacia otras organizaciones es mayor, con la intención de tener una integración más fluida a los procesos hegemónicos, además de contar con el apoyo de la cooperación internacional en la implementación de procesos de reforma que normalmente enfrentan la dificultad de la escasez de recursos.

Esta actitud es equivocada ya que los indicadores deben realizarse y gestionarse por la misma organización, incluyendo a sus operadores jurídicos principales. Por supuesto, deben contar con el apoyo metodológico de expertos, no sólo en la materia de medición, sino en el contexto en el que actúa al interior y al exterior del poder judicial. También, por supuesto, es de gran utilidad el apoyo de la cooperación internacional a través tanto de recursos financieros como de apoyo técnico. Pero nada de esto debe sustituir su obligación legal de gestión y administración del poder judicial. Son ellos quienes conocen mejor la capacidad organizacional, los objetivos institucionales y los problemas de afiliación a los que habrán de enfrentarse, por lo que no existe nadie mejor que ellos para realizarlo.

Cuando se presenta la actitud *deferente*, lo que sucede al final es que el proyecto se desarrolla en los términos propuestos por los socios implementadores, pero los resultados reflejan poco las necesidades reales del Poder Judicial y tienen problemas de sostenibilidad. En los resultados finales se observan exacerbadas las preferencias y visiones sobre el tema de los socios implementadores, así como de los expertos que han participado en el proyecto que no corresponden al *ethos* de la organización. Suele haber una desconexión grande con los operadores de justicia, quienes, además de no haber participado

en el proceso de implementación, se enfrentan a un sistema con epistemologías diferentes a las promovidas al interior de la organización, a un desconocimiento y a la falta de pericia ante un sistema que es poco amigable. Finalmente, en el proceso de adopción de los indicadores al interior de la organización, habrá una predisposición en contra de un sistema distante de su realidad cotidiana y de los objetivos de la organización.

La mejor actitud que puede tomar la administración central de los poderes judiciales es asumir el liderazgo en la implementación de un sistema de indicadores. Ya sea por iniciativa propia, o por sugerencia de la cooperación internacional, es necesario que el proceso de implementación de los indicadores en derechos humanos surja de una necesidad propia de contar con mejor información para la toma de decisiones y darles a los operadores de justicia herramientas que les permitan mejorar su propia gestión.

Para que pueda pasar esto, los operadores deben ser incluidos en el proceso de generación e implementación de los indicadores dentro del poder judicial, desde las etapas más tempranas e, incluso, deberían ser ellos quienes expresen la necesidad de un sistema de indicadores, de la misma forma en la que un deportista utiliza aparatos de medición para conocer el desarrollo de su entrenamiento y preparación. Asimismo, las decisiones más relevantes en el proceso deberán tomarse por la administración central del poder judicial, quienes tienen esa responsabilidad. La participación de la cooperación y de los expertos deberá concentrarse en acompañar y asesorar la toma de decisiones, pero nunca a sustituir a la administración central.

3. Los derechos humanos como punto de partida

¿Qué medimos con los indicadores en derechos humanos en el Poder Judicial? La pregunta anterior es el reto metodológico más relevante en la planeación de un proyecto de indicadores y tiene como punto central cómo definimos al campo de los derechos humanos y la intervención de los juzgadores en él. Este es un campo en disputa en el cual una vez más se muestra a los indicadores como vértice del conocimiento y poder. Aquí se van a enfrentar diferentes epistemologías en la lucha por definir el contenido de los indicadores, por lo que no es una cuestión menor.

Para un nutrido grupo de abogados y científicos sociales es común pensar los derechos humanos como un punto de llegada porque lo observan desde la perspectiva del proceso legislativo. En el proceso legislativo, el momento

de la legalización o constitucionalización de un derecho es culminante, por lo que una vez que el derecho se ha incorporado al sistema legal, quisieran medirlo a la manera en que se miden otros indicadores de la política pública. Esta visión, tan popular como equivocada, suele obviar la manera en que se trabaja por el juzgador.

Mientras que los procesos legislativos mediante los cuales un derecho humano es incorporado al orden jurídico de un país tienen una naturaleza política, el acto concreto de adjudicación se da principalmente por operaciones de argumentación jurídica. Esto suele pasar inadvertido por los expertos en indicadores no abogados, e incluso por expertos en derechos humanos, quienes frecuentemente desconocen los complejos procesos de interpretación y argumentación judicial. La labor de los jueces no se da como un aplicador directo de la norma, sino como un intérprete y adjudicador de la misma a casos concretos, en donde la norma de derechos humanos es un insumo y no un resultado. La inclusión de un derecho humano en el sistema normativo no tiene una relación de causalidad directa con el resultado de la labor judicial. Dicho de otra forma, para el sistema judicial la norma de derechos humanos es un punto de salida y no de llegada.

En una visión *legalista*, el derecho tiende a despolitizarse una vez que forma parte del ordenamiento jurídico, por lo que la labor del juez se traduciría en una aplicación mecánica de los contenidos normativos sobre los hechos. De esta forma, si el juez es capaz de reconocer la norma de derechos humanos aplicable al caso en concreto, el indicador en materia de derechos humanos podría construirse midiendo la frecuencia con la que el juez realiza esta tarea. Esto no puede ser así, ya que el comportamiento de los jueces respecto de los derechos humanos no puede medirse con ese nivel de causalidad. La adjudicación de derechos humanos se da en un contexto de conflicto entre diversas interpretaciones respecto del mismo parámetro constitucional.

Los jueces tienen el marco de los derechos humanos como referencia obligatoria, pero su aplicación no es mecánica.⁵ Solemos pedirle a un juez la aplicación exacta de un derecho humano al caso concreto sin darnos cuenta de que nuestra solicitud encubre una demanda imposible, fundada en una visión decimonónica de interpretación mecánica de la ley. El problema me-

⁵ En el caso de México dicho marco interpretativo se da conforme a lo que se conoce como parámetro de la regularidad constitucional, teoría interpretativa adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través del caso Contradicción de Tesis 293/2011.

tológico es que el discurso de los derechos humanos a nivel internacional ha traído de vuelta visiones formalistas del derecho de la teoría jurídica como una forma de darle legitimidad entre los operadores jurídicos. Se debe ser extremadamente precavido de no caer en esta situación.

La labor de los jueces en la resolución de casos que involucran derechos humanos no es de aplicación mecánica, simple y sencillamente porque entre el derecho escrito y la realidad existe una distancia que sólo es posible recorrer mediante la interpretación y argumentación que realizan los jueces (Habermas, 2010). Los casos que involucran la protección de los derechos humanos no son claros y sencillos, sino complejos y con diversas alternativas normativas para fundar y justificar su resolución. En el caso de los derechos humanos, esto se incrementa incluso por el tipo de herramientas argumentativas con las que cuentan los juzgadores. Los principios interpretativos — como el *pro persona* — que rigen la labor jurisdiccional en materia de derechos humanos, lejos de ser metodologías estáticas de jerarquía normativa, le permiten a los jueces actuar con la flexibilidad y fluidez suficiente como para que puedan hacer la mejor interpretación en materia de derechos humanos.

Además de los problemas tradicionales de la interpretación judicial, se debe sumar que el origen internacional de los derechos humanos obliga a los juzgadores a hacer un esfuerzo adicional para interpretar normas que se plantean de forma general y no en contextos normativos y empíricos concretos. Dependiendo del sistema jurídico que se trate, la interpretación de las normas internacionales de derechos humanos podrá hacerse de forma directa o a través de las herramientas que brinda el derecho nacional. Los años de experiencia en materia de indicadores en derechos humanos, y las constantes reflexiones al respecto, me permiten asegurar que es erróneo observar a los derechos humanos como un “punto de llegada”; por lo tanto, es equivocado construir un sistema de indicadores desde esta perspectiva.

En estas operaciones, los derechos humanos toman forma de normas jurídicas, las cuales se interrelacionan entre sí, se limitan y se expanden para finalmente construir un bloque interpretativo de normas aceptable para el caso concreto. Este proceso es de mucho debate y depende enormemente de la movilización que hacen del mismo los diversos actores que participan del sistema jurídico. La interpretación de los derechos humanos se da en procesos formales con reglas para su interpretación, por lo que los jueces no deciden en un contexto de libertad sino altamente condicionados por los resultados de las diferentes etapas del proceso.

Además, debemos recordar que incluso gran parte del resultado en un juicio se da no por la labor del juzgador, quien al final actúa como un tercero, sino por lo que las partes presentan y argumentan durante los casos, siendo estas las verdaderas protagonistas de los casos. Los casos en el derecho se presentan de forma adversarial, en donde frente a los mismos hechos, cada una de las partes identifica por su lado cuál es el derecho aplicable y su interpretación para el caso en concreto. Los jueces pueden sumarse a alguna de las interpretaciones de las partes o, en algunos casos dependiendo del sistema jurídico, construir su propia visión del caso en concreto de acuerdo con las reglas de interpretación que los rigen como se ha mencionado.

Por las razones anteriores es que los derechos humanos se consideran como un punto de partida en el proceso de interpretación judicial y, por lo tanto, deberían contemplarse así en la elaboración de indicadores de derechos humanos. Pensar en los derechos humanos como punto de partida nos puede ayudar a comprender mejor los resultados que podemos pedir de la labor judicial. Deberíamos evitar indicadores que se dirijan a medir resoluciones con visiones formalistas que atentan incluso en contra de la independencia de los jueces. Dependiendo del contexto en donde actúa el juzgador, en muchas ocasiones no depende siquiera de los juzgadores, sino de las partes, que esto sea posible.

¿Qué deberíamos medir entonces? En mi opinión, existen dos grandes áreas en donde los indicadores en derechos humanos son muy útiles para los poderes judiciales. La primera de ellas tiene que ver con las estructuras judiciales más relevantes relacionadas con acceso a la justicia e independencia judicial. Actualmente ya se miden las estructuras judiciales en muchas judicaturas, pero se falla en hacer la relación con su impacto en la materia de derechos humanos. Tenemos que observar cómo funcionan esas estructuras como garantía indirecta de la protección de los derechos humanos. Los responsables de estos indicadores son en general la misma administración central del poder judicial e incluso otras organizaciones del estado, quienes aseguran que exista el presupuesto, las instalaciones adecuadas, el cuidado a la carrera judicial, la apertura de concursos de oposición de ingreso y promoción, la accesibilidad física o virtual a los órganos jurisdiccionales, etc.

La segunda gran área en donde pueden construirse indicadores en derechos humanos corresponde a la medición de su comportamiento a través de las condiciones procesales que proveen los juzgadores para su protección a lo largo de los juicios. Aquí la medición ya no se realiza sobre el poder ju-

dicial en general, sino que se dirige a la labor de los propios órganos jurisdiccionales. Los indicadores en este nivel deben ser útiles y maniobrables para la gestión del propio juzgador. La implicación con los derechos humanos es mucho más directa al momento de juzgar que de la legislación porque se da sobre los casos concretos. Muchas de las reglas de derechos humanos tratan sobre esto y aquí los márgenes de interpretación son más estrechos. Observar que los jueces otorguen las oportunidades procesales necesarias o que garanticen la participación de abogados defensores y asesores jurídicos puede ayudarnos a construir indicadores en derechos humanos muy útiles.

Es importante reiterar que los indicadores deben servir fundamentalmente para que el juzgador y otros operadores del poder judicial conozcan su desempeño en estas materias y puedan buscar mejorarlo. Mucha de la información que se requiere recolectar para construir los indicadores de este tipo no se encuentra en las sentencias, sino en momentos procesales previos a las mismas, por lo cual se deben observar los diferentes procesos en sus diversas etapas para construir las metodologías adecuadas a la protección de derechos humanos por determinados tribunales.

Por supuesto que este tipo de indicadores debe respetar la independencia judicial y no imponer límites a la labor interpretativa del juzgador más allá de los que la misma labor y las reglas con las que se realiza se los imponen. De esta manera deben evitarse indicadores que se puedan utilizar para evaluar o sancionar a los órganos jurisdiccionales, juzgadores o al personal que ahí labora. Una perspectiva de los derechos humanos como punto de partida y no como punto de llegada ayuda a corregir muchos problemas metodológicos que suelen comprometer seriamente la viabilidad de los proyectos de indicadores.

4. La afectación a la cultura organizacional

La introducción de indicadores en la labor de los poderes judiciales tiene efectos importantes en el comportamiento de los jueces, lo que ha sido estudiado en diversos contextos. Algunos de estos efectos, si se dirigen adecuadamente, permitirán a los juzgadores y a la administración central acercarse a los objetivos de la institución. Pero debe advertirse también el riesgo de que los mismos se conviertan en incentivos no deseados. Para Sally Merry *et al.* (2015) es importante tener en cuenta que los indicadores podrían ser recibidos por los jueces con una carga prescriptiva.

Pedro Fortes (2015) señala que en el caso de la judicatura brasileña la introducción de indicadores ha hecho que los jueces reorienten su trabajo hacia el cumplimiento de estos y que las decisiones de promoción y sanción dentro de la carrera judicial dejen de tomarse por criterios tradicionales para hacerse mediante la observación del cumplimiento de los indicadores. La existencia de los indicadores modifica el comportamiento de quienes los utilizan, por lo cual debe existir certeza de que los indicadores estén alineados con los objetivos correctos evitando que su carácter prescriptivo incite a conductas no deseadas.

Como se señaló en el punto anterior, el error metodológico más común al elaborar los indicadores se encuentra en considerar a los derechos humanos como un punto de llegada y no como un punto de partida. Esto provoca que se puedan generar indicadores formalistas que exigieran a los jueces un sentido determinado en los procesos de resolución, lo cual introducirían incentivos negativos para la resolución de casos. Por ejemplo, si a los jueces les pedimos que reporten cierto número de sentencias en contra de la tortura, actos de odio o violencia de género, es probable que esto los lleve a privilegiar la obtención de condenas y no al cuidado del debido proceso en los juicios.

Lo recomendable es abstenerse de utilizar metodologías legalistas de los derechos humanos, buscando espacios de medición que no tengan esta alteración en el trabajo de los jueces. En muchas ocasiones los indicadores sirven como herramientas en los procesos de implementación de las reformas en materia de derechos humanos. Cualquier indicador en este sentido debe tomar en cuenta el contexto de argumentación en donde se realiza. En el caso de México, por ejemplo, debe tomarse en cuenta el parámetro de regularidad constitucional como la metodología argumentativa más extendida en el trabajo del juzgador. Este tipo de metodologías exige tomar en cuenta tanto la legislación internacional como la de fuente nacional, así como los criterios jurisprudenciales emitidos tanto por tribunales internacionales como por los nacionales.

Además, es necesario que se tome en cuenta otros factores del propio poder judicial como sus sistemas argumentativos e interpretativos, sus reglas para producir jurisprudencia, así como la legislación procesal y orgánica. En muchos ejemplos el órgano implementador da privilegio a metodologías realizadas en otros países y se enfrenta a los límites contextuales de la jurisdicción que se trata sin poder resolverlo adecuadamente. La respuesta usual ha sido ser deferente a las normas de protección de derechos humanos in-

ternacionales, pero esto no es adecuado, ya que generará falta de afiliación de los operadores del sistema de justicia, por la poca adaptabilidad que tienen a su forma de trabajo regular y como consecuencia, compromete la viabilidad de los proyectos.

5. *Búsqueda de legitimidad de los poderes judiciales*

Los poderes judiciales continuamente buscan legitimar su pertenencia en el sistema constitucional. Se enfrentan a la falta de legitimidad social de origen debido a que no son electos directamente por la población, sino que son nombrados a través de procesos de designación en los cuales intervienen los otros poderes públicos. Las estrategias de legitimación con las que cuentan los poderes judiciales son diversas. Debido a que tradicionalmente se desarrollan en contextos de poca autonomía institucional, suelen tener un perfil público bajo junto con una actitud deferente hacia los otros poderes públicos. Pero esta no es su única estrategia. En contextos de mayor autonomía, su participación suele incrementarse, buscando de manera más directa su legitimación con la sociedad a través de la publicidad de sus sentencias, así como la elaboración de estrategias de comunicación social y difusión de sus resultados.

Una tendencia que tienen los poderes judiciales es buscar legitimidad a través de la modernización tecnológica y la rendición de cuentas. El Poder Judicial de la Federación en México, por ejemplo, ha tenido como estrategia la transmisión en vivo de las sesiones públicas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de Justicia TV y de los plenos regionales a través de sus sitios de internet. Fundada institucionalmente como una política judicial de transparencia y rendición de cuentas, esta estrategia inusual entre los más altos tribunales en el mundo les ha permitido que los ministros de la SCJN sean figuras con presencia pública, principalmente el presidente de la SCJN (Tortolero, 2021). Los casos principales son discutidos en vivo y en directo, lo que por un lado ha permitido que la opinión pública se acerque a conocer sobre la resolución de los procesos, pero por otro condiciona a los propios ministros a tomar en cuenta a las audiencias en el momento de su resolución. Otra estrategia reciente que han seguido ministros, magistrados y jueces del Poder Judicial es tener presencia en redes sociales como *Twitter* y *TikTok*, en donde muestran el trabajo cotidiano de la judicatura, explican los alcances de sus sentencias o expresan sus opiniones y posicionamientos respecto de diversos temas de la agenda pública.

La introducción de indicadores en materia de derechos humanos como forma de transparencia y rendición de cuentas se presenta como un medio muy atractivo para que los poderes judiciales puedan perseguir su legitimidad mediante procesos innovadores. El argumento científico también le da legitimidad a la introducción de indicadores. Para los organismos internacionales y las organizaciones de la sociedad civil es igualmente atractiva la introducción de indicadores en derechos humanos, para contar con mejor información de la labor jurisdiccional, construida bajo criterios científicos, por lo que suelen presionar, y colaborar, para que los poderes judiciales lleven adelante este tipo de proyectos.

El problema es que la implementación de indicadores en materia de derechos humanos en contextos con agudos problemas en derechos humanos, si no se da adecuadamente, corre el riesgo de presentar resultados simulados o controlados en exceso por los tribunales que al final no sean bien recibidos por los usuarios del sistema de justicia. Esta situación se vuelve especialmente complicada cuando existe una opinión pública desfavorable a la labor jurisdiccional. En el caso mexicano, por ejemplo, los jueces suelen enfrentar críticas sobre su labor en la resolución de casos por razones de inequidad, corrupción e impericia (Flores *et al.*, 2015, p. 103). De esta suerte, los poderes judiciales se enfrentan a la disyuntiva de introducir indicadores en derechos humanos porque este tipo de proyectos puede ayudarles a construir legitimidad, pero con los riesgos de tener poco control sobre los resultados.

La legitimidad en este tipo de procesos se consigue mediante la elaboración de metodologías validadas científicamente y ampliamente socializadas. Para esto, los proyectos de indicadores deben someterse a procesos de validación científica y social, previo a la recolección de información y publicación de resultados. La fortaleza metodológica es lo que les va a permitir que los indicadores contribuyan a su legitimidad. De nada sirve mostrar resultados espectaculares con metodologías no validadas; este tipo de resultados, contrario a ayudar a la legitimidad, desprestigia al Poder Judicial y a quienes intervinieron en la elaboración de los indicadores.

IV. CONCLUSIONES: ¿HACIA UNA SIGUIENTE GENERACIÓN DE INDICADORES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS PARA PODERES JUDICIALES?

Como se ha visto en los apartados anteriores, la introducción de indicadores en materia de derechos humanos en los poderes judiciales tiene diferentes áreas problemáticas que deben observarse con atención. A pesar del gran atractivo que representan en cuestión de modernización e introducción de avances tecnológicos al trabajo cotidiano de los poderes judiciales, estas problemáticas muestran espacios críticos de atención para el buen funcionamiento de los indicadores.

La implementación de indicadores como parte del fenómeno de gobernanza global que ha tenido fuerte influencia en el espacio público y en la promoción del discurso de derechos humanos en el mundo, ha sido promovida a través de estrategias de cooperación internacional con resistencias y escasa colaboración efectiva de los poderes judiciales. Las primeras generaciones de indicadores de derechos humanos en los poderes judiciales se han instaurado sin el liderazgo y la colaboración efectiva de los mismos poderes judiciales. Los poderes judiciales no tienen claro para qué quieren los indicadores; y en general los han adaptado para cumplir con exigencias de la cooperación internacional en el seguimiento de sus proyectos de desarrollo, intentando mostrar al exterior el progreso de los procesos de reforma. En este sentido, podemos afirmar que las primeras generaciones de indicadores han servido más a la cooperación internacional, para contar con datos respecto de la eficacia de sus proyectos de desarrollo que a los fines institucionales de los poderes judiciales.

Siendo así, la falta de claridad en la instauración de este tipo de proyectos en los poderes judiciales, que ha llevado a desviaciones en su implementación, como la ausencia de liderazgo con actitudes a veces medrosas, a veces deferentes pero poco comprometidas con el desarrollo de los proyectos, lleva a visiones formalistas de los derechos humanos, a la introducción de posibles incentivos nocivos a la cultura organizacional y a crear falsas expectativas de contribución a la construcción de su legitimidad.

Para corregir estas situaciones en una siguiente generación de indicadores, los poderes judiciales deberían tomar el liderazgo y apropiarse de los indicadores como herramienta para que les permitan un mejor desempeño de sus funciones, independientemente si lo hacen con recursos propios o con

apoyo de la cooperación internacional. Los indicadores deben tener como primera función fortalecer el desempeño de la tutela efectiva de derechos humanos por parte de los tribunales, antes que cualquier otra razón de carácter exógeno.

Es importante observar que los indicadores se encuentran en el vértice entre conocimiento y poder, por lo que su uso tiene repercusiones relevantes al interior y al exterior de la institución. Por lo anterior, debería evitarse una visión dogmática de los derechos humanos e incorporar una perspectiva compleja del trabajo de adjudicación de derechos humanos que realizan los órganos jurisdiccionales. Los indicadores deberían construirse por los mismos juzgadores incorporando las teorías interpretativas con las que realizan su trabajo y adaptándolos a sus dinámicas institucionales. Hasta hoy, los indicadores en derechos humanos no han sido utilizados para una gestión adecuada del trabajo diario de los órganos jurisdiccionales, a pesar de que estos cuentan ya desde hace décadas con sistemas de gestión.

Los proyectos de indicadores deben cuidar el principio de independencia judicial y, por lo tanto, se debe evitar que su uso tenga una función represiva o de evaluación del trabajo en la institución. Para eso existen otro tipo de herramientas y mecanismos incorporados ya en el trabajo de las judicaturas. En este sentido los indicadores no pueden ser formulados como indicadores de resultado, sino tienen que ayudarle a los juzgadores en el seguimiento de sus procesos. Debe recordarse que la introducción de indicadores genera cambios en el comportamiento y afiliación del personal con la institución por lo que habrá que evitar incentivos negativos.

Finalmente se deben limitar las expectativas de impacto en la construcción de legitimidad, a través de metodologías científicas rigurosas validadas socialmente que sean sostenibles en el largo plazo. De poco sirve un conjunto de indicadores que muestren resultados espectaculares de inmediato, si no se utilizan como herramientas para el trabajo sostenible de la administración y de los propios juzgadores. Los indicadores darán mayor legitimidad al trabajo de los poderes judiciales en la medida en que efectivamente brinden información cierta y válida a la población y entes nacionales e internacionales.

Una nueva generación de indicadores en materia de derechos humanos debería tomar en cuenta las problemáticas descritas para contribuir a una tutela efectiva de derechos humanos en los poderes judiciales. Esto exige un mayor compromiso de las administraciones centrales de los poderes judi-

ciales y las agencias de cooperación en los procesos de implementación de indicadores que tome en cuenta lo que se ha descrito en el presente artículo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Albers, P. (2007). *Performance Indicators and evaluation for judges and Courts*. European Commission for the Efficiency of Justice. <http://rm.coe.int/09000016807907b0>
- Barrena, G. (2017). *Human rights indicators in the field of criminal justice and crime control: implications for the idea of law in governance and governmentality* (Tesis de Doctorado). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Frydman, B. y Twining, W. (2015). A symposium on global law, legal pluralism and legal indicators. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 47(1), 1-8.
- Biebesheimer, C. (2005). The Impact of Human Rights Principles on Justice Reform in the Inter-American Development Bank. En Ph. Alston y M. Robinson (eds.), *Human Rights and Development, Towards Mutual Reinforcements* (pp. 269–296). Oxford Academic.
- Cappelletti, M. y Garth, B. (1978). *Access to Justice; Vol. I: A world survey (Book I y II)*. Giuffrè Editore; Sijthoff-Noordhoff; European University Institute.
- Caballero Juárez, J. y Concha Cantú, H. (2001). *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas: un estudio institucional sobre la justicia local en México*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Catálogo de Indicadores del Banco Mundial* (2022). Banco Mundial. <https://datos.bancomundial.org/indicador?tab=all>.
- Consejo de la Judicatura Federal (2001, 25 de mayo). *Acuerdo General 28/2001 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece la obligatoriedad del uso del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes*. Diario Oficial de la Federación.
- Fix-Fierro, H. (2020). *El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Flores, J. et al. (2015). *Encuesta Nacional de Justicia; Entre un buen arreglo y un mal pleito*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fortes, P. R. (2015). How legal indicators influence a justice system and judicial behavior: the Brazilian National Council of Justice and “justice in numbers”. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 47(1), 39-55.

- Frydman, B. y Twining, W. (2015). A symposium on global law, legal pluralism and legal indicators. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 47(1), 1-8.
- Gessner, V. (1986). *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gilman, H. y Cornell W. C. (1999). *Supreme Court Decision-Making, New Institutional Approaches*. University of Chicago Press.
- Grupo Interinstitucional y de Expertos sobre los Indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2020, abril 2). Anexo. En *Marco de indicadores mundiales para los Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (A/RES/71/313)*. https://unstats.un.org/sdgs/indicators/Global%20Indicator%20Framework%20after%202020%20review_Spa.pdf
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y Validez* (6a. ed.). Trotta.
- Hammergren, L. (2005). Expanding the Rule of Law: Judicial Reform in Latin América. *Washington University Global Studies Law Review*. 4(3), 601-608.
- World Justice Project (2023). *How we measure?* <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/about#howwemeasure>
- Landman, T. y Carvalho, E. (2010). *Measuring human rights*. Routledge.
- Merry, S. E. et al. (2015). *The quiet power of indicators: Measuring Governance, Corruption and Rule of Law*. Cambridge University Press.
- México Evalúa (2022). *Hallazgos 2021, Seguimiento y evaluación del sistema de justicia penal en México*. Mexico Evalua; USAID; Friedrich Naumann Stiftung.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012). *Indicadores de Derechos Humanos, Guía para la medición y la aplicación*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf
- Organización Internacional del Trabajo (2016). *Guía para la Evaluación del Impacto de la Formación*. Organización Internacional del Trabajo.
- Perez Hurtado, L. F. (2009). *La futura generación de abogados mexicanos. Estudio de las escuelas y los estudiantes de derecho en México*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Poder Judicial de la CDMX (2022). *Anuario Estadístico e indicadores de Derechos Humanos*. https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/estadistica/wp-content/uploads/2_Presentacion_e_introduccion.pdf
- Restrepo Amariles, D. (2014). The Mathematical Turn: L'indicateur rule of law dans la politique de developpement de la Banque mondiale. En B.

- Frydman, B. y A. van Waeyenberge (eds.), *Gouverner par les standards et les indicateurs: de Hume au rankings*, (pp. 193-234). Bruylant.
- Restrepo Amariles, D. (2015), Legal indicators, global law and legal pluralism: an introduction. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 47(1), 9-21.
- Sanchez, A. *et al.* (2009). Legalist vs. Interpretativist: The Supreme Court and the Democratic Transition in Mexico. *Stanford Public Law Working Paper*, (1499490).
- Sano, H.-O. (2000). Development and Human Rights: The Necessary, but Partial Integration of Human Rights and Development. *Human Rights Quarterly*, 22(3), 734-752.
- Santos, A. y Trubek, D. (2006). *The New Law and Economic Development: A critical appraisal*. Cambridge University Press.
- Silva Forné, C. *et al.* (2017). Índice de letalidad 2008-2014: menos enfrentamientos, misma letalidad, más opacidad. *Perfiles Latinoamericanos*, 25(50), 331-359.
- Santos, B. de S. y Rodríguez Garavito, C. (2005). Law, politics and the subaltern in counter-hegemonic globalization. En B. de S. Santos y C. Rodríguez Garavito (eds.), *Law and Globalization from Below*. Cambridge University Press.
- Data Bank Metadata Glossary (2023). *Rule of Law: Estimate*. <https://databank.worldbank.org/metadataglossary/worldwide-governance-indicators/series/RL.EST>
- Suárez Ávila, A. A. (2014). *La protección de los derechos fundamentales en la Novena Época*. Porrúa.
- Tate, N. y Vallinder, T. (1997). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press.
- Tortolero Cervantes, F. (2021). Las audiencias privadas. En C. Astudillo y J. R. Cossío Díaz, *Organización y Funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Tirant Lo Blanch.

Contribuciones de la policía administrativa para el cumplimiento de los fines del Estado social y democrático de derecho en el ordenamiento territorial¹

Contributions of the Administrative Police to the Fulfillment of the Purposes of the Social and Democratic State of Law in Territorial Planning

Jorge Eduardo VÁSQUEZ SANTAMARÍA

 <http://orcid.org/0000-0002-6280-005X>

Grupo de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica Luis Amigó, Medellín, Colombia.

Correo electrónico: jorge.vasquezsa@amigo.edu.co

RECIBIDO: 4 de julio de 2023

ACEPTADO: 11 de septiembre de 2023

RESUMEN: A partir de la interrogante ¿qué contribuciones promueve la policía administrativa en el ámbito especial del ordenamiento territorial colombiano y español para cumplir con los fines que le son asignados en el Estado social y democrático de derecho (ESDD)? primero se hace una contextualización del ESDD, y en él, de los retos a los que está llamado el derecho administrativo para facilitar los cometidos del componente social. De allí se desprende el derecho administrativo como ciencia de dirección, alternativa dogmática que permite diferenciar el ámbito general administrativo de los ámbitos especiales o de referencia, entre los cuales está el ordenamiento territorial. En este opera el ejercicio de la función administrativa que tiene como una de sus expresiones la actuación de policía, lo que da lugar a una exploración comparada del panorama teórico sobre la policía en el derecho administrativo de España y de Colombia, a identificar contribuciones que aquella actuación promueve sobre el ámbito del ordenamiento territorial, y con ellas, de móviles de sistematización en el ámbito administrativo general. Para ello se empleó una metodología cualitativa, dogmático jurídica, comparativo-hermenéutica, con estrategia documental.

Palabras clave: policía administrativa, acción de policía, ámbito especial, ordenamiento territorial.

¹ Resultado de la investigación “*Cambios del Derecho Administrativo a partir de los mecanismos de actuación de la administración en el Estado Social y Democrático de Derecho (ESDD): El ordenamiento territorial*”, adscrito a la línea de investigación en “Derecho y Sociedad” del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica Luis Amigó, Medellín, Colombia, institución que avaló y financió el proyecto.

ABSTRACT: Based on the question “What contributions does the administrative police promote in the special scope of the Colombian and Spanish territorial planning to comply with the purposes assigned to it in the Social and Democratic State of Law (ESDD)? First, a contextualization of the ESDD is made, and in it, of the challenges to which the administrative law is called to facilitate the tasks of the social component. From there, the administrative law as a management science is derived, a dogmatic alternative that allows differentiating the general administrative field from the special or reference fields, among which is the territorial planning. In this, the exercise of the administrative function operates, which has as one of its modalities that of police, which gives rise to a comparative exploration of the theoretical panorama on this function in the administrative law of Spain and Colombia, to identify contributions that this function promotes on the scope of the territorial ordering, and with them, of systematization motives in the general administrative scope. For this purpose, a qualitative, dogmatic-legal, comparative-hermeneutic methodology was used, with a documentary strategy.

Keywords: administrative police, police action, special scope, territorial planning

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Panorama teórico sobre la policía en el derecho administrativo colombiano.* III. *Contribuciones de la policía administrativa en el ámbito del ordenamiento territorial colombiano.* IV. *Panorama teórico sobre la policía administrativa en el derecho administrativo español.* V. *Contribuciones de la policía administrativa en el ámbito del ordenamiento territorial español.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En España como en Colombia la adopción del Estado social y democrático de derecho (ESDD) se puede sintetizar en un término que los asemeja: transición; de tipo democrática en ambos Estados, aunque con abismos, si se les compara en los sucesos históricos previos que motivaron la llegada del componente social al Estado de derecho en sus textos constitucionales. En ambos el cometido de base era implantar la idea de la “igualdad ante la ley, o, lo que es lo mismo, a que se atiende a los fines existenciales de todos sin excepción de circunstancias personales y a una aplicación objetiva de la norma general sin consideración de posición, estamento” (Heller, 1985, p. 288). Esa transición² ha involucrado profundos cambios para los poderes pú-

² De acuerdo con Villar Borda (2007) lo que denominamos ESDD tiene su origen en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, y con base en ese antecedente, “la Constitución Española de 1978, en su artículo 1, declara que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho” (p. 73). Villar Borda (2007) sostiene que uno de los más notables precursores de ese modelo de Estado fue “Lorenz von Stein (1815-1890),

blicos, en España, porque introdujo el cometido social para el Estado, la prevalencia democrática del poder, y el sometimiento de esas dos dimensiones al derecho (García Pelayo, 2005); en Colombia, el componente social no sólo se relaciona con la organización entre poderes públicos y la aplicación del derecho, sino, sobre todo, con la defensa de contenidos jurídicos materiales, pues la inclusión de lo social “no debe ser entendido como una simple muletila retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado” (Corte Constitucional, 1992, T – 406), sino como un modelo que conjuga elementos del Estado de bienestar y del Estado democrático en uno cuya tradición era fuertemente liberal.³

La administración pública en el ESDD debe responder a la necesidad del cambio, lo que ha conllevado una transformación en la comprensión que la asume como sujeto y como función, que engloba al derecho administrativo como su entramado regulador, y a la dogmática administrativa que aboca su aprehensión y estudio. Esa transformación se ve impulsada por el componente social del Estado de derecho, pues las necesidades sociales requieren de una reglamentación propicia (Penagos, 2003), que al tiempo enfrente “la inestabilidad permanente y los problemas de conocimiento y aplicación de la profusa regulación” (Desdentado Derocha, 1999, p. 52), plantea la recomposición de las relaciones del Estado con los administrados,

para quien el fin principal de la administración es la solución del problema social mediante la protección y asistencia a los más débiles” (p. 83), pero reconoce que la elaboración de la cláusula de Estado Social de Derecho es de Hermann Heller, quien vio en el Estado de Derecho condiciones insuficientes para hacer realidad la igualdad, y propuso como alternativa un modelo entre el Estado de Derecho y la Dictadura (Villar Borda, 2007, p. 87), en lo que coincide Rodríguez-Arana Muñoz (2015): “no es casualidad que Heller plantease por primera vez la dimensión social del Estado tratando acerca del Estado de Derecho y la dictadura fascista” (p. 163). En Colombia el origen del Estado Social de Derecho “se basó en modelos extranjeros como la Ley Fundamental alemana de 1949 y la Constitución española de 1978, que establecen cada una el principio del Estado Social de Derecho como pilar de la actuación del Estado” (Martín Castillo y Trujillo González, 2016, p. 58), pero en ese país es la Corte Constitucional a quien se confirió su interpretación como principio acorde con las circunstancias de la realidad nacional (Martín Castillo y Trujillo González, 2016).

³ El paso del Estado Liberal al ESDD, Ureta Rojas (2004) lo explica así: “lejos del modelo liberal, donde se detentaba como axioma principal de toda la estructura jurídica la existencia de un principio para enfocar el fin del derecho y del Estado. En la primera, llamada dimensión cuantitativa, suele tratarse la categoría de lo social a través del tema de las políticas estatales. En la segunda, denominada dimensión cualitativa, se analiza todo desde la perspectiva del denominado Estado constitucional democrático” (pp. 327-328).

y le implican una reinención como autoridad garante a nivel social (Pardo, 2012). Se trata de un derecho administrativo que parece desagregarse a través de una ampliación que incluso trasciende a la administración pública (Carro Fernández-Valmayor, 2014).⁴

En medio de los retos que enfrenta el derecho administrativo sobresale la necesidad de la eficacia de la actuación de la administración, toda vez que con ella se realizan fines sociales y se tributa a la igualdad material que se propone el ESDD. Esa eficacia en los estudios del derecho administrativo se proyecta en diversas apuestas, entre ellas el derecho administrativo como sistema o ciencia de dirección (Brohm, 1969; Meyer-Hesemann, 1981; Ishikawa, 1992; Schmidt-Assmann, 2003) que lo asume como un derecho de idea ordenadora, donde se diferencia el ámbito general como aquel que sistematiza y racionaliza las experiencias provenientes de sectores administrativos especiales, como el tributario, el ambiental o el de transportes, con la posibilidad de alcanzar una teorización general desde esas especificidades (Schmidt-Assmann, 2003), para efectuar sobre esos ámbitos una retroalimentación en la cual se valide el sentido permanente de las construcciones jurídicas que ellos hicieron, o incluso, esas elaboraciones se puedan replicar a otros ámbitos para sustentar sus actuaciones.

El ordenamiento territorial es un ámbito de referencia o especial, porque a él se adscriben intereses igualmente especiales, tiene marcos regulatorios y reglamentarios, procedimientos, instrumentos y estrategias para resolver los conflictos que se presentan, y un conjunto de funciones atribuidas a la administración que promueven su actuación, una cuya formulación y ejecución la ha involucrado desde su dimensión de poder, orgánica y subjetiva, y desde la función que orienta su ejercicio, material y objetiva. Sobre esos aspectos se han elaborado posturas teóricas que se reflejan en el ordenamiento jurídico que dota de contenido al derecho administrativo, al tiempo que son el resultado de las modificaciones que históricamente se han presentado dentro del Estado, lo que hace de la acción administrativa una expresión del ob-

⁴ Al respecto, Rodríguez-Arana Muñoz (2015) plantea “acerca de la proyección del sentido y funcionalidad que implica la cláusula del Estado social y democrático de Derecho para el conjunto del Derecho Administrativo. ¿Es que el Derecho Administrativo puede mirar para otro lado mientras existen miles y miles de ciudadanos que no disponen de las mínimas condiciones vitales para el libre y solidario desarrollo de su personalidad?. ¿No habrá llegado el momento de que el Estado recupere su finalidad primigenia y se funde y actúe de acuerdo con la centralidad de la dignidad humana?” (p. 162).

jeto del derecho administrativo, como una de las formas con las cuales éste ha evolucionado.

La asignación de fines y de competencias al ordenamiento territorial es uno de los elementos que lo confirman como ámbito de referencia o especial. De acuerdo con Schmidt-Assmann (2003), se habla de este cuando en él opera una ordenación de intereses especiales que son reconducidos al ámbito general del derecho administrativo para ser racionalizados y sistematizados, intereses que se diversifican e incrementan en el Estado moderno, lo que puede provocar la inoperancia del mismo a raíz de las difusas y complejas demandas de ejecución para la satisfacción de esos intereses. Por esa razón el derecho administrativo puede exigir que se justifique la legitimidad del interés de un ámbito especial, lo que se acredita cuando los estándares de un ámbito pueden ser empleados como reglas generales en otro, o cuando se puede afirmar que las particularidades de un ámbito son legalmente reconocidas de forma estable y duradera.

Como ámbito especial, el ordenamiento territorial tiene normas sectoriales, con modelos y con propuestas de resolución de sus propias controversias; se constituye en una fuente de recursos y propuestas a partir de la experiencia que construye con el tratamiento de sus propios intereses especiales, por lo que está en capacidad de ofrecer modelos y recursos que salen de los supuestos y casos que le permiten hacer ejercicios de tipo inductivo que luego pueden dar lugar a la elaboración de teorías generales. En nuestro caso, el ordenamiento territorial permite evidenciar el acento que pone cada acción administrativa sobre los intereses que como ámbito de referencia está llamado a realizar.

A través de la actuación administrativa el ordenamiento territorial refleja la función de las autoridades competentes, el municipio y el distrito históricamente han sido los protagónicos en Colombia, siempre que se les ha encomendado la planeación y el ordenamiento de su territorio, una vocación que encontró en la Constitución Política de 1991 la asignación directa de esa función en el artículo 311⁵ y tuvo desarrollo en la Ley 388 de 1997, que re-

⁵ Constitución Política de Colombia [CPC] de 1991, artículo 311: Al municipio como entidad fundamental de la división político (*sic*)-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

coge los fines mínimos que debe realizar el ordenamiento territorial en las escalas locales,⁶ así como su tarea de complementar la planificación del desarrollo social, económico y ambiental. Más allá de su histórico liderazgo en el ordenamiento territorial, en la actualidad las entidades locales se deben coordinar con áreas metropolitanas, departamentos, regiones y Nación a partir de los avances legislativos orgánicos iniciados desde 2011, cuando comenzaron los desarrollos de los artículos 151⁷ y 288⁸ de la Constitución sobre las competencias territoriales.

Tras ello, se trata de fijar un lindero con el ámbito urbano, límite aún difuso en las normas y en el ejercicio de la función administrativa, si se tiene presente que en Colombia el ordenamiento territorial ha adquirido por lo menos dos dimensiones relacionadas entre sí, una de tipo local, instrumental y técnica, que legalmente se define como la acción “referida a las decisiones administrativas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo, adoptadas mediante actos administrativos que no consolidan situaciones jurídicas de contenido particular y concreto” (Ley 388/97, artículo 8), y otra dimensión relacionada con la organización y el funcionamiento del Estado,⁹ que sigue siendo un pendiente

⁶ Ley 388 de 1997, artículo 5, establece que son fines de la función pública del urbanismo: “1. Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios. 2. Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible. 3. Propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural. 4. Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales”.

⁷ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 151: “El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se [...] la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales [...]”.

⁸ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 288: “La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley”.

⁹ Sobre esas dos dimensiones a dicho la Corte Constitucional (2020): “[...] resulta necesario diferenciar dos contenidos diferentes del ordenamiento territorial: (i) aquellos relativos a la organización territorial del Estado o la “división político-administrativa del Estado” y que

“ante el fracaso coyuntural de la figura regional y el resurgimiento paulatino de políticas en pro de la figura departamental, pero, especialmente, ante el silencio del legislador y el protagonismo de la carismática figura presidencial” (Estupiñán Achury, 2011, p. 472).

En el caso de España, el ordenamiento territorial es un ámbito de referencia sobre el cual la competencia constitucional está atribuida a las Comunidades Autónomas (CCAA), que establecen regulaciones que deben ser objeto de actuación de los entes locales, lo que hace de la distribución de competencias territoriales un escenario más pacífico y definido que en Colombia, o por lo menos así parece, pues es posible que los desarrollos hayan sido más formales que reales, pues “pasadas más de tres décadas desde que todas las Comunidades Autónomas asumieron la competencia en la materia, únicamente existe uniformidad en una cuestión: el desarrollo legislativo de la competencia en Ordenación del Territorio” (Rando Burgos, 2017, p. XLI). Ese ámbito se inclina a la “escala supralocal y regional, integrar y relacionar el territorio atendiendo a la zonificación o destino de éste y en la búsqueda del equilibrio territorial y el desarrollo equilibrado del territorio en su conjunto” (Rando Burgos, 2017, p. XLI), tal como lo explica Parejo Alfonso (2012):

alude a una perspectiva y escala específicas, comprensivas de las características del urbanismo (lo relativo o atinente a la ciudad, lo urbano), para el control de los factores o elementos básicos (la estructura de la ocupación y la utilización del territorio considerado) capaces de condicionar la configuración del espacio social de convivencia, por lo que hace referencia a 1) magnitudes supralocales, preferentemente regionales, y 2) decisiones sobre la estructura, disposición

determinan la organización administrativa del poder público por niveles, en sus aspectos orgánico (cuáles son, en abstracto, las categorías o tipos de entidades que la conforman: Nación y entidades territoriales —requisitos para crearlas, formas asociativas—) y funcional (cuáles son las competencias de cada nivel y cómo se distribuyen las funciones). El “ordenamiento territorial” entendido como la organización territorial del Estado es una función propia del Legislador, que debe ejercer con la expedición de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (en adelante, LOOT) y (ii) aquellos contenidos del ordenamiento territorial relativos a la ordenación del territorio de cada entidad territorial en concreto, como mecanismo local de planeación del desarrollo, a partir de componentes físicos; urbanos y rurales. Es este segundo aspecto el que, en estricto sentido, corresponde al concepto de ordenamiento territorial u ordenación del territorio. Por lo tanto, la expresión constitucional de Ley de ordenamiento territorial se refiere, de manera más precisa, a una ley de organización territorial del Estado”.

y composición de las actividades principales o más determinantes, es decir, estructurantes del territorio. (p. 65)

Se trata de una comprensión del ordenamiento territorial más encauzada a lo que la experiencia colombiana ha podido llegar, en la medida que se le atribuyen objetivos como materializar “un Modelo Territorial globalmente considerado” que tenga la capacidad de identificar “las necesidades de acondicionamiento territorial generadas y los impactos que estas vayan a tener en el medio territorial preexistente” (Pérez Andrés, 1998, pp. 20-21). Como labor de la administración se focaliza en “la estructuración del territorio en función de las actividades susceptibles de ser acogidas en distintas partes del mismo” (Sola Teysiere, 2007, p. 59), y para ello resulta esencial el ejercicio de las administraciones por medio de actuaciones, siempre que el ordenamiento territorial acarrea “el conjunto de actuaciones administrativas dirigidas a conseguir en un territorio una distribución óptima de la población y de las actividades económicas y sociales” (Pérez Andrés, 1998, pp. 20-21).

De esas acciones no escapa la de policía, que aunque con orígenes lejanos en el tiempo, exige su estudio¹⁰ como cualquier modalidad de actuación de la administración, al congregar compendios normativos que respaldan las actuaciones que requiere la administración en el ESDD. Entre sus expresiones están las que tienen lugar en el ámbito del ordenamiento territorial, y su investigación es necesaria en la medida que en este también se propone “la valoración —positiva o negativa— del estado real y la necesidad de una acción preventiva y, en su caso, correctora para alcanzar el fin constitucional, la utilización racional” (Parejo Alfonso, 1999, p. 74).

Sin embargo, la actuación de la administración no se adscribe a una postura teórica exclusiva ni excluyente, lo que hace imperioso explorar el panorama teórico de la actuación de policía en el ámbito general administrativo, pues en él se hacen apreciables las formas a través de las cuales lo territorial tiene lugar en el ordenamiento jurídico al amparo de las elaboraciones que han definido a la administración y al ejercicio de su función. En ese contexto, la actuación administrativa implica la ejecución de los cometidos

¹⁰ La necesidad de su estudio se aprecia en la dictrina. Olano García (2010): “Muchas cosas se suponen conocidas por todos, pero uno de los grandes vacíos es el de la policía administrativa” (p. 197); Brewer-Carías (1991): “[...] además de la actividad de servicio público, de la actividad de fomento y de la actividad de gestión económica se destaca por su importancia y omnipresencia, la actividad de policía” (p. 51).

formalmente reconocidos y de contenidos materiales que los sustentan o se desprenden de ellos, y allí, concurren las formas que explican la función de la administración, lo que hace imposible descartar o negar la incidencia de la policía administrativa como una de las formas a través de las cuales se explica la actuación que se materializa con el ejercicio de la administración.

Las formas de actuación de la administración ubican el debate en la coexistencia y convergencia de posturas que desde su pervivencia han tenido sobreposiciones, lo que ubica ese debate en un escenario donde la administración, como expresión institucionalizada del poder público ejecutivo, y el despliegue de sus funciones, como expresión de la confluencia de la legalidad y la discrecionalidad, se encuentran con la imperiosa realización de los fines del ESDD. Se trata de un ámbito administrativo general ecléctico, en el que se conjugan yuxtaponen formas de acción que asumen la concepción del objeto de derecho administrativo (Santofimio Gamboa, 2007), que no es indiferente a las incidencias que resultan de otros donde evolucionan concepciones más profundas, donde el formalismo jurídico y la confianza en la ley también son objeto de cambios.

De allí que el análisis del ámbito del ordenamiento territorial requiera la consideración previa de una de las más tradicionales modalidades de actuación como es la de policía, siempre que ella es una de las que permite hacer énfasis en los “distintos modelos de actuación que posibilitan clasificar la actividad administrativa” (Cuadra-Salcedo, 2016, p. 3). La de policía se presenta desde el ámbito del ordenamiento territorial coincidiendo en ser una “suma incontable de actuaciones concretas de las que podría parecer que no se pueden extraer reglas generales” (Cuadra-Salcedo, 2016, p. 3), no obstante, en ella radican denominadores comunes que dinamizan al ámbito de referencia del ordenamiento territorial y al ámbito general administrativo, y “aportan luz a la relación de la administración con la sociedad o con los particulares” (de la Cuadra Salcedo, 2016, p. 3).

Se trata de una actuación administrativa adscrita a una función, que al tiempo tiene como base el poder de policía, razón para que este escrito se pregunte: ¿qué contribuciones promueve la policía administrativa en el ámbito especial del ordenamiento territorial colombiano y español para cumplir con los fines que le son asignados en el Estado social y democrático de derecho (ESDD)? El objetivo general se concentra en la extracción de contribuciones de la policía administrativa apoyándose en una exploración comparada del panorama teórico que la aprehende en el derecho administrativo colom-

biano y español, de donde se desprende la identificación de contribuciones para el ámbito del ordenamiento territorial que le permiten emprender actuaciones de policía para realizar fines del ESDD. Con ello, se identifican móviles de sistematización en el ámbito administrativo general que contribuyen a la teorización administrativa en ese modelo de Estado. Para ello se siguió una metodología cualitativa, dogmática jurídica, comparativa-hermenéutica y con estrategia documental, y si bien en lo cualitativo no se suele proponer hipótesis, en la medida que su finalidad no es la constatación o la verificación de realidades, sino la comprensión de las mismas, como parámetro orientativo de esta exploración se propone como hipótesis que el ordenamiento territorial se individualiza y cualifica como ámbito administrativo especial gracias a las contribuciones que hace la policía administrativa en la sistematización de las experiencias de esos ámbitos en Colombia y en España, delimitación que le permite a la administración competente emprender la actuación administrativa para realizar los fines encomendados por el ESDD.

II. PANORAMA TEÓRICO SOBRE LA POLICÍA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

El poder de policía en Colombia es para Santofimio Gamboa (2007) el punto de partida del derecho administrativo, toda vez que “cuando el poder del monarca se amplió al interés público a través de la denominada policía de la res publica, se comienzan a vislumbrar algunos antecedentes de lo que modernamente identificamos como administración pública” (Santofimio Gamboa, 2007, p. 33). Tras ello, el panorama teórico de la misma ha tenido preferentemente asiento a partir del derecho administrativo francés,¹¹ donde “la satisfacción de las necesidades de la comunidad es la forma en la cual el Estado ejerce imperio sobre los administrados” (García Parra, 2018, p. 204), razón para asumir el poder de policía como “la facultad de expedir normas y reglamentos que garanticen el orden público como una potestad del Estado para realizar sus fines” (García Parra, 2018, p. 204).¹² Esa pers-

¹¹ En ello coincide Olano García (2010): “el poder de policía, también se ha llegado a denominar, de acuerdo con la noción francesa, como el Estado Gendarme o el Estado de Policía, para significar con esto que lo que se deseaba era vigilar a los ciudadanos para que no abusaran de sus derechos en perjuicio de los demás” (p. 107).

¹² Así lo sostiene Younes Moreno (2007): “corresponde al Estado, reglamentar las activi-

pectiva se vincula con la acción del servicio público, toda vez que el “derecho administrativo francés concibió la policía administrativa no propiamente con la comprensión de ella con una de las actividades administrativas, sino como un derecho de las administraciones públicas, para con base en él poder organizarse pero, sobre todo, poder prestar los servicios públicos” (Montaña Plata, 2010, p. 135).

Facultar a las administraciones con derechos deviene de la tarea que ellas tienen de satisfacer los fines sociales, “las administraciones públicas demandaban «derechos» (poderes) a través de los cuales imponían ciertos límites a los derechos fundamentales, con la única finalidad de servirle a la comunidad, es decir, de prestar un servicio público” (Montaña Plata, 2010, p. 36), razón para que entre la acción derivada del poder de policía y la de servicio público exista un vínculo de reglamentación de las actividades privadas en la esfera pública, y de satisfacción de necesidades a través de las prestaciones que debe asegurar la administración.

Pero a diferencia de posturas que explicitan la relación entre la acción que deviene del poder de policía y la del servicio público, donde la primera se proyecta como condición de la segunda, gran parte de la doctrina se remonta al poder de policía relacionado con la restricción de libertades justificada en el aseguramiento del orden público, como se ejemplifica en Younes Moreno (2007): “la esencia del poder de policía reside en la posibilidad de limitar total o parcialmente ciertas actividades de los particulares en razón del interés general” (p. 241), o de Rodríguez Rodríguez (2007) “la esencia del poder de policía reside en la posibilidad de limitar total o parcialmente ciertas actividades de los particulares en razón del interés general” (p. 535). Se trata de una policía asumida desde la teoría clásica de la subjetividad de los derechos de Jellinek, como el ejercicio restrictivo de derechos y libertades, “afectaba el status *negativus libertatis* o aquella esfera individual donde al estado se le deriva un no hacer. En efecto, el estado terminaba «haciendo» algo, y esta realidad no podía sino observarse como una evidente limitación a uno de los tres estatus de los derechos subjetivos (*negativus libertatis*, *positivus civitatis*, *activae civitatis*)” (Montaña Plata, 2010, p. 141).

Con ello no opera el desprendimiento de la policía de la acción del servicio público, pero en supuestos que no hacen explícita esa relación para reali-

dades de los particulares con el objeto de prohibirles algunas de aquellas, y señalar los actos y operaciones necesarios para asegurar la aplicación y sanción de estas reglas” (p. 241).

zar los fines del ESDD, la policía puede ser reducida a la capacidad de mera limitación de las libertades individuales, y se reduce con ello su razón de ser al orden público. Lo anterior aleja a la policía del criterio teleológico que define a la administración en el ESDD, en el cual, “la libertad es la regla, la restricción por medida de policía es la excepción” (Vidal Perdomo, 2013, p. 315), una perspectiva de donde resulta una acción que Vidal Perdomo (2013) explica como intervención administrativa que limita libertades individuales “en vista de asegurar el orden público” (p. 315), tratándose de una acción justificada en “la consagración legal de unos poderes de las administraciones públicas, necesarios para evitar desórdenes, es decir, para garantizar un orden público que se identificaba con la seguridad, la tranquilidad y la salubridad” (Montaña Plata, 2010, p. 135).

Pero esa forma de policía no tiene cabida en el ESDD, donde es “el conjunto de medidas coactivas utilizadas por la administración para que el asociado dirija su actuación dentro de los senderos que garantizan el interés general” (Santofimio Gamboa, 2007, p. 41). La policía, bajo el principio de legalidad, explora soluciones a través del ejercicio de la fuerza y la limitación de derechos y libertades individuales, que se conciben como finalidades alcanzables a través de la preservación del orden público, y con él, de la realización de la seguridad, la salubridad y la tranquilidad, condiciones para el libre ejercicio de las libertades democráticas, la prosperidad general y el goce de derechos humanos (Corte Constitucional, sentencia C – 117, 2006).

Rodríguez Rodríguez (2017) explica que la seguridad pública alude a la prevención de accidentes de diverso tipo y de flagelos humanos y naturales, y a la prevención de atentados contra la seguridad del Estado, lo que Olano García (2010) explica como la aplicación de la prevención a supuestos de desastre o de accidente. La tranquilidad, para Rodríguez Rodríguez (2017), comprende la prevención de los desórdenes en general, tanto en lugares públicos como privados, lo que Olano García (2010) asocia a evitar las alteraciones y desórdenes en la cotidianidad de la convivencia comunitaria. Este último autor se refiere a la salubridad pública como la prevención de supuestos biológicos y sanitarios que puedan afectar a la comunidad o al individuo, mientras Rodríguez Rodríguez (2017) la asume como la prevención de enfermedades que pueden afectar a la comunidad. Adicional a los tres fines originarios de la policía administrativa, los autores coinciden en incluir a la moralidad pública como uno adicional, en la cual “sólo serían reglamentables las manifestaciones exteriores de desorden” (Rodríguez Rodríguez, 2017, p.

469), esto es, “manifestaciones exteriores de desorden, como exhibicionismo, consumo de alucinógenos ante menores de edad” (p. 108), postura que si bien no es común en la jurisprudencia constitucional, que suele limitarse a la salubridad, la seguridad y la tranquilidad, tiene respaldo doctrinal, donde Vidal Perdomo (2013) asegura: “no es en sí misma objeto de policía mientras no se traduzca en desordenes exteriores” (p. 316), Montaña Plata (2010) argumenta que “A la tradicional seguridad, tranquilidad y salubridad se le han agregado entre otros, ingredientes de moralidad y estabilidad económica, lo que significa, sin asomo de duda, una ampliación de un derrotero que orienta el ejercicio de la función administrativa.” (p. 140), y Polo Figueroa (2001) incluye el ornato público y el medio ambiente, este último también pregonado por Olano García (2010) como “condiciones favorables para el desarrollo de las personas y de su calidad de vida, como la protección de recursos hídricos, la tenencia de animales” (p. 108).

Con lo anterior, la policía no concibe como fin el orden público, que pasa a ser medio para la realización de fines representados en el ejercicio de las libertades individuales y la superación de las deficiencias de la estructura social, resignificando el derecho individual de un objeto preferentemente restringible a uno realizable, donde la seguridad, la salubridad, la tranquilidad y la moralidad son los mínimos que deben ser garantizados por la policía, aquella que la jurisprudencia ubica como el poder de policía. De ese poder se desprende la función, y de ésta, la acción de policía, y será a través de su materialización que tenga lugar el orden público como plataforma para las libertades y derechos que aseguren el interés general, también en el ámbito del ordenamiento territorial.

Los cambios en la doctrina colombiana tienen reflejo en la jurisprudencia,¹³ donde la policía no sólo presenta el paso del orden público de fin a medio, sino que obliga a diferenciar entre sus distintas acepciones y en los alcances que adquiere como forma de acción que vincula al Estado con la preservación y el restablecimiento del orden público. Esta última acepción implica individualizar la policía como poder, función y acción, lo que se asegura a través de competencias y límites que se establecen con el orden público como el medio para la realización de las libertades y derechos en el ámbito general y en ámbitos como el territorial.

¹³ Ver por ejemplo las sentencias C - 557,1992; C - 024, 1994; C - 088, 1994; C-226, 1994; C - 366, 1996; SU - 476, 1997; C - 110, 2000; C - 1410, 2000; C 1444, 2000; C - 790, 2002; C - 490, 2002; C - 492, 2002.

Barreto Rozo (2009) sostiene que la policía en la Corte Constitucional es una noción que tiene distinta caras, toda vez que se le relaciona con el “cuerpo civil de funcionarios armados” (p. 97), que se conoce como Policía Nacional; como la “colaboración que pueden prestar ciertos cuerpos a las autoridades judiciales para el esclarecimiento de delitos” (p. 97), lo que la Corte denomina “policía judicial” (p. 97), la policía administrativa, como las “formas de la actividad del Estado ligadas con la preservación y restablecimiento del orden público: es el poder, la función y la actividad de la policía” (p. 97), y las autoridades administrativas de policía, encargadas de la policía administrativa.

En la sentencia del 21 abril de 1982, la Corte Suprema de Justicia desarrolló el criterio que ha seguido la Corte Constitucional para diferenciar el poder, la función, y la acción de policía. Con el poder alude a la “competencia jurídica asignada y no como potestad política discrecional (artículos 1o. y 3o. del Código), es la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano [...]” (Corte Suprema de Justicia, 1982, Sentencia 21 de abril). Ese poder “puede limitar las garantías individuales con el objetivo de asegurar un estado de cosas (seguridad, tranquilidad, salubridad) en que puedan darse las condiciones mínimas necesarias para el ejercicio de los derechos constitucionales” (García Parra, 2018, p. 202), de manera que es normativo, legal o reglamentario, siempre que “corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Conforme al régimen del estado de derecho es, además, preexistente” (Corte Suprema de Justicia, 1982, Sentencia 21 de abril). Con el poder emerge la autoridad que ejerce el acto regulador o reglamentario, toda vez que depende de la “facultad de expedir una norma general, impersonal y abstracta y que esa norma sea de policía.” (Torres Rico, 1995).

La regla general es que en tiempos de normalidad constitucional “sólo el Congreso ejerce el poder de policía pues únicamente este órgano estatal puede, dentro del marco de los principios y valores consagrados por la Constitución, regular y limitar los derechos y libertades.” (Corte Constitucional, sentencia C -024, 1994). El poder de policía desarrollado por el legislativo habilita en el Poder Ejecutivo el poder reglamentario de las limitaciones y restricciones a las libertades dentro del marco de legalidad, razón para que el ámbito del ordenamiento territorial asegure una posición inicial de depen-

dencia frente al ámbito general, definida por la constitucionalidad y consecuente legalidad del poder de policía por medio de disposiciones que facultan el ejercicio de la función y la ejecución de la acción.

Esa regla general cuenta con excepciones, pues se reconoce que “la reglamentación y el control de las libertades públicas sea un asunto que compete al congreso” (Vidal Perdomo, 2013, p. 316) y da lugar a una reserva de ley, pero “la Constitución no establece una reserva legislativa frente a todos los derechos constitucionales ni frente a todos los aspectos relacionados con la regulación de los derechos” (Corte Constitucional, sentencia C – 024, 1994) lo que deja algunos derechos constitucionales para que algunas autoridades administrativas ejerzan poder de policía de tipo subsidiario o residual. Es el caso del presidente de la República cuando la Constitución lo faculta para normar el ejercicio de derechos y libertades, como sucede con el numeral 11 del artículo 189, o con las Asambleas Departamentales, a las cuales les corresponde “dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal” (Constitución Política, 1991, artículo 300, 8). También pasa con los Concejos Municipales, en donde se identifica una contribución del poder de policía para el ordenamiento territorial, específicamente sobre intereses propios de ese ámbito especial que realizan cometidos del ESDD, se trata de la reglamentación del uso del suelo y la vigilancia y control de las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda (Constitución Política, 1991, artículo 313, 7) y el control, la preservación y defensa de su patrimonio ecológico y cultural (Constitución Política, 1991, artículo 313, 9). Una segunda excepción se presenta con la anormalidad constitucional, donde la policía es un poder de limitación ejercido no por el legislador sino por el poder ejecutivo “cuando actúa con poder legislativo” (Rodríguez Rodríguez, 2007, p. 467).

Por su parte, la función de policía “Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste (poder de policía) a las autoridades administrativas de policía” (Corte Suprema de Justicia, 1982, Sentencia del 21 de abril); se trata de “la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por éste” (Younes Moreno, 2007, p. 242), y sobre la cual enfatiza la Corte Suprema de Justicia “dicha función no otorga competencia de reglamentación ni de regulación de la libertad” (1982, Sentencia del 21 de abril). La función de policía conlleva la realización, gestión o actividad de lo que contempla el poder de policía, y se evidencia con la realización de las competencias impuestas por el principio de legalidad que repo-

sa en quien ostenta el poder de policía, por lo que “implica la atribución y el ejercicio de competencias concretas asignadas de ordinario mediante el poder legislativo de policía a las autoridades administrativas” (Corte Constitucional, sentencia C – 366, 1996).

Como destaca Vidal Perdomo (2013): “La reglamentación es la medida de policía por excelencia, puesto que ella puede prevenir o regular el ejercicio de una actividad, con efectos sobre el orden público” (p. 327), sentido en el que coincide la legislación vigente, que define la función de policía como “la facultad de hacer cumplir las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de policía, mediante la expedición de reglamentos generales y de acciones apropiadas para garantizar la convivencia” (Ley 1801, 2016, artículo 16). La función de policía se realiza “en aquellos eventos en los cuales la autoridad administrativa ejerce su relación directa entre administración y administrado” (Corte Constitucional, sentencia C-117, 2006), en el nivel nacional le corresponde al presidente de la República como lo establece el artículo 189-4 de la Constitución, y en las entidades territoriales, distinto a un poder subsidiario y residual, la función recae en autoridades unipersonales elegidas democráticamente, siempre que es una competencia de los gobernadores, de acuerdo con el artículo 330 de la Constitución Política de 1991, y de los alcaldes, de acuerdo con el artículo 315-2.

Finalmente, la acción de policía es la “ejecución del poder y la función de policía en un marco estrictamente material y no jurídico, corresponde a la competencia del uso reglado de la fuerza, y se encuentra necesariamente subordinada al poder y a la función de policía” (Corte Constitucional, sentencia C-117, 2006), como se lee en la legislación vigente, que la explica como “materialización de los medios y medidas correctivas, de acuerdo con las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias conferidas a los uniformados de la Policía Nacional, para concretar y hacer cumplir las decisiones dictadas en ejercicio del poder y la función de Policía” (Ley 1801, 2016, artículo 20).¹⁴

¹⁴ Así también la describe Younes Moreno (2007): “conjunto de actos jurídicos y operaciones materiales, cuyo objeto es asegurar la aplicación de reglamentaciones para prevenir la infracción de sus disposiciones, constatar las violaciones eventualmente cometidas y deferir sus autores a las sanciones correspondientes” (p. 247).

III. CONTRIBUCIONES DE LA POLICÍA ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL COLOMBIANO

La sistematización administrativa permite diferenciar el poder, la función y la actuación de policía, lo que arroja contribuciones a la dimensión orgánica, funcional y finalista del ordenamiento territorial en el ESDD. Desde el punto de vista orgánico, la Constitución Política contribuye con el empoderamiento del municipio al declararlo “entidad fundamental de la división político administrativa del Estado” (artículo 311), a lo que suma competencias directas que no están necesariamente mediadas por ley, que contribuyen en la dimensión funcional del ordenamiento territorial. De una parte, la Constitución deposita en esas entidades locales el ordenamiento del desarrollo de su territorio (artículo 311), y en los Concejos Municipales la reglamentación de los usos del suelo, la construcción y enajenación de vivienda, y el patrimonio ecológico y cultural de su jurisdicción (artículo 313, 7 y 9), lo que representa el ejercicio autónomo de competencias justificadas en la realización directa de esos fines constitucionales. Así, el empoderamiento orgánico de la administración local se refleja en aspectos funcionales, toda vez que en ejercicio del poder de policía, el legislador desarrolla referentes jurídicos sobre las materias que son objeto de competencia constitucional de los municipios, pero con el deber de conservar una distancia frente a los contenidos de esas competencias, toda vez que están amparados por la garantía institucional de la autonomía local. De allí se desprende que la policía administrativa fortalece al municipio como expresión orgánica del ordenamiento territorial al hacerlo titular de funciones y competencias de ese ámbito especial que le permiten ejercer el poder reglamentario de policía, también residual, en el marco de los desarrollos legislativos y reglamentarios promovidos por autoridades no locales, labor que suele desempeñar con la reglamentación de los cometidos directamente asignados por la Constitución Política.

El poder de policía contribuye con la sistematización de normas generales que enmarcan el ejercicio de las citadas funciones de ordenamiento territorial, como sucede con “el conjunto de medidas que están al alcance de las autoridades municipales, conforme con el Código de Régimen Municipal”, Decreto 1333 de 1986, que en el artículo 93, numeral 7, dispone como atribuciones de los Concejos Municipales reglamentar la policía interior; y luego la Ley 1552 de 2012 confirma en esos cuerpos colegiados: “Disponer lo referente a la policía en sus distintos ramos, sin contravenir las leyes y ordenanzas,

ni los Decretos del Gobierno Nacional o del Gobernador respectivo” (Ley 1551, 2012, artículo 18).

Ese poder de policía rige la normativa policiva por medio de la Ley 1801 de 2016, que en la dimensión orgánica para el ámbito del ordenamiento territorial, contribuye con el ya mencionado poder residual a los Concejos Distritales y Municipales sobre las materias que no hayan sido reguladas o reglamentadas por las autoridades no locales. En este caso, eso se concentra en las competencias directamente asignadas por la Constitución, sujetando su ejercicio al principio de legalidad pero en conjugación con la capacidad reglamentaria del principio de autonomía, arrojando como contribución que, se trate de la policía general o de policías especiales, “el haz principal de funciones policivas correspondientes a esa esfera semiautónoma se ejerce en la órbita municipal, en forma que las autoridades de este nivel son las depositarias de la mayor cantidad de poderes de policía” (Vidal Perdomo, 2013, p. 316).

De allí que la diferencia que hace la doctrina entre la policía general y las policías especiales sea compatible con el desarrollo teórico que ese poder ha tenido en Colombia. Se distingue la policía general, “como el conjunto de las actividades administrativas que tienen por objeto la expedición de reglas generales y de medidas individuales necesarias al mantenimiento del orden público” (Vidal Perdomo, 2013, p. 317), se sustenta en el criterio funcional de la administración, y se observa que en el ordenamiento jurídico, siempre atento al principio de legalidad, son actividades que están atribuidas a diferentes órganos. Por su parte las policías especiales aluden a casos donde “un orden determinado de actividades de los ciudadanos puede ser objeto de limitaciones particulares, como las que provienen del medio ambiente” (Vidal Perdomo, 2013, p. 321) o justamente las del ordenamiento territorial, como se respalda en la ya citada facultad de los Concejos Municipales de los numerales 7 y 9 del artículo 313 constitucional, y la función atribuida en el artículo 311, de donde se identifica al ordenamiento territorial como un ámbito que da lugar a una policía especial.

Para las entidades locales, el ámbito general administrativo en el que ejercen el poder de policía resulta altamente enriquecido, pues de una parte el poder legislativo, el ejecutivo nacional y el departamental les proporcionan un marco jurídico en el que referencian el ejercicio del poder, de la función y de la acción de policía, general y especiales. Se trata una contribución representada en una plataforma normativa del ámbito general, a partir de la cual la entidad local puede desplegar su capacidad reglamentaria, y adicional,

cumplir la función y actividad de policía. De otro lado, a falta de regulación o reglamentación de parte de las autoridades competentes, o de la asignación directa de funciones por parte de la Carta Política sin que medie ley, la contribución de la policía en el ámbito general es el reconocimiento del poder de policía residual, y con él, una potestad reglamentaria que responderá a las dimensiones materiales de las necesidades territoriales de su jurisdicción, toda vez que: “son las autoridades municipales las que se encargan principalmente de esa misión por su cercanía a los administrados y porque la noción jurídica de poder de policía dice relación con ciertos factores esenciales de la vida en comunidad, que tienen su expresión más importante en la órbita municipal” (Vidal Perdomo, 2013, pp. 317-318). Con ello, el poder de policía que se configura en el ámbito general inicialmente se replica y refleja en el ordenamiento territorial como ámbito de referencia local que, soportado en el principio de autonomía, encuentra un escenario para ejecutar el poder de policía de acuerdo con la ordenación de los intereses que confluyan en el ámbito de referencia territorial, haciendo uso, incluso, de su poder residual.

Pero acudir a la autonomía para limitar derechos y libertades no es razón suficiente para justificar esa acción de la administración local. No se debe olvidar que la Corte Constitucional indica que “la preservación del orden público no puede lograrse mediante la supresión o restricción desproporcionada de las libertades públicas, puesto que el desafío de la democracia es permitir el más amplio y vigoroso ejercicio de las libertades ciudadanas” (Corte Constitucional, sentencia C-117, 2006), razón para que las restricciones a los derechos y libertades no sólo tengan lugar en la sujeción al régimen de competencias del poder de policía y en su ejercicio reglamentario, sino que requieren de un ajuste teleológico, en la medida que en el ESDD “el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos” (Corte Constitucional, sentencia C-024, 1994).

El ejercicio de la acción de policía en ámbitos como el ordenamiento territorial aboca la realización de intereses colectivos y sociales antes que “limitar derechos y libertades individuales” (Montaña Plata, 2010, p. 141), pues la policía administrativa contribuye actualmente con la comprensión del orden público como un valor subordinado a la dignidad humana, pues de concebirse como un fin que se alcanza con la supresión de los derechos y las libertades, se entraría en una abierta contradicción con el carácter democrá-

tico del actual Estado constitucional, y no es ese el enfoque de la policía en el ámbito administrativo colombiano, menos en el ordenamiento territorial.

La policía es el fundamento teórico más tradicional del ámbito general administrativo, uno que también motiva y determina acciones como expresión del poder y de la función de policía, y se replica en el ordenamiento territorial. Pero por encima de esa posibilidad, el ordenamiento territorial debe poner “el acento en los fines y funciones que persigue la acción administrativa” (Schmidt-Assmann, 2013, p. 12), esto es, los mínimos de salubridad, seguridad, tranquilidad y moralidad como fines de policía impuestos por el ámbito general, como los especiales propios del ámbito de referencia territorial: propiedad privada, espacio público, ambiente sano, patrimonio cultural, seguridad, o vivienda digna.

En ese orden de ideas, la legislación policiva en el ordenamiento territorial contribuye con dos funciones; primero, incide de manera directa en la acción administrativa para proteger intereses que garanticen la salubridad, la tranquilidad, la moralidad y la seguridad, y segundo, al pretender la protección de intereses territoriales proporciona contenidos concatenados con aquellos fines. Esos contenidos son desarrollados normativamente pero no sólo a través del poder y de la función de policía, siempre que no son exclusivos de la policía administrativa, y además porque los intereses del ámbito territorial se adscriben a otras posibilidades de acción, por lo que no están restringidos ni al desarrollo legislativo de policía ni al cumplimiento exclusivo de la salubridad, la tranquilidad, la moralidad o la seguridad.

Para la realización de esos fines, la sistematización administrativa colombiana proporciona dos cuerpos normativos que han desarrollado la policía general que engloba sus fines mínimos articulando los del ordenamiento territorial. El Decreto 1355 de 1970 representó un poder de policía que se replicó primordialmente en el ámbito territorial urbano, poniendo el acento en la protección de la propiedad privada (artículos 122 a 132), como interés que motivó la acción policiva; luego la Ley 1801 de 2016 no sólo se reafirmó ese interés como movilizador de la acción administrativa en el ordenamiento territorial, sino que amplió la perspectiva de acuerdo con el catálogo de derechos de la Constitución Política de 1991, por lo que desarrolla regulaciones para el ejercicio de la propiedad privada —protección de bienes inmuebles a través de disposiciones sobre la posesión, la tenencia y servidumbres (artículos 76-82)— y abarca otras que coinciden con los fines atribuidos al ordenamiento territorial local. Es el caso de las conductas que afectan la seguridad

y bienes en relación con los servicios públicos (Ley 1801, 2016, artículo 20), la protección de la tranquilidad por medio de la privacidad (Ley 1801, 2016, artículos 32-33), la prostitución (Ley 1801, 2016, artículos 42-46), estacionamientos o parqueaderos (Ley 1801, 2016, artículos 89-90), el ambiente, en el que diferencia el recurso hídrico, fauna, flora, aire, sistema nacional de áreas protegidas y minería (Ley 1801, 2016, artículos 96-108), la protección de bienes del patrimonio cultural y arqueológico (Ley 1801, 2016, artículos 112-115), y la gestión del riesgo de desastres (Ley 1801, 2016, artículos 14-15). La Ley 1801 de 2016 contribuye con el ordenamiento territorial como una de las elaboraciones del ámbito general que cumple la función “espejo que refleja las necesidades del ordenamiento en cada momento histórico” (Schmidt-Assmann, 2013, pp. 11-12), siempre que la transición entre las dos normativas del poder de policía evidencia la relación entre el derecho constitucional y el administrativo, donde el primero opera “como un marco en cuyo seno se verifica la constante revisión de los dogmas tradicionales y, de otro, como receptor de las nuevas tendencias” (Schmidt-Assmann, 2013, p. 17)¹⁵, lo que en Colombia se refleja con el cambio del Estado de derecho a un ESDD renovado en valores y principios que redimensionaron el territorio.

En esa transición la propiedad privada es un interés del ámbito territorial que permanece a la luz de la función social y ecológica que la reviste en el nuevo orden constitucional (Constitución Política, 1991, artículo 58); sus transformaciones tributan a la consolidación del ordenamiento territorial como ámbito de referencia, una respuesta del ámbito general frente a los derechos y libertades vinculadas con las nuevas dimensiones de la propiedad, siempre que “su titular no debe gozarla en forma pasiva o inactiva, sino ponerla a producir, pues la propiedad se posee como parte o miembro de una sociedad” (Morcillo Dosman, 2007, p. 148).

¹⁵ Relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo que es base de la teoría del derecho administrativo como sistema (Schmidt-Assmann, 2003), y que se replica en autores como Rodríguez Arana Muñoz “[...] la esencia misma del Derecho Administrativo como Derecho de concreción o materialización de la Constitución. El mismo Forsthoff dirá que la Administración pública es la Constitución en acción. Es verdad que el Derecho Administrativo es, desde este punto de vista, Derecho Administrativo concretado” (p. 165); o Carro Fernández-Valmayor (2014): “Es muy conocida la afirmación de Fritz WERNER de que el Derecho administrativo de la segunda posguerra se nos aparece como «Derecho constitucional concretizado», esto es, como un Derecho administrativo que constituiría un desarrollo pormenorizado de lo ya previsto previamente en el texto constitucional. Todo ello sería, por lo demás, coherente con la actual consideración del Estado como «Estado constitucional»” (p. 15).

Otra contribución son las disposiciones policivas integradas en legislación que no tiene esa naturaleza, esto es, en legislación propiamente territorial. Las normas de ese ámbito de referencia reúnen supuestos que requieren del ejercicio reglamentario de la función de policía para concretar la acción, lo que hace de esa función una fuente de ejecución de las acciones en el ámbito territorial. Mientras la Ley 1801 de 2016 formaliza la policía general, la legislación territorial, que no es generada en ejercicio del poder de policía, pero engloba disposiciones de esa naturaleza, debe ser asumida desde una dimensión municipal y una nacional. En la dimensión municipal la Ley 388 de 1997 es la de mayor alcance en la legislación territorial, por lo cual se desarrolla en ese ámbito de referencia con la propiedad privada como un interés de máxima relevancia, al cual se adhieren otros ya citados como el espacio público, el ambiente, la vivienda, la gestión del riesgo de desastres, la movilidad o el patrimonio inmobiliario. Al compartir intereses y vincularse con la Ley 1801 de 2016 por medio del ámbito del ordenamiento territorial, la Ley 388 de 1997 fija modalidades de acción administrativa restrictivas o condicionantes del ejercicio de la propiedad privada que contribuyen con la realización de los fines de la policía administrativa, pero sobre todo, del interés general, como pueden señalarse las que se desprenden de la acción expropiatoria por motivos de utilidad pública que realizan contenidos de los fines mínimos de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad; la necesidad de zonificar y localizar el ejercicio de la prostitución, la prohibición de urbanizar en suelos de protección ambiental o la restricción de urbanizar en suelos rurales.

A partir de los derechos conexos a la propiedad privada que se convocan en la Ley 388 de 1997, se aprecia otra legislación territorial que también reúne acciones de policía. Es el caso del régimen de gestión del riesgo de desastres de la Ley 1523 de 2012, que en el ámbito territorial incluye medidas de adquisición y expropiación de predios y la orden de demolición e imposición de servidumbres, o los motivos que le permiten a autoridades ambientales adelantar procesos expropiatorios, dispuestos en el artículo 107 de la Ley 99 de 1993.

En la dimensión nacional, la Ley 1454 de 2011 si bien se localiza en el ámbito del ordenamiento territorial, claramente se distancia de la policía administrativa, pues su naturaleza la limita a condicionar la función legislativa ordinaria, al regular el “ejercicio de la actividad legislativa” (Monroy Cabra, 2007, p. 94), por lo que no es una norma policiva ni contempla disposicio-

nes de esa naturaleza. Pero con la distribución de competencias, la Ley 1454 de 2011 no sólo establece asuntos sobre los cuales es posible desplegar luego el poder y la función de policía en ese ámbito, sino que en ella tiene asiento el ejercicio del ordenamiento territorial municipal y distrital que viene siendo realizado con sujeción a la Ley 388 de 1997.

Las contribuciones de la policía para el ordenamiento territorial han resultado principalmente a través de la sistematización de competencias y funciones para respaldar la actuación administrativa en la realización de fines que ese ámbito especial asume en el ESDD. Pero adicional a las anteriores, el poder judicial consolidó una de las más relevantes contribuciones de la policía a partir de la distribución legal de competencias de ordenamiento territorial, consistente en la definición de los linderos del ordenamiento territorial como ámbito especial del Derecho administrativo. En la sentencia C – 138 de 2020, la Corte Constitucional establece la diferencia entre el ordenamiento territorial como organización territorial del Estado, que se ha desarrollado a través de la legislación orgánica, del ordenamiento territorial como “mecanismo local de planeación del desarrollo, a partir de componentes físicos, urbanos y rurales” (Corte Constitucional, sentencia C – 138, 2020)¹⁶, y en ello, la policía administrativa jugó un rol determinante, toda vez que el ordenamiento territorial local persigue fines de orden público, en el sentido de ser:

una medida de policía administrativa o de la función ordenadora de la administración que, a través de la determinación adecuada del espacio público (parques, plazas, vías, andenes, espacios sanitarios, equipamiento cultural y deportivo, etc.) y de la limitación de libertades y derechos, entre otros, del derecho a la pro-

¹⁶ La demanda de constitucionalidad resuelta por medio de la sentencia C – 138 de 2020 se dirigió contra los literales a y e del artículo 29 de la Ley 1454 de 2011: “Artículo 29. Distribución de Competencias en Materia de Ordenamiento del Territorio. “Son competencias de la Nación y de las entidades territoriales en materia de ordenamiento del territorio, las siguientes: (...) 2. Del Departamento. a) Establecer directrices y orientaciones para el ordenamiento de la totalidad o porciones específicas de su territorio, especialmente en áreas de conurbación con el fin de determinar los escenarios de uso y ocupación del espacio, de acuerdo con el potencial óptimo del ambiente y en función de los objetivos de desarrollo, potencialidades y limitantes biofísicos, económicos y culturales. (...) e) En desarrollo de sus competencias, los departamentos podrán articular sus políticas, directrices y estrategias de ordenamiento físico-territorial con los planes, programas, proyectos y actuaciones sobre el territorio, mediante la adopción de planes de ordenamiento para la totalidad o porciones específicas de su territorio.”

piedad, en desarrollo de la función constitucional que le es inherente (artículo 58 de la Constitución), del derecho al trabajo y de la libertad de empresa persigue, al amparo del principio de dignidad humana, crear condiciones materiales adecuadas para la convivencia en sociedad y para el correcto ejercicio de las libertades y derechos individuales y colectivos (Corte Constitucional, sentencia C – 138, 2020).

La policía administrativa confirma que el ordenamiento territorial local es un ámbito de referencia y una policía especial, donde la función de policía está asegurada en el ejercicio reglamentario del municipio como titular preferente de las competencias que la Constitución le asigna, y que a la par referencia la legislación nacional, con el deber de respetar su contenido como parte del núcleo esencial de la autonomía local que protege al municipio. A través del ejercicio reglamentario por medio de instrumentos de ordenamiento territorial que referencia la legislación nacional, cada municipio decide autónomamente el contenido de los mínimos de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que debe realizar en su jurisdicción, al tiempo que los conjuga con los fines propios del ordenamiento territorial que lea autónomamente en su jurisdicción.

IV. PANORAMA TEÓRICO SOBRE LA POLICÍA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

En España el origen de la policía es profundo y valioso, un precedente que en sus principios se remonta a “la procura del bienestar o la felicidad de los súbditos como fin esencial” (Parejo Alfonso, 2009, p. 142) lo que abarcó el resultado de un orden establecido y de una acción continuada ejecutada por el poder público; un poder “conforme a principios generales de la pluralidad múltiple de reglas dictadas por el monarca para hacer evolucionar el viejo orden de cosas” (Parejo Alfonso, 2009, p. 142). La policía asumió la labor de limitar el poder real, y sin renunciar a la idea del paternalismo, se orientó al derecho como regulador de la actuación pública, razón por la que se empleó para representar “la necesidad del orden y del control para alcanzar la felicidad y prosperidad de los ciudadanos” (Sánchez Raygada, 2010, p. 229), un legado de tipo técnico jurídico que a criterio de Malagón Pinzón (2010) “subsiste hoy en día en el derecho administrativo, aunque con otra in-

interpretación ideológica como es la del Estado Social de Derecho” (p. 473), donde la limitación de las libertades y los derechos solo puede darse para el aseguramiento de condiciones que sean requeridas para ejercer derechos sociales y buscar el bienestar general.

La policía se comprendió como “la cosa pública que borra las diferencias estamentales y políticas, y quien la invoca está aludiendo a intereses públicos, ajenos por completo a toda idea de particularidad y egoísmo” (Nieto, 1973, p. 37). Pero Izquierdo Carrasco y Rebollo Puig (2011) sostienen que “Lo que se entienda por policía administrativa no es una cuestión pacífica en la doctrina española” (p. 2), a pesar de que el caso ibérico permite una apreciación más directa no sólo de los orígenes de la administración, sino de su evolución a través de los cambios que ha sufrido con su actividad. La doctrina sobre la policía administrativa avanzó con expresiones jurídicas que facilitaron su estudio y valoración, como destaca Nieto (1976) en los casos de la Nueva y en la Novísima Recopilación, para terminar por inercia en una institución instrumentalizada al servicio del poder y al orden que éste establece, siempre que el “orden reflejará la imagen del poder, puesto que el buen orden será un resultado de la actividad de gobierno” (Sánchez Raygada, 2010, p. 235).

En ese sentido la policía se asumió como “un poder que proviene del Príncipe y que se refiere a sus reglamentos como leyes y ordenanzas particulares que son llamadas propiamente edictos” (Sánchez Raygada, 2010, p. 236). La policía fue vista como el “instrumento en manos del monarca para expandir su poder absoluto frente a los estamentos” (Malagón Pinzón, 2010, p. 471), de manera que enmascaró el ejercicio del poder y fue empleada como “medio técnico de la intervención administrativa que asegura la felicidad de los individuos que la padecen” (Nieto, 1973, p. 46). Con ese enmascaramiento se excluyó la policía del bienestar (*Wöbfpolizei*) en privilegio de la policía de la seguridad (*Sicherheitspolizei*) (Garrido Falla, 1953, p. 14), una situación que se propagó gracias a que el soberano pudo asumir más competencias, hasta controlar cualquier perturbación de la paz (Villar Palasi, 1968), de manera que el empleo de la policía “se utilizó al servicio de los intereses del monarca. Se aprovecha su raigambre tradicional para facilitar su aceptación por los ciudadanos, y su amplio contenido para cobijar los distintos acentos que se le quieran atribuir” (Sánchez Raygada, 2010, p. 236).

Pero superados los flagelos propios del Estado feudal que justificaron la policía en la experiencia europea, y en ella, en la española, se hizo evidente la imposibilidad de sostener el discurso del bienestar de todos tras del cual

se aseguraba el ejercicio del poder absoluto del monarca. Contrario a potenciar el interés colectivo, esa concepción enmascarada de policía administrativa se provocó un regreso al individualismo clasista que generó el auge del poder del legislativo cuando emprendió la construcción de un conjunto de derechos individuales que no podían ser invadidos por la administración. El poder ya no iba a ser más responsable del bienestar de los súbditos, y pasó a tener un rol donde cada quien tenía que alcanzar la felicidad a su manera (Nieto, 1973), a lo que se agregó el reconocimiento del libre desarrollo de la iniciativa privada y del sometimiento de la actuación del Estado a la Ley, donde “toda intervención coactiva en la esfera particular se da sólo por razones de orden público, convirtiéndose el Estado en mero gendarme y custodio de la paz y seguridad pública” (Moncada Lorenzo, 1959, p. 83).

La policía pasó a ocuparse del orden público en remplazo del aseguramiento de la felicidad de todos, lo que dio lugar a su dimensión dual: “un aspecto negativo, de protección y defensa contra los peligros, y uno positivo, de fomento del bienestar” (Nieto, 1973, p. 49). El sentido negativo precisaba la conservación del orden público con la restricción de la libertad, y el positivo, la forma de “canalizar la iniciativa privada en el marco de las exigencias del interés público” (Moncada Lorenzo, 1959, p. 64). La premisa central se radicó en el “reconocimiento de una esfera individual ante la que debe detenerse el poder político” (Nieto, 1973, p. 49) lo cual se lograba a través de la autolimitación material del Estado, con la disminución de sus acciones al ámbito de la seguridad, y con la autolimitación jurídica, lo que abrió para los administrados la posibilidad de demandar protección judicial ante intervenciones ilegales de la administración.

Aquella policía que era impulsora de acciones para el mantenimiento estable del poder varió desde la experiencia revolucionaria francesa: “limitar la policía mediante el reconocimiento constitucional de unos derechos individuales ante cuyas murallas ha de detenerse la potestad policial” (Nieto, 1973, p. 49), se trató de una policía que pregonó la importancia de los derechos individuales y demandó su inaccesibilidad por parte de la administración, y en consecuencia, alcanzó una concepción instrumental: “con independencia de su contenido, sabremos si hay actividad policial o no, según nos encontremos con medidas soberanas que limiten la esfera de la libertad de los individuos, utilizando al efecto la coacción” (Nieto, 1973, p. 62). Se trataba del “posible uso de la coacción cuando el particular no se ha conformado a esas limitaciones” (Garrido Falla, 1953, p. 12), no era otra que el empleo

de fuerza amparada en el aseguramiento del orden público como fin supremo y último.

En la generalización del concepto la doctrina ibérica diferenció la policía general de la policía municipal, pero por encima de esa clasificación se desarrolló la que contraponen lo general a lo especial. La policía en el Estado de derecho español conllevó el reconocimiento del individuo como “titular de una esfera de libertad (*status libertatis*)” (Garrido Falla, 1959, p. 12) amparado por el ordenamiento jurídico ante las intervenciones del Estado, libertad civil que no tuvo ni tiene sentido absoluto, y que en los supuestos de atentar contra el interés público justificaba la policía, como hoy lo puede hacer. En esa dirección se consolidó la policía general, que se definió como “la actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos” (Garrido Falla, 1959, p. 12). La policía se definió a partir de la sumisión de los particulares a las limitaciones para garantizar los distintos alcances del interés público (Garrido Falla, 1959, p. 12), se dirigió a la libertad y a la propiedad privada, derechos que fueron despojados de su naturaleza absoluta, y el segundo, fue supeditado a la satisfacción de necesidades sociales, donde el abuso en su ejercicio justificó la policía como una actividad genérica. Igualmente apareció la concepción orgánica de la policía, y se le relacionó con la acción de determinados órganos administrativos (Nieto, 1973), siendo englobada en manos de la administración nacional como una expresión orgánica especializada encargada de la seguridad y la salubridad pública.

Garrido Falla (1959) explica que las especiales circunstancias en las cuales puede estar un individuo definen relaciones igualmente especiales con la administración, sean esas circunstancias voluntarias o de imposición legal, una postura homóloga a la de Moncada Lorenzo (1959), que con base en la fuerte incidencia de las dos guerras mundiales y de la expansión del totalitarismo en Europa, explica que la policía de la segunda mitad del siglo XX se definió por el “crecimiento inusitado de la reglamentación” (p. 88). La situación que somete a los particulares al poder y las relaciones especiales que pueden entablarse con éste dieron lugar a la primacía de la legalidad como principio tradicionalmente sobrepuesto al de discrecionalidad, donde “Toda actividad administrativa de injerencia en la libertad y propiedad de los particulares necesita un fundamento legal” (Garrido Falla, 1959, p. 19), y se

desprendía que “el fin del acto administrativo siempre viene impuesto por la Ley (interés público), por lo que en esta materia no cabe discrecionalidad” (Garrido Falla, 1959, p. 20).

Con lo anterior emergió el reglamento como el principal medio de policía, siempre que las limitaciones a las libertades y a la propiedad privada requieren de una base legal; la reglamentación inicial “con rango de Ley formal es la que legitima toda ulterior actividad policial” (Garrido Falla, 1959, p. 22), y con ello, se daban las condiciones de una actuación administrativa encaminada a la realización del orden público. Con la adopción de la Ley la administración queda facultada para desarrollar vía reglamento las limitaciones previstas en los casos de una atribución genérica de competencia por parte de la legislación inicial, y es en ello donde cobra especial interés el panorama teórico ofrecido por Fernando Garrido Falla, pues postula que “en materia de policía no son posibles las actuaciones administrativas concretas si éstas no tienen apoyo inmediato en una reglamentación previa que las legitime” (Garrido Falla, 1959, p. 23).

La defensa de la “necesariedad de la ley como presupuesto habilitante para la actuación administrativa” (Garrido Falla, 1959, p. 23) se contrapuso a la “variedad de posiciones de la Administración respecto de la ley”, sostenida por García de Enterría, que llegó a reconocer la actuación reglada y la discrecional para luego matizar su postura afirmando que “la Administración no puede obrar sin que el ordenamiento expresamente lo autorice” (García de Enterría, 1958, p. 79). Lo anterior devela que la policía se debatió en la adaptación de su función y actuación a las exigencias de la legalidad, toda vez que los poderes que en ella se reconocen están orientados al orden público, pero sin que necesariamente requiriera de la ejecución de las leyes (Rebollo Puig, 1999), al tiempo que no se puede pretender justificar que la policía pudiera actuar en contra de la Ley, por lo que Rebollo Puig (1999) ubica a la policía en el reconocimiento de los poderes imprescindibles sólo en la administración, tanto para evitar que los particulares perturben el orden público, como para limitar sus derechos y libertades.

Con ello se llegó a reconocer un presunto poder natural de policía en el cual la labor del ejecutivo sobrepasa la ejecución de las leyes y se debe centrar en evitar la alteración del orden público, lo que se traduce en términos de realización del fin a pesar de no contar con prescripción legal para el caso concreto. En ello radicó el protagonismo del poder administrativo, no en el “resultado de interpretaciones desviadas de la división de poderes ni de

necesidades momentáneas de la Revolución francesa” (Rebollo Puig, 1999), sino en el imperativo de mantener el orden público como fin de la administración, y en ello se reconoció que “Las Leyes, en efecto, no pueden regular todo (...) previendo todas las situaciones. El apoyo en la cláusula de orden público legitima a la Administración para intervenir en ciertas circunstancias de peligro para la vida comunitaria no tipificadas” (Martín Mateo, 1995, p. 441), lo que sobrepuso la realización del fin a los respaldos expresos y puntuales de la legalidad.

Con esa postura, sobre el poder de policía es posible ajustar, siempre, una justificación a partir del ordenamiento positivo sea desde la previsión general de la Constitución, por medio de la cual el ejecutivo debe mantener el orden público, o por el cumplimiento de las leyes, y el principio de legalidad queda resguardado gracias a que en ausencia de una remisión de la Constitución las leyes facilitan el empoderamiento de policía. El principio de legalidad se somete a una “contradicción irreductible con el formalismo severo mediante el cual el régimen de derecho se propone defender la libertad” (Mayer, 1982, p. 13), esto es, se pregona la existencia de “autorizaciones muy generales otorgando poderes muy amplios para impedir la perturbación del orden” (Rebollo Puig, 1999), una contradicción que se explica en la existencia de un principio general de no perturbación del orden público, un “deber general preexistente, deber general que sólo la policía tiene que realizar y hacer valer” (Mayer, 1982, p. 11) y sobre el cual, más allá de reconfigurarse el principio de legalidad, se justificó la asignación de poderes imprescindibles al Estado para poder hacer cumplir ese deber.

En la segunda mitad del siglo XX aquel orden público fue el concepto diferencial de la acción administrativa en España, por lo que la acción de policía, nominada también como “actividad administrativa de limitación o de ordenación” (Izquierdo Carrasco y Rebollo Puig, 2011, p. 2) se tradujo en “limitación y control de los administrados” (Moncada Lorenzo, 1959, p. 58), por lo menos la concebida como policía general, pues también es policía el control de las actividades particulares “para que su libre desarrollo se acomode al bien común” (Moncada Lorenzo, 1959, p. 58). Sobre estas últimas se puede encontrar la unidad esencial en el concepto de policía, que fue asumida como limitación “que subordina el ejercicio de los derechos individuales y el desarrollo de las relaciones jurídicas a la intervención singular y transitoria en ellos de un elemento de control administrativo para verificar su adecuación a las exigencias del interés público” (Moncada Lorenzo, 1959, p. 95).

Pero en España las concepciones anteriores evolucionaron con la acogida del actual orden constitucional, donde la actuación de policía es una expresión reducida de la actividad de ordenación de la administración, focalizada en las actividades con un contenido lesivo para el interés general, por lo que se centra en “la actividad de mantenimiento del orden público” (Santamaría Pastor, 2004, p. 245), que lejos de perder vigencia, se mantiene debido a la “convicción legitimada por el temor que generan los enormes riesgos inherentes a una sociedad compleja y superdesarrollada, que dice, ninguna norma puede prever” (Santamaría Pastor, 2004, p. 249). Al igual que en Colombia, el ESDD de España no permite que dicha concepción se quede sólo como una potestad restrictiva, razón para referirse a ella como una modalidad de la actividad de ordenación: “rótulo sistemático bajo el que se examinan las diferentes técnicas de intervención sobre la conducta de los ciudadanos, pero que no sienta prejuicio alguno sobre su origen ni sobre su régimen jurídico” (Santamaría Pastor, 2004, p. 250), algo en lo que coincide Sánchez Morón (2005), que a mediados de siglo XX ve la configuración de la actividad de ordenación a partir de la planificación pública de la economía.

En el ESDD “El mantenimiento de la seguridad y del orden público, podría decirse, no sólo han dejado de ser el fin o función por antonomasia del Estado y la Administración, sino que han pasado a un plano secundario” (Rebollo Puig, 1999, p. 248), no obstante, ambos conservan el potencial de limitar derechos humanos, se reflejan en valores diversos y deben tributar a la transformación social que se pretende con la realización de fines a través de una actuación mucho más prestacional y teleológica que no se desliga de la policía administrativa: “el Estado social y democrático de Derecho, o la simple evolución social, ha alterado los contornos del concepto de orden público, pero no ha disminuido lo más mínimo su valor capital como fin esencial del Estado y, especialmente, de su Administración” (Rebollo Puig, 1999, p. 248).

En la doctrina española permaneció la concepción de una policía que se justificaba en la realización del orden público, abarcando actividades de limitación que poco tenían que ver con éste, de donde resultaban dos posibilidades: “o conservar el término de policía dándole un sentido amplísimo que incluye todas las limitaciones administrativas a los ciudadanos; o bien abandonar la denominación de policía para aludir a esta genérica forma de actividad administrativa” (Rebollo Puig, 1999, p. 248). La primera posibili-

dad puede admitir que la policía ya no haga referencia a finalidades del orden público, tendencia que en Colombia se constata con la realización de fines que se valen de éste como medio; pero también se contempla poder ampliar el concepto de orden público para englobar cualquier interés que conlleve la limitación de libertades y derechos. La posibilidad de la acción de policía a partir de las dimensiones propuestas hace que esa acción se vea sometida a denominaciones por medio de las cuales se ajuste a todos sus alcances: “acción administrativa de garantía” (Martín Mateo, 1995, p. 440), o como ya se vio, actividad de ordenación.

V. CONTRIBUCIONES DE LA POLICÍA ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL ESPAÑOL

En España la Constitución de 1978 determina el contenido de la policía administrativa, pues de su lectura se derivan la seguridad ciudadana y la seguridad pública como dos alcances diferenciados, donde la primera se concibe a partir del orden público como la finalidad que justifica las limitaciones de las libertades ideológica, religiosa y de culto (Constitución de España, 1978, artículo 16), y como la posibilidad de prohibir las reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público (Constitución de España, 1978, artículo 21). A su amparo, la Constitución ordenó la expedición de una ley orgánica que “determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad” (Constitución de España, 1978, artículo 140.2). De otra parte, la Constitución reconoce a cargo del Estado la seguridad pública “sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica” (Constitución de España, 1978, artículo 149.29), tal como sucedió con los mossos d’escuadra en Cataluña, o la Ertaintza en País Vasco.

Los dos alcances fueron desarrollados por la Ley Orgánica 4 de 2015 del 30 de marzo, en la cual ambas dimensiones de seguridad se encuentran en “la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana” (Preámbulo), respaldando la transformación en la comprensión del principio de legalidad a partir de la forma de concebir el orden público. En un sentido muy parecido al colombiano, el orden público no es el punto final de la policía, sino la seguridad como va-

lor que se define por la protección de la persona, de sus bienes y de su tranquilidad. Los fines mencionados son los que previenen de “una intervención expansiva sobre los ciudadanos en virtud de peligros indefinidos, evitando una discrecionalidad administrativa y una potestad sancionadora genérica” (Ley 4, 2015, Preámbulo).

La Ley 4 de 2015 del 30 de marzo no es una expresión cerrada de legalidad, pues promueve una genérica asignación de facultades en favor de la administración, tal como dice su preámbulo: “incluye un conjunto plural y diversificado de actuaciones, de distinta naturaleza y contenido, orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico protegido” (Preámbulo). Esos fines se reflejan en un “concepto material de seguridad ciudadana” (Ley 4, 2015, Preámbulo) que proyecta un diverso conjunto de actuaciones que se justifican por la tipología del bien jurídico protegible, lo que tiene plena cabida en el ámbito del ordenamiento territorial, razón para que esa legislación contemple disposiciones que respondan a la diversidad de conductas ilícitas, con un poder judicial que asegure ese ordenamiento, y con cuerpos de seguridad que prevengan y apremien las infracciones.

El objeto de la Ley 4 de 2015 del 30 de marzo es “el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo”, dimensión homóloga a la colombiana, pero con la diferencia que aquella legislación orgánica se localiza en un ámbito material definido por los bienes jurídicos de la seguridad y la tranquilidad, y si bien no se refiere a la salubridad y la moralidad, ello no se traduce en que éstos no sean previstos en otras normas policivas, como por ejemplo son las disposiciones de los artículos 23 al 31 de la Ley General de Sanidad (Ley 14, 1986, artículos 23-31).

La Ley Orgánica 4 de 2015 del 30 de marzo no se refiere al ámbito del ordenamiento territorial ni a un escenario material que defina una policía propia para este, pero como posibles contribuciones de la policía a ese ámbito especial, el Real Decreto 1346 de 1976 del 9 de abril y el Real Decreto 7 de 2015 del 30 de octubre tienen disposiciones que asoman normas con naturaleza policiva, pues sin ser cuerpos normativos cuyo objeto sea la seguridad y la tranquilidad, tienen prescripciones con alcances restrictivos que apuntan a la realización de esos fines. En el Real Decreto 1346 de 1976 del 9 de abril se aprecia, por ejemplo, la restricción del suelo y de las edificaciones como una de las facultades del planeamiento, la expropiación como una de las facultades de la competencia urbanística, y la cesión de terrenos

edificables y derechos de superficie, la intervención de la parcelación, la exigencia de edificación en plazos determinados o la imposición de enajenación de inmuebles como parte de la competencia urbanística sobre uso del suelo y edificación (Real Decreto 1346, 1976, artículo 4). De parte del Real Decreto 7 de 2015 del 30 de octubre, son de exaltar fines vinculados con el desarrollo sostenible que permea el ordenamiento territorial, como la “prevención adecuada de riesgos y peligros para la seguridad y la salud públicas y la eliminación efectiva de las perturbaciones de ambas” (Real decreto 7, 2015, artículo 3, C). Finalmente se identifica el Real Decreto 2187 de 2018, que reglamenta la disciplina urbanística y tributa a la consolidación de la policía especial centrada en el control de los actos por medio del licenciamiento.

VI. CONCLUSIONES

De la exploración del fundamento teórico de la policía administrativa en Colombia y España se desprenden constructos que tributan a la extracción de sus contribuciones en el ámbito del ordenamiento territorial; unas que en el caso de Colombia inician con la diferenciación que el ámbito general administrativo ha elaborado entre poder, función y acción de policía, entre las cuales establece una correlación en principio transversalizada por el principio de legalidad que hace imposible concebir la acción desligada de la función, y ésta, del poder de policía. Al entrelazarlas, la lógica de la acción sólo tendrá razón de ser a la luz de las dos anteriores, de ello que las acciones administrativas territoriales de policía estén determinadas por los contenidos del poder y la función cuando el ámbito general administrativo, facultado por el orden constitucional así lo contemple.

En Colombia ese poder es uno que se expresa primordialmente en la regulación y la reglamentación como potestad de poderes públicos para facilitar la realización de fines sociales, similar al caso español, donde la policía se concibe como facultad de regulación y reglamentación pero con un mayor acento en el respaldo requerido del principio de legalidad, pues en Colombia el poder de policía tiene asiento en la Constitución Política de 1991 con una contribución especial sobre el ámbito territorial, al asignar en los Concejos Municipales algunas funciones que permiten desplegar la reglamentación autónoma sin una necesaria intermediación de Ley, sobre los intereses de la propiedad privada, la vivienda, el patrimonio ambiental y cultural, sin de-

jar de lado que la Ley además le confiere a los entes locales una capacidad reglamentaria residual. Dicha asignación directa no se presenta en España, la Constitución de 1978 determina la policía administrativa a partir de la seguridad pública y la seguridad ciudadana, pero coincide con Colombia en hacer de la reglamentación la principal expresión del poder de policía, aunque sea una expresión mucho más formal y sometida al debate de su posible respaldo más allá del principio de legalidad en los poderes de la administración para asegurar el orden público, esto es, en el principio de deber general de actuación de la administración en aras del poder público.

Con ello, en España la acción de policía se corresponde con una subordinación en el ejercicio de los derechos a una intervención transitoria y singular por medio de la cual se asegura su correspondencia con el interés público, razón para ser comprendida más que como una acción de restricción como una de ordenación frente a los riesgos potenciales que no logran ser previstos por la legislación, inclinando la balanza a la validez de una acción de policía también respaldada en el deber general de actuación de la administración.

En esa perspectiva, la acción de policía en España actualmente pregona una realización del orden público como medio a través del cual se asegura el ejercicio de derechos y libertades individuales y colectivas, lo que al igual que en Colombia, se traduce en un valor supremo por medio del cual se aseguran la satisfacción de los intereses propios del ámbito territorial, dando lugar a mínimos propios del ámbito territorial pero impuestos por el ámbito general administrativo, como son el caso de la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad, condiciones de base para poder dar lugar a la realización de intereses propios del ámbito territorial.

Esa contribución común entre España y Colombia permite que en este último el municipio y el distrito, en ejercicio de su autonomía pueda ejercer el poder de policía para ordenar el territorio, reglamentando el ejercicio de uno o más derechos y libertades (García Parra, 2018). Lo anterior se traduce en el ejercicio de una autonomía que le permite al municipio no sólo garantizar los fines mínimos de policía en las materias que son asignadas directamente por la Constitución, sino de identificar, definir y hacer propias nuevas dimensiones y alcances que se configuran de los intereses del ámbito territorial, y de su conjugación con los fines de policía.

Junto a ello, en el ámbito territorial la acción de policía debe enfocarse en la realización de la salubridad, la seguridad, la tranquilidad y la moralidad como fines mínimos que impone el ámbito general, diferentes a los especiales

del ámbito de referencia, realizables por medio del orden público, y que encuentran en lo territorial una configuración diferenciada y variable a partir de la correlación entre policía, función y acción. En el caso de España las disposiciones que consolidan el grueso de la policía general focalizadas en la realización de la seguridad y la tranquilidad, no determinan directamente el ámbito territorial, por el contrario, ese ámbito especial está determinado por normas que sin ser de policía contienen algunas con ese alcance, y otras que se ocupan de policías especiales.

VII. REFERENCIAS

- Barreto Rozo, A. (2009). En nombre de la Ley: La policía Administrativa y el sueño liberal del Estado-Administración. En Alviar García, H. (Coord.), *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad de los Andes, Editorial Temis.
- Brewer-Carías, A. R. (1991). Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa. *Revista de Derecho Público*, (48), 51-66.
- Brohm, W. (1969). *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*. Berlín: Stuttgart, W. Kholhammer.
- Carro Fernández-Valmayor, J. L. (2014). Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público. *Revista de Administración Pública*, (193), 11- 44.
- Desdentado Daroca, E. (1999). *La crisis de identidad del derecho administrativo, privatización, huida de la regulación, y administraciones independientes*. Tirant Lo Blanch.
- Estupiñán Achury, L. (2011). Veinte años de debates territoriales. Pervivencia de la tendencia centralista en Colombia. *Papel Político*, 6(2), 463-483.
- García de Enterría, E. (1958). Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos. *Revista de Administración Pública*, (27), 63-88.
- García Parra, Y. I. (2018). El poder de policía en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia, Ley 1801 de 2016. *Revista Pensamiento Jurídico*, (47), 201-233.
- García Pelayo, M. (2005). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Editorial.
- Garrido Falla, F. (1953). Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa. *Revista de Administración Pública*, (11), 11-32.

- Garrido Falla, F. (1959). Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas. *Revista de Administración Pública*, (28), 11-50.
- Heller, H. (1985). Las ideas socialistas. En *Escritos políticos*. Alianza Editorial
- Ishikawa, T. (1992). Friedrich Franz von Mayer. *Bergunder der "juristischen Method" im deutschen Verwaltungsrecht*. Duncker y Humbolt.
- Izquierdo Carrasco, M., y Rebollo Puig, M. (2011). *Policía administrativa y sanciones administrativas. Informe anual 2010 – 2011 España*. IUS Publicum Network Review.
- Quadra - Salcedo Fernández del Castillo, T. de la (2016). *Las formas de actuación de las administraciones públicas*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Malagón Pinzón, M. (2010). Policía, Derecho Administrativo y inmigración en Colombia. *Prisma Jurídico*, 10(2), 35-54.
- Martín Castillo, J. C. y Trujillo González, J. S. (2016). El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar. *Revista Jurídica Derecho*, 3(4), 53-70.
- Martín Mateo, R. (1995). *Manual de Derecho Administrativo*. Trivium.
- Mayer, O. (1982). *Derecho Administrativo Alemán*. (H. H. Heredia, y E. Krotoschin, trad.). De Palma.
- Meyer-Hesemann, W. (1981). *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*.
- Moncada Lorenzo, A. (1959). Significado y técnicas jurídicas de la policía administrativa. *Revista de Administración Pública*, (28).
- Monroy Cabra, M. G. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Universidad del Rosario.
- Montaña Plata, A. (2010). *Fundamentos del Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Morcillo Dosman, P. P. (2007). *Derecho urbanístico colombiano. Historia, derecho y gestión*. Temis.
- Nieto, A. (1976). Algunas precisiones sobre el concepto de policía. *Revista de Administración Pública*, (81), 35 – 76.
- Olano García, H. A. (2010). La policía administrativa. *Revista Logos, Ciencia y Tecnología*, 1(2), 106-116.
- Pardo, J. E. (2012). La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria. *Revista de Administración Pública*, (189), 11-40.
- Parejo Alfonso, L. (1999). El ordenamiento autonómico de la ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística: fundamento, condicionamientos, alcance y composición. En L. Parejo Alfonso (dir.), *Derecho Canario de la ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística* (pp. 65-156). Universidad Carlos III de Madrid.

- Parejo Alfonso, L. (2009). *El concepto del Derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Parejo Alfonso, L. (2012). La ordenación territorial y urbanística y el gobierno de la ciudad en el estado territorialmente descentralizado. *Revista Derecho del Estado*, (7), 63-88.
- Penagos, G. (2003). Nuevas tendencias del derecho administrativo a principios del siglo XXI. *Vniversitas*, 52(106), 387-403.
- Pérez Andrés, A. A. (1998). *La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías*. Marcial Pons.
- Polo Figueroa, J. A. (2001). *Elementos de Derecho Administrativo*. Universidad Sergio Arboleda.
- Rando Burgos, E. (2017). *La ordenación del territorio en España: Análisis jurídico de los instrumentos de gestión*. [Tesis Doctoral, Universidad de Málaga]. Repositorio Institucional Universidad de Málaga.
- Rebollo Puis, M. (1999). La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad. *Revista Vasca de Administración Pública*, (54), 247-282.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2002). *Derecho administrativo general y colombiano*. Temis.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2017). *Derecho administrativo general y colombiano*. Tomo II. Temis.
- Sánchez Morón, M. (2005). *Derecho Administrativo Parte General*. Editorial Tecnos.
- Sánchez Raygada, C. H. (2010). Monarquía Administrativa y Ciencia de la Policía. *Revista de Derecho*, 11(1), 225-243.
- Santamaría Pastor, J. A. (2004). *Principios del Derecho Administrativo General II*. Iustel.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo. Introducción*. Universidad Externado de Colombia.
- Schmidt Assmann, E. (2003). *La teoría general del derecho como sistema. Objeto y fundamento de la construcción sistemática*. (Basigalupo, M. et al., trad.). Marcial Pons.
- Schmidt-Assmann, E. (2003). *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Marcial Pons.
- Sola Teyssiere, J. (2007). *Ordenación Territorial y Urbanística de las Zonas Turísticas (2ª ed.)* Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Ureta Rojas, J. M. (2004). La dimensión cuantitativa de la cláusula del Estado social de derecho en Colombia. *Estudios Sociojurídicos*, 6(2), 326-350.

- Vidal Perdomo, J. (2013). *Derecho Administrativo*. Legis.
- Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado*, (20), 73-96.
- Villar Palasi, J L. (1968). *Derecho Administrativo. Tomo I. Introducción y Teoría de las Normas*. Universidad de Madrid.
- Younes Moreno, D. (2007). *Curso de Derecho Administrativo (8ª ed.)*. Temis.

Normativa

- Decreto 1355 de 1970 [con fuerza de ley]. por el cual se dictan normas sobre policía. 4 de septiembre de 1970. D.O. No 33.139.
- Ley 14 de 1986, General de Sanidad. 29 de abril de 1986. «BOE» núm. 102.
- Ley 388 de 1997. Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones. 24 de julio de 1997. D.O. No. 43.091.
- Ley 1454 de 2011. Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones. 29 de junio de 2011. D.O. No. 48.115.
- Ley 1551 de 2012. Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. 6 julio de 2012. D.O. No. 48.483.
- Ley 1801 de 2016. Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. 29 de julio de 2016. D.O. No. No. 49.949.
- Ley Orgánica 4 de 2015, de protección de la seguridad ciudadana. 31 de marzo de 2015. «BOE» núm. 77.
- Real Decreto 1346 de 1976 [con fuerza de ley]. por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. 16 de junio de 1976. «BOE» núm. 144.
- Real Decreto 7 de 2015 [con fuerza de ley]. por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. 31 de octubre de 2015. «BOE» núm. 261.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia T – 406 de 1992.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 024 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C – 366 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia T – 873 de 1999.
Corte Constitucional. Sentencia C – 117 de 2006.
Corte Constitucional. Sentencia c – 138 de 2020.