

# BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 167

Nueva Serie Año LVI Número 167 Mayo-Agosto 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 167, mayo-agosto 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.ijj@unam.mx*. Editor responsable: Raúl Márquez Romero. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2002-060413380600-102. ISSN versión electrónica: 2448-4873; ISSN versión impresa: 0041-8633. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Cuidado de la edición: Celia Carreón Trujillo

Ricardo Hernández Montes de Oca

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 Villaluenga (España); Rodrigo Gutiérrez Rivas (México); Alfonso Herrera García (México); Carla Huerta Ochoa (México); Patricia Kurczyn Villalobos (México); Sergio López Ayllón (México); José Pedro López Elías (México); Ricardo Méndez-Silva (México); Jonathan Pratter (Estados Unidos); Gabriela Ríos Granados (México); Carlos Reynoso Castillo (México); Andrés

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

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

Primera edición: 22 de abril 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*

The Fourth Generation of Human Rights: European Standards and National Experience . . . . .	3
Olha O. BARABASH Kateryna R. DOBKINA Yevgeniya M. KLYUYEVA Alina S. MARTIUK Mariana V. POVALENA	
Dignidad humana: entre universalidad y diversidad cultural . . . . .	33
Fernando BATISTA	
Interruzione della relazione tra umani e animali d’affezione: il “danno interspecifico” nel dibattito giuridico italiano. . . . .	51
Paolo DONADONI	
Comisiones y misiones de apoyo internacionales: fortalezas y debilidades como mecanismo anticorrupción a la luz de las experiencias centroamericanas . . . . .	79
Héctor OLASOLO Federico FREYDELL MESA	
¿Hay límites a la libertad religiosa? . . . . .	119
Jürgen POESCHE	
Control de juridicidad: vertiente internacional . . . . .	143
Sergio GARCÍA RAMÍREZ	

Paraísos fiscales y el desvío del dinero público en México . . . . .	159
Gabriela RÍOS GRANADOS	
El estado actual del cibercrimen en Perú y el derecho alemán . . . .	197
Luis Alberto JIMENEZ BERNALES	
Resolución de conflictos laborales en Latinoamérica: el papel de los sindicatos en la mediación laboral . . . . .	221
David RODRÍGUEZ CALDERÓN	
Estándares internacionales sobre la violencia obstétrica que sufren mujeres portadoras de VIH y el caso de Francisca en Chile . . . . .	251
María Lorena ROSSEL CASTAGNETO	
Análisis de las definiciones de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador sobre el procedimiento de consulta de norma y sus consecuencias: ¿interpretación o creación de reglas? . . . . .	281
Miguel Ángel SALTOS ORRALA	
Andrés Marcelo DE GAETANO	
Federico ACHERITEGUY	
Roxana GÓMEZ VILLAVICENCIO	

---

**ARTÍCULOS**

---



# The Fourth Generation of Human Rights: European Standards and National Experience

## *La cuarta generación de derechos humanos: normas europeas y experiencia nacional*

Olha O. BARABASH

 <https://orcid.org/0000-0003-2666-9696>

Department of General Law, Disciplines Institute of Law, Lviv State University  
of Internal Affairs, Ukraine  
Correo electrónico: kolibri1961@ukr.net

Kateryna R. DOBKINA

 <https://orcid.org/0000-0003-2627-8871>

Institute of Management, Technology and Law, Faculty of Law, State University  
of Infrastructure and Technologies, Ukraine  
Correo electrónico: dobkina@ukr.net

Yevgeniya M. KLYUYEVA

 <https://orcid.org/0000-0003-4306-9959>

Department of Economic and Transport Law, Faculty of Law, Institute of  
Management, Technology and Law, State University of Infrastructure and  
Technologies, Ukraine  
Correo electrónico: klyuyeva0711@ukr.net

Alina S. MARTIUK

 <https://orcid.org/0000-0003-2434-8768>

Department of Law, State University of Infrastructure and Technologies,  
Ukraine  
Correo electrónico: alinamartuk@ukr.net

Mariana V. POVALENA

 <https://orcid.org/0000-0001-5638-200X>

Department of Theory of Law, Constitutional and Private Law, Lviv State  
University of Internal Affairs, Ukraine  
Correo electrónico: marjankavas@gmail.com

**RECEPCIÓN:** 13 de septiembre de 2023  
**ACEPTACIÓN:** 15 de noviembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18560>

**ABSTRACT:** The generational classification of human rights is a vital and necessary instrument for examining the development of legal paradigms. This approach facilitates a deeper understanding of the evolution of notions and theories within the domain of human rights, while also pinpointing key differences among different stages of this evolution. Giving particular generations rights enables us to monitor how society adopts and acknowledges novel facets of legal consciousness and assurances. The authors utilize various scientific methods, including analysis, synthesis, induction, and deduction, as well as historical and legal, formal legal, comparative legal methods to examine the fourth generation of human rights. The article aims to investigate the nature of these rights, pinpoint the particular rights of this age, and examine European norms pertaining to these rights. The paper also attempts to evaluate the chances for these rights' legislative realization in Ukraine, both now and in the future. The article's conclusions and suggestions are intended to serve as a theoretical and methodological foundation for legislation that will enhance the political and legal framework of the Ukrainian State. This is particularly true for programs aimed at addressing the deficiencies in the area of somatic human rights protection and ensuring at the national level.

**Keywords:** human rights, somatic rights, reproductive rights, gender reassignment, virtual rights.

**RESUMEN:** La clasificación generacional de los derechos humanos es vital y necesaria para examinar el desarrollo de paradigmas jurídicos. Este enfoque facilita la comprensión más profunda de la evolución de nociones y teorías dentro del ámbito de los derechos humanos, al tiempo que señala diferencias clave en las diversas etapas de esta evolución. Otorgar derechos a generaciones particulares nos permite monitorear cómo la sociedad adopta y reconoce facetas novedosas de conciencia y garantías legales. Los autores utilizan varios métodos científicos, incluidos análisis, síntesis, inducción y deducción, así como métodos históricos y jurídicos, jurídicos formales y jurídicos comparados, para examinar la cuarta generación de derechos humanos. El artículo tiene como objetivo investigar la naturaleza de estos derechos, identificar los derechos particulares de esta época y examinar las normas europeas relacionadas con estos derechos. El documento también intenta evaluar las posibilidades de realización legislativa de estos derechos en Ucrania, tanto ahora como en el futuro. Las conclusiones y sugerencias del artículo pretenden servir como base teórica y metodológica para una legislación que mejore el marco político y jurídico del Estado ucraniano. Esto es particularmente cierto para los programas destinados a abordar las deficiencias en el área de protección y garantía de los derechos humanos somáticos a nivel nacional.

**Palabras clave:** derechos humanos, derechos somáticos, derechos reproductivos, cambio de sexo, derechos virtuales.

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

## I. INTRODUCTION

The development of human rights in terms of their content and quantity is an integral part of the evolution of human history. Recognition of new rights that were subject to mandatory protection by states occurred gradually. A clear understanding of what we mean by “human rights” today came after the eighteenth century, and in the twenty-first century it has become a modern trend that permeates various cultures and civilizations. Human rights are a historically changing category that evolves along with society and the state. As a person develops and becomes more important in society, his or her rights and priorities tend to change. Following the theory of the origin of human rights, human rights, as already noted, are divided into three generations. The first generation of human rights is civil and political rights, the second generation of human rights is socio-economic and cultural rights, and the third generation of human rights includes collective rights or “solidarity” rights.

With the change of centuries, the development of philosophy, medicine, and technological progress, certain social relations change, emerge, and cease to exist. As a result of the scientific boom that took place in the mid-twentieth century and continues to this day, a person has many opportunities that did not exist before, including human cloning, organ transplantation, the use of virtual reality, artificial insemination, gender reassignment, and genetic engineering. The law as a system of legal norms must provide an adequate response to these changes in the form of appropriate regulation. As a result of all these possibilities, new rights arise for people that have not existed before. Such rights are called the fourth generation of human rights.

Fourth-generation rights are an ethical and legal phenomenon, the comprehension of which requires further scientific and practical development. This is because in the construction of rights, moral, ethical, and legal principles interact in a complementary manner, which certainly opens up a wide field for further research. However, speaking of human rights without reference to a particular generation, we note that it is important to move towards their practical implementation and study the relevant international standards in this area.

In recent years, fourth-generation human rights have increasingly become the subject of research in the academic community. Such rights are a natural phenomenon, and they arise due to the development of science, ge-

netic engineering, new technologies, and medicine. It is believed that among the rights of the fourth generation of human beings, the rights related to health care are quite controversial. On the one hand, they make it possible to solve such problems as the need for organs for transplantation, infertility, etc. On the other hand, they can pose a serious threat to future generations, for example, when it comes to cloning.

As for some of the above-mentioned rights, proper legal regulation has not yet been developed, and Ukraine has not conducted any thorough research on the fourth generation of human rights, so their study is relevant and timely. Human rights of the fourth generation and related issues have been the subject of scientific research by both Ukrainian and foreign scholars such as: Menjul M. V. and Dovba, T. V. (2019); Zhuchenko, V. V. (2020); Vovk, V. M. (2022); Gromovchuk, M. V. (2021); Tarasevich, T. Yu. (2021); Perepolkin . (2021); Barabash, O. O. (2022); Adolphsen, C. (2019); Oakley, A. A. (2022); Prokhvatilova, A. (2023); Ma, C. (2023); Puaschunder, J. M. (2023); Nuredin, A. (2023); Gordon, J. S. (2023), Putri Harahap, N. S. and Thesa, A. (2023) and others.

The purpose of the article is to study the essence of the fourth generation of human rights, to identify a catalog of rights that belong to it, and to analyze European standards in the field of the fourth generation of human rights and the realities and prospects of legislative consolidation and implementation of the identified rights in Ukraine.

## II. MATERIALS AND METHODS

To achieve the aim and objectives of the study, the following approaches were used: synergistic, which is positioned as a methodological basis for the transformation of human rights in a globalized society; interdisciplinary — due to the need to combine knowledge and methods of a complex of sciences, in particular medicine, biology, computer science, jurisprudence, etc., since their synthesis led to the emergence of the institute of somatic rights, and thus it was possible to formulate a general approach and determine the basic principles of its functioning; humanistic — allows to assess somatic rights.

The structural framework of the methodology is based on philosophical methods, including the dialectical method of scientific research, which expands the possibilities of legal forecasting of social phenomena relat-

ed to human corporeality and allows us to find the most profound causes and connections of the events, to determine their internal laws and, as a result, to identify trends in the regulation of somatic rights; the phenomenological method, which allows the studied legal phenomena to be viewed as certain legal phenomena based on social practice; the hermeneutic method, which acts as an auxiliary mechanism for the interpreter of a legal norm in solving the problems of legal regulation of fourth generation rights.

Among the general scientific methods, the author uses analysis and synthesis, induction, and deduction methods. The special scientific methods are represented by the comparative method, which allows for a broad study of the aspects of regulatory regulation and practical implementation of somatic rights in Ukraine and European countries; the method of legal regulation, which provides for a certain algorithm of actions that contribute to the development of a model of the necessary legal framework for somatic rights.

The following special legal methods were used: historical and legal —to reveal the genesis and trends in the development of personal human rights; formal legal— to define the concept of “somatic human rights”, as well as the features of personal human rights, signs of life, euthanasia, dignity, freedom, and inviolability, and to study the structure of each of the above rights; comparative legal —to identify similarities and differences when comparing scientists’ understanding of the concept of human rights, the consolidation of the right to life, the definition of its limits, the attitude to abortion and euthanasia—.

### III. RESULTS

#### 1. Examining the fourth generation in Ukraine with focus on cloning and reproductive ethics

The beginning of the 21st century was marked by scientific achievements in medicine, engineering, and computer technology, which realized human potential and desires. As a result, human capabilities have expanded, giving people an alternative to choosing their behavior. This is due to the launch of a new generation of human rights, which is a logical process of the constant development of subjective rights of the individual. The need for legal recognition of the form of manifestation of individual freedom is a guarantee

of the legitimacy of the subject's actions and the operation of the state mechanism in case of violation of his or her human rights and interests. The fourth generation of human rights has gone beyond legal abstraction, characterized by some individual elements because the rights of the new generation can not only be identified but also logically grouped. From the moment of birth until death, every human being has a wide range of interdependent and complementary rights. The fourth generation added to this unique system biological rights, rights based on sexual orientation and sexual identity, and information rights.

It is well known that, article 3 of the Constitution of Ukraine (Law of Ukraine Núm. 254к/96-VR, 1996) states that a person, his or her life and health, honor and dignity, inviolability and security are recognized in Ukraine as the highest social value, and the state assumes the obligation to recognize, observe and protect them. 20 of the Constitution enshrines the human right to life, but this right can usually be interpreted narrowly, which is the main problem of constitutional and legal regulation of somatic human rights, since the right to life may include not only the process of normal life but also the right to voluntary death by medication, the right to artificial termination of pregnancy, the right to change the functions of one's body, etc.

Currently, the most controversial by nature is the right to cloning. In general, scientists distinguish two types of cloning: 1) reproductive, which means the creation of new living organisms, including humans, in artificial and laboratory conditions; 2) therapeutic, which aims to create individual organs and tissues of the body. The act that explicitly prohibits cloning is the 1998 Additional Protocol on the Prohibition of Human Cloning (Council of Europe, 1998) to the Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being about the Application of Biology and Medicine of 1997 (Council of Europe, 1997), which was signed by most European countries. Thus, its provisions stipulate that any intervention to create a human being genetically identical to another human being, live or dead, is prohibited.

The process of developing the right to cloning in Ukraine is interesting, as it often raises the question of the ethical side of this procedure. The moral norms of society are categorically against cloning. The vast majority of religions actively condemn both reproductive and therapeutic cloning. The main arguments against it are that a person cannot assume the role of god and cre-

ate his or her kind; cloning violates the personal freedom and uniqueness of a person; reproductive cloning distorts the very idea of motherhood and fatherhood. Therapeutic cloning is condemned for disrespecting the life of the embryo (Strus, 2019).

The legislation of Ukraine also prohibits reproductive cloning. In particular, according to article 1 of the Law of Ukraine “On the Prohibition of Reproductive Cloning” (Law of Ukraine N° 2231-IV, 2004), Ukraine prohibits reproductive cloning of humans, but this law does not apply to cloning of other organisms. In addition, based on international experience, it should be noted that the prohibition of reproductive cloning is also supported by the international legal framework, namely The UN Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights of November 11, 1997 (United Nations, 1997) (article 11); the Charter of Fundamental Rights of the European Union of December 07, 2000 (European Council, 2000) (article 3); the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine of April 04, 1997 (Council of Europe, 1997) (article 18); the Additional Protocol on the Prohibition of Human Cloning to the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine of January 12, 1998 (Council of Europe, 1998) (article 1).

The prohibition of reproductive cloning is based on the fact that: 1) cloning changes the status of a person, turning him or her into “biological material”; 2) violates article 28 of the Constitution of Ukraine, which states that every person has the right to respect for his or her dignity; 3) cloning leads to discrimination against a person, namely the selection of “genetically best people”; 4) cloning reduces the value of human life; 5) cloning can lead to the disappearance of the concept of “family”, as it changes the relationship between parents and children (Porte and Jensen, 2021; Hermawanto et al., 2022).

Therapeutic cloning implies that the development of the embryo ends after 14 days, after which it is used to obtain stem cells. Many countries fear that such cloning could create a transition to reproductive cloning. However, in some countries, such as the UK and the US, it is permitted as a way to cure diseases such as cancer, diabetes, AIDS and stroke. At the present stage, Ukraine also has its achievements in therapeutic cloning, but there is no legislative regulation of this issue in Ukraine, which, in our opinion, is a huge gap, since science has proven that this type of cloning is legitimate and should be used to save human lives.

## 2. Navigating organ transplantation ethics: legal approaches and moral dimensions worldwide

Nowadays, a huge number of discussions are also taking place in the field of transplantation, in particular, regarding the right to dispose of one's organs and tissues after death. The global experience of removing donor materials from deceased persons is regulated differently in different countries. In international practice, there are two options for the grounds for posthumous donation: one option is the presumption of disagreement, in which case, as a rule, it is necessary to additionally formalize consent to posthumous donation during the person's life and/or the relatives of the deceased must declare such consent; the second option (presumption of the consent) is considered more humane in many countries: it is assumed that people become posthumous donors unless they specifically declared their disagreement during their life.

For example, in Austria, Spain, Belgium, France, Finland, and Norway, there is a presumption of the consent of the deceased person to the removal of the transplant, while in others, there is a presumption of disagreement. In Ukraine, the Law "On the Application of Transplantation of Human Anatomical Materials" of June 23, 2018 (Law of Ukraine no. 2427VIII, 2018) provides for the presumption of non-consent - material for transplantation can be obtained from the body of a deceased person only if he or she gave consent to transplantation during his or her lifetime. Anatomical materials can be removed from a living donor only if he or she has given his or her voluntary and informed consent to the donation of anatomical materials in writing (Anishchuk et al., 2018).

In addition, it is noted that transplantation is carried out based on voluntariness; humanity; anonymity; provision of donor organs to potential recipients on medical grounds; free of charge (except for hematopoietic stem cells); observance of the order of priority (except for family and cross-donation); and decent treatment of the human body in the case of posthumous donation. Thus, the right to dispose of one's organs and tissues in Ukraine has received proper legislative regulation, and this legal position is fully consistent with the moral norms that exist among citizens on this issue.

According to report of WHO (World Health Organization), transplanting human tissues, organs, or cells is a well-established medical procedure that is frequently the only and best life-saving treatment available for a number of serious and potentially fatal congenital, inherited, and acquired illnesses

and injuries (World Health Organization, 2022). More than 150,000 solid organ transplants are carried out annually worldwide, according to the most recent statistics gathered by the Global Observatory on Donation and Transplantation. This represents a 52 % increase over data gathered in 2010. However, it is believed that this amount only accounts for 10 % of the world's needs. Additionally, the COVID-19 epidemic has made the gap between the supply and demand of human organs even more severe, as evidenced by the 18 % drop in transplants performed worldwide (Aubert et al., 2021; Global Observatory on Donation and Transplantation, 2021 and White et al., 2014).

The Secretariat has organized capacity-building and training activities, including workshops, and raised awareness of the issue among health care professionals through its ongoing collaboration with non-State actors in official relations with the WHO (namely, The Transplantation Society, The Worldwide Network for Blood and Marrow Transplantation, and the International Council for Commonality in Blood Banking Automation Inc.). Other non-State actors, such as the World Union of Tissue Banking Associations and the Global Alliance of Eye Bank Associations, who do not currently have formal relations with WHO but are in favor of the distribution of the WHO Guiding Principles and the creation of technical materials, have also been invited to collaborate with WHO (World Health Organization, 2022).

Currently, in Ukraine, issues related to the organization, conditions and procedure for the application of transplantation and the implementation of activities related to transplantation are regulated by the Law of Ukraine “On the Application of Transplantation of Human Anatomical Materials” (Law of Ukraine N° 2427-VIII, 2018). Also, there is a Regulation “On the Unified State Information System for Transplantation of Organs and Tissues”, which defines the procedure and conditions for the operation of the Unified State Information System for Transplantation of Organs and Tissues, as well as the procedure and conditions for entering (including changes) information into the Unified System, the procedure for its processing, use, storage, distribution, protection and destruction (Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine N° 1366-2020-p (2020).

### 3. Exploring the right to euthanasia in global perspectives

The next right, which has a diverse nature and goes far beyond legal boundaries, is the right to euthanasia (“easy death”), which provides for the possibility of ending the life of a person suffering from unbearable pain or serious illness. The dilemma of realizing or completely denying the right to euthanasia recognizes that, on the one hand, the thoughtless legalization of euthanasia can be used as a cover for murder or mercenary purposes, and on the other hand, if a person’s existence has become a continuous pain, no one can force him or her to live, a person is the master of his or her life. In practice, this means that someone’s life is ended compassionately through the active (e. g., administration of special drugs that lead to death) or passive (withdrawal of treatment and life support) actions of another person.

The idea of euthanasia is not new, as Aristotle, Socrates, and Plato expressed their position in favor of an easy death in ancient times. Religion, which considers human life a gift from god, has always condemned it. But the legislation of countries around the world has already started to allow euthanasia. Thus, it can be affirmatively said that, despite its controversial nature, it is not a legal phantom, but an established part of human rights. In april 2002, the Netherlands became the first country to legalize euthanasia. A strict set of criteria is required: the patient must suffer unbearable pain, the disease must be incurable, and euthanasia must be consciously requested by the patient. Euthanasia is also allowed in Canada, Belgium, and Luxembourg. In Ukraine, following part 4 of article 281 of the Civil Code (Law of Ukraine N° 435-IV, 2003), it is prohibited to satisfy a request of an individual to end his or her life.

It is worth noting that one of the most controversial and unrecognized somatic rights in Ukraine is the right to death or the right to euthanasia. The right to die is the opportunity granted to a person to consciously and voluntarily, at a certain point in time chosen by him or her, to die in a way that he or she chooses. Thus, the legal regulation of euthanasia differs depending on the form in which the patient’s life is terminated. There is active and passive euthanasia. Active euthanasia is the performance of certain actions to hasten the death of a terminally ill person following his or her request to relieve him or her of severe suffering. It can be carried out not only by a medical professional but also by joint actions of a doctor and a patient. Passive euthanasia is the refusal to use medications and manipulations that

have been used to keep a seriously ill patient alive, provided that the patient has expressed a request not to have medical intervention (Barabash, 2022 and Podorozhna & Yevhutyh, 2019).

The active form of euthanasia is officially permitted in countries such as the Netherlands, Luxembourg, Belgium, Switzerland and some states of the United States. Passive euthanasia, in addition to the countries already listed, is permitted in countries such as Sweden, Israel, and Finland. In Ukraine, the situation regarding the legalization of euthanasia is quite categorical, national legislation does not recognize any form of euthanasia in Ukraine, in particular, this is stated in article 52 of the Fundamentals of Legislation on Health Care of Ukraine (Law of Ukraine no. 2801-XII, 1993), but attempts have been made to legalize it. In our opinion, the approval of the right to euthanasia by many leading countries of the world is fully justified, since in some cases, assistance in ending one's life becomes the only way for a terminally ill person to avoid physical and moral suffering.

As for the question of the need to recognize the right to euthanasia, both the international and domestic communities cannot give an unambiguous answer. The content of this right contradicts moral and religious canons, and if it is included in the legal status of a person, the state must define a clear set of criteria for applying the right to euthanasia, while providing an effective mechanism for monitoring the proper procedure for their observance.

#### **4. Getting around the complicated world of sexual and gender rights: issues and debates in modern-day Ukraine**

Race discrimination is a major problem faced by transgender, transsexual, intersex, and sexual minorities around the world. Therefore, protective mechanisms are aimed at prohibiting violence (ranging from verbal abuse to physical violence), prohibiting discriminatory laws that can be used to persecute persons of non-traditional sexual orientation or restrict their rights to freedom of peaceful assembly and association and prohibiting forced treatment of persons of non-traditional sexual orientation.

Sexual human rights, especially the status of sexual minorities, are no less controversial, as Ukraine's understanding of family and relationships in the traditional sense, i. e., different sex relationships, is unshakable. In 2015, the Verkhovna Rada of Ukraine adopted the Law "On Amendments to the Labor Code of Ukraine on Harmonization of Legislation on Prevention

and Combating Discrimination with the Law of the European Union” (Law of Ukraine № 3442, 2005), which prohibits discrimination against employees regardless of gender identity or sexual orientation (Turyanskyi, 2020).

At the same time, according to article 21 of the Family Code of Ukraine (Law of Ukraine № 2947-III, 2002), marriage in Ukraine is recognized as a family union of a woman and a man, and the Verkhovna Rada of Ukraine has repeatedly registered bills to prevent the adoption of Ukrainian citizens by persons in same-sex marriages. Summarizing the results of the activities of the Working Group on Human Rights of the Constitutional Commission of Ukraine, which was aimed at modernizing Chapter II of the Constitution of Ukraine, there was an attempt to exclude the linkage of marriage to the wording “union of a woman and a man”. However, in the end, these changes have so far remained outside the legislative framework. This is evidence that at the present stage, Ukraine, like other post-Soviet countries, is not yet morally, psychologically, and mentally ready to enshrine the human right to same-sex marriage in law.

The fundamental rights of homosexuals are often violated, and even the legalization of same-sex marriage by some countries is not a solution to this issue, but rather the raising of new ones (in particular, the possibility of fostering, adoption, and raising children by such couples). It is indisputable that homosexuality is not a disease or a deviation, but a form of human sexual orientation that has the right to exist, just as heterosexual couples have this right (Vovk, 2020).

Concerning same-sex marriage, it should be noted that its legal status has changed significantly in recent years. There is an obvious trend toward an increase in the number of states that legalize the right to same-sex marriage at the national legislative level. Today, the registration of such marriages is legalized in about 30 countries (with certain exceptions). Some states and territories also permit same-sex registered partnerships, which may provide the same rights as marriage or somewhat limited rights compared to marriage. For example, 11 countries in the world have legalized same-sex marriage: The Netherlands, Belgium, Spain, Canada, Norway, Sweden, Portugal, Argentina, Denmark, France, and South Africa. So, as we can see, the public morality of Ukraine is not yet ready to accept the relevant norms, so at the current stage of development, formal permission to perform the relevant actions in Ukraine would cause a significant part of the population to protest.

Another controversial right is the right to change sex, which is guaranteed by the state's non-interference in private life, i. e., the principle of indirect permission applies. However, this issue is not regulated either in Ukraine or in international practice. For example, the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, which is responsible for the Covenant on Civil and Political Rights (United Nations, 1976), stated that “gender identity is recognized alongside the prohibited grounds of discrimination” (Vovk, 2022).

Article 14 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 (Council of Europe, 1950) states: “The enjoyment of the rights and freedoms outlined in this Convention shall be guaranteed without discrimination on any ground such as sex, race, color, language, religion, political or another opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or another status.” In this context, it is appropriate to mention the judgment of the Court of Justice of the European Union on April 27, 2006, in which it confirmed that discrimination based on sex reassignment should be considered discrimination based on sex. The European Court of Human Rights has applied the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in several important decisions, stating that states must provide transgender people with the opportunity to undergo surgery to completely change their sex and gender and that such surgery should be covered by the insurance system as “medically necessary” treatment. The Court also ruled that states must recognize gender reassignment in identity documents.

In any case, the right to gender reassignment should have clear and understandable legal regulation, but we still warn against legal facilitation in the use of this right. The procedure of gender reassignment should be carried out only on medical grounds after a thorough examination and observation of the person so that it is not a momentary desire or decision made under the influence of fashion or life circumstances, short-term teenage interest, a way of self-expression or self-affirmation of young people in society. It should be realized that gender reassignment is expressed not only in changes in physical data, but also in inner consciousness, worldview, and changes in social roles in society and family. At the same time, society's attitude to a person changes (Gromovchuk, 2021).

According to Ukrainian legislation, the medical and biological indications for gender reassignment (correction) are the mental and behavioral disorder “transsexualism” according to the International Classification of Diseases,

Tenth Revision. Social and psychological indications for gender reassignment (correction) are discomfort or distress caused by discrepancies between an individual's gender identity and the sex assigned to him or her at birth (and related gender role and/or primary and secondary sex characteristics). That is, as we can see, in our country, only the form of sex reassignment associated with surgical intervention is legally regulated, albeit partially, and there is no mention of non-surgical intervention. Therefore, in our opinion, it is necessary to legislate this issue and adopt a special legal act that would regulate the sex reassignment procedure and the legal consequences that will inevitably arise for a person who has undergone such an operation.

### **5. Reproductive rights in Ukraine: abortion laws, artificial insemination, and surrogacy in legal perspective**

The category of fourth-generation rights includes, first, biological rights related to the development of biotechnology. The study of the human genome, genetic manipulation, experiments with human embryos, cloning, and the emergence of new terms (“in vitro fertilization”, “genetic screening”, etc.) have raised complex legal, ethical, moral and religious issues. This has given rise to the need to define rights that will ensure the inviolability and inaccessibility of the human body with its genetic type. In particular, the following rights have emerged: the right to human genetic identity, and thus the right to prohibit reproductive cloning; the human right to determine the limits of interference with the genetic system of cells and tissues, subordinated to medical purposes (chorionic biopsy, amniocentesis, etc.); the right to gender reassignment; the right to be an organ and tissue donor, etc. The group of biological rights can also include the right to artificial termination of pregnancy, the right to die by euthanasia, the right to preserve artificial brain life after death, and the right to sterilization (Krylova, 2017).

Human rights related to reproduction are thus an intriguing subset of fourth-generation rights. These rights are divided into two types: negative reproductive rights (abortion, sterilization, contraception) and positive reproductive rights (artificial insemination). However, everything is not so simple here either. The right to terminate a pregnancy, in our opinion, is another right that should be established in the fourth generation. Today, the world is divided into 4 groups on this issue. The first group includes countries where abortion is prohibited categorically, considered a crime against prenatal life,

and equated with murder. The only exception is to save a woman's life (Libya, Iran, Angola, Chile, Indonesia, Nicaragua, etc.) (Richardson et al., 2019).

The second group includes countries where artificial termination of pregnancy is allowed on medical grounds and in exceptional cases (Peru, Brazil, Spain, etc.). For example, in Spain, such cases include rape, serious fetal abnormalities, and danger to the woman's physical or psychological health. The third group of countries allows abortion for medical and socioeconomic reasons (Great Britain, India, Japan, Finland, etc.). The fourth group is liberal and includes countries that leave women the right to choose whether to have an abortion or not (Australia, Georgia, Belarus, Canada, and Ukraine). In these countries, women's life and health are protected and only illegal abortion is punishable.

Ukraine does not have an abortion ban, but bills to introduce one have been repeatedly submitted to the parliament. In particular, the supporters of such a ban refer to the fact that several scientific medical studies have shown that a child who is aborted suffers the same suffering as an adult who is tortured to death, and argue that giving women the right to decide on abortion, most countries have not taken into account the right of men to paternity. However, in our opinion, such prohibitions are unlawful, as they directly violate a woman's reproductive rights.

In Ukraine, according to part 6 of article 281 of the Civil Code, artificial termination of pregnancy, if it does not exceed twelve weeks, may be carried out at the request of a woman. In cases established by law, artificial termination of pregnancy may be performed in pregnancy from twelve to twenty-two weeks. However, every few years, this right is being taken away from Ukrainian women, citing the extremely negative demographic situation and the fact that the possibility of stem cell research is being blocked. Thus, on March 27, 2017, the Verkhovna Rada of Ukraine submitted a draft law on restrictions on artificial termination of pregnancy (abortion), which made the expected noise and was withdrawn from consideration on March 20, 2018. Leaving aside the ethical and religious views on abortion, let us note the purely legal aspects. Article 49 of the Family Code of Ukraine guarantees the right to motherhood (Donnelly & Whelan, 2020).

As for the right to artificial insemination, it is widely enshrined in the civil legislation of many countries, including Ukraine. In particular, in our country, this right is established in clause 7 of article 281 of the Civil Code of Ukraine, which states that an adult woman or man has the right, on medi-

cal grounds, to undergo medical programs of assisted reproductive technologies by the procedure and conditions established by law. It is worth noting that along with the obvious medical benefits of reproductive technologies, problems of moral, ethical, and legal justification for their implementation have been identified.

The moral ambiguity of artificial insemination lies in the fact that during this procedure several extra embryos are created that cannot be implanted into the body of the future mother. Then, several more already implanted embryos are removed from the woman's body and destroyed. It is worth noting that the legal regulation of artificial insemination should be aimed at stimulating scientific progress to invent the possibility of creating only one embryo during in vitro fertilization.

It is also important to consider the issue of surrogacy. The term "surrogacy" can be used to refer to different situations. First, when a gestational woman has no connection to the child (full surrogacy). In this case, either the gametes of both parents are used, or both gametes are provided by donors, or one gamete is the parental gamete and the other is the donor gamete. Secondly, when the surrogate mother has a genetic relationship with the child (partial surrogacy). In this case, the gestational woman intends to give the child to persons who have expressed a desire to assume parental responsibility. In terms of payment, there are free and commercial models of surrogacy. In the first case, it is a prohibition of monetary remuneration and compensation for any monetary expenses (e. g., the United Kingdom, Australia, the Netherlands), while in the second case, it is a prohibition of payment of some expenses (e. g., Nigeria allows payment of transportation costs related to surrogacy) or the absence of prohibitions on the use of surrogacy on a commercial basis (e. g., Ukraine, Georgia, Thailand).

Several controversial issues arise about surrogacy due to the specifics of fourth generation human rights. At the same time, Ukraine has essentially no legislation on surrogacy, and the relevant issues have not yet been raised in the context of medical reform (Oakley, 2022). The Order of the Ministry of Health of Ukraine "On Approval of the Procedure for the Use of Assisted Reproductive Technologies in Ukraine" (Law of Ukraine N° 787, 2013) regulates the use of assisted reproductive technologies and defines the mechanism and conditions for their use. The Order specifically addresses surrogacy in the section "VI Surrogacy (Substitute) Motherhood", which, in particular, defines the necessary conditions for surrogacy, namely: medical indications; availabil-

ity of necessary documents; genetic relationship with the child of the spouses or one of the spouses; the surrogate mother should not have a direct genetic relationship with the child. Close relatives of the future parents are allowed to carry a pregnancy. It is also established that a surrogate mother can be an adult woman of legal capacity, provided that she has a healthy child, a voluntary written application, and no medical contraindications.

## **6. Unveiling the cyber horizon: exploring fourth-generation information rights and Internet access**

Information rights are related to the emergence of the global information space. It can be argued that the legal status of a person as a subject of information relations is based on two basic rights: 1) the right to be a subject of information processes freely, unhindered, at one's discretion, to seek, receive and disseminate information (this right is not related to the territorial jurisdiction of the state and is not limited by the territorial borders of the state); 2) the right to protection from unlawful information interference, which includes the right to the confidentiality of information about personal life, the confidentiality of correspondence, protection from the dissemination of false information that harms the honor and reputation of a person. As we can see, the newest rights can affect a wide variety of areas of social relations, so the problem of regulating such rights is acute in many countries of the modern world, including Ukraine.

The globalization influence and everyday demand have consolidated the world's position on the need to distinguish this category of rights. For example, the UN General Assembly Resolution enshrined such information right as the right to freedom of speech on the Internet. Interestingly, there are generally no contradictions between international norms and domestic law, so Ukrainian legislation may be replenished with an interesting novelty, as the draft Law of Ukraine "On Amendments to the Civil Code of Ukraine (regarding the guarantee of the right of an individual to access the Internet)" was recently registered, which proposes to supplement article 302 of the Civil Code with the following lines: "an individual has the right to access the Internet. The right of an individual to access the Internet may not be restricted. Restriction of access to certain data contained on the Internet is possible only based on a court decision on the illegality of such data."

Regarding the right of all people to access the Internet, this need is because due to the rapid pace of development, the Internet is promoting revolutionary transformations in all spheres of public life. The Internet has already become a powerful factor in social, educational, and cultural progress. It provides new opportunities for both government agencies and ordinary citizens and educators, removing barriers to the creation and dissemination of materials, and offering general access to the ever-increasing number of digital information sources. However, the Internet also contains a certain amount of potentially inappropriate, indecent, offensive, or illegal information and can sometimes be used as a means of criminal activity. Although the benefits of the Internet far outweigh its potential drawbacks, these problems cannot be ignored (Adolphsen, 2019; Nepyipa, 2020).

Documents adopted by the UN, the Council of Europe, the OSCE, and other international organizations are important for understanding the standards of information dissemination on the World Wide Web. In particular, the UN Human Rights Council Resolution “On the Promotion, Protection, and Enjoyment of Human Rights on the Internet” of July 5, 2012 (United Nations Council, 2012) formulated a very important principle according to which “the rights that a person has offline should be equally protected online, in particular freedom of expression, which applies regardless of frontiers and to any media chosen by the individual following article 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights”. This resolution recognizes the open and global nature of the Internet and calls on states to promote and facilitate access to the network.

In the case law of the European Court of Human Rights, the issue of access to the Internet has also been the subject of separate consideration. In particular, in the judgment in the case of *Ahmet Yildirim v. Turkey* (European Court of Human Rights, 2012), the ECtHR stated that the right to unimpeded access to the Internet should also be recognized. The Court noted that the preventive measure had unlawful consequences and could not be considered as aimed solely at blocking access to the disputed website, as it led to a general blocking of all websites hosted by Google Sites. At the same time, the judicial control over the blocking of access to Internet sites did not provide for conditions sufficient to prevent abuse, since national law does not provide any guarantee to prevent a blocking measure aimed at a specific site from being used as a means of general blocking.” A more detailed

and thorough analysis of the rights related to the development of digital technologies, including the Internet, will be carried out in our next research papers.

## IV. DISCUSSION

### 1. Exploring fourth-generation human rights: a researchers' discourse on modern legal frontiers

Studies that focus on “fourth generation” human rights have become more popular recently. Several key factors explain this trend. Human rights are now understood to cover aspects of life that are related to biology, sexuality, and information, in addition to the more traditional civil and political rights. It demonstrates understanding of the diversity and complexity of contemporary society to broaden the legal domain to encompass concerns pertaining to gender and sexual rights as well as ethical considerations. Globalization and cross-national interactions have made international human rights norms the foundation for novel perspectives that were previously unexplored. In general, changes in modern society, such as scientific advances in medicine, technology, and globalization, have led to the emergence of new situations and challenges that require the study and determination of legal status.

It is worth mentioning the words of the researcher J. M. Puauschunder, that human rights are primarily based on moral standards of human behavior that guide interaction. These unalienable, universal, and egalitarian fundamental rights are a given for every human being and are protected by international and domestic law. They apply to all people equally and without distinction to age, nationality, place of residence, language, religion, ethnicity, or any other status, such as financial prosperity (Puauschunder, 2023).

The author Yu. Razmetayeva (2018) provided a fairly clear classification of the rights of the fourth generation. Thus, the author says that the fourth generation of human rights is proposed to consider such rights as:

- a) based on the quintessence of personal autonomy and control over one's own body (somatic rights). These may include the right to die, the right to change sex, the right to transplant organs, the right to artificial insemination and reproductive rights, the prohibition of cloning and the use of genetic material, as well

as other opportunities related to bioethics and medicine. b) based on the development of information and communication technologies (information or digital rights). They can belong to them the right to the Internet, the right to anonymity, the right to free access and unimpeded dissemination of information, the right to digital personality, the right to electronic citizenship, the right to be forgotten, etc. (Razmetayeva, 2018).

One way to think about human rights is as the rights that people really enjoy (Nuredin, 2023). It has been noted, meanwhile, that technology has assimilated deeply into human culture over time. Thus, the inability to access modern technology and the internet may be regarded as the root of deprivation. In light of this, E. Valdes (2015) writes that access to the internet and the newest technological advancements might be seen as human rights in the context of the fourth generation. According to Dincer et al. (2020), technology and internet accessibility are essential to daily living in the twenty-first century. Consequently, having unrestricted access to the internet and the right to do so may help people in advancing and adjusting to their surroundings.

Researcher V. Zhuchenko (2020) emphasizes that increased attention to the emergence of new social relations in the legal sphere has become the reason for the development of legal regulation that meets the modern needs of these industries. Concerning contemporary medical challenges, the author focuses on the difficulties in defending patients' rights, the morality of abortion and euthanasia practices, and legal studies in the field of transplant medicine. It is impossible to dispute the significance of scientific advancements in the field of gene-technological human cloning, which are mainly advantageous for medical research aimed at treating complex kinds of sickness. Given the increased public risk associated with genetic experiments, it is imperative to establish the legal objectives of such activity, improve legal regulation through the development of contemporary legal norms at the international and national levels, and respond globally to ongoing actions to establish facts of violation from authorized committees and ensure real and proportionate responsibility for such violations (Zhuchenko, 2020). In particular, measures to curb the prohibited activities in the field of human cloning and its parts on a global scale are also necessary, which will prevent the danger of the devaluation of the human genome and the extinction of man as a species.

In order to address the complex ethical, legal, and social elements linked with this practice, research into surrogacy and the creation of comprehensive

regulatory frameworks around the world are critical. As surrogacy spreads over the world, it is crucial to comprehend its ramifications and create strong legal frameworks in order to protect the rights and welfare of all parties concerned. Research in this area supports global communication and cooperation, establishing the groundwork for moral behavior and legislative changes that preserve the rights of justice, autonomy, and protection for those involved in surrogacy agreements. In the work of E. Kostyk (2019), author emphasizes that since our legislation does not fully regulate the issue of surrogate motherhood, leaving aside many nuances, the main document in this matter is the contract concluded between the spouses and the surrogate mother, where they stipulate all possible options in order to prevent unforeseen situations. With surrogacy, an agreement is concluded between the interested parties, which can be remunerative or non-remunerative, i. e. commercial or non-commercial, depending on whether the surrogate mother receives a fee for providing such services, or is simply reimbursed for the costs associated with the pregnancy without financial compensation.

As we can observe, the study of issues of the fourth generation of human rights is becoming an object of growing interest among scientists, as it is marked by great potential for improving legal protection in the modern world. Issues of biological, sexual, and informational rights become especially important in the context of rapid technological development and societal change. More researchers are paying attention to these aspects, recognizing their key role in defining new standards of freedom and dignity for the modern generation.

## **2. Advancing human rights in ukrainian healthcare: exploring legal reforms in organ donation, surrogacy, artificial insemination, cloning, gender rights, and euthanasia**

We believe that there is an opportunity to improve the current legislation, in particular, attention should be paid to the prospect of introducing non-related donation in Ukraine. This type of donation means that the donor gives his or her organ to the recipient without being related to the latter. This makes unrelated donation highly ethical.

As usual in any society, the issue of introducing unrelated donation in Ukraine is controversial. If we systematize the views of opponents and supporters of unrelated donation, their arguments can be summarized as fol-

lows. The main argument of the opponents of unrelated donation is the high probability of corruption, when a donor who is not a relative of the recipient is interested in “exchanging” an organ for some material benefit. One must be absolutely convinced that there is no corruption component, and it is important to prove the desire to donate the organ. This may lead to abuse and coercion.

We should also pay attention to the fact that it is very difficult, if not impossible, to track the further relations between the donor and the recipient. In this case, a situation may arise when, sometime after the transplantation, the donor may take certain actions, combined with psychological pressure, aimed at obtaining a material reward for the organ that went to the recipient. That is, we cannot exclude the possibility that a donor may receive a reward for his or her organ both before and after transplantation. In their turn, supporters of unrelated donation emphasize the high ethics of such an act when a donor wants to give his or her organ to a recipient who has health problems: emotional donation, which does not carry any mercenary overtones. Any person who wants to help a suffering and, often, dying person, and, if they have thought about their decision and are ready for it, should be able to realize their impulse.

It should also be added that unrelated donation is positively evaluated by doctors: in the case of unrelated donation, we can find an ideal donor who is a complete match for the genes of the major histocompatibility complex. In fact, we can find a genetic twin for a patient - of course, not for all genes, but only for those responsible for tissue compatibility. And in this case, the transplanted biomaterial takes root almost as if it were native. There are much fewer complications. Although there is no consensus on the issue of unrelated donation, we believe that its introduction will increase the number of transplants from living donors and will be another method of overcoming the disappointing situation with donors in Ukraine (Tarasevich, 2021).

In order to avoid any manipulations regarding unrelated donation, it is necessary, first of all, to develop the institutional capacity of the Cabinet of Ministers of Ukraine and the Ministry of Health of Ukraine in transplantation issues. In particular, as part of the promotion of lifelong and posthumous donation of anatomical materials and the formation of a positive public opinion on the provision of human anatomical materials for transplantation, the Ministry of Health of Ukraine should take a responsible approach to forming a positive image of unrelated donation among the population,

and after completing a thorough information policy in this area, it should move to the introduction of unrelated donation at the legislative level.

In addition, the current state of legal regulation of surrogacy in Ukraine is unsatisfactory and needs to be changed. The adoption of a law on surrogacy can solve the problems in this area, which will allow the following. It is necessary to define the conceptual and categorical apparatus of surrogacy (surrogate mother, future parents, gamete donor (both male and female), and others). At the same time, we propose to use the Dictionary prepared by the Hague Conference on Private International Law as the basis for the conceptual and categorical apparatus. Define the rights and obligations of the parties. One of these rights should be the right of a surrogate mother to be the registered mother of a child born, with no rights to the child in this case, so as not to violate the rights of the child's genetic parents. Other rights that should be reflected in the text of the law include the right to contact the surrogate mother during the child's gestation, the surrogate mother's right to maintenance, and others.

To regulate the issue of force majeure situations that may occur during the gestation of a child by a surrogate mother or during the birth of a child by a surrogate mother (for example, the death of a child or genetic diseases). In this regard, it is also important to regulate the issue of compensation to the surrogate mother in case of deterioration of her health after the birth of the child, if such deterioration is directly related to the birth of the child (Vovk, 2022). The problems of artificial insemination that need to be addressed in the course of medical reform in Ukraine include the following. Lack of clearly defined rights and obligations of donors and recipients. For example, the Procedure for the Use of Assisted Reproductive Technologies in Ukraine defines the recipient's right to choose a health care facility for artificial insemination, as well as the right to choose the appropriate treatment program. However, the issue of the donor's non-interference in the personal life of descendants and other issues are not regulated.

The right of a child born as a result of artificial insemination to information about his or her biological father. For example, the Land Court of Hamm in Germany concluded that children of sperm donors have the right to know their biological father, arguing that the complainant's right to know her ancestry is higher than the donor's interest in maintaining his anonymity. At the same time, a medical professional will not violate medical confidentiality if he or she provides such information.

As for the shortcomings of the legal regulation of cloning in Ukraine, the following can be said. The Law of Ukraine “On the Prohibition of Human Reproductive Cloning” prohibits human reproductive cloning based on the principles of respect for human beings, recognition of the value of the individual, the need to protect human rights and freedoms, and taking into account the insufficient research on the biological and social consequences of human cloning. Interestingly, this law does not contain a definition of reproductive cloning, but refers to human cloning. It should be understood that there are two types of cloning: reproductive and therapeutic. Reproductive cloning is a way to create a person who may be genetically identical to a living or deceased person. Therapeutic cloning is not intended to fully reproduce a person and is essentially performed to grow stem cells. That is why the legislative shortcoming should be eliminated and the term “reproductive cloning” should be defined in law.

Among other shortcomings of the Law of Ukraine “On the Prohibition of Human Reproductive Cloning” is the lack of clarity in the interpretation of the concept of “human embryo” and proposes to clarify at what age the legal protection of the embryo should begin. As we can see, the legal regulation of human cloning in Ukraine is imperfect. There are a number of problems that can be solved in the course of medical reform in Ukraine by adopting a new law on cloning. This law should differentiate between reproductive and therapeutic cloning, define the legal status of each type of cloning, and address the protection of the human embryo. With regard to gender reassignment and sexual human rights, the following problematic aspects exist. The high level of prejudice in Ukrainian society against members of the LGBT community and violations of their rights and freedoms. Local governments making decisions to ban homosexual propaganda, citing the protection of traditional family values.

In order to prevent such cases, it is necessary to create Ukrainian legislation on the rights of the LGBT community, as there is currently a situation that has created a legal vacuum, i.e. a time gap between existing and necessary legislation. As you know, fourth-generation human rights are rapidly evolving and becoming more complex, which is why it is necessary for the Verkhovna Rada of Ukraine to respond to relevant changes in a timely manner. In this situation, such a reaction should be the adoption of a law on the legalization of registered civil partnerships in Ukraine. This will allow

us to move forward and set a new course for the observance of the rights of the LGBT community.

Speaking of euthanasia, the Law of Ukraine “On the Application of Transplantation of Human Anatomical Materials” (Law of Ukraine N° 2427-VIII, 2018) amended the Fundamentals of Ukrainian Healthcare Legislation. According to these amendments, healthcare professionals are prohibited from performing euthanasia, i. e., intentionally hastening the death or death of a terminally ill patient in order to end his or her suffering. It is not clear from the above provision what meaning the legislator attaches to the concept of “intentional hastening of death”. Can this be understood as a refusal of treatment when such treatment is not prescribed or is deliberately prescribed in a way that will not have the expected effect? In order to avoid such questions, euthanasia should be clearly differentiated into active and passive types, providing for the entire scope of actions that will fall under each definition (Gromovchuk, 2021).

In addition, in the context of medical reform, the state should offer Ukrainian society an active dialogue on the introduction of euthanasia in Ukraine, which should cover the grounds, conditions, rights and obligations of terminally ill persons. If the decision to introduce/not to introduce euthanasia is difficult and unpopular for the state, then an alternative option for terminally ill patients - palliative care - should be developed properly. However, in Ukraine, in the context of the ban on euthanasia, palliative care is at a low level. This is primarily due to problems with adequate pain relief. In 2018, 5-14 % of palliative care patients received conditionally successful pain relief, which is extremely low. The legalization of medical cannabis, the active ingredient of which is cannabidiol, which has no psychotropic effect and helps to relieve pain, can help to solve this problem. Another important factor is the lack of a systematic approach that will help determine the real number of terminally ill patients and their pain relief needs.

## V. CONCLUSIONS

The twenty-first century is characterized by the development of medicine, innovations and technological progress, which affects the change, emergence and termination of certain social relations, as well as the development of the human rights system. As a result of the “scientific boom” that began in the

twentieth century and continues to this day, people have many opportunities that did not exist before, including organ transplantation, artificial insemination, gender reassignment, cloning, and the use of “virtual reality”. As a result of all these possibilities, new rights arise for humans, which scientists call the “fourth generation”.

In any case, it is undeniable that the recognition of new human rights and the expansion of the existing list is one of the trends in the transformation process of the legal status of a person, which is dictated by the requirements and needs of today. However, it is not enough to recognize these rights, it is important to create and ensure effective and efficient mechanisms for their realization. To do this, we need to determine which new opportunities we are ready to accept as necessary conditions for the normal existence and development of humanity or a part of it, and which are potentially dangerous and could cause irreparable harm to future generations and human civilization as a whole. Thus, the emergence of a fundamentally new fourth generation of human rights is an objective fact that has many real manifestations.

However, it must also be stated that the legal regulation of the institution of the fourth generation of rights in Ukraine is problematic. Firstly, this is due to the peculiarities of the rights included in this list; secondly, there is still a negative attitude to this kind of rights among the majority of citizens, in particular in our country; thirdly, insufficient legal regulation of such rights leads to problems in the process of practical implementation of their use.

Therefore, given that the purpose of the constitution and legislation of modern progressive states, including Ukraine, is to establish and consolidate harmony in which any discrimination of persons on physiological, religious, ideological or political grounds will be eliminated, and any person will be able to feel free and live a full life in all its manifestations without violating the rights and freedoms of others, the legislator is obliged to assume responsibility for developing a mechanism for the practical implementation of the fourth generation rights.

The practical significance of the results obtained lies in the fact that the conclusions and proposals formulated in this article will contribute to the improvement of the conceptual provisions of the theory of state and law and are of practical value for domestic law-making processes. The generalizations, conclusions and proposals substantiated in the article are designed to be used in lawmaking as a theoretical and methodological basis for improving the political and legal system of the Ukrainian State, especially for devel-

oping programs of practical measures to address the shortcomings in the field of ensuring and protecting somatic human rights at the national level.

## VI. REFERENCES

- Adolphsen, C. (2019). Use of force in somatic treatment of adults in Denmark. *European Journal of Health Law*, 26(4), 331-347.
- Anishchuk, N. V., Afanasyeva, M. V. and Bakayanova, N. M. (2018). *Problems of modern constitutional studies*. Yurinkom Inter.
- Aubert, O., Yoo, D., Zielinski, D., Cozzi, E., Cardillo, M. y Dürr, M. (2021). COVID-19 pandemic and worldwide organ transplantation: a population-based study. *Lancet Public Health*, 6(10), 709-719. DOI: 10.1016/S2468-2667(21)00200-0.
- Barabash, O. (2022). Somatic rights in the human rights system: Ownership of your body. *Pravo Ukrainy*, 2, 108-121.
- Council of Europe (1950). *European Convention for the "Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text)
- Council of Europe (1997). *Convention on the Protection of Human Rights and Dignity Regarding the Application of Biology and Medicine*. <http://ippi.org.ua/vidredaktsiinoi-kolegii-konventsiya-radi-evropi-Nº-164-vid-4-kvitnya-1997-roku-prozakhist-prav-i-gi>
- Council of Europe (1998). *Additional Protocol on the Prohibition of Human Cloning* [https://ips.ligazakon.net/document/view/mu98247?ed=1998\\_01\\_12](https://ips.ligazakon.net/document/view/mu98247?ed=1998_01_12)
- Dinçer, F. I., Bayram, G. E. and Altunoz, O. (2020). Fourth generation of rights and their reflections on human resources practices in tourism businesses. *Organizational behavior challenges in the tourism industry*. IGI Global, (60-81).
- Porte, C. de la and Jensen, M. D. (2021). The next generation EU: an analysis of the dimensions of conflict behind the deal. *Social Policy & Administration*, 55(2), 388-402.
- Donnelly, J. and Whelan, D. J. (2020). International human rights. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 107, 37-50.
- European Council (2000). *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. <https://ips.ligazakon.net/document/MU00303>

- European Court of Human Rights (2012). *Application N° 3111/10. Ahmet Yildirim v. Turkey*. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-7328%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-7328%22]})
- Gordon, J. S. (2023). What are human rights? In *The impact of artificial intelligence on human rights legislation*. Palgrave Macmillan, (29-44).
- Global Observatory on Donation and Transplantation (2021). *International report on organ donation and transplantation activities*. [http://www.transplant-observatory.org/wp-content/uploads/2021/06/GODT2019-data\\_web\\_updatedJune-2021.pdf](http://www.transplant-observatory.org/wp-content/uploads/2021/06/GODT2019-data_web_updatedJune-2021.pdf)
- Gromovchuk, M. V. (2021). Consolidation of somatic rights in international legal acts. *Scientific Bulletin of the Uzhhorod National University*, 63, 46-50.
- Hermawanto, S., Negara, T. A. and Sugiri, B. (2022). Legal implications of unclear regulation of responsible subjects in the fulfillment of human rights. *Journal of International Legal Communication*, 7(4), 38-47.
- Kostyk, E. (2019). The issue of irregularity of surrogate maternity in Ukraine. In *Ensuring human rights of the fourth generation in the health care system*. Uzhhorod National University, (156-163).
- Krylova, D. (2017). The fourth generation of human rights in the context of the relationship between legal and moral norms. *National Law Journal: Theory and Practice*, 2, 26-30.
- Law of Ukraine N° 2801-XII (1993). *Fundamentals of legislation on health care of Ukraine*. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text>
- Law of Ukraine N° 254к/96-VR (1996). *Constitution of Ukraine*. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>
- Law of Ukraine N° 2947-III (2002). *Family Code of Ukraine*. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>
- Law of Ukraine N° 435-IV (2003). *The Civil Code of Ukraine*. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>
- Law of Ukraine N° 2231-IV (2004). *On Prohibition of Reproductive Cloning*. <https://ips.ligazakon.net/document/T042231>
- Law of Ukraine N° 3442 (2005). *On Amendments to the Code of Labor Laws of Ukraine on the Harmonization of Legislation in the Field of Prevention and Counteraction of Discrimination with the Law of the European Union*. <https://ips.ligazakon.net/document/GH2NM00A>
- Law of Ukraine N° 2427-VIII (2018). *On the Application of Transplantation of Anatomical Materials to Humans*. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/242719#Text>

- Law of Ukraine N° 787 (2013). *On approval of the Procedure for the use of assisted reproductive technologies in Ukraine*. <https://ips.ligazakon.net/document/RE24229>
- Ma, C. (2023). The “Fourth Generation of Human Rights” under the Background of the Smart Society and Its Protection. In *Chinese Yearbook of Human Rights*. Brill, (239-270).
- Menjul, M. V. and Dovba, T. V. (2019). Prohibition of human cloning: Legal and ethical aspects. In *Ensuring human rights of the fourth generation in the health care system- Uzhhorod National University*, (140-142).
- Nepypa R. O. (2020). Issues of the execution of judgements of the European court of human rights in Ukraine and their possible solutions. *Legal horizons*, 20(33), 23-29.
- Nureidin, A. (2023). Fourth-generation human rights and the violation of the concept of privacy. *Vision International Scientific Journal*, 8(1), 9-23.
- Oakley, A. A. (2022). “Politics is more difficult than physics”: Complexity and the challenge of democracy, human rights, and governance program evaluation. *New Directions for Evaluation*, (176), 15-32.
- Perepolkin, S. M., Perepolkin, D. S. and Averianova, M. V. (2021). Typology of the fourth generation of human rights. *Journal of International Legal Communication*, 1(1), 91-101.
- Prokhvatilova, A. (2023). *Human rights: The fourth generation*. [https://repo.btu.kharkov.ua/bitstream/123456789/33899/1/Slobozhanskyi\\_humanitary\\_2023\\_155-160.pdf](https://repo.btu.kharkov.ua/bitstream/123456789/33899/1/Slobozhanskyi_humanitary_2023_155-160.pdf)
- Podorozhna, T. S. and Yevhutyh I. M. (2019). Legal aspects of transplantation of organs and tissues of the human body. In *Ensuring human rights of the fourth generation in the health care system* (100-105). Oleksandra Harkush Publishing House.
- Putri Harahap, N. S. and Thesa, A. (2023). Protection and enforcement of human rights. *International Journal of Students Education*, 2(1), 35-40.
- Puaschunder, J. M. (2023). Human Rights Online: Towards a New Generation of Human Rights in the Virtual World. United Nations.
- Razmetayeva, Y. (2018). *The doctrine and practice of the protection of human rights*. Publishing House “FOP Holembovska O.O.”, p. 364.
- Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine N° 1366-2020-p (2020). *On the approval of the Regulation on the Unified State Information System of Transplantation of Organs and Tissues*. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1366-2020-%D0%BF#n9>

- Richardson, R., Schultz, J. M. and Crawford, K. (2019). Dirty data, bad predictions: How civil rights violations impact police data, predictive policing systems, and justice. *New York University Law Review*, 94, 15 p.
- Schwartz, P. M. (2019). Global data privacy: The EU way. *New York University Law Review*, 94, 771 p.
- Strus, L. B. (2019). Legal regulation of sex change. *The Journal of Eastern European Law*, 67, 86-92.
- Tarasevich, T. Y. (2021). Somatic rights: implementation and practice of legal regulation. *Historical and Legal Journal*, 17(2), 86-92.
- Turyanskyi, Y. I. (2020). *Somatic human rights in the modern doctrine of constitutionalism: A theoretical and legal study*. Natsionalnyi universytet “Lvivska politekhnika”, 391-460.
- United Nations Council (2012). *Resolutions on human rights “On the promotion, protection and exercise of human rights on the Internet”*. [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/mpz2/docs/1466\\_rez\\_1877.htm](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/mpz2/docs/1466_rez_1877.htm)
- United Nations (1976). *Covenant on Civil and Political Rights*. <https://ips.ligazakon.net/document/MU66003U>
- United Nations (1997). *General Declaration on the Human Genome and Human Rights*. [https://zakononline.com.ua/documents/show/199095\\_199160](https://zakononline.com.ua/documents/show/199095_199160)
- Valdes, E. (2015). Biolaw, genetic harm and fourth generation human rights. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 48(144), 1197-1228.
- Vovk, V. (2020). Somatic rights as a cluster of legal guarantees of “self-ownership” in the context of transhumanism. *Philosophical and Methodological Problems of Law*, 20(2), 68-72.
- Vovk, V. M. (2022). Hypermodernity and somatic human rights. *Analytical and Comparative Jurisprudence*, 2, 344-348.
- White, S. L., Hirth, R., Mahillo, B., Domínguez-Gil, B., Delmonico, F. L., Noel, L., Chapman, J., Matesanz, R., Carmona, M., Alvarez, M., Núñez, J. R. and Leichtman, A. (2014). The global diffusion of organ transplantation: Trends, drivers and policy implications. *Bulletin of the World Health Organization*, 92(11), 826-835.
- World Health Organization (2022). *Human Organ and Tissue Transplantation Report by the Director-General*. [https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/WHA75/A75\\_41-en.pdf](https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA75/A75_41-en.pdf)
- Zhuchenko, V. V. (2020). *International legal regulation of the genotechnological system of human cloning and its parts* Sumy State University, p. 103.

## Dignidad humana: entre universalidad y diversidad cultural

### *Human dignity: between universality and cultural diversity*

Fernando BATISTA

 <https://orcid.org/0000-0003-0430-6069>

Universidad Panamericana. México

Correo electrónico: fbatista@up.edu.mx

**RECEPCIÓN:** 10 de septiembre de 2023

**ACEPTACIÓN:** 7 de noviembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18535>

**RESUMEN:** El actual fenómeno multiculturalista ha suscitado un debate de relevancia en el campo de estudio de los derechos humanos: su vocación universal *vis-a-vis* la diversidad cultural. Este trabajo tiene como finalidad primordial reflexionar, desde una perspectiva iusfilosófica, acerca de cómo conciliar dichos aspectos a la luz de la dignidad humana. Con tal fin, se analiza el fundamento de la universalidad de los derechos humanos para determinar que éstos no son meras construcciones culturales. Se ahonda en el estudio de la dignidad humana e identidad cultural en aras de establecer que la protección de las identidades es un derecho humano dimanante de la misma. Adicionalmente, se diseccionan las diversas implicaciones que derivan de su conciliación. En última instancia, se concluye que no solo es factible, sino también indispensable la conciliación de la universalidad de los derechos y de la diversidad cultural para permitir el diálogo entre culturas y el incremento de la solidaridad asociada a los derechos humanos.

**Palabras clave:** dignidad humana, derechos humanos, multiculturalidad, universalidad, diversidad cultural.

**ABSTRACT:** The current multiculturalist phenomenon has raised a relevant debate in the field of study of human rights: their universality *vis-a-vis* cultural diversity. The main purpose of this paper is to reflect from an ius-philosophical perspective on how to reconcile these aspects in the light of human dignity. To this end, it analyzes the basis of the universality of human rights in order to determine that these are not mere cultural constructions. It delves into the study of human dignity and cultural identity in order to establish that the protection of identities is a human right stemming from it. Additionally, it dissects the various implications that derive from their reconciliation. Ultimately, it is concluded that it is not only feasible, but also indispensable to reconcile the universality of rights and cultural diversity to enable dialogue between cultures and increase the solidarity associated with human rights.

**Keywords:** human dignity, human rights, multiculturalism, universality, cultural diversity.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *El fundamento de la vocación universal de los derechos humanos.* III. *Dignidad humana vs. identidad cultural.* IV. *Cómo conciliar la diversidad cultural con la vocación universal de los derechos humanos.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno multiculturalista, entendido como una aproximación filosófico-política al fenómeno de la diversidad cultural (Ramírez García y Pallares Yabur, 2021, p. 94), derivado de la convivencia de grupos sociales con culturas distintas en una misma sociedad, ha dado lugar a distintas concepciones acerca de lo que puede ser exigible como derecho y como deber frente a los demás, lo que necesariamente remite a la consecuente y abundante reflexión respecto del carácter universal de los derechos humanos versus su posible conciliación con la diversidad.

Se trata de una cuestión que ha sido abordada históricamente desde dos perspectivas contrapuestas: el asimilacionismo y el multiculturalismo relativista. El primero, defiende la postura de primacía y predominio de una cultura respecto de las demás, lo que puede tener lugar hacia el interior de una comunidad política determinada, o bien, en el ámbito internacional, derivado del colonialismo, el neocolonialismo y la globalización. Como ha señalado Touraine (2000):

El fenómeno de la globalización permite la coexistencia de diferentes formas culturales de vida que en otras épocas eran sucesivas o si existían al mismo tiempo esto tenía lugar en lugares geográficamente separados o en ámbitos distintos con escasos contactos entre ellas (pp. 85-90).

El multiculturalismo relativista defiende, por su parte, que los derechos humanos son un mero producto cultural, por lo que niega la existencia de valores universales, particularmente morales y, por lo mismo, la posibilidad de formular juicios de valor objetivos. Conforme a esta postura no es posible pretender que el respeto a los derechos humanos trascienda el ámbito cultural que los reconoce (Fernández Ruiz-Gálvez, 2003, pp. 410-422).

Con independencia de las posturas que puedan adoptarse, siguiendo a Pedro Talavera Fernández (2011), la multiculturalidad es una realidad que, entre otras cuestiones, incide en el modo de interpretar los derechos humanos y, en ese sentido, exige una clarificación sobre la nota de universalidad que los caracteriza conceptualmente (p. 10).

¿Son universales los derechos humanos o deben variar dependiendo de la identidad cultural?<sup>1</sup> Si varían de acuerdo con cada identidad cultural ¿qué pasa si se presenta una franca contradicción entre los derechos reconocidos en una región y los que se arrojan minorías étnicas que terminan incorporándose a esta nueva región? Si, por el contrario, son universales ¿cómo se concilia esto con la diversidad cultural? ¿Existe un derecho humano a la diversidad cultural?

Estas interrogantes se abordarán en las líneas subsecuentes. La problemática es ciertamente ardua y ha sido estudiada en múltiples ocasiones. De ahí que la pretensión no sea agotarla, sino simplemente contribuir a la reflexión sobre cómo intentar hacerle frente en este mundo globalizado.

Partiendo de que la respuesta acerca de si los derechos humanos son universales transita necesariamente por entender su fundamento, se abordará en primer lugar esta cuestión, con la finalidad de determinar si se trata de un fenómeno cultural inventado por los sistemas jurídicos, o bien, trasciende este ámbito.

Para tal efecto, se analizará la noción de dignidad humana de acuerdo con las dos perspectivas a partir de las cuales ha sido concebida desde el plano dogmático, para concluir que la identidad cultural es un derecho humano derivado de la dignidad entendida en su acepción ontológica y, como tal, necesariamente integra la dimensión social de la persona.

A partir de lo anterior, se procurará responder a la pregunta relacionada con cómo conciliar la diversidad cultural con la vocación universal de los derechos humanos, para finalizar apuntando algunas consecuencias que derivan de este intento por hacer compatibles la igualdad y las diferencias que derivan del fenómeno del multiculturalismo.

## II. EL FUNDAMENTO DE LA VOCACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

<sup>1</sup> Por identidad cultural me refiero al conjunto de rasgos culturales que identifican de facto a un determinado grupo social.

Según se adelantó, para dar respuesta a los cuestionamientos formulados en el epígrafe que antecede es indispensable analizar el fundamento último de los derechos humanos, en específico, determinar si deben entenderse como un fenómeno exclusivamente<sup>2</sup> cultural, esto es, como derechos inventados por los sistemas jurídicos, o bien, trascienden esta circunstancia de hecho.

Esto es así, porque la pregunta acerca de si los derechos humanos son universales pasa necesariamente por entender su fundamento, pues implica encontrar el criterio que explique por qué existen ciertos bienes de la persona que no pueden serle denegados y cuáles son estos bienes (Martínez-Pujalte, 1995, pp. 426-430).

Un posible método<sup>3</sup> para encontrar el fundamento de los derechos humanos puede partir de un ejercicio que formuló el profesor de la Universidad de Navarra, Javier Hervada (1982), y que deriva de constatar que una nota esencial de los derechos humanos consiste en su preexistencia respecto de las leyes positivas, conclusión a la que arribó a partir del lenguaje utilizado en la totalidad de las declaraciones y de los tratados referidos a los mismos, en los que literalmente se reconocen los derechos en éstas enumerados, a diferencia de cualquier otro derecho inventado o puesto por el legislador (p. 244).

En un análisis posterior, siguiendo esa misma línea, el profesor Cianciardo (2020) da cuenta de diversos ejemplos que dan razón a lo señalado por el profesor Hervada:

- 1) La Declaración de Derechos de Virginia (1776), en que se señala (sect. 1): “that all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity”.
- 2) La Declaración de Independencia norteamericana (1776), en la que se estipula, como una verdad evidente, la existencia de derechos de los que el hombre ha sido dotado por el Creador —derechos naturales— en función de los cuales se instituyen los gobiernos.
- 3) La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), que recoge una idea semejante, al señalar que los derechos del hombre

---

<sup>2</sup> Los derechos humanos tienen mucho de obra cultural, lo que es evidente por sí mismo. Por eso, el énfasis en sí se trata de un fenómeno exclusivamente cultural.

<sup>3</sup> El profesor Cianciardo analiza otras vías para llegar a la conclusión que aquí se defiende. Véase (Cianciardo, 2020, pp. 159-176).

son derechos naturales que la Asamblea General reconoce y declara — no los otorga—.

- 4) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en que se señala repetidamente que los derechos son esenciales al hombre, y se afirma que “los Estados americanos han reconocido que estos derechos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.
- 5) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) (1948), al disponer en el preámbulo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el *reconocimiento* de la dignidad intrínseca [...] de todos los miembros de la familia humana”, para afirmar más adelante, en el artículo 1o., que “todos los hombres nacen libres en dignidad y derechos”.
- 6) El preámbulo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), en que se hace referencia al hecho de reconocer, aplicar, proteger, desarrollar y respetar los derechos humanos, y en el artículo 1o. de, igualmente, reconocer los derechos y libertades de toda persona dependiente de la jurisdicción de las partes contratantes.
- 7) El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos (1966), al afirmar, de igual manera, el reconocimiento de derechos iguales e inalienables que se desprenden de la dignidad humana.
- 8) El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) al reconocerse que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.
- 9) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, al señalar, en el artículo 1o., que: [...] la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda discriminación, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer [...] de los derechos humanos y libertades fundamentales [...] (pp. 161-163).

Finalmente, un caso de derecho doméstico: la Ley Fundamental de Bonn (1949), al disponer, en su artículo 1o., que el pueblo alemán reconoce los de-

rechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

Este ejercicio propuesto por los profesores Hervada y Cianciardo deriva en la conclusión siguiente: si en la totalidad de las declaraciones y tratados en materia de derechos humanos —sin menoscabo de otros documentos locales—<sup>4</sup> se pone de manifiesto que los derechos humanos no son otorgados, creados o inventados por las normas, sino reconocidos, esta circunstancia pone en evidencia, como nota esencial, su preexistencia.

De ahí que no se trate de productos culturales, “sino que se enraizan en algo jurídico connatural al hombre” (Hervada, 1982, p. 251). Como ha señalado Talavera (2011), “los derechos humanos no son un producto como la Coca Cola, sino un “valor” (por tanto, con vocación universal). Pues si entendiéramos los derechos humanos como un producto cultural se hablaría de derechos otorgados mediante ley, costumbre o un *consensus* social generalizado. Por ello es que José Antonio Seoane (1998) ha señalado que por encima de la pertenencia a una cultura específica se sitúa la condición humana y ese es el criterio del que parten los derechos humanos (p. 220).

En otras palabras, el verbo *reconocer* contenido en todos los documentos citados implica que los derechos humanos son preexistentes a cualquier norma positiva y, en consecuencia, no son producto de la voluntad humana. Implica que no son una conveniente ocurrencia del legislador, que admite su preexistencia, al conceder que derivan de la condición humana. Con razón se ha señalado que si los derechos son reconocidos la decisión respecto de su titularidad no puede quedar en manos de voluntad alguna, porque dotar al Estado o a cualquier tribunal de competencia para determinar a ese respecto, es tanto como conferirle atribuciones para violar no uno u otro derecho, sino todos en su conjunto (Cianciardo, 2020, p. 35).

---

<sup>4</sup> Como es el caso de la Constitución italiana, por citar un segundo ejemplo doméstico, que en su artículo segundo prevé que “[l]a República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social”.

O bien, la Constitución mexicana, que en el primer párrafo de su artículo primero señala que “[e]n los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte[...]”.

Ahora bien, a la luz de lo expuesto por el profesor Cianciardo (2020, p. 34), el que las leyes admitan el carácter preexistente de los derechos y, por lo mismo, los derechos no puedan fundarse en ellas, ni en condiciones puestas por ellas, sino que derivan de los atributos de la condición humana, lleva a la conclusión de que a partir de esta limitante los derechos se fundan en la dignidad humana que, en todo caso, las leyes deben reconocer. Como destaca Viola (1999), los seres humanos participamos de una común humanidad, en razón de nuestra específica manera de ser y de las distintas situaciones vitales: mujeres, hombres, niños, adultos, concebidos, ancianos, enfermos, personas con discapacidad, refugiados etc. (p. 57).

Esto lo confirma la DUDH, antes citada, al señalar desde el preámbulo que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana, para establecer más adelante —artículo 1o.— que todos los seres humanos gozamos de la misma dignidad y derechos (Fernández, 2003, p. 399).

Como ha advertido Rodríguez Paniagua (2003), aún sin pretender coincidir en los fundamentos últimos de los derechos, los autores de la Declaración consiguieron agrupar las diferentes concepciones filosóficas, culturales, políticas, ideológicas, religiosas y morales presentes en su tiempo bajo el paraguas de la noción de dignidad humana, lo que no deja de implicar un consenso en el fundamento, pues sin no se está de acuerdo en el fundamento, tampoco se puede estar de acuerdo en el contenido, sin incurrir en un sofisma (pp. 65-70).

Ahora bien, en concordancia con Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez (2016), el que la dignidad no sea una realidad abstracta, sino concreta, permite admitir que los derechos dimanantes de tal dignidad son comunes a todos los seres humanos y, por lo mismo universales, entendida esta nota no como una situación de hecho, pues es evidente que no es así. De lo que se trata es de enfatizar que la noción de derechos humanos conlleva desde sus orígenes una vocación universal esto es, de ser derechos cuya titularidad corresponde a todos los seres (p. 54).<sup>5</sup>

En ese sentido y como consecuencia de lo anterior, se puede concluir que la dignidad está por encima del ámbito cultural y, por tal motivo, cualquier cultura está llamada a respetarla.

---

<sup>5</sup> Recomiendo la lectura de Martínez-Pujalte (1995), donde el profesor de mérito responde de manera por demás interesante y puntual estas argumentaciones.

Despojar del rasgo de la universalidad a la noción de los derechos humanos implica que ésta se desvirtúe, pierda su sentido y significado propios, además de su poder emancipador y protector (Fernández Ruiz-Gálvez, 2003, p. 409).

Por su parte, desde el punto de vista práctico, negar la universalidad de los derechos opera en detrimento de los más débiles, que son quienes más requieren de su protección para “reivindicar la igualdad que proporciona la idea de derechos universales” (Fernández Ruiz-Gálvez, 2003, p. 409).<sup>6</sup>

Entendido lo anterior, la pregunta que se sigue responder es cómo conciliar esta igualdad derivada de una misma dignidad y la diversidad cultural, cuestión que se aborda más adelante.

### III. DIGNIDAD HUMANA VS. IDENTIDAD CULTURAL

Como se ha visto, conciliar la universalidad de los derechos humanos con la diversidad cultural debe tener como punto de partida la dignidad humana. En ese sentido, entender lo que se quiere decir cuando nos referimos a esta noción resulta de la mayor importancia.

En el plano dogmático, la concepción de la dignidad ha sido abordado desde dos perspectivas diametralmente distintas que derivan en consecuencias también ciertamente disímiles.<sup>7</sup>

Una primera forma de entender la dignidad humana parte de una concepción que podría denominarse ontológica y tiene su origen en las primeras declaraciones de los derechos humanos en Estados Unidos y Francia, para alcanzar su apogeo en distintos instrumentos internacionales y domésticos después la Segunda Guerra Mundial —por eso es que Rodolfo Luis Vigo (2012) ha señalado que “después de Nuremberg en Alemania tenemos una nueva experiencia concreta que confirma la distinción entre derecho y ley [...]”—, derivado de las atrocidades que tuvieron lugar durante ese periodo.<sup>8</sup>

Ésta es la noción de dignidad que postula una dimensión de reconocimiento *erga omnes* y que de alguna manera se ha esbozado en el epígrafe

---

<sup>6</sup> Una idea similar puede verse en Batista Jiménez (2020).

<sup>7</sup> A este respecto se siguen, en esencia, los argumentos del profesor Gómez Montoro (2019).

<sup>8</sup> Un interesante análisis de la dignidad entendida en sentido ontológico, en Ramírez García y Sánchez Barroso (2012).

que antecede, conforme a la cual se entiende que todos detentamos por igual la misma condición de seres humanos. De manera que de la misma dignidad deben gozar el hombre y la mujer, el niño y la persona adulta, el concebido, las personas con alguna discapacidad y quienes pertenecen a distintas culturas, por citar algunos ejemplos. Conforme a esta concepción, la dignidad es una cualidad que se predica del sujeto humano y, por tanto, al remitir a una instancia ontológica —al mundo del ser— implica “que sólo cabe emplearla en un contexto intelectual y hermenéutico de corte objetivista” (Serna Bermúdez, 1995, p. 291).

La otra manera de concebir la dignidad surge a raíz de un proceso que comienza en la década de 1960, principalmente en la jurisprudencia de Estados Unidos de América, y que se ha extendido en buena parte del mundo. De acuerdo con esta noción, la dignidad se ha ido desdibujando hasta equipararse con los conceptos de autonomía personal y al derecho a la libre autodeterminación, con el consecuente rompimiento progresivo respecto de su entendimiento ontológico.

Se trata de una concepción individualista, en la que la libre autodeterminación se concibe de forma expansiva, con el único límite de los derechos de los demás. Se parte de la base de que el individuo puede hacer lo que libremente dicte su conciencia, siempre y cuando no afecte la libertad ajena.

Entender así la dignidad humana conlleva aceptar que solo puede gozar de los derechos que de la misma derivan quien sea capaz de acreditarse como libre, y solo puede acreditarse como libre quien es capaz de autonomarse, lo cual no deja de derivar en consecuencias en perjuicio de la vocación universal de los derechos, porque, conforme a esta idea de dignidad, los niños, los no nacidos, algunos ancianos, algunas personas con discapacidad y, en general, los más débiles e indefensos terminan siendo privados de derechos y a merced del más fuerte.<sup>9</sup>

En relación con el tema que ocupa estas líneas, esta visión individualista del ser humano no puede conciliarse con la diversidad cultural, al ser incompatible con la idea de igualdad entre los seres humanos que deriva de su vocación universal.

Si por el contrario, en lugar de concebir al ser humano desde una perspectiva abstracta y reduccionista, se entiende como una unidad en la complejidad —como lo ha definido Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez (2003),

---

<sup>9</sup> De este tema me ocupó en Batista (2022).

lo podemos apreciar como quien presenta una multiplicidad de facetas, entre éstas, la capacidad de relacionarse con los demás en un ámbito interpersonal y social, que se manifiesta en su pertenencia a muy diversos grupos sociales y a una pluralidad de comunidades, con los consecuentes vínculos de interdependencia respecto de los demás seres humanos, capacidad de autosuficiencia e independencia pero también conciencia de su fragilidad y la necesidad de protección y responsabilidad por parte de los otros (p. 423).

En otras palabras, concebir la identidad cultural como un derecho humano conlleva dejar de lado la visión individualista del ser humano para entenderlo, en concordancia con Charles Taylor (1989), como un alguien que “envuelve siempre la referencia a una comunidad que le define” (pp. 36 y 436), para lo cual es indispensable entender la dignidad humana en su acepción ontológica, que integra esta dimensión social de la persona, pues solo así puede comprenderse y realizarse en plenitud desde su pertenencia a un grupo determinado.

Esta dimensión relacional se pone de manifiesto en la capacidad de dialogar sobre la verdad y el bien, pues el diálogo exige invariablemente la presencia de dos personas. El ser humano es un ser naturalmente abierto a los demás y por su concepción ontológica presenta una dimensión relacional, de manera que la construcción de su personalidad tiene carácter social y relacional (Cianciardo, 2021, p. 42; Seoane, 1998, p. 210).

Ahora bien, entendida la dignidad en su acepción ontológica, es posible concluir que la protección de las identidades es un derecho humano dimanante de la misma, pues nuestras múltiples pertenencias culturales son parte intrínseca e inseparable de nuestra identidad personal, derivado de lo cual y coincidiendo con Martínez-Pujalte (1998), pp. 125-133), se presentan las siguientes conclusiones:

- 1) El ser humano sólo es capaz de alcanzar el desarrollo pleno de su personalidad en el marco de un grupo social con el que comparte una cultura en común.
- 2) Atendiendo a que la protección de las identidades culturales encuentra su fundamento en la dignidad de los seres humanos que las integran, no existe un derecho de las culturas como tal, lo que implica que su protección es exigible solo en la medida en que resulta exigida por la tutela de la dignidad humana. No existe tal cosa como un derecho colectivo a la protección de la cultura, sino que su titularidad es de carácter individual,

derivado de que el ejercicio de los derechos humanos se relaciona directamente con la puesta en juego de la inteligencia y la voluntad, lo que no puede atribuirse a grupos sociales.

- 3) Si la tutela de la identidad cultural encuentra su fundamento en el respeto a la dignidad humana, los límites que definen el derecho a la protección de la cultura se extienden “tan solo a aquellas pautas o manifestaciones culturales que no sean lesivas de la propia dignidad humana<sup>10</sup> [...] lo que implica admitir que las exigencias derivadas de la dignidad humana son universales” (Martínez-Pujalte, 1998, p. 131).
- 4) No es posible una aproximación adecuada al planteamiento de la diversidad cultural desde el modelo liberal-individualista, desligado de la relación social y del contexto cultural, “pero tampoco puede afrontarse desde [...] las posiciones comunitaristas extremas, que sobrevaloran la identidad cultural hasta el punto de situarla en una posición superior a la común identidad humana” (Martínez-Pujalte, 1998, p. 133).
- 5) La dignidad humana es transcultural, por lo que las culturas deben ser respetuosas de la misma (pp. 125-133).

#### IV. CÓMO CONCILIAR LA DIVERSIDAD CULTURAL CON LA VOCACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

De acuerdo con lo planteado en los epígrafes que anteceden, podemos aproximarnos a responder la pregunta formulada en este apartado: ¿cómo conciliar la diversidad cultural con la vocación universal de los derechos humanos?

Lo primero que conviene reiterar es que la única manera de proponer una respuesta jurídica adecuada a esta interrogante, esto es, la única vía para hacer compatibles la igualdad y las diferencias que derivan del fenómeno del multiculturalismo es partiendo del entendimiento de la dignidad en su sentido ontológico, a su vez, fuente del derecho a la identidad cultural de la persona, que solo puede realizarse en plenitud desde su pertenencia a un grupo determinado.

---

<sup>10</sup> A este respecto, el profesor Juan Cianciardo (2020), se pregunta cuáles son estas pautas o manifestaciones, a lo que responde que se debe acudir, en primera instancia, a las declaraciones internacionales de derechos humanos (p. 44).

A partir de lo anterior, siguiendo a Martínez-Pujalte (1998), pp. 135-145), derivan distintas consecuencias:

En primer lugar, asegurar la verdadera igualdad en dignidad y derechos para cualquier integrante de un grupo cultural minoritario carente de ciudadanía transita por entender que si, como se ha explicado, la dignidad humana es una exigencia con vocación universal, luego entonces no hay situación de hecho alguna que justifique establecer diferencias entre ciudadanos y extranjeros, partiendo de que el título de exigibilidad del derecho encuentra su fundamento en esa dignidad.

Es evidente que en estos supuestos se actualizan situaciones que pudieran objetar lo planteado, pues existen de facto algunos derechos que para su ejercicio el derecho positivo exige la concurrencia de la ciudadanía, como es el caso, por citar algunos ejemplos, del derecho al sufragio contenido en el artículo 23 de la Constitución Española, en relación con el 13.2, o bien, de lo previsto en el artículo 35, fracción I en relación con el 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (pp. 135-145).

Sin embargo, ejemplos como los que anteceden no pueden invocarse como contrarios a la noción de universalidad que aquí se defiende, si se parte de la distinción básica en la teoría del derecho entre la titularidad y el ejercicio de los derechos, a partir de la cual es perfectamente posible ser titular de un derecho sin gozar de la capacidad de gozar del mismo.

En ambos casos los extranjeros son titulares del derecho de referencia, aún y cuando su ejercicio esté condicionado. En el caso español, inclusive, pueden hacerlo valer a través de distintas vías, como es el caso del acceso a los medios de comunicación o la constitución de asociaciones con fines políticos, por citar dos ejemplos.

El derecho cuyo ejercicio se limita en España y en México respecto de los extranjeros es exclusivamente el relativo al sufragio en sus dos vertientes, pero esto no obedece a una excepción a la vocación universal de la dignidad, sino que deriva del contenido del propio derecho al sufragio, que conlleva la facultad de intervenir en la construcción de la voluntad popular en la comunidad política a la que se pertenece, que no es el caso de los extranjeros en los Estados de mérito que, sin embargo, siguen detentando el derecho, pero para los efectos de hacerlo valer en la comunidad política de la que forman parte con carácter de ciudadanos.

En otras palabras, el derecho al sufragio no deja de ser un derecho con vocación universal, en atención a que todas las personas tienen el dere-

cho a intervenir en la construcción de la voluntad de la comunidad política a la que pertenecen (Martínez-Pujalte, 1995, pp. 438 y 439).

*Obiter dictum*, la universalidad de los derechos humanos, cara a la diversidad cultural, no se pone en entredicho por las restricciones que puedan establecer los Estados respecto de éstos, siempre y cuando, éstas no incidan en la dignidad humana que le sirve de fundamento. Su vocación universal debe leerse y es plenamente compatible con la idea de que, a excepción de algunos (derecho a la vida o la prohibición a la tortura), los derechos no son absolutos y admiten modulación.

Por citar un ejemplo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé en su artículo 130, inciso d), que los ministros de cultos “[...] no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados”. Lo anterior, ha sido materia de reserva expresa por parte del Estado mexicano al adherirse a la Convención Americana sobre de Derechos Humanos respecto del artículo 23, párrafo segundo.

La restricción sujeta a análisis es plenamente armonizable con el carácter universal del derecho al sufragio y la diversidad cultural, pues no atenta contra la dignidad de aquellas personas que conforman este grupo. Incluso, existen vías —aunque diversas— para que ese derecho también sea ejercido respecto de la comunidad a la que pertenecen (la posibilidad de votar para aquellos ciudadanos que sean ministros de culto y de ser votados cuando dejen de serlo), una vez que desaparecen las razones de peso constitucional-históricas que ameritan su modulación.

Una segunda consecuencia es entender que la garantía de igualdad en el goce de los derechos humanos, que derivan de la dignidad, no puede circunscribirse a una noción formal de igualdad —ante la ley—, sino que debe implicar una obligación del Estado encaminada a la consecución de una verdadera igualdad material, con lo que se avala la realización de políticas activas para la protección y promoción de los derechos de las minorías.

A guisa de ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) (2009), en la Observación General N° 21, ha señalado que el párrafo 1 a) del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales engloba “el derecho de las minorías y de quienes pertenecen a ellas a participar en la vida cultural de la sociedad y a preservar, promover y desarrollar su propia cultura” (2009, párr. 32).

Adicionalmente, refiere que el derecho de referencia implica

la obligación de los Estados parte de reconocer, respetar y proteger la cultura de las minorías como componente esencial de su propia identidad. Por lo tanto, las minorías tienen derecho a su diversidad cultural, tradiciones, costumbres, religión, formas de educación, lenguas, medios de comunicación (prensa, radio, televisión, Internet) y a todas las expresiones propias de su identidad y afiliación culturales (Observación General N° 21, 2009, párr. 32).

Otra consecuencia a destacar, se refiere a la obligación relacionada con el hecho de que la garantía de igualdad material de las minorías culturales antes señalada debe hacerse efectiva no solamente frente a los grupos mayoritarios sino, también, de cara a la propia comunidad cultural, que conlleva la exigencia de erradicar cualquier práctica contraria a las exigencias básicas de la dignidad humana, aun cuando pudieran estar fundadas en tradiciones culturales, como es el caso de las violaciones a los derechos de las mujeres en las comunidades islámicas.

En efecto, aún y cuando

los fenómenos de la migración, la integración, la asimilación y la globalización han puesto en contacto más estrecho que nunca a diferentes culturas, grupos y personas en un momento en que cada una de ellas se esfuerza por preservar su propia identidad (Observación General N° 21, 2009, párr. 41).

Lo cierto es que —siguiendo al CESCR (2009)— la “protección de la diversidad cultural es un imperativo ético inseparable del respeto de la dignidad humana” (párr. 41). Por lo que debe primar sobre toda construcción cultural.

Finalmente, una última consecuencia deriva en asimilar que la diversidad cultural no es algo que simplemente deba ser tolerado, pues, como se ha tratado de demostrar, se trata de un derecho específico, cuya titularidad no solamente conlleva obligaciones pasivas de respeto, sino que debe ser promovido activamente por los poderes públicos, pues como cualquier otro derecho humano contiene una dimensión prestacional.

De ahí que los programas y demás acciones que se empleen con la finalidad de propiciar

la integración constructiva de las minorías y quienes pertenecen a ellas en la sociedad de un Estado parte debe basarse en la inclusión, la participación y la no discriminación, a fin de preservar el carácter distintivo de las culturas minoritarias (Observación General N° 21, 2009, párr. 33).

En este sentido, el Estado tiene la obligación de procurar que las minorías culturales puedan hacer efectivas sus propias pautas culturales y sean capaces de expresar sus particulares señas de identidad con el único límite de que esas pautas y señas no resulten contrarias a la dignidad humana (Martínez-Pujalte, 1998, p.142). Máxime que, derivado de la eficacia horizontal de los derechos humanos, lo expuesto cobra relevancia para todas aquellas personas que forman parte de la sociedad.

## V. CONCLUSIÓN

Conciliar la vocación universal de los derechos humanos con el respeto a la diversidad cultural no solo es viable sino necesaria pero, para tal efecto, es indispensable: a) entender que los derechos humanos no son un producto cultural, sino derechos inherentes a la dignidad humana, entendida conforme a su acepción ontológica, b) la persona no puede desvincularse de sus particulares circunstancias sociales y culturales, de lo que se sigue que la identidad personal es también y siempre identidad cultural, c) la garantía de igualdad en el goce del derecho a la identidad cultural no puede circunscribirse a una noción formal de igualdad, sino que debe perseguir una efectiva igualdad material, y d) la garantía de las identidades culturales no puede reducirse a un mero respeto pasivo —de tolerancia, sino que implica la obligación de procurar que las minorías culturales puedan hacer efectivas sus propios parámetros culturales.

A partir de estas ideas, se puede concluir —con Ramírez García y Pallares Yabur (2021)— que la universalidad de los derechos humanos, más que una estrategia de colonialismo ético o de imposición etnocéntrica, constituye una oportunidad de diálogo entre culturas cuya diversidad implica la riqueza para mejorar la experiencia de estos derechos. En concreto, se aspira a que el resultado de ese diálogo derive en un incremento en la experiencia de la solidaridad asociada a los derechos humanos (p. 97).

## VI. REFERENCIAS

- Batista Jiménez, F. (2022). Consumir marihuana, ¿contribuye al desarrollo de la personalidad. *Cuestiones Constitucionales*, (46), 319-335. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2022.46.17058>
- Batista Jiménez, F. (2020, diciembre 10). Los derechos humanos y la ley del más fuerte. *El Universal*. <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/fernando-batista-jimenez/los-derechos-humanos-y-la-ley-del-mas-fuerte>
- Cianciardo, J. (2020). *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cianciardo, J. (2021). *La relevancia del derecho en una sociedad multicultural. La difícil armonización entre diversidad e igualdad*. Tirant lo Blanch.
- Constitución de la República Italiana (1947). [https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST\\_SPAGNOLO.pdf](https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_SPAGNOLO.pdf)
- Constitución Española (1978). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- Convención Americana sobre de Derechos Humanos (1969). <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). <https://www.coe.int/es/web/compass/the-european-convention-on-human-rights-and-its-protocols>
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp#:~:text=Todos%20los%20hombres%20nacen%20libres,exigencia%20del%20derecho%20de%20todos.>
- Declaración de Derechos de Virginia (1776). <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776). <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>

- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/es-pagnol/es\\_ddhc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/es-pagnol/es_ddhc.pdf)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)
- Fernández Ruiz-Gálvez, M. E. (2003) ¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural? *Persona y Derecho*, (49), 410-422. <https://doi.org/10.15581/011.31884>
- Fernández Ruiz-Gálvez, M. E. (2016). La universalización efectiva de los derechos. Una tarea inacabada. *Derecho & Sociedad*, (47), 53-63. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/18873/19091>
- Gómez Montoro, A. J. (2019). ¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad? En M. Aragón Reyes, et al. (dirs.), *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarría* (pp. 539-558). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autónomo.
- Hervada, J. (1982). Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho. *Persona y Derecho*, (9), 243-256. <https://doi.org/10.15581/011.32692>
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949). <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Martínez-Pujalte, A. L. (1995). Argumentos a propósito de la Universalidad de los Derechos Humanos. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, (5), 425-442. <http://hdl.handle.net/10016/1302>
- Martínez-Pujalte, A. L. (1998). Derechos humanos e identidad cultural. Una posible conciliación entre interculturalidad y universalidad, *Persona y Derecho*, (38), 119-148. <https://doi.org/10.15581/011.32005>
- Observación general N° 21. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Del 20 de noviembre de 2009. <https://digitallibrary.un.org/record/679355?ln=en>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- Ramírez García, H. y Pallares Yabur, P. (2021). *Derechos humanos, promoción y defensa de la dignidad*. Tirant lo Blanch.
- Ramírez García, H. y Sánchez Barroso, J. A. (2012). La praxis de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011.

- Cuestiones Constitucionales*, (27), 214-249. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2012.27.6008>
- Rodríguez Paniagua, J. M. (2003). *Moralidad, derechos, valores*. Civitas Ediciones.
- Seoane, J. A. (1998). La universalidad de los derechos humanos y sus desafíos. (Los “derechos especiales” de las minorías). *Persona y Derecho*, (38), 187-226. <https://doi.org/10.15581/011.32008>
- Serna, P. (1995). La dignidad de la persona como principio del derecho público. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (43), 287-306. <http://hdl.handle.net/10016/1253>
- Talavera Fernández, P. (2011). Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos. *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (28), 7-38. <https://doi.org/10.35487/rius.v5i28.2011.63>
- Taylor, C. (1989). *Sources of the self*. Cambridge University Press.
- Touraine, A. (2000). *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia (2a. ed.)*. Fondo de Cultura Económica.
- Viola, F. (1999). *Identità e comunità. Il senso morale della politica*. Vita e Pensiero.
- Vigo, R. L. (2012). *De la ley al derecho (3a. ed.)*. Porrúa.

## Interruzione della relazione tra umani e animali d'affezione: il “danno interspecifico” nel dibattito giuridico italiano

### *Interruption of the relationship between humans and pets: the “interspecific damage” in the italian legal debate*

Paolo DONADONI

 <https://orcid.org/0000-0002-4140-8833>

Dottore di ricerca in Bioetica, Università degli Studi di Genova. Avvocato presso  
la Corte d'Appello di Genova, Italia  
E-mail: donadoni@comunessml.it

RECEPCIÓN: 11 de septiembre de 2023

ACEPTACIÓN: 6 de noviembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18559>

**ASTRATTO:** Nella dottrina e giurisprudenza italiane degli ultimi 30 anni si dibatte della risarcibilità o meno del profilo non patrimoniale del danno patito dal padrone per l'uccisione del suo animale d'affezione (cosiddetto “danno interspecifico”). La Corte di Cassazione con un orientamento fermo, e ancor oggi attuale, ne esclude la risarcibilità; mentre presso la giurisprudenza di merito si sta consolidando sempre più un orientamento favorevole anche in base ai dati che progressivamente emergono dalle conoscenze delle scienze della vita sugli animali, all'evoluzione del concetto di famiglia, alle prassi socio-culturali. Il testo analizza lo stato attuale del dibattito con ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, focalizzando l'attenzione sui fondamenti giuridici delle argomentazioni.

**Parole chiave:** animali, diritto, esseri senzienti, famiglia, relazione affettiva, danno non patrimoniale.

**ABSTRACT:** In the last 30 years Italian doctrine and jurisprudence have debated whether or not the non-pecuniary profile of the damage suffered by the owner for the killing of his pet (so-called “interspecific damage”) can be compensated. The Court of Cassation with a firm orientation, and still current today, excludes the possibility of compensation; while in the jurisprudence on the merits a favorable orientation is increasingly consolidating also on the basis of: the data that progressively emerge from the knowledge of the life sciences on animals, the evolution of the concept of family, socio-cultural practices. The text analyzes the current state of the debate with extensive references to doctrine and jurisprudence, focusing attention on the legal foundations of the topics.

**Keywords:** animals, law, sentient beings, family, emotional relationship, non-pecuniary damage.

**SOMMARIO:** I. *Premessa.* II. *Animale o animali?* III. *Animali da compagnia o d'affezione?* IV. *Cos'è il danno interspecifico?* V. *Alcune considerazioni conclusive.* VI. *Bibliografia.*

## I. PREMESSA

Questo scritto vuole verificare la risarcibilità o meno della figura del “danno interspecifico”, nel suo profilo non patrimoniale, tema di dibattito per dottrina e giurisprudenza nell’ordinamento giuridico italiano oramai da circa 30 anni,<sup>1</sup> che, grazie alla riforma costituzionale dell’art. 9 avvenuta nel febbraio 2022 (Legge Costituzionale, 11/02/2022, art. 9), può forse vivere oggi una svolta decisiva.

## II. ANIMALE O ANIMALI?

Per inquadrare e affrontare correttamente le questioni, il linguaggio assume un’importanza ad un tempo preparatoria e fondamentale. Occorre scegliere i vocaboli confacenti ai concetti che si vogliono esprimere. Ciò vale tanto più nelle vicende di bioetica giuridica, ove di frequente l’ambiguità è insita in vocaboli che, transitando tra diversi campi del sapere, possono assumere intensione e/o estensione non univoche. “Animale/i”, ad esempio, è vocabolo trasversale a varie discipline: compare in zoologia, etologia, antropologia, medicina veterinaria, diritto, sociologia, filosofia, teologia...

Una prima notazione linguistica: animale o animali? Il singolare o il plurale? Questa scelta — che *prima facie* può apparire irrilevante — in realtà presuppone un importante chiarimento preliminare sull’oggetto del nostro discorso.

Non esiste una normativa unica per l’animale, perché non esiste “l’animale”. L’uso del singolare onnicomprensivo — fatto salvo in un contesto in cui sia stato previamente concordato a quale specifico animale ci si rife-

---

<sup>1</sup> Restando nel panorama europeo, in Francia, ad esempio, il tema è oggetto di attenzione giudiziaria da circa 60 anni. *Cfr.*, ad es., tra le prime: (1962). Cour de Cassation. *Recueil Dalloz*, pp. 199-200. Rodière, R. (1962). *Jurisprudence. La Semaine Juridique, II*(12557), p. 200. Esmein, P. (1962). Tribunal de Grande Instance de Caen. *Recueil Dalloz*, p. 92. (1962). *Jurisprudence. La Semaine Juridique, Paris, II* (12954). (1965). Cour de Cassation. *Recueil Dalloz*, pp. 628-629.

risca— rappresenta un concetto generico, vago, indeterminato, intangibile, privo di confini, astratto, irreali. Animale sono tanto il cane quanto la pulce. Un concetto indifferenziato e come tale utile solo al disordine e alla confusione. Il cane lo abbracciamo sul divano del salotto, per sterminare la pulce acquistiamo appositi sprait. L'uno —come meglio vedremo *infra*— viene eletto a compagno di vita, l'altra relegata nelle classi del fastidio e del disprezzo.

Nell'ordinamento giuridico italiano —parimenti che nella disciplina sovranazionale— gli animali vengono classificati in base a categorie giuridiche, contenitori che per lo più contengono animali ripartiti in base alle specie di appartenenza. Un criterio, dunque, anzitutto zoologico. Alcune specie — ad esempio— rientrano nella categoria degli animali selvatici (es. il lupo-*canis lupus*), altre in quella degli animali domestici (es. il cane-*canis lupus familiaris*). Alcune specie si possono cacciare (es. cinghiale-*sus scrofa*), altre sono protette (es. orso bruno-*ursus arctos*). Ma non è sempre così semplice distinguere. Le categorie giuridiche non si esauriscono in una classificazione di mera inclusione di specie selezionate.

Possiamo infatti individuare una casistica di animali la cui “specie” risulta ibrida: caso paradigmatico quello dei conigli —forse la categoria meno circosccrivibile— che possono essere animali d'affezione, ma anche selvatici o da sperimentazione o d'allevamento (quindi possono risultare eduli, contraddicendo uno dei principi fondamentali per la definizione degli animali d'affezione).<sup>2</sup> Categorie, per l'appunto, difficili da gestire limitandosi ad assumere le differenze di specie, qui citate solo sommariamente e che meriterebbero invece uno sguardo dedicato e approfondito.

Ad esito di questa breve ricognizione, possiamo condividere che l'uso del singolare non regge rispetto né alla configurazione giuridica nazionale né a quella sovranazionale. “Animale”, singolare onnicomprensivo, esprime pertanto un concetto irreali. Non trova rispondenza né nella realtà empirica né nella disciplina giuridica. È doppiamente sconfessato. Dobbiamo parlare di “animali”.<sup>3</sup> Al plurale. E operare distinzioni.

---

<sup>2</sup> Nell'ordinamento giuridico italiano, infatti, una delle caratteristiche fondamentali della categoria legislativa degli animali d'affezione è il non essere eduli. Di loro non ci si può cibare.

<sup>3</sup> Semplifichiamo, per necessità. Ci limitiamo ad accogliere il plurale. Altrimenti occorrerebbe discernere tra le qualificazioni: domestici, addomesticati, selvatici, da compagnia, d'affezione...

## 1. Gli animali nel diritto italiano

Nell'ordinamento giuridico italiano permane una forte ambivalenza tra le diverse categorie giuridiche di animali: da lavoro, da allevamento/macello, da sperimentazione, da caccia, e —davvero un *apax*— d'affezione. Si prospetta un difficile equilibrio, quindi, tra un approccio di subordinazione e strumentalizzazione degli animali alle utilità umane e un approccio, viceversa, di relazione amicale radicata nel vissuto quotidiano.

Anzitutto il codice civile continua a considerare gli animali al pari delle cose, cosicché l'animale domestico è un bene patrimoniale, che può essere oggetto di proprietà (art. 924 ss. c.c.) o di usufrutto (art. 994), può essere acquistato per occupazione (art. 923 c.c.), può essere compravenduto (art. 1496), i danni che cagiona vengono imputati al proprietario (art. 2052); mentre l'animale selvatico è *res nullius*, oggetto di appropriazione da vivo o da morto.<sup>4</sup>

Il codice penale [c. p.] a seguito della riforma di cui alla L. 189 (2004) tutela —affidandosi alla formulazione linguistica nella sua letteralità— il sentimento per gli animali:<sup>5</sup> il titolo IX-*bis* del Libro II del Codice Penale è infatti rubricato “*Delitti contro il sentimento per gli animali*”. Al “*sentimento*” degli esseri umani verso gli animali viene collegata una specifica salvaguardia<sup>6</sup> tramite l'introduzione di quattro fattispecie incriminatrici,<sup>7</sup> nonché la trasformatio-

---

<sup>4</sup> Più dettagliatamente, *cf.* Traisci (2021, p. 43).

<sup>5</sup> In realtà già nel testo legislativo si ravvisa “un importante cambiamento di mentalità”, ossia la transizione da un'ideologia antropocentrica ad una zoocentrica, seppure si precisa che alcuni elementi formali stridono con questo esito, in particolare la rubricazione “*Dei delitti contro il sentimento per gli animali*” e la collocazione nel Titolo IX-*bis*, il che rende il mutamento di concezione meno sostanziale di quanto si sarebbe auspicato, *cf.* Madeo (2022, p. 343).

<sup>6</sup> *Cfr.* Parini (2012): “...non sembra si possa sottovalutare l'importanza del riconoscimento del valore del “sentimento per gli animali”, che rappresenta un'espresa affermazione della possibile sussistenza di un'interazione dal punto di vista emotivo tra uomini e animali, nonché del mutamento del sentire sociale nei confronti degli stessi e del progresso legislativo atto a dimostrare la volontà di pervenire ad un rapporto uomo-animale più maturo e consapevole” (p. 607).

<sup>7</sup> *Cfr.* art. 544-*bis* c.p.: “Chiunque, per crudeltà o senza necessità, cagiona la morte di un animale è punito con la reclusione da quattro mesi a due anni”; art. 544-*ter* c.p.: “Chiunque, per crudeltà o senza necessità, cagiona una lesione ad un animale ovvero lo sottopone a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche è punito con la reclusione da tre a diciotto mesi o con la multa da 5.000 a 30.000 euro. La stessa pena si applica a chiunque somministra agli animali sostanze stupefacenti o vietate ovvero li sottopone a trattamenti che procurano un danno alla salute degli stessi. La pena è aumentata

ne del maltrattamento da contravvenzione a delitto e conseguente inasprimento delle regime sanzionatorio. Tuttavia, significativa parte della dottrina ha espresso l'orientamento che la *ratio* della disciplina sia quella di tutelare direttamente gli animali, ad es.:

una logica interpretativa che voglia mantenersi coerente con la *ratio* delle nuove previsioni impone di intendere il richiamo a quel bene giuridico come elemento secondario e insieme “di rinforzo” rispetto alla tutela degli animali, rifiutando con decisione ogni tentativo di letture conservatrici che volessero spostare nuovamente l'asse della tutela verso beni e parametri appartenenti al mondo umano anziché a quello animale (Valastro, 2012, p. 648).

Anzi, secondo alcuni Autori, è bene tenere a mente questa duplicità: la riforma ha previsto una disciplina normativa che protegge gli animali dalle condotte vietate e sanziona gli umani che di dette condotte sono autori (Mazzucato, 2012, p. 697). Anche perché riferirsi al parametro del sentimento umano pare, oltre che poco plausibile come fondamento dell'esigenza riformatrice, nel concreto eccessivamente discrezionale, ad es.:

un diritto penale saldamente ancorato, in virtù di precisi principi costituzionali, al fatto penalmente rilevante perché offensivo di beni giuridici afferrabili non può riconoscersi nella tutela del puro “sentimento” per gli animali [...] Spostare il focus dall'effimero “sentimento” al “valore” e al “soggetto”, cioè al bene giuridico afferrabile e offendibile: è questa la via da percorrere (Mazzucato, 2012, pp. 699-670).

---

della metà se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte dell'animale”; art. 544-*quater* c.p.: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque organizza o promuove spettacoli o manifestazioni che comportino sevizie o strazio per gli animali è punito con la reclusione da quattro mesi a due anni e con la multa da 3.000 a 15.000 euro. La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma sono commessi in relazione all'esercizio di scommesse clandestine o al fine di trarne profitto per sé od altri ovvero se ne deriva la morte dell'animale”; e art. 727 c.p.: “Chiunque abbandona animali domestici o che abbiano acquisito abitudini della cattività è punito con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda da 1.000 a 10.000 euro. Alla stessa pena soggiace chiunque detiene animali in condizioni incompatibili con la loro natura, e produttive di gravi sofferenze”. Per una analisi delle nuove fattispecie *cf.*, ad es., Pasqui (2012), in particolare 145-159.

Si tratta, infatti, di una tutela prevista questa volta verso gli animali in generale —Valastro (2012) dice “estesa a tutti gli animali (d’affezione, domestici, esotici, vertebrati, invertebrati, ecc.), a prescindere dalla loro capacità di suscitare compassione nell’essere umano” (p. 646)— per il fatto stesso costituente reato, non rivolta ad un determinato animale di un determinato padrone, ossia ad un esemplare specificamente individuato.<sup>8</sup>

Il c. 9-*bis* dell’art. 189 (2010) del codice della strada prevede che l’utente della strada in caso di incidente da cui derivi danno a un animale (d’affezione, da reddito o protetto), ha l’obbligo di fermarsi e di porre in atto ogni misura idonea ad assicurargli un tempestivo intervento di soccorso.

Il disposto del nuovo c. 5 dell’art. 1138 (2012) prevede che la convivenza del padrone con il proprio animale di affezione non sia comprimibile dai regolamenti condominiali (leggasi: “le norme del regolamento non possono vietare di possedere o detenere animali domestici”).

Il D.Lgs. n. 26 (2014) all’art. 6 c. 1 prevede che la soppressione dell’animale nella sperimentazione scientifica debba avvenire “con modalità che arrecano il minimo dolore, sofferenza e distress possibile”, e all’art. 16 c. 1 prevede l’obbligo di tenere conto “delle esperienze dell’animale nel corso di tutta la sua vita”.

L’art. 1, c. 1, lett. e-*quiquies* del D.L. 121 (2021)<sup>9</sup> —nel modificare l’art. 177 C.d.S.— prevede che mediante decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti siano disciplinate le condizioni alle quali “il trasporto di un animale in gravi condizioni di salute può essere considerato in stato di necessità, anche se effettuato da privati”.

L’art. 1, c. 980, della L. 234/2021 (Legge di Bilancio 2021) prevede il divieto di allevare o cacciare animali per la finalità di ricavarne pelliccia.

L’art. 1 della già citata L. cost. 1/2022, infine, inserisce nella Costituzione [Cost.] la riserva di legge per la disciplina della tutela degli animali (principio di garanzia sancito dall’art. 25 Cost. per quelle materie che si vogliono regolamentare soltanto con norme di rango primario).

Le posizioni più avanzate si reperiscono nella giurisprudenza della Cassazione penale, oramai consolidata nel riconoscere la rilevanza giuridica del-

---

<sup>8</sup> Lo precisa, ad es., Cass. Sez. III pen., n. 3674/2017 (dep. 2018), in *one Legale*, secondo cui “la responsabilità dell’autore non è esclusa dal fatto che sia rimasta ignota o non compiutamente identificata la vittima di uno dei reati di cui agli artt. 544-bis e 544-ter c.p., ossia l’animale ucciso o maltrattato”.

<sup>9</sup> Convertito con modificazioni dalla L. 156/2021.

la natura senziente di alcuni animali. I passaggi più interessanti riguardano gli artt. 544-ter c.p. e 827 c. 2 c.p., entrambi reati comuni, ossia commissibili da chiunque, a forma libera;<sup>10</sup> il primo (in quanto fattispecie delittuosa) imputabile solo a titolo di dolo; il secondo (in quanto fattispecie contravvenzionale) imputabile anche per colpa.

In applicazione dell'art. 544-ter c.p. (maltrattamento di animali) si ritiene che il reato sussista per essersi verificato il fatto, "indipendentemente dalle lesioni eventualmente arrecate" (Cass. Sez. III pen., n. 17691/2018)<sup>11</sup> all'animale e a valere anche per condizioni solo "provvisorie" (Cass. Sez. III pen., n. 29510/2019 e n. 16755/2018). Si legge infatti (e non è cosa dappoco) che "la previsione di tali reati riconosce il valore giuridico della vita dell'animale, che è soggetto passivo del reato e non mero oggetto materiale" (Cass. Sez. III pen., n. 3674/2017).<sup>12</sup> Similmente, quanto all'art. 727 comma 2 c. p. (detenzione di animali) la giurisprudenza della Corte di Cassazione penale ritiene che

l'inserimento, nella nuova fattispecie di reato, del requisito della sofferenza (fisica o psichica), esprime con chiarezza la scelta di considerare gli animali come esseri viventi suscettibili di tutela diretta e non più indiretta sol perché oggetto del sentimento di pietà nutrito dagli esseri umani verso di loro (Cass. Sez. III pen., n. 52031/2016 e n. 36713/2021).

---

<sup>10</sup> Per l'art. 544-ter c.p. *cf.*: Cass. Sez. III pen., n. 34087/2021, in *oneLegale*; Cass. Sez. III pen., n. 39159/2014, in *oneLegale*; Cass. Sez. III pen., n. 5979/2013, in *oneLegale*. Per l'art. 727 c.p. basti il dato testuale che esordisce con "Chiunque...". In ogni caso, *cf.* Cass. Sez. III pen., n. 46365/2017, in *oneLegale*, e Cass. Sez. III pen., n. 6415/2006, in *oneLegale*, in cui si legge: "Il reato di cui all'articolo 727 c.p. può essere commesso, non solo dal proprietario degli animali, ma da chiunque e quindi anche da colui il quale anche temporaneamente li detiene".

<sup>11</sup> Per un commento, *cf.* Pittalis (2022), pp. 154-160).

<sup>12</sup> Interessante notare che, con riferimento al c. 2 (anziché al c. 1) dell'art. 544-ter c. p., sempre la sez. III pen. abbia recentemente affermato che "si ritiene che l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice in esame debba essere individuato nella salute dell'animale, intesa come oggetto giuridico immediato. Tale interpretazione dell'art. 544-ter c. p., comma 2, che configura una tutela immediata della salute dell'animale, è corroborata dalla logica secondo cui il sentimento che l'uomo ha per gli animali, che rappresenta un elemento giuridicamente incerto e puramente soggettivo, è diretto alla salute degli stessi, la quale invece è dotata di una sufficiente oggettività giuridica, non dipendente da valutazioni soggettive" (Cass. Sez. 3 pen., n. 32602/2021), fattispecie di somministrazione di vaccino contro la brucellosi a bufali da parte di un allevamento zootecnico nonostante il divieto vigente.

Così, ad esempio, in riferimento alla prima ipotesi dell'art. 544-ter c. p. (che attiene alla lesione dell'animale), il reato è stato ritenuto integrato nel caso di un cane affetto da vari tumori mammari il cui proprietario aveva omesso di adottare i provvedimenti necessari per la tutela della salute del medesimo (Cass. Sez. III pen., n. 22579/2019), e nel caso di un capriolo rinvenuto nel cassone di un veicolo colpito da arma da fuoco ma ancora vivo e scalcante (in compagnia di altri due invece già deceduti.) (Cass. Sez. III pen., n. 29816/2020). L'obbligo di cura e l'obbligo di colpo di grazia sono due circostanze di rilevanza sostanziale: l'animale, in quanto essere vivente senziente, va assistito e medicato e, se destinato al decesso, non va fatto soffrire. Alla base di queste previsioni vi è pertanto un nuovo concetto dell'essere animali, attualizzato con la consapevolezza della senzienza del loro organismo (oramai riferita pacificamente, ad es., ai mammiferi).

### III. ANIMALI DA COMPAGNIA O D'AFFEZIONE?

Una seconda notazione linguistica. Atteso che occorre parlare di “animali”, al plurale, la particolare categoria che qui intendiamo attenzionare va qualificata “da compagnia” o “d'affezione”? L'uso invalso è di considerare le due locuzioni sinonime ma in realtà la differenza che intercorre tra di loro non risulta irrilevante. I concetti di compagnia e di affezione, infatti, non paiono sovrapponibili né intercambiabili (lo stare insieme non esaurisce la portata del volersi bene).

Nella disciplina sovranazionale europea non pare riscontrarsi uniformità,<sup>13</sup> tuttavia nell'ordinamento giuridico italiano risulta prevalere oramai l'orientamento volto a privilegiare la locuzione “animali d'affezione” che, in effetti, è preferibile.

Parlano di “animali d'affezione”, ad esempio, la L. 14/8/1991, n. 281, Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo, all'art. 1; l'art. 31 della L. 29.7.2010, n. 120. Permane invece la duplicità sinonima “animali di affezione o da compagnia” nella L. 28.12.2015, n. 221, ed anche sul sito del Ministero della Salute nella sezione Animali. Anche

---

<sup>13</sup> Per una analisi dei documenti di Unione Europea e Consiglio d'Europa, *cf.* Donadoni (2023a).

la giurisprudenza più recente è attestata stabilmente sulla locuzione “animali d’affezione”.<sup>14</sup>

Infatti, il dato che assume rilievo —anche giuridico— non è tanto la presenza di compagnia dell’animale quanto piuttosto l’instaurarsi di una relazione di legame affettivo (il che ancor meglio emergerà nel seguito).

Dunque: animali d’affezione.

## 1. Gli animali d’affezione nel diritto italiano

La categoria giuridica degli animali d’affezione è oggi distante mille miglia sia dalle cose sia, d’altra parte, dagli animali da lavoro, da allevamento/macello, da sperimentazione: ci parla di esseri viventi compagni e interlocutori dei loro padroni.

Detta categoria è stata giuridificata a partire dall’art. 1 (L. 14/8/1991, n. 281) che recita:

lo Stato promuove e disciplina la tutela degli animali di affezione, condanna gli atti di crudeltà contro di essi, i maltrattamenti e il loro abbandono, al fine di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale e di tutelare la salute pubblica e l’ambiente.

Gli animali d’affezione non sono eduli, non vanno abbandonati né maltrattati (Titolo IX-bis del Libro II del Codice penale, art. 544 bis e ter c. p., L. 20/7/2004, n. 189), devono venire soccorsi se investiti da veicoli (art. 189, L. 29/7/2010, n. 120), non possono essere pignorati (l’art. 514 c. p. c. — come modificato dalla L. 28/11/2015, n. 221— prevede nel novero delle cose mobili assolutamente impignorabili (n. 6-bis) “gli animali di affezione o da compagnia tenuti presso la casa del debitore o negli altri luoghi a lui appartenenti, senza fini produttivi, alimentari o commerciali”, e (n. 6-ter) “gli animali impiegati ai fini terapeutici o di assistenza del debitore, del coniuge, del convivente o dei figli”), possono invece vivere in condominio con i loro padroni (art. 1138 c. 5, L. 11/12/2012, n. 220). Di loro si deve avere la stessa cura che si ha per i minori umani. Riferendosi ad un cane, si può leggere: “l’animale condotto al seguito o trasportato in autovettura richiede la stessa

---

<sup>14</sup> *Cfr.*, ad es., Trib. Lucca, n. 764/2021; Trib. Torino, n. 1536/2021; Trib. Brindisi, n. 1335/2020; Trib. La Spezia, n. 660/2020.

attenzione e diligenza che normalmente si usa verso un minore” (Cass. Sez. III pen., n. 21805/2007). Stessa cosa, in sede civile, accade nello scioglimento del rapporto di coppia (sia coniugale sia *more uxorio*): parrebbe addirittura che la conflittualità derivante dalla gestione dell’animale d’affezione sia la quinta causa di separazione (Gasparre, 2012). Anche in questo caso, infatti, si fa talvolta applicazione analogica agli animali d’affezione dei criteri sanciti per i minori.<sup>15</sup> Il Tribunale di Roma, in particolare, ha espressamente dichiarato di aver fatto applicazione “per analogia” della “disciplina riservata ai figli minori”, e nello stabilire l’affido condiviso del cane (a due ex conviventi *more uxorio*) ha specificato di voler “tutelare l’interesse materiale-spirituale-affettivo dell’animale” (espressione ripetuta due volte nel testo della sentenza), perché — e questo passaggio è sintomatico — occorre valutare la fattispecie “dal punto di vista del cane, che è l’unico che conta ai fini della tutela del suo interesse”.<sup>16</sup> “Assume quindi particolare rilievo la decisione in commento, che considera l’animale domestico quale centro autonomo di imputazione di interessi di natura materiale, spirituale ed affettiva, con tendenziale passaggio ad una considerazione “sogettiva” dello stesso” (Pittalis, 2017, p. 471).

Ne troviamo conferma (più unica che rara, ad onor del vero, e pubblicata con l’accompagnamento dell’inciso “senza commento”) in una ordinanza del Tribunale di Varese dell’11 gennaio 1996, volta a consentire a un cane, deperito in ragione della sofferenza psicologica cagionata dalla separazione forzata dal suo padrone rinchiuso in carcere, il “permesso di visita” per essere accompagnato, munito di museruola e guinzaglio, a incontrare il padrone nell’istituto di detenzione. Per far ciò il cane è stato espressamente riconosciuto membro effettivo del complesso familiare<sup>17</sup> e trattato con la medesima

---

<sup>15</sup> Riferimenti in giurisprudenza: Trib. Pescara, n. 2131/2002, p. 51; Trib. Cremona, 11/6/2008. In Trib. Roma n. 5322/2016, *infra*, e in A. Gasparre, *Quando la coppia (s)coppia: animali involontari (co)protagonisti della fine di un rapporto*; Trib. Milano, decr. 13/3/2013; Trib. Roma, n. 5322/2016, *Famiglia e diritto*, n. 5, pp. 460-461.

<sup>16</sup> Il testo per esteso di questo passaggio del provvedimento meglio chiarisce l’analogia tra bambino e cane: “ciò che più rileva è che, dal punto di vista del cane, che è l’unico che conta ai fini della tutela del suo interesse, non ha assolutamente alcuna importanza che le parti siano state sposate o meno: il suo legame ed il suo affetto per entrambe prescinde assolutamente dal regime giuridico che le legava, neanche percepibile, così come del resto è anche per i bambini, che pure la differenza percepiscono, nei confronti dei genitori”.

<sup>17</sup> Nel testo dell’ordinanza si legge: “la situazione di fatto esaminata vede una presenza affettiva importante all’interno del nucleo familiare dei due cani di cui uno attualmente vive una profonda crisi a seguito dell’allontanamento del capo-famiglia perché detenuto; il dete-

procedura adoperata per i figli minori. Parimenti, dieci anni dopo, l'ordinanza del magistrato di sorveglianza del Tribunale di Vercelli del 1 novembre 2006 ha consentito al detenuto di ricevere la visita del suo cane per “coltivare e mantenere i valori affettivi più significativi”.

## 2. L'attaccamento per gli animali d'affezione in Italia

La figura degli animali d'affezione si è affermata a partire dalla seconda metà del Novecento.<sup>18</sup> Oggi circa un italiano su tre convive con uno o più animali di affezione.

Nel *Rapporto Eurispes 2019*,<sup>19</sup> gli animali d'affezione sono ritenuti membri effettivi della famiglia dal 76,8 % del campione intervistato. Tra questi, il 32,9 % li considera come “figli” e il 60 % come “migliori amici”. Secondo alcune fonti, “si stima che la metà dei cani e dei gatti italiani dorma nel letto con il proprietario” (Guazzaloca, 2021, p. 126).<sup>20</sup>

La Fediaf (Federazione europea delle industrie per gli alimenti per animali famigliari) calcola che gli animali d'affezione in Europa siano circa 300 milioni (richiamato in Assalco-Zoomark, p. 8). Secondo il *Rapporto Assalco-Zoomark 2020*, che stima in Italia fossero presenti (nel 2019) 60,27 milioni di animali di affezione,<sup>21</sup>

convivere con un animale da compagnia genera benefici fisici e mentali, quali ad esempio una pressione del sangue più bassa, un miglioramento del tono muscolare e una diminuzione dello stress [...] il rapporto con il pet è una dipendenza emotiva reciproca spontanea, genuina, che aumenta la resilienza dei proprietari (p. 8).

Secondo l'*Osservatorio Coop 2020*<sup>22</sup> durante il lockdown della pandemia

---

nuto appare avere già un proprio diritto ad un colloquio con il componente Kim del proprio “nucleo familiare” e ciò già imporrebbe una decisione positiva”.

<sup>18</sup> Cfr. Guazzaloca (2021, p. 120).

<sup>19</sup> Cfr. Eurispes. *Rapporto Italia 2019* (2019, pp. 685-686).

<sup>20</sup> Cfr. anche E. Tassone, 2006, p. 37: “ai pets è permesso di stare su tappeti, sedie, poltrone e perfino nel letto. Le persone e i pet gradiscono molto dormire insieme”.

<sup>21</sup> Il conteggio viene effettuato in maniera differente tra Assalco-Zoomark, che — ad esempio — calcola le unità per singolo pesce, e Fediaf, che invece considera unità l'acquario. Quindi i due totali non sono rapportabili.

<sup>22</sup> Reperibile e scaricabile in [www.italiani.coop](http://www.italiani.coop)

Covid-19 sono stati 3,5 milioni gli italiani che avrebbero acquistato un animale d'affezione mentre altri 4,3 milioni avrebbero progettato di farlo nel periodo immediatamente successivo.

Anche la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare la presenza degli animali come componenti attivi dei contesti famigliari:

il rapporto con gli animali domestici non può essere paragonato a quello con una cosa, trattandosi di una relazione con esseri viventi, prevalentemente fonti di compagnia e nella maggior parte dei casi considerati dai loro padroni come “membri della famiglia” (Trib. Vicenza, n. 24/2017).

Ne deduciamo che gli animali d'affezione sono parte integrante dell'attuale società italiana e sono inseriti quali componenti usuali nei contesti famigliari.

### **3. Il lutto per la morte (rectius: l'uccisione) degli animali d'affezione**

A questo punto, per completare il quadro introduttivo e accedere all'analisi argomentativa giuridica, occorre capire in che misura la morte degli animali d'affezione — se avvenuta ad esito di una uccisione — può incidere, sotto profilo non patrimoniale, sulla vita dei loro padroni.

Come abbiamo visto, l'animale non è una cosa ma un compagno di vita, nel giorno dopo giorno condivide le abitudini del padrone che si sente diretto responsabile delle sue condizioni di salute e di benessere. Parimenti si inserisce nelle dinamiche dei sistemi famigliari, di cui viene ritenuto componente.

La sua uccisione, pertanto, cagiona la perdita irreversibile di un peculiare riferimento affettivo, di un interlocutore dinamico della quotidianità, un vero e proprio lutto per il suo padrone e per il nucleo famigliare in cui detto animale era inserito e viveva stabilmente<sup>23</sup> (un lutto che la giurisprudenza di merito non ha mancato, talora, di comparare — e assimilare parzialmen-

---

<sup>23</sup> Cfr. già Quackenbush (1987, pp. 128-136). Così anche Castignone (2012, p. 122).

te — a quello per la perdita di un familiare umano<sup>24</sup>). Il tema può darsi oramai per acquisito.<sup>25</sup>

#### IV. COS'È IL DANNO INTERSPECIFICO?

Con la locuzione “danno interspecifico”<sup>26</sup> si individua il nocumento patito dal padrone<sup>27</sup> nel caso di uccisione dolosa o colposa del suo animale d'affezione. Ciò può avvenire per responsabilità extracontrattuale (ad es. aggressione da parte di un altro animale, incidentistica stradale, violenza fisica da parte di umani, colpi d'arma da fuoco...) o per inadempimento contrattuale (ad es. responsabilità veterinaria per negligenza, imprudenza, imperizia oppure responsabilità per mancata custodia da parte di soggetti specializzati a cui gli animali erano stati affidati...).

L'interrogativo è: in tali ipotesi va risarcito soltanto il danno interspecifico “patrimoniale” o anche quello “non patrimoniale”? entrambi i profili sono meritevoli di tutela? Il primo consiste nel valore venale dell'animale e nelle eventuali spese veterinarie e farmacologiche sostenute nel tentativo di curarlo per evitare l'esito infausto. Il secondo, invece, può essere sinteticamente definito come il danno patito dal padrone per la perdita di un suo compagno di vita, di un interlocutore del suo vissuto quotidiano, per la definitiva inter-

---

<sup>24</sup> *Cfr.* Trib. Novara, n. 191/2020: “l'impatto della scomparsa dell'animale per il padrone appare parzialmente assimilabile al “lutto” per la perdita di un membro “umano” della famiglia”. Per una posizione contraria all'equiparazione tra familiare e animale d'affezione uccisi *cf.* Ponzanelli (2011, p. 665).

<sup>25</sup> Per approfondimenti, *cf.* Gallucci (2018) e Mantegazza (2019).

<sup>26</sup> Espressione che ho introdotto, per definire la fattispecie, a partire da Donadoni (2008b, 2010a e 2010b).

<sup>27</sup> Si noti l'uso del vocabolo “padrone” anziché “proprietario”. Tale scelta linguistica corrisponde all'intendimento di porre in primo piano —per il profilo non patrimoniale del danno— l'elemento sostanziale del rapporto quotidiano (e dei suoi risvolti anche affettivi) intercorrente tra umano e animale, piuttosto che l'elemento formale di una titolarità proprietaria (riconosciuta, nel caso specifico del cane, tramite iscrizione all'anagrafe canina comunale). Peraltro, la persona del padrone e quella del proprietario potrebbero non coincidere, dando luogo a distinte titolarità di diritti risarcitori. È accaduto, ad esempio, proprio nel primo caso riportato in letteratura (Pret. Rovereto, 16/6/1994, n. 177, pp. 133-139), in cui il soggetto individuato come “padrone” del cane ucciso era una ragazza (querelante e parte civile costituita), mentre il titolare del diritto “proprietario” era il padre della ragazza.

ruzione della relazione affettiva tra esseri viventi di due specie diverse (per l'appunto, il padrone animale umano e l'animale d'affezione non-umano).

## 1. Perché non va risarcito

La Corte di Cassazione ha affrontato il tema in tre occasioni, di cui una volta —correva l'anno 2008— a Sezioni Unite [S.U.]. In due circostanze —affrontando casi specifici— ha rigettato la risarcibilità di questo danno (nel suo profilo non patrimoniale) mentre in un caso lo ha semplicemente inserito in una elencazione esemplificativa dei danni non patrimoniali da ritenersi inammissibili.

Il concetto è semplice: la relazione tra il padrone e il suo animale d'affezione non gode di copertura costituzionale, né tanto meno può dirsi costituire un diritto primario per la persona. Fatto salvo, possiamo intendere, il caso in cui il risarcimento del danno non patrimoniale per uccisione dell'animale d'affezione derivi dalla commissione di un fatto-reato, poiché in tal caso vi è una espressa previsione di legge che lo prevede.<sup>28</sup>

Dapprima la Corte di Cassazione con sentenza n. 14846/2007 (Cricenti, 2008, pp. 215-221; Foffa, 2008, pp. 40-42) aveva ritenuto, respingendo una richiesta di risarcimento del “danno esistenziale” per morte di un cavallo, che

la perdita del cavallo in questione, come animale da affezione, non sembra riconducibile sotto una fattispecie di un danno esistenziale consequenziale alla lesione di un interesse della persona umana alla conservazione di una sfera di integrità affettiva costituzionalmente protetta. La parte che domanda la tutela di tale danno, ha l'onere della prova sia per l'*an* che per il *quantum debatur*, e non appare sufficiente la deduzione di un danno *in re ipsa*, con il generico riferimento alla perdita delle qualità della vita. Inoltre la specifica deduzione del danno esistenziale impedisce di considerare la perdita, sotto un profilo diverso del danno patrimoniale (già risarcito) o del danno morale soggettivo e transeunte.

Tale pronuncia, tuttavia, era stata ritenuta ambigua, in quanto non si deduceva con chiarezza se si trattasse di una radicale inammissibilità di detta

---

<sup>28</sup> In tal senso verte il combinato disposto dell'art. 2059 c.c., “il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”, e dell'art. 185 c. p. secondo cui “ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole”.

figura di danno o piuttosto di un inadempimento probatorio del deducente nel caso specifico.

Il punto è stato chiarito dalle S. U. di S. Martino del 2008 (Cass., S. U., n. 26972/2008) che —in linea di principio— hanno affermato che

la tutela [n. d. r. non patrimoniale] non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana (§ 2.14. della sentenza).

Tuttavia, nel prosieguo le S. U. hanno espressamente escluso che in tale ambito possa rientrare il danno interspecifico. Infatti, hanno inserito il caso di uccisione dell'animale d'affezione tra le “fantasiose, ed a volte risibili, prospettazioni di pregiudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone” (§ 3.2. della sentenza) e, poco dopo, tra i “diritti immaginari” (§ 3.9. della sentenza). Anche un Autore che apprezza i contenuti della decisione delle S.U. ammette che “possono, forse, aver sbagliato nel ricomprendere questo contenzioso [n.d.r. danno interspecifico] all'interno del tanto criticato quadro bagatellare” (Ponzanelli, 2011, p. 665). Le esemplificazioni fatte dalle S. U. hanno sortito molte e ferventi critiche.<sup>29</sup>

Infine l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 26770/2018 (Bona e Cerlon, 2019, pp. 489-502) ha dichiarato inammissibile un motivo di ricorso riferito al mancato risarcimento del danno non patrimoniale per ferimento dell'animale d'affezione precisando che il giudice si era uniformato

all'orientamento già fatto proprio dalla giurisprudenza di questa Corte, ai sensi del quale non è riconducibile ad alcuna categoria di danno non patrimoniale

---

<sup>29</sup> Insostenibile, ad esempio, l'equiparazione dell'uccisione dell'animale di affezione al tacco rotto della scarpa della sposa (alcuni l'hanno trovata offensiva: l'AIDAA, Associazione Italiana Difesa Animali e Ambiente, ha definito “crudele e vergognoso” questo paragone e, più in generale, l'inserimento di questa fattispecie nella categoria dei futili motivi). Per una analisi dettagliata sotto il profilo del danno interspecifico, *cf.* Donadoni (2010a e 2010b). Per una rassegna della prima giurisprudenza successiva al parto quadrigemellare delle S.U. di S. Martino del 2008, *cf.* Negro (2012, pp. 33-55); Cendon (2013, pp. 119-122).

risarcibile la perdita, a seguito di un fatto illecito, di un animale di affezione, in quanto essa non è qualificabile come danno esistenziale consequenziale alla lesione di un interesse della persona umana alla conservazione di una sfera di integrità affettiva costituzionalmente tutelata, non potendo essere sufficiente, a tal fine, la deduzione di un danno *in re ipsa*, con il generico riferimento alla perdita della “qualità della vita”.

Possiamo pertanto rilevare una coerenza di orientamento (e di motivazioni adottate) presso la Corte di Cassazione italiana, respingente per il danno interspecifico nella sua dimensione non patrimoniale. Ma il tema, forse, oggi non può essere accantonato in maniera così sbrigativa e tranciante.

## 2. Perché va risarcito

Si propone una situazione molto diversa, infatti, se analizziamo la giurisprudenza delle corti di merito. In tal caso il quadro generale è composito, più possibilista, al punto che emerge con sempre maggior frequenza la tendenza ad accogliere le istanze risarcitorie dei padroni degli animali d'affezione.

In letteratura sono reperibili circa una sessantina di pronunciamen-  
ti nell'arco temporale degli ultimi 30 anni,<sup>30</sup> da cui deduciamo che detto danno è stato ampiamente risarcito. Le ultime pronunce reperite nel momento in cui scrivo, peraltro, risultano tutte favorevoli (Trib. Brindisi, n. 1335/2020; Trib. La Spezia, n. 660/2020; Trib. Torino, n. 1536/2021; Trib. Lucca, n. 764/2021), ed esprimono anche un incremento delle somme risarcite rispetto alla media complessiva (l'apice della quantificazione lo rinveniamo nei 6.000,00 Euro liquidati dal Tribunale di Torino con sentenza n. 1536/2021 a favore di un singolo danneggiato). Le liquidazioni di tale posta di danno non patrimoniale,<sup>31</sup> comunque sia stata qualificata (le diciture della giurisprudenza sono infatti mutate nel corso del tempo, ma oggi è consolidata la locuzione “danno non patrimoniale”), risultano di ampia variabilità, a testimonianza dell'assoluta arbitrarietà del conteggio che, in effetti, avviene sempre “secondo equità”<sup>32</sup> (che, quando non si pone come quantificazione equitativa astratta slegata da qualunque parametro, ad es. Trib. Vicenza, n.

---

<sup>30</sup> Per una verifica ricostruttiva di detta giurisprudenza *cf.* Donadoni (2023b).

<sup>31</sup> Per una lettura sul punto, *cf.* Rosada (2014).

<sup>32</sup> Per un approfondimento sui criteri di liquidazione, *cf.* Bilotta e Ziviz (2009, pp. 580).

24/2017, viene ispirata da criteri anch'essi diversificati, in via esemplificativa: la durata della relazione intercorsa tra il padrone e l'animale d'affezione, ad es. Trib. Brescia, n. 2841/2019, l'età e la presumibile aspettativa di vita dell'animale, ad es. Trib. Venezia, n. 1936/2020, la durata della sofferenza dell'animale prima del decesso, ad es. Giud. pace Palermo, n. 1003/2010, le modalità traumatizzanti dell'uccisione, ad es. Trib. Foggia, n. 1021/2011 e Trib. Lucca, n. 764/2021, l'intensità del dolo del danneggiante, ad es. Trib. Cassino, pen., n. 230/2012).

Quella tra il padrone e il suo animale d'affezione è una relazione tra esseri viventi senzienti, entrambi capaci di stabilire attaccamento affettivo, di talché esprimono un vissuto comune, costruendo nel tempo una loro esperienza condivisa, specifica, unica.

È innegabile che negli ultimi anni il legame affettivo tra animale domestico e padrone si è affermato quale rapporto familiare, tale da essere considerato un'occasione di completamento e sviluppo della personalità individuale del padrone, e pertanto come vero e proprio bene della persona tutelato ai sensi dell'art. 2 Cost. (Berutti, 2021).

L'art. 2 Cost. può costituire il punto di riferimento, forse in combinato disposto con gli artt. 3 c. 2, 13 c. 1 e 21 Cost. (eventualmente anche dell'art. 32 Cost., in presenza di un profilo "biologico" del danno<sup>33</sup>), nella nuova cornice di tutela del riformato art. 9 Cost.

L'art. 2 Cost., infatti, è una clausola aperta a contenuto atipico, capace di accogliere l'emergere di nuovi diritti, nella cornice delle sensibilità e dei valori costituzionali. Il fulcro della sostanza giuridica è il valore della persona e, ad un tempo, la persona quale valore. Si parla di "principio personalista" della Costituzione, il quale imporrebbe di "includere fra i principi supremi di essa quello che garantisce la libertà della persona, intesa tanto in senso fisico quanto in senso morale" (Pizzorusso, 1992, p. 459). Detto principio "è la vera matrice dei singoli diritti personali enumerati e degli eventuali altri diritti (non enumerati) che, in quanto parallele dirette esplicazioni, vanno considerati, alla pari degli altri, come diritti positivi della persona" (Modugno, 1995, p. 12).

---

<sup>33</sup> Ossia di un danno all'integrità psico-fisica della persona, accertabile mediante perizia medico-legale.

L'art. 3 c. 2 Cost. promuove “il pieno sviluppo della persona umana” (in riferimento al contesto economico e sociale). L'art. 13 c.1 Cost. dichiara inviolabile la libertà personale. L'art. 21 Cost. afferma la libertà di pensiero di ogni persona. Si tratta di alcuni dei capisaldi dell'impronta personalista della Carta costituzionale italiana, che —per l'appunto— nel caso in esame possono operare in sinergia con l'art. 2 Cost.

Il tema costituzionalistico, ovviamente, meriterebbe ben altro approfondimento, qui tuttavia ci limiteremo —di necessità— a offrire questi brevi spunti.

Il perno lo reperiamo nel binomio relazione/affettività: i due interlocutori si riconoscono reciprocamente nella loro individualità<sup>34</sup> e così divengono infungibili l'uno all'altro (ne è riprova l'art. 514 num. 6-bis e 6-ter c.p.c che sancisce l'impignorabilità dell'animale d'affezione). È specialmente questa relazione affettiva a rendere infungibile l'animale. Qualunque altro animale, anche dotato delle medesime caratteristiche e qualità, stabilirebbe con il padrone una relazione diversa e i due svilupperebbero insieme un diverso vissuto. L'animale d'affezione “è infatti una condizione del benessere psichico, un connotato di qualità della vita, un'opportunità di espressione e formazione della personalità” (Zatti, 2005, p. 2023).<sup>35</sup>

Ecco perché l'investimento affettivo unilaterale che una persona può fare verso un oggetto non è assimilabile alla relazione affettiva bilaterale che può invece edificare con un animale. Con uno specifico animale, riconosciuto nella sua individualità. E se viene ucciso quell'animale la relazione è perduta. Con un altro animale si potrà costituire un'altra relazione. Ineluttabilmente diversa dalla precedente e a lei non sovrapponibile.

Il rapporto tra padrone e animale d'affezione può essere considerato espressione di una relazione che costituisce occasione di completamento e svi-

---

<sup>34</sup> Cfr. Raffaele (2019, p. 132): “se l'animale è unico non può essere sostituito; semmai possiamo iniziare un'altra relazione con un altro animale, che non sarà mai paragonabile a quella precedente, così come nessuna amicizia è mai sostituibile con un'altra”.

<sup>35</sup> Cfr. anche Battaglia (2011, pp. 255-256), secondo cui un “elemento caratteristico della comunicazione interspecifica mi sembra possa identificarsi nella sua flessibilità, nella sua libertà dai vincoli e dalle regole tipiche del rapporto interumano e, in particolare, della comunicazione verbale. Ciò può consentire un'espressione più libera di sentimenti e di emozioni, la manifestazione spontanea di ansie e paure e, quindi, favorire una migliore comprensione di sé stessi. Si è più volte sottolineato che l'uomo, non sentendosi giudicato dall'interlocutore animale — e qui l'asimmetricità si rivela davvero funzionale— riesce a esprimere sé stesso senza inibizioni e a scaricarsi da tensioni e paure spesso inconse”.

luppo della personalità individuale e quindi come vero e proprio bene della persona, tutelata dall'art. 2 della Costituzione (Trib. Arezzo, n. 940/2017).

Si tratta di una ricostruzione che —oramai ad avviso di molti— consente di ricomprendere la *relazione affettiva interspecifica* tra gli atti di libertà auto-determinativa dell'individuo, quale forma di aggregazione sociale spontanea che da luogo a dinamiche relazionali in cui l'individuo esplica la sua personalità. In via esemplificativa: Chindemi (2007, p. 2275); Cricenti (2008, p. 219); Viola (2009, p. 174); Bona (2009, p. 1035); Bilotta e Ziviz (2009, pp. 533-534); Albanese (2011, p. 2068); Salciarini (2011, p. 40); Russo e Rossi (2013, p. 94); Sala (2014, p. 21); Salvatore (2014, p. 1436); Pittalis (2016, p. 1173); Bona e Cerlon (2019, p. 499); Fossà (2020); Donadoni (2022a, 2022b, 2022d, 2022e).

## V. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Eravamo partiti dal quesito sulla risarcibilità o meno del danno interspecifico nell'ordinamento giuridico italiano. Abbiamo sinteticamente illustrato entrambe le posizioni che si fronteggiano, quella negativa tradizionale (che fa capo alla Corte di Cassazione) e quella positiva che si sta progressivamente affermando nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale. A nostro avviso, in base all'evoluzione delle conoscenze delle scienze della vita che dimostrano sempre più dettagliatamente le capacità anche sensoriali, intellettive e affettive di alcuni animali,<sup>36</sup> tenuto conto dello stato delle prassi socio-culturali (con la figura dell'animale d'affezione acclarata dai dati sociologici),<sup>37</sup> nonché della rilevanza che la relazione tra umani e animali può assumere anche dal punto di vista salutistico e terapeutico,<sup>38</sup> oggi non è più negabile che detta relazione possa beneficiare di una tutela e di una contestuale copertura risarcitoria sotto profilo giuridico. Il danno non patrimoniale del padrone per l'uccisio-

---

<sup>36</sup> Cfr., ad es., Vallortigara (2000); Solms e Turnbull (2004); Vallortigara (2011); Vozza e Vallortigara (2015); Frans De Waal (2016); Vallortigara (2021).

<sup>37</sup> Cfr., ad es., Eurispes, *Rapporto Italia 2019*; Anmvi, *I proprietari degli animali da compagnia in Italia*, 2019, in [www.anmvi.it](http://www.anmvi.it); Coop, *Osservatorio coop 2020*, in [www.italiani.coop](http://www.italiani.coop); Assalco-Zoemark, *Rapporto 2020*, in [www.assalco.it](http://www.assalco.it)

<sup>38</sup> Cfr., ad es., Comitato Nazionale per la Bioetica, *Problemi bioetici relativi all'impiego di animali in attività correlate alla salute e al benessere umani*, 21 ottobre 2005.

ne del suo animale d'affezione risulta di evidente sensatezza<sup>39</sup> e conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale personalista italiano.

## VI. BIBLIOGRAFIA

- (1962). Cour de Cassation. *Recueil Dalloz*, 199-200.
- (1962). Jurisprudence. *La Semaine Juridique*, II(12954).
- (1965). Cour de Cassation. *Recueil Dalloz*, 628-629.
- (2018). Codice Penal. Italy.
- Albanese, M. (2011). Tiere sind keine sachen: il danno non patrimoniale da perdita dell'animale d'affezione. *Giurisprudenza Italiana*, 10, 2064-2070.
- Albisinni, F. (2021). Esseri senzienti, animali ed umani: nuovi paradigmi e nuovi protagonisti. Tre sentenze in cammino. *Rivista di Diritto Alimentare*, 3, 9-25.
- Assalco-Zoomark. *Rapporto 2020*. p. 8. [www.assalco.it](http://www.assalco.it)
- Battaglia, L. (2011). *Un'etica per il mondo vivente. Questioni di bioetica medica, ambientale, animale*. Carrocci.
- Battelli, E. (2018). La relazione tra persona e animale, tra valore economico e interessi non patrimoniali, nel prisma del diritto civile: verso un nuovo paradigma. *Cultura e Diritti*, 1-2, 35-60.
- Benedetti, A. M. (2002). La morte di Fido: crudele fatalità o danno risarcibile? In A. Braun (a cura di), *Dalla disgrazia al danno* (pp. 209-228). Giuffrè.
- Benvenuti, A. (2021, maggio 21). Risarcibilità del danno non patrimoniale da morte o lesione dell'animale d'affezione. *Iusinitinere.it*
- Berutti, L. (2021, giugno). Riflessioni in tema di responsabilità extrapatrimoniale per il decesso o la lesione di animali d'affezione. *Giustiziacivile.com*.
- Bilotta, F. (2008). Il dolore per la perdita dell'animale va provato con documenti e testimoni. *Guida al Diritto*, 5, 104-106.
- Bilotta, F. e Ziviz, P. (2009). Cap 11.3 Gli Animali d'Affezione. In *Il nuovo danno esistenziale* (pp. 533-534). Zanichelli.
- Bona, M. (2009). Argo, gli aristogatti e la tutela risarcitoria: dalla perdita/nomazione dell'animale d'affezione alla questione dei pregiudizi c.d. "ba-

---

<sup>39</sup> Come abbiamo accennato, il danno interspecifico può dare luogo, addirittura, ad un nocumento non patrimoniale di tipo "biologico", ex art. 32 Cost., ossia arrecante un pregiudizio psico-fisico alla persona, nel caso in cui — in conseguenza dell'uccisione del suo animale d'affezione — il padrone sviluppi, ad es., uno stato depressivo medicalmente accertato.

- gatellari” (crepe nelle sentenze delle SS.UU. di San Martino). *Responsabilità Civile e Previdenza*, 5, 1016-1039.
- Bona, M. e Cerlon, C. (2019). Gli animali da compagnia contribuiscono alla “qualità della vita” tranne che per taluna Cassazione. *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, 489-502.
- Bordon, R. (2005). Il valore di affezione: animali, abitazione, cose, ecc. In P. Cendon (a cura di), *I danni risarcibili nella responsabilità civile* (pp. 481-503). Utet.
- Bracchi, P. S. (2012, luglio 5). Animali domestici e animali di affezione. *Judicium.it*.
- Cass. Sez. III civ., n. 14846/2007. *oneLegale*.
- Cass. Sez. III pen., n. 21805/2007. *oneLegale*.
- Cass. Sez. III pen., n. 52031/2016. *oneLegale*.
- Cass. Sez. III pen., n. 3674/2017 (dep. 2018). *oneLegale*.
- Cass. Sez. III pen., n. 16755/2018 (dep. 2019). *oneLegale*.
- Cass. Sez. III pen., n. 17691/2018 (dep. 2019). *oneLegale*.
- Cass. Sez. VI civ., ord. n. 26770/2018. *oneLegale*.
- Cass. Sez. III pen., n. 22579/2019. *oneLegale*.
- Cass. Sez. III pen., n. 29510/2019. *oneLegale*.
- Cass. Sez. III pen., n. 29816/2020. *oneLegale*.
- Cass. Sez. III pen., n. 32602/2021. *oneLegale*.
- Cass. Sez. III pen., n. 36713/2021. *oneLegale*.
- Cass., S. U., n. 26972/2008. In *Giurisprudenza italiana*, 2009, 2, pp. 318-325. In *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 2(I), pp. 102-117. In *Danno e responsabilità*, 2019, 1, pp. 19-32. *oneLegale*.
- Castignone, S. (2000). Il danno esistenziale per la morte dell’animale d’affezione. In P. Cendon e P. Ziviz (a cura di), *Il danno esistenziale* (pp. 267-277). Giuffrè.
- Castignone, S. (2001a). Il “diritto all’affetto”. In A. Mannucci e M. Tallacchini (a cura di), *Per un codice degli animali* (pp. 121-128). Giuffrè.
- Castignone, S. (2001b). L’uccisione dell’animale d’affezione. In P. Cendon (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni* (pp. 2457-2472). Cedam.
- Castignone, S. (2012). Psicologia della relazione affettiva tra l’uomo e gli animali. In S. Castignone e L. Lombardi (a cura di), *Trattato di biodiritto* (pp. 113-123). Giuffrè.
- Cendon, P. (2008, novembre 18). Non con l’accetta per favore. *Personaedanno.it*.

- Cendon, P. (2009). L'urlo e la furia. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2(I), 71-80.
- Cendon, P. (2013). Cap. XV Animali d'Affezione. In *Il danno esistenziale nella giurisprudenza post 2008* (pp. 119-122). Aracne.
- Chindemi, D. (2007). Perdita dell'animale d'affezione: risarcibilità ex art. 2059 c.c. *Responsabilità Civile e Previdenza*, 11, 2272-2283.
- Chindemi, D. (2008). Cap. III3., Il danno per la perdita dell'animale d'affezione. In *I danni alla persona* (pp. 113-121). Maggioli.
- Citarella, G. e Ziviz, P. (1995). Il danno per la morte dell'animale d'affezione, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, (I), 786-790.
- Cricenti, G. (2008). Il danno al valore di affezione: il cavallo e il congiunto, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2(I), 2272-2283.
- Decreto Legislativo. 4/03/2014, n. 26. Attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 61.
- Decreto Legislativo. 10/09/2021, n. 121. Disposizioni urgenti in materia di investimenti e sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale, per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 217.
- Donadoni, P. (2008a). L'animale di affezione nella giurisprudenza italiana. In R. Marra e I. Fanlo (a cura di), *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone* (pp. 199-210). Giappichelli.
- Donadoni, P. (2008b). Famiglia e danno interspecifici? *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 529-544.
- Donadoni, P. (2010a). Una nuova frontiera per la corte di cassazione: il danno non patrimoniale "interspecifico" (parte I). *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 11(II), 575-591.
- Donadoni, P. (2010b). Una nuova frontiera per la corte di cassazione: il danno non patrimoniale "interspecifico" (parte II). *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12(II), 633-643.
- Donadoni, P. (2010c). Animali di affezione: risarcibilità del danno c. d. "interspecifico". *Nuova Giurisprudenza Ligure*, 2, 35-40.
- Donadoni, P. (2010d). È risarcibile il danno interspecifico? *La Responsabilità Civile*, 11, 779-783.

- Donadoni, P. (2011). Il danno non patrimoniale interspecifico. In S. Castignone e L. Lombardi (a cura di), *Trattato di biodiritto* (pp. 557-577). Giuffrè.
- Donadoni, P. (2018). Il diritto all'affetto degli animali, il diritto all'affetto verso gli animali. Alcune precursioni bioetiche di Silvana Castignone. In P. Donadoni e I. Fanlo (a cura di), *Ambiente, animali e umani. Il pensiero bioetico di Silvana Castignone* (pp. 67-79), Ledizioni.
- Donadoni, P. (2022a). Tutela delle relazioni affettive e danno interspecifico nella giurisprudenza italiana. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2(II), 511-520.
- Donadoni, P. (2022b). Ritratto di famiglia con canegatto. Noterella bioetica a margine dell'Antropocene. *Nuova Giurisprudenza Ligure*, 2, 31-33.
- Donadoni, P. (2022c). Antropocene e animali di affezione. Segnaletica orientativa per una bioetica degli esseri viventi. *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 1, 383-399.
- Donadoni, P. (2022d). Il “danno interspecifico” per la perdita della relazione con l'animale di affezione (parte I). *Responsabilità Civile e Previdenza*, 4, 1282-1303.
- Donadoni, P. (2022e). Il “danno interspecifico” per la perdita della relazione con l'animale di affezione (parte II). *Responsabilità Civile e Previdenza*, 5, 1680-1701.
- Donadoni, P. (2023a). Animali, senienza e specismo nella disciplina giuridica sovranazionale europea. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, LV(164), 61-80.
- Donadoni, P. (2023b). Il cammino del “danno interspecifico” in Italia. Ricostruzione cronologica della giurisprudenza. In D. Buzzelli (a cura di), *Gli animali nella dimensione del diritto: quali prospettive?* (pp. 177-202). Pacini.
- Esmein, P. (1963). Tribunal de grande instance de caen. *Recueil Dalloz*, p. 92.
- Eurispes (2019). *Rapporto Italia 2019. Percorsi di ricerca nella società italiana*. Mineriva Soluzioni Editoriali, pp. 685-686. [www.eurispes.eu](http://www.eurispes.eu)
- Fasani, F. (2017). L'animale come bene giuridico. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 710-746.
- Foffa, R. (2008). Il danno non patrimoniale per l'uccisione di un animale d'affezione. *Danno e Responsabilità*, 1, 40-42.
- Foffa, R. (2010). La negazione del danno non patrimoniale per morte dell'animale d'affezione. *Danno e Responsabilità*, 11, 1071-1073.
- Foffa, R. (2011). Il danno da perdita dell'animale d'affezione. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 7-8(I), 667-670.

- Fossà, C. (2020). Frammenti di oggettività e soggettività animale: tempi maturi per una metamorfosi del pet da bene (di consumo) a tertium genus tra res e personae? *Contratto e Impresa*, 1, 527-559.
- Fossati, P. (2008). *Il diritto degli animali familiari*. Medico Scientifiche.
- Funaro, S. (2012). Il danno da morte dell'animale domestico. In E. Bassoli (a cura di), *Animali da compagnia: tutele — diritti — responsabilità* (pp. 249-284). Maggioli.
- Gallucci, P. L. (2018). Il dolore negato. Affrontare il lutto per la morte di un animale domestico. *Graphè.it*.
- Gasparre, A. (2012, agosto 28). Quando la coppia (s)coppia: animali involontari (co)protagonisti della fine di un rapporto. *Personaedanno.it*.
- Gasparre, A. (2015). *Diritti degli animali. Antologia di casi giudiziari oltre la lente dei mass media*. Key.
- Giud. pace Palermo, n. 1003/2010. *Animaliediritto.it*.
- Godfrey-Smith, P. (2018). *Altre menti*. Adelphi.
- Grasselli, G. (2007, settembre 12). Ancora sul danno esistenziale per la morte di un cavallo. *Personaedanno.it*.
- Grasselli, G. (2009). Persone e animali. In P. Cendon (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale* (pp. 2651-2666). Utet.
- Gremigni, L. (2009, febbraio 25). Il giudice di pace e il danno non patrimoniale per la perdita dell'animale d'affezione. *Lider-lab.ssup.it*.
- Guazzaloca, G. (2021). *Umani e animali. Breve storia di una relazione complicata*. Il Mulino.
- Legge, 14/08/1991, n. 281. Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 203.
- Legge, 20/07/2004, no. 189. Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 178.
- Legge, 29/07/2010, n. 120. Disposizioni in materia di sicurezza stradale. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 175.
- Legge, 11/12/2012, n. 220. Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 293.
- Legge, 28/11/2015, n. 221. Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 13

- Legge, 30/12/2021, n. 234. Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 310, SG, art. 1, c. 980.
- Legge Costituzionale, 11/02/2022, n. 1. Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 44.
- Lucenti, L. (2014, gennaio 16). "Era solo un gatto...": l'arduo iter giurisprudenziale dell'animale d'affezione (e degli umani). *Personaedanno.it*.
- Madeo, A. (2022). Reati contro gli animali. In F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale* (pp. 341-385). Giuffrè.
- Mantegazza, R. (2019). *L'ultimo scodinzo*. Ortica.
- Marinelli, F. (2005). L'animale d'affezione. In P. Cendon (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive* (pp. 1991-2015). Cedam.
- Marzio, M. Di. (2006, luglio 7). Morte dell'animale d'affezione. [Personaedanno.it](http://Personaedanno.it)
- Marzio, M. Di. (2009). Danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite. In P. Cendon (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale* (pp. 534-538). Utet.
- Marzio, M. Di. (2012). Il riccio e il volpino. La morte dell'animale d'affezione sotto l'incubo della ragionevole durata. *Giurisprudenza di Merito*, 3, 558-569.
- Mazzucato, C. (2012). Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le relazioni. In S. Castignone e L. Lombardi (a cura di), *Trattato di biodiritto* (pp. 688-723). Giuffrè.
- Melano, D. (2017). Sul danno non patrimoniale da perdita dell'animale di affezione. *Giurisprudenza Italiana*, 5, 1076-1078.
- Merli, P. (2020). Si dice che, quando abbaia, non è un affetto risarcibile. *Danno e Responsabilità*, 5, 666-672.
- Modugno, F. (1995). *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*. Giappichelli.
- Negro, A. (2012). Cap. III "Maltrattamento ed uccisione degli animali". In *I danni bagatellari* (pp. 33-55). Giuffrè.
- Nocera, R. (2011). L'uccisione dell'animale d'affezione. In P. Cendon (a cura di), *Trattato dei nuovi danni* (pp. 883-902). Cedam.
- Palmeri, G. (2019). Animali da compagnia e separazione dei coniugi. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4(I), 780-788.
- Parini, G. A. (2012). Morte dell'animale di affezione e tutela risarcitoria: è ancora uno scontro tra diritto e sentimento? *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9(II), 603-615.

- Pasqui, I. (2012). Maltrattamenti su animali. In E. Bassoli (a cura di), *Animali da compagnia: tutele — diritti — responsabilità* (pp. 139-176). Maggioli.
- Pisanò, A. (2012). *Diritti deumanizzati*. Giuffrè.
- Pittalis, M. (2016). Separazione personale fra coniugi e “affido” dell’animale d’affezione. *Famiglia e Diritto*, 12, 1163-1173.
- Pittalis, M. (2017). Cessazione della convivenza more uxorio e affidamento condiviso dell’animale “familiare”. *Famiglia e Diritto*, 5, 462-476.
- Pittalis, M. (2020). In mancanza di accordi di separazione aventi ad oggetto l’affidamento dell’animale domestico possono rispondere del reato di abbandono entrambi i coniugi separati. *Famiglia e Diritto*, 7, 699-705.
- Pittalis, M. (2022). *Diritto degli esseri animali. Lezioni e commenti*. Cacucci.
- Pizzorusso, A. (1992). *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*. Jovene.
- Poggi, F. (2017). Cuore di cane. Sul risarcimento del danno non patrimoniale interspecifico. *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2, 237-253.
- Ponzanelli, G. (2011). Danno da perdita di animale di affezione: un no campano. *Danno e responsabilità*, 6, 664-665.
- Ponzanelli, G. (2012). Nessun risarcimento per la perdita dell’animale di affezione: la conferma del giudice di Catanzaro. *Danno e Responsabilità*, 2, 190-191.
- Portoghese, F. (2019, maggio 30). Il riconoscimento del danno non patrimoniale per morte dell’animale. *Animal-law.it*.
- Portoghese, F. (2020, ottobre 4). Il danno non patrimoniale per la perdita dell’animale d’affezione. *Salvisjuribus.it*.
- Pret. Rovereto, 16/6/1994, n. 177. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, (I), pp. 133-139.
- Quackenbush, J. (1987). La morte di un animale da compagnia. Come essa può colpire i proprietari. In J. Quackenbush e V. L. Voith, *Il legame tra l’uomo e l’animale da compagnia* (pp. 129-136). Delfino.
- Rodière, R. (1962). Jurisprudence. *La Semaine Juridique*, II(12557), p. 200.
- Rosada, F. (2014, dicembre 17). Criteri di liquidazione dei danni agli animali. *Ridare.it*.
- Rovacchi, M. (2016, marzo 24). Gli animali da compagnia nella separazione di partners. *Ifamiliarista.it*.
- Russo, P. e Rossi, S. (2013). Animali. In P. Russo e S. Rossi (a cura di), *Danno e giurisprudenza* (pp. 93-96). Il Sole 24 ore.
- Sala, M. (2014). *Gli animali domestici nel condominio dopo la riforma*. Maggioli.

- Salciarini, L. (2011). Limitazioni regolamentari sulla detenzione di animali domestici. *Immobilis & Diritto*, 10, 33-41.
- Salvatore, M. (2014). Il diritto di proprietà “europeo” e il danno non patrimoniale da morte dell’animale d’affezione. *Studium Iuris*, 12, 1430-1436.
- Sapone, N. e Vorano, M. (2010). Il danno non patrimoniale da perdita di animale domestico. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 11(II).
- Scaramuzzino, F. M. (2012). Il risarcimento del danno non patrimoniale da morte o ferimento dell’animale d’affezione. *La Responsabilità Civile*, 8-9, 619-626.
- Semeraro, M. T. (2003). Danni morali e morte dell’animale. *Professione Veterinaria*, 5, 17.
- Serani, E. (2019). Il risarcimento del danno da perdita dell’animale di affezione a 10 anni dalle SS.UU. 2008: il lungo cammino di un danno controverso. *Danno e Responsabilità*, 2, 208-211.
- Solms, M. e Turnbull, O. (2004). *Il cervello e il mondo interno. Introduzione alle neuroscienze dell’esperienza soggettiva*. Cortina.
- Spoto, G. (2018). Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele. *Cultura e Diritti*, 1-2, 61-78.
- Tassone, E. (2006). Aspetti psicologici nel legame affettivo tra gli esseri umani e gli animali da compagnia. In E. Natoli e P. Santori (a cura di), *I cani pericolosi come problema bioetico* (pp. 33-40). Medico Scientifiche.
- Thellung, B. (2004). Danno esistenziale da uccisione dell’animale di affezione. In P. Cendon (a cura di), *Persona e danno* (pp. 4055-4085). Giuffrè.
- Todeschini, N. (2011, luglio 14). Della serietà del danno da perdita dell’animale d’affezione. Siamo giuristi seri o timidi ermeneguti? *Personaedanno.it*.
- Traisci, F. P. (2021). Specismo ed antispecismo nella tutela degli animali. Gli animali sono o non sono tutti uguali dinanzi alla legge? *Rivista di Diritto Alimentare*, 3, 44-50.
- Trib. Arezzo, n. 940/2017. *Cassazione.net*.
- Trib. Brescia, n. 2841/2019. *oneLegale*.
- Trib. Brindisi, n. 1335/2020. *oneLegale*.
- Trib. Cassino, pen., n. 230/2012. *oneLegale*.
- Trib. Cremona, 11/6/2008. In Trib. Roma n. 5322/2016, infra, e in A. Gasparre, Quando la coppia (s)coppia: animali involontari (co)protagonisti della fine di un rapporto. *Personaedanno.it*
- Trib. Foggia, n. 1021/2011. *oneLegale*.
- Trib. La Spezia, n. 660/2020. *oneLegale*.

- Trib. Lucca, n. 764/2021. *oneLegale*.
- Trib. Milano, decr. 13/3/2013. *Ilcaso.it*.
- Trib. Novara, n. 191/2020. *Cassazione.net*
- Trib. Pescara, n. 2131/2002. *PQM*, p. 51.
- Trib. Roma, n. 5322/2016. *Famiglia e diritto*, n. 5, pp. 460-461. *oneLegale*.
- Trib. Varese, ord. 11/01/1996. *Cassazione Penale*, n. 2, pp. 760-761.
- Trib. Venezia, n. 1936/2020. [www.avvocatoticozzi.it/file/news/138/Tribunale Vene-zia 17 dicembre 2020 n 1936.pdf](http://www.avvocatoticozzi.it/file/news/138/Tribunale_Vene-zia_17_dicembre_2020_n_1936.pdf)
- Trib. Vercelli, ord. 1/11/2006. *Diritto.it*.
- Trib. Vicenza, n. 24/2017, *Cassazione.net*.
- Trib. Torino, n. 1536/2021. *oneLegale*.
- Valastro, A. (2012). La tutela penale dell'animale: problemi e prospettive. In S. Castignone e L. Lombardi (a cura di), *Trattato di biodiritto* (pp. 629-674). Giuffrè.
- Vallortigara, G. (2011). *La mente che scodinzola. Storie di animali e cervelli*. Mondadori.
- Vallortigara, G. (2021). *Pensiero della mosca con la testa storta*. Adelphi.
- Vallortigara, G. (2000). *Altre menti. Lo studio comparato della cognizione animale*. Il Mulino.
- Villani, L. (2008). Perdita dell'animale d'affezione: danno esistenziale? *La Responsabilità Civile*, 8-9, 709-716.
- Viola, L. (2009). Il danno nelle relazioni affettive con cose e animali. *La Responsabilità Civile*, 2, 169-174.
- Viola, L. (2010). Contratto alberghiero in favore di animali: l'uccisione può determinare un danno morale risarcibile. *La Responsabilità Civile*, 4, 301-303.
- Vozza, L. e Vallortigara, G. (2015). *Piccoli equivoci tra noi animali*. Zanichelli.
- Zatti, P. (1995). Chi è il "padrone" del cane? *La nuova giurisprudenza civile commentata*, (I), 135-139.
- Zatti, P. (2005). La compagnia dell'animale. In P. Cendon (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive* (pp. 2017-2028). Cedam.
- Ziviz, P. (2007, luglio 13). Perdita dell'animale d'affezione e risarcimento del danno non patrimoniale. *Personaedanno.it*.
- Zorzit, D. (2008). Commento a Trib. Milano 895/2008. *Danno e Responsabilità*, 8-9, 910-912.

## **Comisiones y misiones de apoyo internacionales: fortalezas y debilidades como mecanismo anticorrupción a la luz de las experiencias centroamericanas<sup>1</sup>**

### ***International commissions and support missions: key attributes of the central american experience in the fight against transnational organized corruption***

Héctor OLASOLO

 <https://orcid.org/0000-0001-9724-0163>

Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en  
Derecho Internacional, Bogotá. Colombia  
Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la  
Justicia Internacional. Países Bajos  
Correo electrónico: hector.olasolo@urosario.edu.co

Federico FREYDELL MESA

 <https://orcid.org/0000-0002-9800-8566>

Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá. Colombia  
Correo electrónico: federicofreydell42@gmail.com

**RECEPCIÓN:** 14 de julio de 2023

**ACEPTACIÓN:** 22 de diciembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18366>

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación “La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70817, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del programa de investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593, y cuyo investigador principal es el prof. Héctor Olasolo.

**RESUMEN:** Una de las regiones que se ha visto más afectada por el crimen transnacional organizado ha sido el “Triángulo Norte” de Centroamérica, debido en parte a su debilidad institucional. Un análisis comparado de las características y funcionamiento de las comisiones y misiones de apoyo internacionales muestra que tienen un mandato específico para abordar la corrupción, son más prolíficas en sus investigaciones y condenas que los tribunales penales internacionales, regionales o híbridos, y promueven estrategias multidimensionales para abordar el problema. Además, estas comisiones y misiones de apoyo interactúan más estrechamente con las poblaciones afectadas y recurren a la sociedad civil y la opinión pública como aliados en su lucha contra la corrupción. Sin embargo, presentan una fuerte dependencia del apoyo político de la comunidad internacional, y están operativa y presupuestalmente sujetas a los vaivenes de los gobiernos de los Estados anfitriones, lo que constituyen dos desventajas nada despreciables.

**Palabras clave:** corrupción, organizaciones delincuenciales transnacionales, comisiones y misiones de apoyo internacionales, Centroamérica, debilidad institucional, estado de derecho.

**ABSTRACT:** One of the regions most affected by transnational organized crime has been Central America’s “Northern Triangle”, in great part due to its institutional weakness. A comparative analysis of the characteristics and inner workings of Central America’s International Commissions and Support Missions can prove that they were created with specific mandates to board corruption and therefore are a lot more successful in their duties of investigating and prosecuting those responsible than international, regional or hybrid criminal law tribunals. They further provide multi-dimensional strategies to board the issue. Furthermore, these Commissions and Support Missions interact tightly with affected people and often engage in discourse with civil society, treating public opinion as an ally in its fight against corruption. However, they are also strongly dependent on political support from the international community and are operatively subjected to the whim of the governments in Host states, two things which constitute substantial disadvantages for the use of these figures as tools in the fight against corruption.

**Keywords:** corruption, transnational criminal organizations, international commissions and support missions, Central America, institutional weakness, rule of law.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Marco teórico.* III. *Metodología.* IV. *Resultados-análisis de fuentes.* V. *Referencias*

## I. INTRODUCCIÓN

La situación en el Triángulo del Norte en Centroamérica muestra desde hace décadas una profunda crisis del estado de derecho en la región dentro un contexto de consolidación de los intereses de las organizaciones delincuenciales transnacionales (ODT) en los distintos poderes estatales (Arratia, 2015). Ade-

más, los gobiernos de El Salvador, Guatemala y Honduras han aprovechado su posición para crear las condiciones para mantenerse en el poder, aliándose con intereses económicos que buscan extender su control sobre el territorio a través del despojo de comunidades indígenas y campesinas (CIDH, 1999). Ante esta situación, los mecanismos legales existentes de prevención, control y sanción hace tiempo que quedaron obsoletos para hacer frente a las ODT y a las prácticas corruptas que promueven (Dandurand y Jahn, 2021).

El creciente interés de la comunidad internacional desde finales del siglo XX por combatir la corrupción, ha llevado a distintos gobiernos latinoamericanos a proponer la creación de diversos mecanismos anticorrupción con un componente internacional (Hesson y Spetalnick, 2021; Presidencia de Ecuador, 2019). Entre ellos destacan los gobiernos de Juan Orlando Hernández en Honduras (2014-2022) y Nayib Bukele en El Salvador (2019-2023) caracterizados por utilizar mensajes anticorrupción para legitimarse a pesar de la contradicción en sus acciones (Orozco, 2018; Ortiz, 2021; Delcid, 2021) y solicitar la asistencia de la comunidad internacional para combatir la corrupción a través de organismos especializados, como la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH) y la Comisión Internacional contra la Impunidad en El Salvador (CICIES) (CICIG, 2019; Reus y Zamora, 2020; Morales, 2020).

Ahora bien, el origen de todos estos mecanismos de asistencia internacional en la lucha contra la corrupción se encuentra en la experiencia desde 2007 de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CI-CIG) (Barreto, 2015; International Crisis Group, 2018).

El presente trabajo se dirige a identificar algunas de las principales fortalezas y debilidades de de estas comisiones y misiones de apoyo internacionales como mecanismo de lucha contra la corrupción vinculada a las ODT, a la luz de sus procesos de creación y cierre, y del contenido de sus respectivos mandatos, funciones y facultades.

## II. MARCO TEÓRICO

Según Hagan (1983) y Kleemans (2007), la corrupción en distintos ámbitos y territorios por parte de poderes públicos y privados es un factor fundamental en la actividad de las ODT. Esto ha generado una conexión estructural entre estas organizaciones y dichos poderes, como se ha estudiado especial-

mente en relación a los cárteles de drogas mexicanos, que son los principales exportadores de drogas hacia Estados Unidos (Morris, 2012; Astorga, 2015; Medel y Thoumi, 2014; Olasolo y Galain, 2018).

De hecho, las últimas dos décadas se han caracterizado por el incremento y diversificación de las interacciones entre: *a)* las instituciones y las organizaciones que presentan dinámicas de favorecimiento o normalización de las prácticas corruptas (Giménez-Salinas, 2020), y *b)* la interrelación de estas últimas con organizaciones que operan principalmente al margen de la ley (Perdomo y Parra, 2021). Como consecuencia, se han conformado redes complejas transnacionales, que operan en distintos mercados y a escala global, y que, debido a su cercanía con el sector económico-financiero y el sistema sociopolítico encargado de diseñar la legislación anticorrupción y promover su aplicación, contribuyen a su propio blindaje frente a lo que queda de las autoridades nacionales (e internacionales) que buscan su desarticulación (Escalante y Lamadrid, en prensa).

Este tipo de redes se caracteriza por la planificación, ejecución y comisión organizada de prácticas corruptas a diferentes escalas para obtener beneficios económicos ilícitamente (Perdomo y Parra, 2021), y porque en ellas intervienen diversos actores públicos y privados amparados en el encubrimiento de sus acciones, sus miembros, sus medios y sus ganancias. Todo ello con ello con el fin de no responder penalmente y evitar su decomiso (Olasolo y Galain, 2022; Page, 2018). De ahí, que su pervivencia a lo largo del tiempo dependa de su capacidad para garantizar tanto la impunidad de quienes intervienen en las prácticas corruptas, como la seguridad financiera de los beneficios derivados de las mismas (Galain y Olasolo, 2023).

Debido a la naturaleza cambiante de la criminalidad asociada a estas redes transnacionales de corrupción, las herramientas tradicionales para prevenir, controlar y sancionar se han mostrado insuficientes (Garzón, 2012; Prieto, 2013; Olasolo y Ochoa, 2018). Esto también aplica a las herramientas recogidas en las Convenciones de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo) y la Corrupción (Convención de Mérida). Según Olasolo (2019), Shoaps (2013) y Sousa (2010), a pesar de fomentar una mayor cooperación internacional, enfrentan los mismos problemas que las instituciones nacionales.

Ante esta situación, Smith (2008-2009) y Paulose (2013) han argumentado la importancia de enfrentar las ODT mediante los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal (DIP), como los tribunales in-

ternacionales penales de ámbito universal o regional, los tribunales híbridos y las jurisdicciones nacionales actuando conforme al principio de jurisdicción universal. Sin embargo, esta propuesta es rechazada por quienes señalan las diferencias entre los crímenes internacionales y los delitos transnacionales, así como entre el DIP y el derecho penal transnacional (Boister, 2017). Para este segundo grupo de autores, la solución a la ineficacia del derecho penal transnacional radica en repensar sus herramientas, potenciando sus fortalezas y abordando sus debilidades.

En consecuencia, desde una perspectiva universal, se mantiene abierto el debate sobre si la competencia de la Corte Penal Internacional debería extenderse, o no, para incluir algunos delitos transnacionales como los tráfico ilícitos o el terrorismo (Olasolo, 2018).

Así mismo, a nivel regional en América Latina, existe un debate abierto sobre la propuesta de creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el crimen organizado transnacional (COPLA) (Sillitti y López, 2021). Este debate ha generado, sin embargo, controversia con respecto a la efectividad que pueden tener este tipo de tribunales internacionales de ámbito regional en la lucha contra las ODT, sobre todo teniendo en cuenta que estas últimas tienen ciertos elementos en común con las organizaciones que cometen crímenes internacionales previstos en el DIP.<sup>2</sup>

En este contexto, Centroamérica se ha caracterizado porque la lucha contra las ODT se ha abordado a través de comisiones y misiones de apoyo internacionales establecidas a través de acuerdos entre los Estados anfitriones y ciertas organizaciones internacionales de ámbito universal como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o regional como la Organización de Estados Americanos (OEA), que tienen (en mayor o menor medida) capacidad de investigación propia, pueden proponer reformas legislativas y apoyan al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal ante las jurisdicciones nacionales.

---

<sup>2</sup> Véase, e. g., Cuevas, Morris y Pardo (2019), que describe el rol de empresas y organizaciones con ánimo de lucro como terceros civiles responsables en la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en Colombia durante el conflicto civil colombiano. Las organizaciones privadas tienen gran importancia en la mayoría de conflictos armados, y el colombiano no fue una excepción. Inicialmente se buscaba que los terceros civiles fueran juzgados ante la Jurisdicción Especial para la Paz, pero esto no fue posible luego de la derrota de la propuesta del gobierno nacional en el plebiscito de 2016, relegándose a figuras meramente voluntarias (Gutiérrez, 2020).

Esta aproximación ha generado una cierta tensión entre las instituciones jurídicas propias de los sistemas nacionales y aquellas que el derecho internacional en general, y el DIP en particular, buscan introducir en el derecho doméstico. Ante esta situación, mientras algunos autores han calificado a las comisiones y misiones de apoyo internacionales anticorrupción establecidas en Centroamérica como auténticas herramientas de cooperación y apoyo a la institucionalidad (Edgar, Gutiérrez, 2016), otros las definen como un “injerto” sin vínculos con el derecho doméstico que ha evidenciado notables dificultades para acoplarse a la realidad centroamericana (Reus y Zamora, 2018, 2020).

### III. METODOLOGÍA

La metodología del presente artículo parte de la teoría cualitativa-interpretativa, mediante la cual se busca describir al derecho internacional y la construcción de entidades estatales como un “proceso de estructuración” (Urueña-Sánchez, 2020). El propósito final de este acercamiento es la realización de un informe mediante el cual se reporta el estado de un fenómeno social (Contreras, 2021): las comisiones y misiones de apoyo internacionales operativas en Guatemala, Honduras y El Salvador entre 2007 y 2021.

En cuanto al proceso metodológico, este corresponde a un análisis de fuentes escritas, como los tratados internacionales por los que se crean las respectivas comisiones y misiones de apoyo internacionales y las propuestas de reforma legislativa realizadas por las mismas. Se analizan también acuerdos posteriores, noticias y doctrina académica sobre los elementos característicos de dichas comisiones y misiones.

A través de análisis documental, se busca realizar un análisis comparado de las comisiones y misiones de apoyo internacionales establecidas en el Triángulo Norte de Centroamérica, con el fin de identificar algunas de sus principales fortalezas y debilidades como mecanismo anticorrupción, a la luz de sus procesos de creación y cierre, y del contenido de sus respectivos mandatos, funciones y facultades.

Además, también se hace énfasis en tratar de comprender cómo, a pesar de que las tres comisiones y misiones tuvieron un amplio apoyo popular y centraron su actuación en promover una mayor transparencia en las instituciones nacionales, fueron, sin embargo, rápidamente desmanteladas (sobre

todo en el caso de la MACCIH y la CICIES), produciéndose a continuación un fuerte declive democrático en los tres países anfitriones.<sup>3</sup>

#### IV. RESULTADOS-ANÁLISIS DE FUENTES

##### 1. Los procesos de creación de CIGIC, la MACCIH y la CICIES: especial atención a la función de las coyunturas políticas y de la presión ciudadana

Las naciones del Triángulo Norte tienen muchos elementos en común con respecto a las ODTs. Sin embargo, es importante que los motivos y circunstancias que llevaron a la creación de la CIGIC en Guatemala, la MACCIH en Honduras y la CICIES en El Salvador son diversas.

En el caso de Guatemala, la creación de la CIGIC se enmarca en el proceso de justicia transicional experimentado por el país tras el fin del conflicto armado interno. Este conflicto, que se desarrolló entre 1960 y 1996, causó cerca de 200,000 muertes y más de 45,000 personas desaparecidas. Las graves violaciones a los derechos humanos fueron en su gran mayoría cometidas por fuerzas militares, cuerpos de seguridad del Estado y otras entidades vinculadas al oficialismo (conocidas como “cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad”, CIACS) (Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, 1999). Los CIACS siguieron actuando con impunidad durante el postconflicto (Impunity Watch, 2008), constituyendo organizaciones que no solo actuaban al margen de la ley en el marco del conflicto civil guatemalteco, sino que conformaban auténticas estructuras de la criminalidad organizada, que en su punto álgido cooptaron el Estado (Garay-Salamanca, León-Beltrán y Salcedo-Albarán, 2010; CIGIC, 2019b).<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Culminando en la solicitud de anulación de elecciones en Guatemala realizada el 8 de diciembre de 2023, que la OEA (2023) denominó un “golpe de Estado judicial”, y el declive democrático de El Salvador bajo el gobierno de Nayib Bukele (Nilsson, 2022). Estos elementos son característicos, pero no constituyen todo, el declive democrático en la región, que se ha intensificado desde el fin de las comisiones entre 2019 y 2021.

<sup>4</sup> Llama la atención los paralelos entre las CIACS y otras organizaciones paramilitares en América Latina que, con motivos ostensiblemente políticos, participaron en el crimen transnacional organizado como forma de controlar el Estado o de financiarse. En particular se pueden ver vínculos fuertes, a nivel regional, con la Resistencia Nicaragüense (“la Contra”), financiada por Estados Unidos e involucrada en el tráfico de drogas y armas (Rothe, 2009;

A esta percepción de impunidad por parte de la población guatemalteca, se agregaba el hecho de que entre 1996 y 2004 el fin del conflicto vino acompañado de un incremento notorio en la violencia, ya que muchos de los grupos paramilitares o de autodefensa se mantuvieron activos a través de diversos tipos de organizaciones delincuenciales transnacionales (ODT). La respuesta inicial a esta situación fue la intervención de la ONU mediante la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA), que desarrolló sus funciones entre 1994 y 2004.

Sin embargo, tras la finalización de su mandato, la ONU consideró que necesitaba mantener su presencia en el territorio guatemalteco para evitar la creciente violencia. Para ello, propuso crear una comisión internacional contra estos grupos (Comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales de Seguridad y Aparatos Clandestinos de Seguridad, CICIACS), que, si bien se basaba, en gran medida, en la experiencia en El Salvador del Grupo Conjunto para la Investigación de los Grupos Armados Ilegales con Motivación Política (creado en 1993, a iniciativa de la Procuraduría de Derechos Humanos, mediante un acuerdo entre el gobierno salvadoreño y la ONU para investigar a los escuadrones de la muerte durante un periodo de varios meses), tenía una serie de elementos que buscaban dotarla de suficiente independencia para actuar al margen de las instituciones gubernamentales.

Con base en la propuesta de la ONU, se adoptó en 2004 el Acuerdo para la creación de la CICIACS entre aquella y el gobierno de Guatemala. Sin embargo, ese mismo año fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional al entender que los amplios poderes que el Acuerdo otorgaba a la CICIACS violaban la Constitución guatemalteca. Fue entonces cuando la ONU, a través de la MINUGUA (que estaba a punto de finalizar su mandato), presionó al gobierno para que se solventaran los problemas de constitucionalidad identificados por la Corte, sin que el contenido del Acuerdo quedara diluido (Stanley, 2013, p. 267; Calvet, 2019). Este proceso se completó en los dos años siguientes, dando lugar en 2006 al acuerdo de creación de la CICIG.

En este contexto, la influencia de EE.UU. en la creación y mantenimiento de la CICIG ha sido muy significativa. Así, la presión de la comunidad internacional, impulsada en gran medida por la administración norteamer-

---

Johnston, 2011). También es notable el uso generalizado de narcotráfico y de un entramado de corrupción por las Autodefensas Unidas de Colombia (CNMH, 2018): en su punto más álgido, casi un tercio de los parlamentarios colombianos estaban afiliados a redes de “parapolítica” (Murillo, 2008).

ricana, jugó un papel fundamental para convencer a los legisladores guatemaltecos para ratificar el acuerdo internacional (Ruhl, 2011). La presión estadounidense se dio principalmente por una doctrina emergente en la década de 1990 (especialmente en el seno del Partido Demócrata), según la cual una herramienta útil para detener la migración irregular a EE.UU. es la construcción estatal en los países de origen para evitar su empobrecimiento (Long, 2021). Además, se generó una importante inversión mediante programas vinculados a la Convención de Mérida (Ribando, 2010), que continuaron durante las administraciones de Bush y Obama.

En cuanto a la MACCIH, ésta se originó en un contexto en el que la mayor parte de la sociedad pública hondureña consideraba que las prácticas corruptas eran impunes en Honduras. En este contexto, el entonces presidente Juan Orlando Hernández se vio salpicado en 2015 por el escándalo del Instituto Hondureño de Seguridad Social (IHSS), en el marco del cual varios miembros del IHSS desfalcaron cerca de 200 millones de dólares (BBC Mundo, 2015a), de los cuales al menos 150,000 dólares se destinaron a su victoriosa campaña presidencial (BBC Mundo, 2015b). El escándalo resultó en la mayor crisis institucional de la historia del IHSS, lo que provocó que varios hospitales hondureños tuvieran que ser militarizados para mantener la prestación de servicios públicos (El Espectador, 2015), teniendo el propio presidente que admitir que se había beneficiado de la crisis (Palencia, 2015), lo que resultó en las mayores protestas públicas en el país desde 1980 (Usi, 2015). Ante esta situación, Hernández implementó varias estrategias para volver a ganar reputación entre la población y revivir la confianza institucional que se había perdido en Honduras, siendo la firma el Convenio de establecimiento de la MACCIH con la OEA en 2016 una de las más prominentes.

En consecuencia, si bien formalmente la MACCIH parecía dirigirse a la reforma estructural del sistema de justicia nacional para evitar nuevos escándalos de gran corrupción como el que golpeó al IHSS en 2015, el objetivo último de su creación fue tratar de estabilizar la situación en Honduras, donde la oposición ciudadana no sólo no se había calmado a raíz de la reforma del gabinete ministerial y la reintegración de parte de los fondos públicos sustraídos por el gobernante Partido Nacional, sino que parecía estar llevando de nuevo al país a una situación de grave inestabilidad política y amenazaba la gobernabilidad del presidente Hernández por estar involucrado en los escándalos de corrupción (razón por la cual la propuesta contó con el apoyo de Estados Unidos y la OEA). Debido a esto, la MACCIH adoptó una estra-

tegia que, a pesar de presentar ciertas similitudes con la CIGIG, se prestaba mucho más a la intervención estatal hondureña para asegurar la impunidad de sus altos mandatarios. Además, también adoleció de falta de independencia frente a la OEA, lo que sería fatal para su desempeño final, cuando se intensificaron los conflictos con la entidad (Zamudio-González, 2020).

Finalmente, la CICIÉS surgió como una propuesta electoral en el contexto de las elecciones de 2019. Indacochea y Estrada (2021) señalan que, entre 2006 y 2019, “[...] la élite política y empresarial, así como la sociedad civil salvadoreña, habían sido testigos [...] de los éxitos de sus países vecinos; casos de gran corrupción investigados por estos mecanismos junto a fiscales locales, exposición pública de las redes de macrocorrupción, movilizaciones ciudadanas sin precedente y diagnósticos de reforma estructural. Pero también fueron testigos de su declive y caída”.

Esto implicó que, desde 2017, el gobierno salvadoreño intensificara sus esfuerzos anticorrupción (Witte-Lebhar, 2017) con la intención de evitar una percepción de impunidad total que justificaría la creación de una comisión o misión de apoyo internacional en El Salvador (Calderón y Hernández, 2019). Notablemente, antes de su creación hubo ya cooperación internacional porque el gobierno del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (FMLN) se alió con Honduras y Guatemala para estrechar la cooperación en la lucha contra la corrupción organizada transnacional (Rodríguez, 2017).

La creación de la CICIÉS se convirtió entonces en una situación políticamente controvertida. Su creación fue parte del denominado “Plan Cuscatlán” del nuevo gobierno del presidente Nayib Bukele, el cual incluía la reforma del Código Penal para evitar la prescripción de los crímenes de lesa humanidad, la implementación de nuevos sistemas de gestión, la cooperación internacional y la creación de la CICIÉS (Bukele, 2019). No obstante, es importante destacar que también existieron otros factores relevantes en la creación de la CICIÉS, como la presión ciudadana.

A pesar de las diferencias entre los países del Triángulo Norte y sus distintos contextos socio-políticos, se pueden identificar también ciertos factores en común que jugaron un papel importante en la creación de la CIGIG, la MACCIH y la CICIÉS. Entre ellos destaca la presión ciudadana. Ésta ha sido una fuerza importante para los líderes políticos, ya que, en sistemas democráticos con elecciones regulares, deben mostrar un compromiso en la lucha contra la corrupción para ser elegidos. Por ejemplo, la MACCIH fue creada después de las protestas populares en Honduras en 2015 (Soto,

2018; Rodríguez y González, 2020), mientras que en Guatemala la creación de la CICIG fue impulsada por grupos de la sociedad civil como el Movimiento Nacional por los Derechos Humanos (MNDH) y una coalición de ONG (Granowsky-Larsen, 2018). En El Salvador, la creación de la CICIES también contó con un amplio respaldo de la sociedad, según encuestas que indicaban que hasta el 95 % de la población estaba a favor de su creación en 2016 (Serrano, 2016).

Esta popularidad no sólo se dio en el momento de su creación, sino que también se mantuvo durante su funcionamiento. Por ejemplo, en Guatemala, la CICIG contaba con una tasa de aprobación del 95 % en 2015 (Contreras, 2015), mientras que en Honduras el 65 % de la población apoyaba la continuación de la MACCIH en el país en 2019 (CESPAD, 2019a; 2019b). En El Salvador, la propuesta de introducir la CICIES fue la más popular de la candidatura a la presidencia de Bukele, obteniendo una aprobación de en torno al 95 %. Esto refleja cómo las poblaciones centroamericanas, ante los altos niveles de corrupción en su región, han apoyado soluciones con un claro componente internacional.

## 2. Mandato, funciones y facultades de la CIGIC

Las diversas coyunturas políticas que, como hemos visto, han marcado los procesos de creación de la CIGIC, la MACCIH y la CICIES, han determinado también su distinto mandato y funciones (Call, 2019). Así, conforme al artículo 1o. del Acuerdo de creación de la CIGIC, esta última se dirigía a dos fines principales: “apoyar, fortalecer y coadyuvar a las instituciones de [...] Guatemala” y “crear los mecanismos y procedimientos necesarios para la protección de los derechos a la vida y a la integridad de las personas”.

Para cumplir con estos fines, el mandato de la CIGIC se componía de tres funciones centrales, presentes en el artículo 2o. (1) del Acuerdo de Creación. Estas funciones eran: (a) determinar la existencia de los CIACS; (b) colaborar con el Estado en su desarticulación; y (c) recomendar la adopción de políticas públicas que mejoren la institucionalidad.

En resumen, se puede decir que el objetivo principal de la CICIG no era, al momento de su creación, simplemente investigar, juzgar y castigar la corrupción, sino abordarla como un fenómeno relacionado con los CIACS. El artículo 1o.(d) del Acuerdo definía a los CIACS como grupos que “cometen acciones ilegales para afectar el pleno goce y ejercicio de los derechos

civiles y políticos” y “están vinculados directa o indirectamente con agentes del Estado, o cuentan con capacidad de generar impunidad para sus acciones ilícitas”.

De esta manera, el mandato de la CIGIC se enfocaba, ante todo, en luchar contra las diferentes ODT derivadas del conflicto armado que sufrió Guatemala entre 1960 y 1996. Como resultado, no solo el mandato de la CIGIC no se dirigía expresamente a investigar los aparatos de gran corrupción en Guatemala, sino que ni siquiera preveía que la investigación de la corrupción fuera un aspecto primordial del mismo (artículo 2o.).

Sin embargo, a pesar de que la lucha contra la corrupción no fuera inicialmente el mandato central de la CIGIC, con el tiempo, fue tomando preminencia. Esto se debe a que la corrupción es un aspecto central de la forma de operar de los CIACS, tal como se refleja en su vinculación con agentes del Estado y su capacidad para generar impunidad. La cooptación estatal es una de sus principales estrategias para facilitar su actividad delictiva (Man-Wai, 2013). La conexión entre los CIACS y las entidades gubernamentales en Guatemala llevó naturalmente a que el mandato de la CIGIC se transformara lentamente a través de un proceso de “autodirección” de la entidad (Zamudio-González, 2018). A su vez, esto llevó a que la entidad se volviera más eficiente en la lucha contra las redes transnacionales de corrupción (Reus y Zamora, 2020).

Al tratarse de algo inesperado al momento de su creación, la CIGIC constituye un ejemplo de una entidad internacional que se transformó de forma autónoma (Andrade, 2022). Esto tuvo ciertos beneficios, como la mayor eficiencia previamente descrita, pero también inconvenientes, como el hecho de que esta extralimitación generara una mayor oposición por ciertos sectores políticos (Calvet, 2019).

El artículo 4o. del Acuerdo de creación le otorgó personalidad jurídica autónoma a la CIGIC. En otras palabras, esto quiere decir la capacidad de celebrar contratos, adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles, e iniciar procedimientos judiciales. La personalidad jurídica de la CIGIC tenía como propósito permitirle un patrimonio y una libertad de actuación propia, que la hicieron, en cierta medida, independiente de las entidades que la crearon. También facilitaba la posibilidad de que la CIGIC participara directamente en procesos penales bajo la figura procesal del “tercero adhesivo” (artículo 3.1(b)), o aportara información a las autoridades investigativas del país (artículo 3.1(c)). De la misma forma, podía actuar como denunciante ante

funcionarios públicos que impidieran sus investigaciones, y otorgaba confidencialidad a las personas que declararan ante la misma (artículo 3.1(d)), en el entendimiento de que, debido a que el sector público guatemalteco se encontraba fuertemente infiltrado por las ODT, era peligroso testificar en un juicio disciplinario o penal sin garantías de confidencialidad (artículo 31.1(d)).

Finalmente, otras facultades importantes otorgadas a la CICIG incluyeron las facultades de (a) iniciar investigaciones de manera autónoma frente a cualquier persona, con la intención de poder aportar esta información a las autoridades investigativas guatemaltecas (artículo 31.1(a)); (b) suscribir otros acuerdos con instituciones estatales (artículo 31.1©); y (c) solicitar documentos y elementos de prueba (artículos 1, 4).

Estas facultades permitieron que la CICIG firmara once convenios con diferentes entidades para facilitar las investigaciones: tres con organismos del sistema de la ONU (UNICEF, y UNIFEM, 2009, y UNODC, 2010) y ocho con entidades del Estado guatemalteco (Ministerio Público, Ministerio de Gobernación, Superintendencia de Administración Tributaria, Secretaría Presidencial de la Mujer, Secretaría de Obras Sociales, Defensoría de la Mujer Indígena, Superintendencia de Bancos, Contraloría, Registro General de la Propiedad y Tribunal Supremo Electoral). De esta manera, la Comisión pudo llevar a cabo investigaciones conjuntas con dichas entidades nacionales y tuvo también la posibilidad de elaborar informes conjuntos con los mencionados organismos de la ONU.

Como resultado, la CICIG se convirtió en un organismo cuyas facultades y grado de influencia a nivel nacional fue notablemente superior al inicialmente previsto en el Acuerdo, lo que favoreció el desarrollo de las investigaciones contra las CIACS y ciertas ODT. Estas facultades fueron, en particular, fundamentales para la investigación de sus conexiones dentro del Estado, un elemento clave en la transición realizada por la CICIG, que pasó de investigar a las CIACS a centrar sus actuaciones en las “Redes Político-Económicas Ilícitas” (RPEI), lo que le permitió, en última instancia, investigar los entramados de corrupción al interior de las entidades estatales (Zamudio-González, 2019).

En desarrollo de su mandato de lucha contra la impunidad, y con el fin de cumplir sus objetivos, la CIGIC llevó a cabo un trabajo constante de colaboración con las entidades gubernamentales de Guatemala, especialmente con el Ministerio Público, lo que se vio, sin duda, facilitado por la existencia dentro de este último de una Fiscalía especializada para la CICIG, así como

por su capacidad de participar en los procesos penales mediante su personación como querellante adhesivo y el acompañamiento técnico al fiscal nacional responsable (facultades con la que tampoco contaron ni la MACCIH ni la CICIES). A este respecto, la exfiscal general de Guatemala, Thelma Aldana (CICIG, 2019), señala lo siguiente:

Es importante el acompañamiento de esta comisión desde el aspecto técnico, correspondiendo la decisión final a la autoridad nacional; en este caso al fiscal general de la República. Es importante ese acompañamiento, no sólo en lo técnico que es lo más valioso, pero también en el hecho de que CICIG se pudiese convertir en querellante adhesivo en los procesos porque entonces había un trabajo de investigación, desde el diseño de la hipótesis, desde el inicio del caso, pero también en la estrategia del litigio, prácticamente. La CICIG podía acompañar al MP desde el planteamiento de la hipótesis, hasta la discusión, las audiencias y el diseño estratégico de la oratoria forense, completando así el proceso, porque si se hubiese dejado a partir de la investigación, y los fiscales hubieran tenido que ir solos a los tribunales, se hubiera perdido la riqueza de fortalecer la oratoria y la estrategia de litigio para los fiscales; esta es otra buena práctica que yo rescato además de que la CICIG pudiera iniciar investigaciones y si encontraba material suficiente lo compartía; en mi gestión lo compartía y yo tomaba la decisión de iniciar una investigación.

Todo esto indica que la CICIG recibió un mandato sólido que buscaba atribuirle facultades amplias para el cumplimiento de sus funciones.

En consecuencia, se puede afirmar que la CICIG recibió un mandato sólido con amplias facultades para el cumplimiento de sus funciones. Esto tuvo como resultado que, durante sus 13 años de funcionamiento, la CICIG desarrollase numerosas actividades. Así, en su informe de cierre (2019), se subraya que había ayudado a identificar más de 70 estructuras criminales y había facilitado la condena de más de 400 personas. Además, había presentado 34 propuestas de reforma administrativa y judicial, de las cuales aproximadamente la mitad (15) habían sido aprobadas en el Congreso, y la opinión pública del país valoraba muy positivamente su trabajo (la mayoría de los guatemaltecos consideraba que sin la CICIG las autoridades nacionales no habrían adoptado medida alguna (Hallock, 2021)). Incluso sus más acérrimos opositores reconocían en aquel entonces el éxito que había tenido en la lucha contra la corrupción (Flores, 2019).

### 3. Mandato, funciones y facultades de la MACCIH

Al momento de la creación de la MACCIH, sus funciones buscaban llegar a un balance perfecto para el gobierno Hernández: lo suficientemente amplias para que la entidad no pareciera un “tigre de papel” ante la población hondureña y las entidades internacionales, pero sin tener la capacidad de generar una verdadera amenaza al gobierno del Partido Nacional (Zamudio-González, 2020). De esta forma, la MACCIH tenía menores facultades que la CICIG, pero seguía disponiendo de ciertas herramientas que podían generar un impacto.

Según el artículo 1o, del Convenio de establecimiento de la MACCIH, los fines a los que se dirigía eran: (a) apoyar el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos; (b) apoyar, fortalecer y colaborar con las instituciones del Estado; (c) contribuir a mejorar la coordinación entre dichas instituciones; (d) proponer reformas al sistema de justicia; y (e) contribuir al fortalecimiento de los mecanismos de rendición de cuentas.

En comparación con la CICIG, el mandato de la MACCIH presentaba importantes diferencias. Mientras que la CICIG abordaba la corrupción como un aspecto secundario de su mandato, en tanto que elemento central de la forma de operar de los CIACS, la lucha contra la corrupción era el objetivo principal de la MACCIH. En consecuencia, el mandato de la MACCIH estaba estrechamente relacionado con la agenda de buena gobernanza impulsada por la ONU y la OEA (OEA; Khan, 2012). Por lo tanto, las funciones de la MACCIH se centraban en fortalecer las instituciones estatales y el diseño y aplicación de las políticas públicas, especialmente en materia de prevención y combate a la corrupción, reforma de la justicia penal, reforma político-electoral y seguridad pública (sin hacer énfasis en la investigación, persecución y desarticulación de las redes transnacionales de corrupción). Como resultado, el Convenio de establecimiento de la MACCIH definía a esta última como un organismo asesor, cuya función principal era apoyar a las entidades gubernamentales hondureñas en el diseño y aplicación de las políticas públicas (Fundación para el Debido Proceso, 2016).

Para cumplir con su mandato, la MACCIH podía cooperar con otras instituciones nacionales para realizar investigaciones, ofrecer consultoría a las autoridades judiciales, realizar ciertas actividades investigativas y administrativas, y dar apoyo técnico y logístico (presentes en los artículos 2 y 3 del Convenio de establecimiento de la MACCIH), pero no la tenía la facultad

de realizar investigaciones independientes de la que sí disponía la CICIG. La MACCIH se dirigía, por tanto, a construir y fortalecer el entramado institucional hondureño, más que a realizar investigaciones independientes. De hecho, el Acuerdo de creación de la MACCIH ni siquiera le reconocía una personería jurídica autónoma, sino que lo dejaba al arbitrio del gobierno hondureño (artículo 11).

Sin embargo, conviene no olvidar que la MACCIH sí dispuso de amplias facultades para cooperar con las entidades estatales hondureñas, que, como se verá más adelante, le permitió, a través de acuerdos, promover la creación de la Unidad Fiscal Especial contra la Impunidad de la Corrupción (UFE-CIC), que, en última instancia, le permitió desarrollar, de manera independiente, ciertas dirigencias de investigación similares a las de la CICIG, lo que resultó en un aumento significativo de su actividad anticorrupción, promoviendo 6 procesos de expropiación y 14 macro casos penales con 133 acusados (Calderón, 2021). Sin embargo, la presión estatal que sufrió fue mucho mayor que la recibida por la CIGIC, porque, como resultado de sus investigaciones a familiares cercanos al expresidente Porfirio Lobo (casos “Caja chica de la Primera Dama” [OEA, 2018a] y “Caja chica del Hermano” [OEA, 2018b]), el gobierno se movilizó para promover que el Poder legislativo y las Altas Cortes evitaran la imposición de condenas (Calderón, 2022).

En conclusión, la MACCIH fue creada con el objetivo de luchar contra la corrupción en Honduras, pero con un enfoque más mediado por las estrategias políticas de la presidencia hondureña que la CICIG. Su mandato se enfocó en fortalecer las instituciones estatales y el diseño y aplicación de políticas públicas, en lugar de desarrollar investigaciones y perseguir penalmente las redes transnacionales de corrupción. Aunque la MACCIH no tuvo una personalidad jurídica autónoma y su mandato fue principalmente consultivo y de apoyo técnico y logístico, conservó la capacidad de cooperar con las entidades estatales hondureñas para lograr sus objetivos, y pudo desarrollar importantes investigaciones, si bien, al dirigirse algunas de ellas al entorno presidencial fue objeto de fuertes presiones.

#### **4. Mandato, funciones y facultades de la CICIÉS**

El Acuerdo de creación de la CICIÉS también recogía en artículo 1 los aspectos centrales de su mandato, que eran *a)* contribuir a que el gobierno salvadoreño cumpliera con sus compromisos internacionales; *b)* apoyar y acompañar

a las instituciones competentes del Salvador en la prevención, investigación y sanción de actos de corrupción; *c*) proponer políticas públicas para luchar contra la criminalidad organizada; *d*) colaborar con la Presidencia en la modernización de las instituciones salvadoreñas; *e*) fomentar la coordinación y cooperación interinstitucional; *f*) asesorar a la Presidencia sobre reformas jurídicas, y *g*) fortalecer los mecanismos de transparencia y publicidad.

Para cumplir con su mandato, el artículo 4 del Acuerdo de creación de la CICIÉS le atribuía además la facultad de “suscribir Acuerdos de Cooperación con los demás Órganos del Estado y con las Instituciones Salvadoreñas, incluyendo, sin carácter exclusivo, la Fiscalía General de la República (FGR), la Corte de Cuentas y la Corte Suprema de Justicia” (artículo 4.1.1.). Además, la CICIÉS tenía las funciones de “acompañar y coadyuvar a la FGR en diligencias que se llev[asen] a cabo cuando la FGR lo requi[riese]” (artículo 4.1.2), lo que suponía que, a diferencia de la CIGIC (e incluso de la MACCIH), la iniciativa investigativa recaía exclusivamente sobre la FGR salvadoreña y no sobre la entidad internacional.

En segundo lugar, la CICIÉS podía “[s]olicitar o recomendar al gobierno, la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los testigos, denunciantes, víctimas, peritos, demás colaboradores y operadores de justicia, así como observar su implementación y cumplimiento” (artículo 4.1.3). De nuevo, a diferencia de la CIGIC, la CICIÉS no tenía la facultad de adoptar de oficio las medidas necesarias para asegurar la anonimidad de los denunciantes y las víctimas, sino que, por lo contrario, debía solicitarlo al gobierno salvadoreño.

En tercer lugar, la CICIÉS disponía de la facultad de “trasladar a la FGR toda la información de la que tuviere conocimiento o la documentación que tuviere en su poder a consecuencia del ejercicio de sus funciones, relativa a hechos que pudiesen ser constitutivos de delitos relacionados con Actos de Corrupción” (artículo 4.1.4). Esto también constituía una facultad mucho más limitada que la vista en la CIGIC y la MACCIH. Así, mientras la CIGIC tenía la capacidad de investigar de forma autónoma, la CICIÉS, si bien disponía de la facultad para recaudar material probatorio en el cumplimiento de sus funciones, debía entregar dicho material a la FGR salvadoreña.

Finalmente, la CICIÉS podía “[n]otificar a las autoridades competentes por presuntas faltas administrativas cometidas por funcionarios, empleados y autoridades públicas que pudieran estar relacionadas con Actos de Corrupción” (artículo 4.1.5.). Esta facultad era casi idéntica a la que tenía atribuida

la CICIG para denunciar administrativamente (con miras a la posible apertura de un juicio disciplinario) a los funcionarios públicos que estuvieran impidiendo su investigación.

En consecuencia, la CICIÉS tenía como objetivo principal luchar contra la corrupción y dar apoyo logístico y técnico para fortalecer las instituciones estatales, siendo su función similar a la de la MACCIH, pero con un alcance más amplio, ya que sólo disponía de la capacidad para recolectar pruebas en colaboración con el gobierno salvadoreño, y entregando las mismas a la FGR. Así mismo, mientras que la CICIG tenía como principal propósito la lucha contra las CIACS (Hallock, 2021).

Se pueden apreciar también otras diferencias importantes con la CIGIC y la MACCIH. Así, el mandato de la CICIÉS fue redactado de forma precisa con el fin de impedir su expansión (en particular, la CICIÉS no tenía como objetivo central la desarticulación de organizaciones delincuenciales) (Indacochea y Estrada, 2021). Así mismo, a pesar del acuerdo inicial entre la OEA y El Salvador, la CICIÉS terminó surgiendo como una comisión limitada a la fiscalización del Ejecutivo salvadoreño, restringiendo así, aún más, su alcance (Morales, 2020).

A todo esto hay que añadir que, además del Acuerdo de creación de la CICIÉS, solo fue posible realizar tres acuerdos entre la Secretaría General de la OEA y tres de las entidades del Estado salvadoreño (el Ministerio de Justicia, la Corte Suprema de Justicia y la FGR). Esto a pesar de que en el momento de su creación el gobierno salvadoreño prometió la suscripción de otros acuerdos y el acompañamiento por la ONU, lo que al no producirse fueron fuente de confusión para la entidad desde una perspectiva jurídica (Morales, 2020).

Además, a diferencia de los acuerdos firmados por la CIGIC o la MACCIH, los acuerdos suscritos con la CICIÉS no le otorgaron nuevas facultades ni crearon entidades de colaboración basadas en el modelo de la UFECIC. Por el contrario, como refleja el acuerdo con el Ministerio de Justicia de El Salvador, lo único a lo que se compromete este último es a dejar abierta la posibilidad de futuros acuerdos que eventualmente pudieran abordar estas cuestiones, los cuales no acabaron concretándose. A esto hay que añadir que el acuerdo firmado con la Corte Suprema de Justicia se centró principalmente en aspectos logísticos y académicos, limitándose a reconocer a la CICIÉS facultades de recomendación y asesoramiento para la rama judicial.

Al final, el único acuerdo sustantivo concretado fue el firmado con la FGR, en el cual esta última se comprometió a proporcionar información relevante sobre casos de corrupción en los que la CICIÉS pudiera apoyar a la FGR. Este acuerdo también permitió a la CICIÉS hacer recomendaciones sobre la elaboración de políticas de persecución penal contra la corrupción, reformas legales, métodos de investigación de prácticas corruptas, criterios de aplicación e interpretación de la ley y elaboración de programas de capacitación (OEA, 2019a).

Sin embargo, incluso con respecto a este Acuerdo con la FGR surgieron varios problemas. Así, la CICIÉS no tenía el derecho de obtener información completa frente a los casos en los que colaboraba, sino que, por el contrario, se encontraba limitada por “las restricciones y excepciones establecidas en la legislación corriente” (esto permitía al gobierno salvadoreño no transmitir a la CICIÉS la información que consideraba oportuna, declarándola como reservada). Además, la CICIÉS estaba obligada a mantener la confidencialidad de las investigaciones en las que apoyaba a la FGR, y debía presentar informes extraordinarios cuando el gobierno lo considerase pertinente, poniéndola siempre bajo amenaza de investigación y eventual terminación de su mandato (Indacochea y Estrada, 2021).

Como resultado, en su apenas año y medio de actuación, la CICIÉS, en contraste con los 120 casos de alto impacto y las 400 condenas de la CICIG, sólo pudo colaborar con la FGR en tres casos: el caso de la Hidroeléctrica El Chaparral, el caso relativo a la Asignación y Uso del Subsidio al Transporte Público de Pasajeros, y el caso sobre la Adjudicación del Sistema Integrado de Transporte del Área Metropolitana de San Salvador (OEA y CICIÉS, 2020). Su breve duración, sus limitaciones logísticas y presupuestarias y la falta de colaboración del gobierno salvadoreño, incluyendo la prohibición de entrada en el país de equipos internacionales debido a la pandemia de COVID-19, son algunos de los principales factores que explican esta situación.

## **5. El cierre de la CIGIC, la MACCIH y la CICIÉS y el deterioro democrático experimentado por Guatemala, Honduras y El Salvador en los años siguientes**

Si cabe destacar un aspecto en común de las tres comisiones y misiones de apoyo internacionales, éste es, sin duda, que todas ellas sufrieron de un

mismo Talón de Aquiles: la dependencia de la voluntad de los gobiernos anfitriones para colaborar con ellas y para que se renovara su mandato. En el marco de la justicia internacional, este problema ya se había observado, por ejemplo, con la falta de cooperación realizada por el gobierno serbio y el gobierno regional de la República Sprska con relación a investigaciones del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia (Obradovic-Wochnik, 2009; Hartmann, 2009). Lo mismo ha pasado con la colaboración de Ruanda en el Tribunal Internacional Penal para Ruanda, que en varias ocasiones se condicionó a concesiones (Ryngaert, 2013). Desde entonces, la dependencia de las organizaciones internacionales de justicia penal en la cooperación de los Estados ha sido hecha cada vez más clara. La dificultad de investigar la corrupción en Estados sujetos a “captura estatal” es mucho más alta que en Estados con instituciones relativamente independientes (Reyes, 2021). En consecuencia, no solo estuvieron en todo momento expuestas a que dichos gobiernos cortaran, o limitaran sustancialmente, la colaboración que necesitaban para poder realizar sus actuaciones (en particular, en relación con el desarrollo de sus investigaciones frente a las redes transnacionales de corrupción que operaban desde dentro de los propios Estados), sino que además su propia continuidad dependía de su voluntad.

Así, los artículos 11 y 12 del Acuerdo de creación de la CIGIC preveían como condiciones de retiro y cierre: *a)* la falta de cooperación por el Estado guatemalteco hasta el punto de que se empezasen a obstaculizar sus actividades; *b)* la no adopción por el Estado de las medidas legislativas necesarias para luchar contra los CIACS; *c)* la ausencia de un presupuesto suficiente para desarrollar su mandato; o *d)* la falta de consenso entre el gobierno nacional y la ONU para prorrogar el Acuerdo de creación al finalizar el mandato inicial de dos años de la CIGIC. Además, con base en lo anterior, en 2019, el presidente de Guatemala, Jimmy Morales, ejerció la causal (d) para finalizar el Acuerdo con la ONU, poniendo así fin a 13 años de existencia (CNN, 2019), tras dos años de conflicto entre la Presidencia y la CIGIC, en la que esta última trató de investigarlo por presuntas violaciones de la normativa sobre financiación de las campañas electorales, al tiempo que la Presidencia utilizó campañas mediáticas para radicalizar la opinión pública guatemalteca y galvanizarla contra la CIGIC (Flores, 2019; Flores y Rivers, 2020).

Las condiciones de retiro y cierre de la MACCIH se recogieron, por su parte, en los artículos 14 y 16 del Convenio de establecimiento. Así, el artículo 14 facultaba a la OEA para retirar la MACCIH ante situaciones que pudie-

ran hacer su trabajo redundante como: *a)* la falta de cooperación de Honduras, ya fuera al momento de aplicar las recomendaciones de la MACCIH, ya fuera al menoscabar la independencia, las inmunidades, o algún otro elemento similar de la Misión; o *b)* la ausencia de financiación internacional, que, al estar basada en donaciones voluntarias, no se encontraba garantizada. Por su parte, el artículo 16 del Convenio preveía también el cierre de la MACCIH en caso de que no se prorrogase su mandato de cuatro años al expirar el mismo el 19 de enero 2020. Esta última cláusula llevó, en última instancia, al cierre de la MACCIH, tras el comunicado emitido por el presidente Hernández a comienzos de 2020 (OEA, 2020). La OEA expresó cierta decepción al sugerir que la MACCIH no había vivido todo su potencial. Sin embargo, también se ha sugerido que la MACCIH fue retirada con, por lo menos, la aquiescencia del liderazgo de la OEA (Navas, 2020).

Finalmente, en lo que se refiere a las condiciones de retiro y cierre de la CICIES, los artículos 10 y 14 de su Acuerdo de creación preveían condiciones similares a las establecidas para las CIGIC y la MACCIH: *a)* la falta de financiación internacional; *b)* la ausencia de cooperación de las entidades nacionales salvadoreñas; y *c)* la finalización del mandato de cuatro años sin prórroga. En este contexto, el gobierno salvadoreño adoptó a mediados de 2021 la decisión de suspender unilateralmente su colaboración con la OEA, una vez que el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, decidiera integrar como asesor en su Secretaría General al exalcalde de San Salvador, Ernesto Muyschondt, del opositor partido ARENA (Deutsche Welle, 2021). A raíz de lo anterior, y tras apenas año y medio después de su entrada en vigor el 26 de noviembre de 2019, el gobierno salvadoreño denunció el Acuerdo de creación de la CICIES, que terminó siendo desmantelada sin haber llegado siquiera a cumplir con la mitad de sus cuatro años de mandato (OEA, 2021). Algunos autores han sugerido que esto fue simplemente una justificación en el marco del declive democrático generalizado experimentado por el Salvador durante la Presidencia de Bukele (Nilsson, 2022).

De esta manera, para 2021, todas las comisiones y misiones de apoyo internacionales habían sido cerradas en contra de su voluntad a raíz, principalmente, de la presión ejercida por los presidentes de los Estados anfitriones. Pero ¿qué llevó realmente a esta situación?

Para entender lo sucedido es importante tener en cuenta que, de acuerdo a lo investigado por las propias CIGIC, MACHIH y CICIES, Guatemala,<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Durante la existencia de la CIGIC, todos los presidentes de Guatemala (Óscar Berger,

Honduras<sup>6</sup> y el El Salvador<sup>7</sup> llevan décadas padeciendo la existencia de redes transnacionales de corrupción que han promovido los fenómenos de: a) la “gran corrupción”, caracterizada por acontecer en las altas esferas del poder y tener por objeto grandes obras de infraestructura o involucrar recursos muy relevantes (Transparencia Internacional, 2022), y b) la “corrupción significativa”, dirigida a obstruir las investigaciones judiciales a raíz de las estrechas relaciones entre los altos funcionarios en cargos de gobierno y quienes se desempeñan en la administración de justicia (Galain y Olasolo, 2023).

De hecho, algunos autores han llegado incluso a afirmar que nos encontramos ante auténticas situaciones de “captura del Estado”, en las que actores o grupos privados tienen el poder para influir en la toma de decisiones por las autoridades estatales, y lo usan para que se adopten políticas públicas o decisiones administrativas favorables a sus intereses (o de terceros cercanos) y perjudiciales para el interés general o de sus competidores (Hellman y Kaufmann, 2001; Héctor, Olasolo y Galain, 2022).

En este tipo de situaciones, las redes que fomentan las dinámicas de corrupción, incluyendo las más altas autoridades estatales, no presentan ningún interés en conservar instituciones de *accountability*, por lo que la única forma de preservarlas es a través de la presión internacional, razón por la cuál es necesario entender el cambio en el ambiente político que se vivió en la comunidad internacional entre principios de 2017 y finales de 2019.

Así, si bien las comisiones y misiones de apoyo internacionales inicialmente contaron con un importante respaldo de los Estados Unidos (incluyendo, tanto al partido republicano como al demócrata), que fueron inicialmente un garante fundamental de la existencia de la lucha anticorrupción al ser considerada como un elemento de *nation-building* que fortalecería las instituciones locales y llevaría a una reducción en la migración hacia los EE.UU., esto cambió con la nueva administración resultante de las elecciones de 2016 (Call, 2019; Reinold, 2023). Así, desde su inicio en 2017, el gobierno de Trump

---

Álvaro Colom, Otto Pérez, Alejandro Maldonado y Jimmy Morales) estuvieron involucrados en investigaciones de corrupción, muchas de éstas descubiertas por la propia CICIG.

<sup>6</sup> Honduras había estado enfrascada en situaciones altamente mediáticas de corrupción: el “Pacto de Impunidad” (Barahona, 2018) y el “Pacto de alternabilidad” (Sosa, 2019). El efecto de la corrupción en Honduras es altísimo: según algunos autores (Chávez y García, 2023) entre 10 y 14 % del PIB hondureño se pierde anualmente.

<sup>7</sup> Con excepción del actual, todos los presidentes del siglo XXI en El Salvador han sido encarcelados o investigados por lavado de activos y corrupción.

fue mucho más escéptico frente a este tipo de mecanismos, y buscó un nuevo enfoque para enfrentar la migración, basado en acuerdos bilaterales con los líderes de la región, en lugar de acciones de construcción de Estado, para lo cual promovió una negociación más directa y transaccional con los gobiernos centroamericanos. Como resultado, abandonó el apoyo gubernamental a la CICIG a cambio de ciertas concesiones del gobierno de Guatemala, incluyendo el traslado de la Embajada en Israel de Tel Aviv a Jerusalén (Calvet, 2019; Goldman, 2018).

Así mismo, la MACCIH sufrió también el constante debilitamiento del apoyo internacional desde el Convenio de establecimiento de 2016, debido a que el gobierno Trump adoptó frente a la MACCIH una posición similar a la asumida frente a la CIGIC (Camilleri y Christie, 2020), buscando así una negociación bilateral directa con el gobierno hondureño, que llevó a que este último entendiera que no habría oposición estadounidense en caso de no renovar el mandato de la MACCIH (Meyer, 2020).

En el caso de la MACCIH, al abandono de los EE.UU. se unió también el progresivo abandono de la OEA, que se reflejó, en un primer momento, en los graves problemas presupuestales de los que adoleció la MACCIH, debido a que los fondos para sus actuaciones dependían de la voluntad política de la propia OEA y del gobierno hondureño (Zamudio-González, 2022). Además, la OEA influyó en que su utilización fuera ineficiente al generar dificultades para que la MACCIH pudiera contratar personal en el terreno, mientras favorecía que se destinase una parte importante del presupuesto a mantener y reclutar personal para una oficina en Washington que solo tenía una relación tangencial con las obligaciones de la Misión (Call, 2020). Esto, unido a la falta de aportaciones del gobierno hondureño, acabó provocando que la MACCIH dependiera casi exclusivamente de donaciones voluntarias (en especial, aquellas del gobierno de EE.UU), que prácticamente desaparecieron durante el gobierno de Trump (Call, 2020).

Además, por si esto fuera poco, a partir de 2020 se comenzaron a escuchar alegaciones de que Secretario General de la OEA, Luis Almagro, había utilizado la no renovación del mandato de la MACCIH como *quid pro quo* para conseguir su reelección (Navas, 2020; Maisonnave et al., 2023), de manera que, en último término, tampoco ejerció presión alguna sobre el gobierno hondureño para mantener la MACCIH (Romano et al., 2023).

Finalmente, en relación con la CICIES, apenas si hubo tiempo para sentir la pérdida de apoyo de la comunidad internacional, toda vez que no pudo

llegar ni siquiera a cumplir la mitad de sus cuatro años de mandato, como consecuencia de la decisión adoptada por el gobierno salvadoreño a mediados de 2021 de suspender unilateralmente su colaboración con la OEA como consecuencia del nombramiento de un dirigente opositor como asesor de su Secretaría General (Deutsche Welle, 2021).

Los años desde el final de las comisiones y misiones de apoyo internacionales hasta la actualidad han visto un lento y doloroso declive democrático en Guatemala, Honduras y El Salvador, que ha llevado a que se deshiciera mucho de lo que inicialmente la CIGIC, la MACCIH y la CICIÉS habían logrado.

En Guatemala esto se ha visto reflejado a través del reforzamiento del “Pacto de Corruptos”, una alianza de élites que desde 2016, y particularmente desde el cierre de la CIGIC, ha buscado constreñir las libertades civiles y los controles institucionales (Rodas, 2023; Sanchez-Sibony, 2023), lo que ha resultado en un “cerco a la democracia” (Mack, 2021). Esta situación, que ha sido calificada por algunos como una “re-captura estatal” (Sáenz, 2022), ha culminado en el rechazo institucional hacia el nombramiento presidencial, tras las elecciones de 2023, de Bernardo Arévalo, quien en el pasado había denunciado las prácticas corruptas del gobierno guatemalteco, lo que ha sido recientemente denunciado como un intento de golpe de Estado por la OEA (2023) y el Parlamento Europeo (2023).

Del mismo modo, el gobierno hondureño, que ya se encontraba en la senda de la autocratización, y había demostrado una fuerte oposición a la MACCIH, a través de un “Pacto de Impunidad” entre distintos dirigentes políticos (Zamudio-González, 2020; Tábora y Oliva, 2021) para evitar las investigaciones<sup>8</sup>, ha continuado radicalizando su discurso político y deteriorando la calidad democrática hasta la llegada de Xiomara Castro al poder a comienzos de 2022 (Pérez et al., 2021). Además, varias organizaciones han denunciado en 2023 la transformación de la política de seguridad de la nueva presidenta, por tratarse de medidas similares a las adoptadas por Nayib Bukele en El Salvador (Neau, 2023).

---

<sup>8</sup> El concepto de “pacto de impunidad” ya tenía un grado de prominencia en la historia política hondureña, con acuerdos para evitar la responsabilidad penal por corrupción en los 90s entre los Partidos Liberal y Nacional (Barahona, 2018) y durante el proceso golpista en Honduras (Gies, 2019). En 2022 la nueva Ley de Amnistía del Gobierno Castro fue también denunciada como un “Pacto de Impunidad” (Aguilar y Ávila, 2022).

Finalmente, en El Salvador, el declive democrático ha sido muy importante, con una clara tendencia general a la autocratización (Sermeño, 2022), reflejada en un fuerte populismo punitivo (Wade, 2023; Breda, 2023) junto con un estrecho control de las instituciones judiciales (Castillejos-Aragón, 2023) y una mayor presión sobre la prensa (Croda, 2023; Romero y Wibbels, 2023) y la Asamblea Legislativa (Salinas, 2020).

## **6. Conclusiones: fortalezas y debilidades de las comisiones y misiones de apoyo internacionales**

Las experiencias en Centroamérica muestran que las comisiones y misiones de apoyo internacionales presentan fortalezas y debilidades para responder a la corrupción vinculada a las ODTs. Entre las primeras, destaca, en primer lugar, el hecho de que su mandato puede tener expresamente una naturaleza anticorrupción, lo que no es normalmente el caso con otros mecanismos de aplicación del DIP como los tribunales penales internacionales, regionales o híbridos. Esto se debe a que no son una expresión del DIP tradicional, ni tampoco un mecanismo de la colaboración estatal, sino una herramienta de *state-building* que combina elementos del DIP, el derecho internacional de los derechos humanos y el fortalecimiento institucional (Reinold, 2023; Schünemann, 2010).

Debido a esta situación de colaboración internacional inédita, las comisiones y misiones de apoyo internacionales, pueden, en segundo lugar, investigar y activar las actuaciones penales frente a un número importante de presuntos responsables de prácticas de corrupción, lo que puede ocasionar un impacto negativo notable en las redes transnacionales que conforman.

En tercer lugar, las comisiones y misiones de apoyo internacionales favorecen la implementación de estrategias multidimensionales para luchar contra la corrupción vinculada a las ODT, porque las facultades que les son atribuidas incluyen la formulación de recomendaciones de reformas legislativas, el diseño de programas de entrenamiento de agentes estatales y no estatales y la promoción de medidas para fortalecer la independencia judicial y el estado de derecho.

En cuarto lugar, las comisiones y misiones de apoyo internacionales realizan sus actuaciones en estrecho contacto con las poblaciones nacionales afectadas, con las que tienen muchas posibilidades de interactuar; siendo esta una de sus principales estrategias anticorrupción al permitirles recabar el apo-

yo de la sociedad civil y la opinión pública para superar las resistencias institucionales a sus actuaciones.

A esto hay que sumar el hecho de que operan con un presupuesto significativamente más limitado que el de los otros mecanismos de aplicación del DIP (Reus y Zamora, 2018).

Sin embargo, las comisiones y misiones de apoyo internacionales presentan también notables desventajas, siendo la más grave la relativa a la dependencia del Estado anfitrión para el efectivo ejercicio de sus facultades. Así, los casos de la MACCIH y la CICIÉS demuestran como los gobiernos de Honduras y El Salvador, a pesar de haber firmado acuerdos con la OEA para su establecimiento, conservaron hasta el último momento la capacidad de obstaculizar sus actuaciones, llegando incluso a privarles en la práctica de sus facultades de investigación.

Así mismo, la necesidad de que el Estado anfitrión acceda a renovar periódicamente su mandato y facultades las coloca en una situación de gran vulnerabilidad, y supone sin duda un obstáculo adicional para investigar los casos de infiltración de las ODT en las instituciones estatales, sobre todo si se encuentran involucradas las más altas autoridades del Estado. En este sentido, el caso de la CIGIC es particularmente sangrante porque, tras casi una década de fructífera colaboración con las instituciones guatemaltecas y cumplimiento efectivo de su mandato, fue desmantelada en apenas dos años a raíz de las investigaciones iniciadas en 2017 contra el entorno del entonces presidente Jimmy Morales.

La dependencia del Estado anfitrión se ve además reforzada en los casos en que su financiación depende total o parcialmente del mismo. Si bien, como hemos visto en el caso de la MACCIH, cuando la financiación acaba dependiendo, en gran medida, de las donaciones voluntarias de terceros Estados y organizaciones internacionales, esto genera constante provisionalidad, precariedad y vulnerabilidad frente a los cambios de gobierno en los países donantes (como sucedió, por ejemplo, cuando la administración Trump en Estados Unidos les retiró su apoyo).

La gran dependencia del apoyo político de comunidad internacional aparece como el segundo caballo de Troya de las comisiones y misiones de apoyo internacionales. Esto es particularmente grave cuando, como en el caso de las experiencias centroamericanas, se dirigen a investigar redes transnacionales de corrupción en las que están involucradas las más altas autoridades de los países anfitriones, que son, en última instancia, responsables de escenarios

de “gran corrupción”, de “corrupción significativa” e incluso de “captura del Estado”.

En este tipo de contextos, las redes que fomentan las dinámicas de corrupción, incluidas las más altas autoridades estatales, no tienen ningún interés en conservar las instituciones de *accountability*, por lo que la única forma de preservarlas es a través de la presión internacional. Esto hace que la dependencia del apoyo de la comunidad internacional sea muy grande, lo que puede tener efectos muy negativos, si se produce un cambio de percepción política como el acaecido entre principios de 2017 y finales de 2019, a raíz de la llegada al poder en Estados Unidos del gobierno de Trump. A lo que hay que sumar la progresiva pérdida de apoyo por parte de la OEA, en particular en relación con la MACCIH.

Finalmente, una tercera debilidad detectada en la comisiones y misiones de apoyo internacionales tiene que ver con el hecho de tanto la CIGIC, la MACCIH y la CICIH se han enfocado casi exclusivamente en las prácticas corruptas de los servidores públicos, habiendo abandonado en gran medida las investigaciones relativas a hechos punibles conexos cometidos por otros eslabones de las ODT, incluidos todos aquellos que desde el sector privado buscan garantizar la impunidad de quienes intervienen en las prácticas corruptas y la seguridad financiera de los beneficios derivados de las mismas.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, conviene tener en cuenta que en las elecciones de 2021 que llevaron al poder a Xiomara Castro en Honduras, una de sus principales propuestas durante la campaña electoral fue, precisamente, la creación de una nueva Comisión Internacional Contra la Impunidad en Honduras (CICIH). Desafortunadamente, al tratar de implementarla, han vuelto a surgir, una vez más, todo tipo de problemáticas nacionales e internacionales, la Comisión Nacional que tiene como objetivo implementar las condiciones de la CICIH no tiene asesores internacionales, a pesar de haberse realizado con apoyo de la ONU, lo que genera serias dudas relativas a su proceso de implementación (Silva, 2023), lo que ha llevado incluso a cuestionar la verdadera voluntad política del actual gobierno hondureño a este respecto (Kempken, 2023).

En todo caso, y con independencia de lo que acabe sucediendo con la CICIH, lo cierto es que el hecho de intentar ponerla en marcha tras la forma en que fue cerrada y desmantelada la MACCIH apenas dos años antes, no hace sino reflejar que se mantiene una cierta voluntad política, así como el apoyo de una parte importante de la ciudadanía, para la creación de comi-

siones y misiones de apoyo internacionales anticorrupción. La presión de las comisiones internacionales también inspiró la propuesta de crear una especie de CICIC en Colombia. Iván Velásquez, último comisionado en Guatemala, hizo parte de la campaña presidencial de Gustavo Petro en Colombia y fue nombrado su Ministro de Defensa. Sin embargo, luego de la victoria electoral en 2022, esta propuesta no ha sido tratada por el Gobierno colombiano (García Altamar, 2023).

#### IV. REFERENCIAS

- Aguilar, L. y Ávila, J. (2022). Honduras: entre la democratización y el poder familiar. *Nueva sociedad*, (300), 113-126.
- Andrade, S. (2022). Institucionalización de políticas anticorrupción a través del apoyo de misiones internacionales. *OPERA*, 30, 197-213.
- Arratia, E. (2015) ¿Insurgencia criminal?: La cambiante naturaleza del crimen organizado transnacional en México y Centroamérica. *Estudios de Seguridad y Defensa*, (5).
- Astorga, L. (2015). *¿Qué querían que hiciera? Inseguridad y delincuencia organizada en el gobierno de Felipe Calderón*. Grijalbo.
- Barahona, M., Villacorta, C. E., Gori, E. de., Aguilar A., Battaglia, M., Gargallo, F., Cáliz, Á. et al. (2018). Del pacto bipartidista al pacto de impunidad: ingobernabilidad, corrupción y crisis general en Honduras. En C. E. Villacorta y E. de Gori (eds.), *Golpe Electoral y Crisis Política en Honduras* (pp. 37-46). CLACSO. <https://doi.org/10.2307/j.ctvnp0kf8.6>.
- Barreto, B. (2015). Ocho casos y siete empresas que se beneficiaron de ‘La Línea’. *Plaza Pública*. <https://www.plazapublica.com.gt/content/ocho-casos-y-siete-empresas-que-se-beneficiaron-de-la-linea>.
- BBC Mundo (2015a). *El escándalo que llevó al ejército a controlar los medicamentos en Honduras*. [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150619\\_america\\_latina\\_salud\\_honduras\\_corrupcion\\_militares\\_amv](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150619_america_latina_salud_honduras_corrupcion_militares_amv)
- BBC Mundo (2015b). *El presidente de Honduras reconoce financiación fraudulenta*. [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150604\\_honduras\\_presidente\\_hernandez\\_reconoce\\_financiacion\\_fraudulenta\\_corrupcion\\_ly](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150604_honduras_presidente_hernandez_reconoce_financiacion_fraudulenta_corrupcion_ly)
- Boister, N. (2017). Responding to Transnational Crime: The Distinguishing Features of Transnational Criminal Law. En H. Wilt y C. Paulussen (eds.).

*Legal Responses to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach?* Elgar Publishers.

- Breda, T. (2023). Why El Salvador's Anti-Crime Measures Cannot (and Should Not) be Exported. *Instituto Affari Internazionali Commentaries*, 23(16). <https://www.iai.it/sites/default/files/iaicom2316.pdf>
- Bukele, N. (2019). Plan Cuscatlán, Transparencia y Anticorrupción. [https://plancuscatlan.com/documentos/plancuscatlan\\_transparencia\\_y\\_anticorrupcion.pdf](https://plancuscatlan.com/documentos/plancuscatlan_transparencia_y_anticorrupcion.pdf)
- Calderón, A. M. (2021). The Mission to Support the Fight against Corruption and Impunity in Honduras (MACCIH) and its new integrated criminal investigation model. En *The Politics of Anti-Corruption Agencies in Latin America* (pp. 201-217). Routledge.
- Calderón, A. M. (2022). La Misión de Apoyo Contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH-OEA) y su Nuevo Modelo de Investigación Penal Integrada. *CLALS Working Paper*, 38. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4115012](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4115012)
- Calderón, B. y Hernández, F. (2019). Ex fiscal general Douglas Meléndez es absuelto de cuatro delitos. *La Prensa Gráfica*. <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/exfiscal-general-Douglas-Melendez-es-absuelto-de-cuatro-delitos-20191008-0419.html>
- Call, C. (2019). International Anti-Impunity Missions in Guatemala and Honduras: What Lessons for El Salvador? *CLALS Working Papers*, 21.
- Call, C. (2020). Un éxito fugaz: El legado de la misión internacional contra la corrupción en Honduras. *CLALS Working Paper*, 27.
- Calvet, E. (2019). La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG): dilemas tras 12 años de actuación. *Fundación Carolina, Documentos de Trabajo*, 6/2019.
- Camilleri, M. y Christie, C. (2020). How the 'Art of the Deal' Hurt Latin America's Corruption Fight. *Americas Quarterly*. <https://www.americasquarterly.org/article/how-the-art-of-the-deal-hurt-latin-americas-corruption-fight/>
- Castillejos-Aragón, M. (2023). The Battle for Judicial Independence. En R. Howard, K. Randazzo y R. Reid (eds.), *Research Handbook on Law and Political Systems*. Edward Elgar Publishing.
- Centro de Estudio para la Democracia. (2019). En medio de una percepción apocalíptica de la corrupción, la ciudadanía hondureña apuesta a la continuidad de la MACCIH. Primera encuesta de percepción sobre corrup-

- ción y el papel de la MACCIH para combatirla. <http://cespad.org.hn/wp-content/uploads/2019/11/Doc-MACCIH-WEB.pdf>
- Centro de Estudio para la Democracia. (2019). La condena de la Primera Dama: un caso que evidencia lo que ocurre cuando se está fuera de las élites de poder en Honduras. <http://cespad.org.hn/wp-content/uploads/2020/01/Documento-CAJA-CHICA-WEB.pdf>
- Centro de Nacional de Memoria Histórica (2018). Paramilitarismo: Balance de la Contribución del CNMH al Esclarecimiento Histórico. <https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/balances-jcp/descargas/balance-paramilitarismo.pdf>
- Chávez, R. I. y García, R. (2023). Impacto de la corrupción en el desarrollo y en los Derechos Humanos en Honduras. *Revista de Derecho*, 44(1), 197-214.
- CICIG. (2019). Informe de Cierre: El Legado de Justicia en Guatemala. p. 20. [https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2019/08/InformeLegadoJusticia\\_SI.pdf](https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2019/08/InformeLegadoJusticia_SI.pdf)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (16 de abril de 1999). Informe N° 31/99, Caso Masacre de Plan de Sánchez, Guatemala. [www.cidh.org/annualrep/98span/admisibilidad/guatemala11.763.htm](http://www.cidh.org/annualrep/98span/admisibilidad/guatemala11.763.htm)
- Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (1999). Informe Guatemala: memoria del silencio.
- Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (2019). Informe de cierre: el legado de justicia en Guatemala. [https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2019/08/InformeLegadoJusticia\\_SI.pdf](https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2019/08/InformeLegadoJusticia_SI.pdf)
- Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (2019b). Informe Temático Guatemala: Un Estado Capturado. [https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2019/08/Informe\\_Captura\\_Estado\\_2019.pdf](https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2019/08/Informe_Captura_Estado_2019.pdf)
- Contreras, G. (1 de noviembre de 2015). El 95 % de la población aprueba a la CICIG. *PrensaLibre*. <https://www.prensalibre.cspanolaala/el-95-de-la-poblacion-aprueba-a-la-cicig/>
- Contreras, L. C. (2021). Un estudio cualitativo de corte interpretativo en el ámbito de pensamiento del profesor de secundaria. *Quinto simposio de la Sociedad Española de Investigación en Educación Matemática, Almería*.
- Croda, R. (2023). El hostigamiento a la prensa independiente, en niveles críticos. *Proceso*, 2425. <https://go.gale.com/ps/i.do?id=GALE|A757-030626&sid=googleScholar&v=2.1&it=r&linkaccess=abs&issn=01851632&p=IFME&sw=w&userGroupName=anon~f5b1954f&aty=openweb-entry>

- Cuevas, R. A., Morris, M. A. y Pardo, J. D. (2019). La Responsabilidad Corporativa en Crímenes de Lesa Humanidad. Las empresas como terceros responsables en delitos de lesa humanidad en el marco del conflicto armado 1985-2008. *Universidad Libre de Colombia*.
- Dandurand, Y. y Jahn, J. (2021). *The Future of International Cooperation Against Transnational Organized Crime: The Undoing of UNTOC?* Global Initiative Against Transnational Organized Crime.
- Delcid, M. (2021). Bukele rechaza lista de EEUU con políticos salvadoreños vinculados a casos de corrupción. *CNN en Español*. <https://cnnespanol.cnn.com/2021/05/18/bukele-rechaza-lista-departamento-de-estado-corrupcion-orix/>
- Deutsche Welle (4 de junio de 2021). El Salvador: Fiscalía finaliza acuerdo con CICIES de la OEA. <https://www.dw.com/es/el-salvador-fiscalia-finaliza-acuerdo-con-cicies-de-la-oea/a-57785187>
- El Espectador (20 de junio de 2015). Hospitales de Honduras militarizados tras escándalo que envuelve al Presidentepresidente. <https://www.elespectador.com/mundo/mas-paises/hospitales-de-honduras-militarizados-tras-escandalo-que-envuelve-al-presidente-article-567407/>
- Escalante, E. y Lamadrid, M. (en prensa). El presente de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en Colombia: poder público y privado como capital social de las redes de criminalidad y sus manifestaciones corruptas. En H. Olasolo y P. Galain (coords.), *tomo I, Perspectiva criminológica del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina*.
- Flores, W. (2019). Youth-Led Anti-Corruption Movement in Post-Conflict Guatemala: ‘Weaving the Future’? En J. Anuradha (ed.), *Accountability Amidst Fragility, Conflict, and Violence: Learning from Recent Cases*. *IDS Bulletin*, 50(3). IDS.
- Flores, W. y Rivers, M. (2020). *Curbng Corruption after Conflict: Anticorruption Mobilization in Guatemala*. US Institute of Peace.
- Fundación para el Debido Proceso. (2016). La lucha contra la impunidad desde el derecho internacional. Reflexiones a partir de las experiencias heterodoxas en Latinoamérica: ¡La CICIG en Guatemala, la MACCIH en Honduras y el GIEI en México. FDP.
- Galain, P. y Olasolo, H. (2023). Actos individuales desviados, corrupción significativa, gran corrupción, captura del Estado y corrupción institucional. *Ius et Praxis*, 29(3), 103-127.

- Garay-Salamanca, L. J., León-Beltrán, I. de, Salcedo-Albarán, E. (2010). Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Guatemala, México y Colombia: Análisis conceptual de las memorias de la Primera Discusión Internacional Sobre Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado. *Método: Transdisciplinary Research Group on Social Sciences, Working Paper, 64*.
- García Altamar, Felipe (2023). Recurriremos a la ciudadanía si nos toca: Valencia sobre proyecto anticorrupción. *El Espectador*. <https://www.elspectador.com/politica/vamos-a-recurrir-a-la-ciudadania-si-nos-toca-leon-valencia-sobre-proyecto-anticorrupcion/>
- Garzón, J. C. (2012) La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican. En *Woodrow Wilson International Center for Scholars*. [https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/Garzon.Rebellion.ESP\\_.pdf](https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/Garzon.Rebellion.ESP_.pdf)
- Gies, H. (2019). Corruption and Crisis in Post-Coup Honduras (Interview) An interview with Tirza Flores Lanza, a Honduran judge deposed for speaking out against the 2009 coup, on structural corruption and impunity and the role rights defenders play in fighting for a justice system that serves the people, not the powerful. *NACLA Report on the Americas, 51(2)*, 194-199.
- Giménez-Salinas, A. (2020). *Delincuencia organizada transnacional*. Síntesis.
- Goldman, F. (2018). Guatemala está en crisis y Trump guarda silencio. *Times*. <https://www.nytimes.com/es/2018/09/spanolnol/opinion/opinion-goldman-guatemala.html>
- Granowsky-Larsen, S. (2018) *La CICIACS: Defensores de Derechos Humanos y el Estado de Derecho en la Pos-Guerra*. Oxfam, Grupo de Apoyo Mutuo.
- Gutiérrez, E. (2016). La CICIAC: un diseño nacional y una aplicación internacional. *Política Internacional, 1(1)*, 26-36.
- Gutiérrez, N. M. (2020). La responsabilidad penal de los terceros civiles en el conflicto desde una aproximación constitucional. *Diálogos y casos iberoamericanos sobre derecho internacional penal, derecho internacional humanitario y justicia transicional, 187*.
- Hagan, F. (1983). The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model. *Criminal Justice Review, 8(2)*, 52-57.
- Hallock, J. (2021). Unprecedented success and entrenched opposition: The complicated legacy of the International Commission against Impunity in Guatemala. En J. Pozsgai-Alvarez, *The Politics of Anti-Corruption Agencies in Latin America*. Routledge.

- Hartmann, F. (2009). The ICTY and EU conditionality. *War Crimes, Conditionality and EU Integration in the Western Balkans*, 116.
- Hellman, J. y Kaufmann, D. (2001). Confronting Challenge of State Capture in Transition Economies. *Finance & Development*, 38(3). <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/09/hellman.htm>.
- Hesson, T. y Spetalnick, M. (2021). U. S. weighs anti-graft task force for Central America. *Reuters*. <https://www.reuters.com/world/americas/us-weighing-anti-corruption-task-force-central-america-en-voy-2021-04-22/>
- Impunity Watch. (2008). *Reconociendo el pasado: desafíos para combatir la impunidad en Guatemala*.
- Indacochea, Ú. y Estrada, J. (2021). The illusion of CICIES in El Salvador. En J. Pozsgai-Alvarez, *The Politics of Anti-Corruption Agencies in Latin America*. Routledge.
- International Crisis Group (2018). Rescatando la lucha de Guatemala contra el crimen y la impunidad. <https://www.refworld.org/es/pdfid/5bd0a04e4.pdf>
- Johnston, K. (2011). *The CIA, the Contras and Cocaine: the Reagan Administration's Complicity in Drug Trafficking, 1981-1988*. Library and Archives Canada.
- Kempken, D. (2023). *CICIH, la nueva Comisión Internacional contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras ¿Lo bueno se hace esperar?* Agenda Estado de Derecho. <https://agendaestadodederecho.com/cicih-la-nueva-comision-internacional-contra-la-corrupcion-y-la-impunidad-en-honduras/>
- Khan, M. (2012). Beyond Good Governance: an Agenda for Developmental Governance. En J. K. Sundaram y A. Chowdhury (eds.), *Is Good Governance Good for Development?* (pp. 151-182). Bloomsbury Academic.
- Kleemans, E. (2007). Organized Crime, Transit Crime, and Racketeering. *Crime and Justice*, 35(1), 163-215 <https://doi.org/10.1086/501509>
- Langer, M. (2005). From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, 45(1), 1-64.
- Long, T. (2021). From Trump to Biden in Latin America: The Biden administration holds significant political tools for navigating relations with Latin America. How will it leverage this power? *NACLA Report on the Americas*, 53(2), pp. 121-126.
- Mack, L. F. (2021). Corrupción, autoritarismo competitivo y Reducción de espacios democráticos en Guatemala. Ponencia presentada al Con-

greso virtual de LASA 2021: “Crisis global, desigualdades y centralidad de la vida”. *Panel: Democratic Regime, stability and quality*. [https://rd1lwqtxtslxzle7.cloudfront.net/66282317/LASA\\_2021\\_Cierre\\_de\\_espacios\\_democraticos\\_en\\_Guatemala-libre.pdf?1618596898=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DCorruption\\_autoritarismo\\_competitivo\\_y\\_R.pdf&Expires=1702844534&Signature=ADTodc4I8BMkNTtM4dwB-mZITaFBJEySnzg90HGyJhyL-SAPTPxkr9MA8DLN5qeHstLDz7dxt9R64dyTNL5nemqvY1BT-bWQWQLlnX7vrGILx8WvBLq5LARw5jy3OYjLaM2gzNPpIBXgYZA7Yzga1dGzuZvcX~FjwyiSM3OknJrLLDmwUsuN~d6JFRwwm2OYE7ONkib4IIQ05Dic-UMrTvcWnMnFTu5ITAVWvA4-1Zll1aHord-Wfg-B1ib73dqQ6m1NbpCjhr0leBb0KnhbgsINUQ7AR0O-Y8W6zIreusF122q9adaAK1Noc4Wx~9x2I-pT-t2mXVmIBxnl3-BpZMWAQ\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://rd1lwqtxtslxzle7.cloudfront.net/66282317/LASA_2021_Cierre_de_espacios_democraticos_en_Guatemala-libre.pdf?1618596898=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DCorruption_autoritarismo_competitivo_y_R.pdf&Expires=1702844534&Signature=ADTodc4I8BMkNTtM4dwB-mZITaFBJEySnzg90HGyJhyL-SAPTPxkr9MA8DLN5qeHstLDz7dxt9R64dyTNL5nemqvY1BT-bWQWQLlnX7vrGILx8WvBLq5LARw5jy3OYjLaM2gzNPpIBXgYZA7Yzga1dGzuZvcX~FjwyiSM3OknJrLLDmwUsuN~d6JFRwwm2OYE7ONkib4IIQ05Dic-UMrTvcWnMnFTu5ITAVWvA4-1Zll1aHord-Wfg-B1ib73dqQ6m1NbpCjhr0leBb0KnhbgsINUQ7AR0O-Y8W6zIreusF122q9adaAK1Noc4Wx~9x2I-pT-t2mXVmIBxnl3-BpZMWAQ_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA)

- Maisonave, M.A., García Fernández, A. y Lajtman, T. (2023). La Misión de Apoyo Contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH) y el rol de la Secretaría General de la OEA. En: Romano, S., Lajtman, T., García Fernández, A., y Maisonave, M. A. *La OEA en tiempos de Almagro*. Clacso, CELAG.
- Man-Wai, T. K. (2013). Investigation of Corruption. *Resource Materials Series*, 89.
- Medel, M. y Thoumi, F. (2014). Mexican Drug ‘Cartels’. En L. Paoli (ed.), *The Oxford Handbook of Organized Crime* (pp. 196-218). Oxford University Press.
- Meyer, P. (2020). Corruption in Honduras: End of the Mission to Support the Fight Against Corruption and Impunity in Honduras (MACCIH). [https://www.everycrsreport.com/files/20200123\\_IN11211\\_5a0cf27058912d81341193d424d384b3949e04f3.pdf](https://www.everycrsreport.com/files/20200123_IN11211_5a0cf27058912d81341193d424d384b3949e04f3.pdf)
- Morales, J. H. (2020). El Salvador. En H. Olasolo, E. Buitrago, C. Mané y A. Sánchez-Sarmiento (eds.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Tirant lo Blanch.
- Morris, S. (2012). Corruption, Drug Trafficking, and Violence in Mexico. *The Brown Journal of World Affairs*, 18(2), 29-43. <http://www.jstor.org/stable/24590861>
- Murillo, J. C. (2020). La Macro-comparación entre la CICIG y la MACCIH, una Necesidad Compartida y Diferenciada. *Revista de Derecho*, 41, 37-54.
- Murillo, M. F. (2008). La parapolítica en Colombia: otro elemento del poder público. *Derecho y Realidad*, 11(1), 141-161.

- Navas, Á. (2020). *La salida de la MACCIH de Honduras. La deformación de la institucionalidad por la corrupción*. Friedrich Ebert Stiftung.
- Neau, A. (2023). Un año después, el “método Bukele” con el que Honduras enfoca la seguridad está poniendo a toda la población en peligro. *Amnesty International*. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2023/12/honduras-bukele-like-approach-to-security/>
- Nilsson, M. (2022). Nayib Bukele: Populism and Autocratization, or a Very Popular Democratically Elected President? *Journal of Geography, Politics and Society*, 12(1), 16-26.
- Obradovic-Wochnik, J. (2009). Strategies of denial: resistance to ICTY cooperation in Serbia. *Chaillot Paper*, 116, 29-48.
- Olasolo, H. (2018). *International Criminal Law, Transnational Criminal Organizations and Transitional Justice*. Brill/Nijhoff.
- Olasolo, H. (2019). Reflexiones sobre la corrupción asociada a la delincuencia transnacional organizada y los obstáculos para una respuesta eficaz desde el Derecho público y el Derecho internacional. *Índice de Ponencias Académicas*, 50.
- Olasolo, H. y Galain, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H. y Galain, P. (2022). La insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción para abordar la corrupción transnacional organizada. *Revista de Derecho Universidad Austral*, XXXV(2), 227-249.
- Olasolo, H. y Ochoa, C. (2018). *Contra la impunidad internacional*. Universidad del Rosario.
- Organización de Estados Americanos. Gobernabilidad. <http://www.oas.org/es/temas/gobernabilidad.asp>
- Organización de los Estados Americanos y Comisión Internacional Contra la Impunidad en El Salvador. (2020). Comisión Internacional Contra la Impunidad en El Salvador (CICIES)-Resumen. <https://www.oas.org/es/sap/dsdme/cicies/docs/Resumen-CICIES-Junio-2020-ACTUALIZADO.pdf>
- Organización de los Estados Americanos (2019a). Acuerdo de cooperación entre Corte Suprema de El Salvador y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. [www.oas.org/documents/spa/press/Convenio-CSJ-CICIES0001.pdf](http://www.oas.org/documents/spa/press/Convenio-CSJ-CICIES0001.pdf)
- Organización de los Estados Americanos (2019b). Convenio de Cooperación Técnica y de Fortalecimiento Institucional para el Combate a la Corrupción

- ción y la Impunidad. Suscrito por el Fiscal General de la República y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. [www.oas.org/documents/spa/press/CICIES-Acuerto-Fiscalia-General.pdf](http://www.oas.org/documents/spa/press/CICIES-Acuerto-Fiscalia-General.pdf)
- Organización de los Estados Americanos (2020). Comunicado de la Secretaría General de la OEA sobre finalización de la MACCIH. [https://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-003/20](https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-003/20)
- Organización de los Estados Americanos (2021). Comunicado de la Secretaría General de la OEA sobre CICIES. [https://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-059/21](https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-059/21)
- Organización de los Estados Americanos (2023). Secretaría General de la OEA condena intento de golpe en Guatemala. [https://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-084/23](https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-084/23)
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2017). The Detection of Foreign Bribery. <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/The-Detection-of-Foreign-Bribery-ENG.pdf>
- Orozco, A. (2018). Presidente Jimmy Morales reitera que no es corrupto ni ladrón. *Prensa Libre*. <https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/presidente-jimmy-morales-pide-al-tse-que-sea-supremo-para-el-proceso-electoral-2019/>
- Ortiz, Ó. (2021). Honduras reacciona a señalamientos de corrupción por parte de EE.UU. *Voz de América*. [https://www.vozdeamerica.com/a/centroamerica\\_honduras-reacciona-senalamientos-de-corrupcion-eeuu/6071843.html](https://www.vozdeamerica.com/a/centroamerica_honduras-reacciona-senalamientos-de-corrupcion-eeuu/6071843.html)
- Page, O. (2018). Corrupción institucional. *Veritas*, 41, 9-19.
- Palencia, G. (3 de junio de 2015). Presidente Honduras admite que su campaña recibió fondos vinculados a corrupción. *Reuters*. <https://www.reuters.com/article/latinoamerica-delito-honduras-presidente-idLTAKB-N0QJ21520150604>
- Parlamento Europeo (2023). Joint Motion for a Resolution on The Attempt at A Coup D'état in Guatemala. Documento 2023/3031(RSP). [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RC-9-2023-0526\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RC-9-2023-0526_EN.html)
- Paulose, R. M. (2013). Towards a New Framework in the Law of War: Incorporating Transnational Organized Crime. *Georgetown Law Review*, 17.
- Perdomo, J. y Parra, W. (2021). *Las organizaciones criminales. Sistema de injusto autónomo*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

- Pérez, O. J., Pizzolitto, G., Plutowski, L., Lupu, N., Rodríguez, M., y Zechmeister, E. J. Cultura política de la democracia en Honduras y en las Américas 2021: Tomándole el pulso a la democracia.
- Presidencia de Ecuador (2019, 13 de mayo). Gobierno nacional crea comisión de expertos internacionales para la lucha contra la corrupción. <https://www.presidencia.gob.ec/gobierno-nacional-crea-comision-de-expertos-internacionales-para-la-lucha-contra-la-corrupcion/>
- Prieto, C. A. (2013). Las Bacrim y el crimen organizado en Colombia. Friedrich-Ebert-Stiftung, Programa de Cooperación en Seguridad Regional.
- Reinold, T. (2023). How to ‘make law count’: Lessons from the Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) for the Effectiveness of Hybrid Governance. *International Journal of Law in Context*, 19(4), 540–558. doi: 10.1017/S1744552323000241.
- Reus, L. y Zamora, M. (2018). Alcances y limitaciones de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala. En H. Olasolo, N. E. Buitrago, V. Bonilla y J. Canosa, *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*. Tirant lo Blanch.
- Reus, L. y Zamora, M. (2020). La Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala en la Lucha Contra la Corrupción Asociada Al Crimen Organizado Transnacional. En H. Olasolo, E. Buitrago, C. Mané y A. Sánchez-Sarmiento (eds.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Tirant lo Blanch.
- Reyes, J. (2021). State Capture Through Corruption: How Can Human Rights Help? En *The Transnationalization of Anti-Corruption Law* (pp. 263-286). Routledge.
- Ribando, C. (2010). *Mérida Initiative for Mexico and Central America: Funding and Policy Issues*. Congressional Research Service.
- Rodas, J. (2023). La independencia judicial en Guatemala. *Trayectorias Humanas Trascontinentales*, (10).
- Rodríguez, C. G. y González, L. (2020). Honduras 2019: persistente inestabilidad económica y social y debilidad institucional. *Revista de ciencia política*, 40(2), 379-400.
- Rodríguez, G. (2017). Central America’s Northern Triangle Hopes to Become Anti-Crime Fortress. <https://digitalrepository.unm.edu/noticen/1045>
- Romano, S. et. al. (2023). *La OEA en tiempos de Almagro*. CELAG, CLACSO. <https://www.grupodepuebla.org/wp-content/uploads/2023/10/>

[PDF-OEA-EN-TIEMPOS-DE-ALMAGRO-CLACSO-CELAG.pdf#page=122](#)

- Romero, D. y Wibbels, E. (2023). Propaganda and Political Scandals: Evidence from El Salvador. *INSPIRES Machine Learning for Peace*. [https://bpb-us-w2.wpmucdn.com/web.sas.upenn.edu/dist/4/872/files/2023/10/SLV\\_Report\\_MLP2023.pdf](https://bpb-us-w2.wpmucdn.com/web.sas.upenn.edu/dist/4/872/files/2023/10/SLV_Report_MLP2023.pdf)
- Rothe, D. (2009). Beyond the Law: The Reagan Administration and Nicaragua. *Critical Criminology*, 17, 49-67.
- Ruhl, M. (2011). Guatemala: A Failing State? En *Western Hemisphere Security Analysis Center*.
- Ryngaert, C. (2013). State Cooperation with the International Criminal Tribunal for Rwanda. *International Criminal Law Review*, 13(1), 125-146.
- Sáenz, R. (2022). Guatemala: ¿del Estado capturado al Estado plurinacional? *Nueva sociedad*, (300), 88-100.
- Salinas, C. (2020). Bukele se enfrenta al Parlamento de El Salvador y genera una crisis constitucional. *El País*. [https://elpais.com/internacional/2020/02/10/america/1581294344\\_999638.html](https://elpais.com/internacional/2020/02/10/america/1581294344_999638.html)
- Sanchez-Sibony, O. (2023). Understanding the Level and Fate of Democracy in Guatemala. En *State-Society Relations in Guatemala: Theory and Practice*, (p. 321).
- Schünemann, J. (2010). Looking the Monster in the Face: The International Commission against Impunity in Guatemala and the Rule of Law-builders Contract. IFP Security Cluster.
- Sermeno, Á. (2022). Nayib Bukele: Un populista millennial. *Astrolabio: Revista Internacional de Filosofía*, 61-72.
- Serrano, I. (21 de junio de 2016). Encuesta UCA: El 96 % de la población apoya creación de una CICIÉS. *Diario1*. [diario1.com/nacionales/2016/07/encuesta-uca-el-96-de-la-poblacion-apoya-creacion-de-una-cicies/](http://diario1.com/nacionales/2016/07/encuesta-uca-el-96-de-la-poblacion-apoya-creacion-de-una-cicies/)
- Shoaps, L. (2013). Room for improvement: Palermo Protocol and the Trafficking Victims Protección Act. *Lewis & Clark Law Review*, 17(931).
- Sillitti, O. y López, M. P. (2021). El proyecto COPLA para el establecimiento de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el crimen organizado transnacional. En H. Olasolo, E. Buitrago, C. Mané y A. Sánchez-Sarmiento (eds.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Tirant lo Blanch.

- Sillitti, O. y López, M. P. (2022, en publicación). La propuesta de creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional (COPLA).
- Silva, F. (2023). CICIH comienza un camino cuesta arriba a pesar de ser promesa de gobierno. *Revista Contra Corriente*. <https://contracorriente.red/2023/07/25/cicih-comienza-un-camino-cuesta-arriba-a-pesar-de-ser-promesa-de-gobierno/>
- Smith, J. (2008-2009). An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity. *Georgetown Law Review*, 97.
- Sosa, E. (2019). Honduras: Ruptura del Pacto de Alternabilidad, la Crisis de Gobernabilidad y sus consecuencias. *Anuario de Estudios Centroamericanos*, 45, 573-595.
- Soto, M. (2018). *Estructuras organizativas, oportunidades políticas y resultados de los movimientos sociales: el caso del Movimiento de Indignados en Honduras, 2015-2016*.
- Sousa, L. de. (2010). Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance. *Crime Law Soc Change* 53, 5-22. doi.org/10.1007/s10611-009-9211-3
- Stanley, W. (2013). *Enabling Peace in Guatemala. The Story of Minugua*. Lynne Rienner Publishers.
- Tábor, E. y Oliva, K. (2021). *Los pactos de Impunidad para proteger la impunidad en Honduras*. BJP/CESPAD.
- Transparency International (2022). Grand Corruption. <https://www.transparency.org/en/our-priorities/grand-corruption>.
- Urueña-Sánchez, M. (2020). *Mercenarios y Compañías Militares de Seguridad Privadas: Estructuración de sus Redes Normativas*. Tirant lo Blanch.
- Usi, E. (15 de julio de 2015). Guatemala y Honduras: Las protestas anticorrupción son muy saludables. *Deutsche Welle*. <https://www.dw.com/es/guatemala-y-honduras-las-protestas-anticorrupción-son-muy-saludables/a-18586391>
- Wade, C. (2023). Performing Punitivism: Mano Dura in El Salvador. En J. Rosen y S. Cutrona, *Mano Dura Policies in Latin America*. Routledge.
- Witte-Lebhar, B. (2017). Top Prosecutor Launches Corruption Crackdown in El Salvador. <https://digitalrepository.unm.edu/noticen/10413>
- Zamudio-González, L. (2018). La comisión internacional contra la impunidad en Guatemala (CICIG). Una organización autodirigida. *Foro Internacional*, 58(3).

- Zamudio-González, L. (2019). The International Commission against Impunity in Guatemala (CICIG): A Self-Directed Organization. *Global Governance*, 25(3), 418-444.
- Zamudio-González, L. (2020). *International Intervention Instruments against Corruption in Central America*. Palgrave-Macmillan.
- Zamudio-González, L. (2022). The Role of the United Nations and the Organization of American States in Delegation of Governance Agreements: the Case of Hybrid Anti-corruption Agencies in Central America. En J. Pozsgai-Alvarez, *The Politics of Anti-Corruption Agencies in Latin America*. Routledge.

## ¿Hay límites a la libertad religiosa?

### *Are there limits to religious freedom?*

Jürgen POESCHE

 <https://orcid.org/0000-0003-3571-9157>

Universidad de Helsinki. Finlandia

Correo electrónico: jurgen.poesche@hotmail.com

**RECIBIDO:** 27 de agosto de 2023

**ACEPTADO:** 23 de noviembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18701>

**RESUMEN:** ¿Hay límites a la libertad religiosa? La respuesta corta es sí. Los límites derivan del papel de la religión en la interpretación de las leyes del universo y en la consolidación de la identidad étnica. Este papel dual se puede observar en la amalgama de la religión étnica ancestral de los aztecas y en los conceptos religiosos mesoamericanos que contenían, por ejemplo, conocimiento y experiencia ecológicos. El Imperio Romano adoptó un enfoque similar, aunque no idéntico durante el Principado, pero dicho enfoque fue abandonado en favor de la conformidad religiosa durante el Dominio. Como resultado de la derrota de Occidente en las Cruzadas, además de las guerras de religión de los siglos XVI y XVII, se ha manipulado la religión y se ha intentado sustituir la religión por ideologías arraigadas en la modernidad occidental (a veces camufladas de laicismo). Como la religión ha contenido correctivos y controles contra las violaciones a las leyes del universo y ha apoyado la diversidad étnica, tales manipulaciones e intentos de reemplazo representan la esclavitud a las ideologías en lugar de la libertad, lo que impide la protección bajo la libertad religiosa.

**Palabras clave:** aztecas, biogeografía, etnicidad, filosofía de la liberación, Imperio Romano, laicidad.

**ABSTRACT:** Are there limits to religious freedom? The short answer is yes. The limits derive from the role of religion in the interpretation of the laws of the universe and in cementing ethnic identity. This dual role can be observed in the amalgamation of the ancestral ethnic religion of the Aztecs and the Mesoamerican religious concepts that contained, *e.g.*, ecological knowledge and experience. The Roman Empire adopted a similar albeit not identical approach during the Principate, but said approach was abandoned in favour of religious conformity during the Dominate. As the result of the defeat of the Occident in the Crusades in addition to the wars of religion in the 16th and 17th centuries, religion was manipulated, and attempts have been undertaken to replace religion with ideologies rooted in the Occidental modernity (at times camouflaged as laicity). As religion has contained correctives and controls

against violations against the laws of the Universe and have supported ethnic diversity, such manipulations and attempted replacements represent slavery to ideologies instead of freedom thus precluding protection under religious freedom.

**Keywords:** aztecs, biogeography, ethnicity, philosophy of liberation, Roman Empire, laicity.

**SUMARIO:** I. *Introducción y pregunta de investigación.* II. *Imperio azteca y la libertad religiosa.* III. *Imperio Romano y la libertad religiosa.* IV. *Laicismo y libertad religiosa.* V. *¿Quo vadis?* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

Adolf Hitler decretó la formación de una iglesia protestante única bajo los auspicios del movimiento cristiano alemán (*Deutscher Christ*) en Alemania en 1933, es decir, un movimiento que deseaba expurgar todo el contenido bíblico que se consideraba judío (Eissler, 1995, p. 20). El intento de purgar el cristianismo de sus raíces judías no era nada nuevo (como lo ejemplifica el marcionismo) y había sido declarado herejía por la Iglesia primitiva. Al mismo tiempo, la concepción de la *libertad religiosa arraigada en la modernidad occidental* (LRAMO) y el derecho asociado parecería extender la protección otorgada a las religiones también a esta y otras manipulaciones similares.<sup>1</sup> La pregunta de investigación que se explora en este estudio es: ¿hay límites a la libertad religiosa?

Además de expresar y establecer una identidad étnica,<sup>2</sup> dos aspectos clave de la religión son la comprensión del más allá y la interpretación del universo y sus leyes, estas últimas a menudo asociadas con los intentos de garantizar la supervivencia.<sup>3</sup> El último aspecto está en el centro de este estudio. En los

---

<sup>1</sup> Para la concepción de la LRAMO y el derecho asociado, ver: la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 9) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 12).

<sup>2</sup> Debido a que una etnia no es necesariamente una minoría (como quiera que se defina), y debido a que es cuestionable que una etnia desaparezca como resultado de la falta de voluntad o incapacidad para mantener una etnia, la descripción dada en Guerrero Pino y Hinestroza Cuesta (2017, p. 35) se modifica a: es un grupo de personas que, dentro de una sociedad, compartiendo características como el idioma, la religión y la cultura, se distingue de grupos de personas cuyas culturas son diferentes en una sociedad. Se agrega que las etnias evolucionan durante milenios y, consiguientemente, no son transaccionales.

<sup>3</sup> El término “leyes del universo” no sólo se refiere a los objetos que se estudian (eurocéntricamente) en las ciencias naturales arraigadas en la modernidad occidental, sino también a

buenos tiempos, dicho último aspecto se ocupa de mantener el equilibrio existente. En tiempos malos caracterizados, por ejemplo, por erupciones volcánicas y anomalías climáticas que conducen a las hambrunas, el último aspecto se ocupa de restablecer el equilibrio antes mencionado. La LRAMO y el derecho asociado son, consiguientemente, no sólo fundamentalmente defectuosas sino también destructivas (como lo demuestra inequívocamente el colapso en curso del equilibrio del Holoceno).<sup>4</sup> La libertad religiosa no puede ser libertad de las leyes del universo; la libertad religiosa es, y debe ser, la libertad de ser parte del universo. Como la especie humana (*Homo sapiens*) es biológicamente social, ser parte del universo implica la libertad de ser parte de una etnia.

Las religiones, incluso las religiones reveladas (entre ellas el cristianismo), no están separadas de las leyes del universo.<sup>5</sup> Como resultado de esto, violaciones a las leyes del universo son también incompatibles con los fundamentos de la familia jurídica romano-germánica y la familia del *common law*; y luego irreparablemente ilegal, incluso criminal.

En un golpe a la modernidad occidental y su énfasis en la razón y la racionalidad, los puntos de vista de las herejías antes mencionadas y movimientos similares no pueden rechazarse sólo con la razón y la racionalidad. Esto pone límites a la escritura de Jürgen Habermas: el argumento de Habermas de que los individuos o grupos actúan por lo general racionalmente, plantea varias cuestiones si

cabe esperar sistemáticamente que sus manifestaciones vengán avaladas por buenas razones y que sus manifestaciones o emisiones vayan al grano o tengan éxito

---

la sabiduría y saber de las Naciones Indígenas. Como lo ejemplifica la controversia del flogisto en el siglo XVIII, las ciencias naturales antes mencionadas son solo interpretaciones fluidas y propensas a errores de las leyes del Universo.

<sup>4</sup> El término “equilibrio del Holoceno” se refiere al equilibrio físico, químico y biológico oscilante y dinámico que ha caracterizado los últimos 12,000 años aproximadamente. El colapso en curso de dicho equilibrio está probado, por ejemplo, por el empeoramiento de la crisis climática, la disminución de la biodiversidad y los cambios químicos a gran escala. Ha habido intentos de separar los dos últimos siglos del Holoceno bajo el nombre de “Antropoceno”, un intento que privaría a los análisis de una base significativa además de alimentar la vanidad humana. En última instancia, las leyes del universo y no las pretensiones humanas determinan el destino de la especie humana.

<sup>5</sup> Por parte del cristianismo, esto se sigue inequívocamente de Apocalipsis 11:18. La redacción parece excluir cualquier misericordia divina por violaciones a las leyes del universo que han provocado la destrucción de la Tierra.

si se trata de la dimensión cognitiva, sean fiables o sapientes si se trata de la dimensión practico-moral, sean inteligentes o convincentes si se trata de la dimensión evaluativa, serán sinceras o autocríticas si se trata de la dimensión expresiva, sean comprensivas si se trata de la dimensión hermenéutica, o incluso que sean racionales en todas estas dimensiones. (Habermas, 2018, p. 71)

Tres cuestiones son de particular interés para este estudio. Primero, su argumento no se ocupa de la perspectiva temporal, por ejemplo, el aprovechamiento del carbón puede haber cumplido los criterios de racionalidad de Habermas, pero el colapso del equilibrio del Holoceno demuestra que este aprovechamiento sólo puede considerarse racional, si el objetivo es provocar la extinción de la especie humana. Segundo, un enfoque en la racionalidad conduce a un descongelamiento de las restricciones impuestas por la religión, pero esto también indica que estas restricciones pueden ser relativizadas o ignoradas incluso en aquellos casos en que se basan en observaciones y experiencias libres de ideología del funcionamiento de las leyes del universo (las religiones pueden contener lecciones aprendidas del *evento de extinción* del Cuaternario hace unos 12,000 años, el final del Período Húmedo Africano hace unos 5000 años y otras calamidades), es decir, eventos que no han ocurrido desde la Revolución Científica del siglo XVII. Tercero, no se ocupa del impacto de las ideologías arraigadas en la modernidad occidental sobre la percepción occidental de lo racional que en algunos casos toman forma de religión o manipulan las religiones (como en el caso de *Deutscher Christ*).

Dado que dichas leyes existen y son normativas independientemente de los intereses y deseos de la especie humana, es fácil sostener a Hegel, figura clave de la filosofía política conservadora. Enrique Dussel cita a Hegel en el sentido de que la ciencia no puede ser parte de la opinión pública con la nota de que esto contradice a Rousseau (Dussel, 2009, p. 318). Simultáneamente, la visión de Hegel no puede exceder el ámbito de las leyes del universo, porque los intentos de “cientificar” las ideologías arraigadas en la modernidad occidental a menudo han resultado en atrocidades.

Aunque el cristianismo occidental contiene aspectos de una disolución del Estado y la creación de un tipo diferente de institución, es decir, un aspecto de liberación según Dussel (2022, p. 693), esto no se traduce en una liberación de los límites impuestos por las leyes del universo y el cristianismo occidental. Dussel argumenta que una política de liberación implica que el derecho es “fruto de un acto deliberativo de una comunidad política en la

que cada miembro ha sido actor y con derechos de participación simétricos” (Dussel, 2009, p. 298), pero la cuestión de hacer operativa la simetría entre fronteras interculturales (e interreligiosas) sigue siendo un problema. En el caso de la libertad religiosa, los problemas de simetría son evidentes en las muchas conceptualizaciones de la religión y, luego, los límites de la libertad religiosa. En este estudio se consideran cinco conceptualizaciones, a saber, religión étnica y religión biogeográfica (Imperio Azteca), diversidad religiosa (Imperio Romano durante el Principado), conformidad religiosa (Imperio Romano durante el Dominio), así como religión instrumental (modernidad occidental).

Lograr la simetría es un desafío: “la ecología de saberes debe complementarse con la traducción intercultural e intercultural” para “reforzar la inteligibilidad recíproca sin disolver la identidad, ayudando así a identificar complementariedades y contradicciones, plataformas comunes y perspectivas alternativas” (Santos, 2022, p. 63). El desafío se hace aún más difícil debido al orgullo occidental, en realidad una autosuficiencia fetichista. Cuando las acciones se vuelven autorreferenciales, o cuando la biopolítica que pretende salvaguardar la vida se convierte en una herramienta para provocar la muerte, se ha producido una fetichización del poder según Dussel (2022, p. 85).

## II. IMPERIO AZTECA Y LA LIBERTAD RELIGIOSA

Mirar la concepción azteca de religión e identidad sugiere que la comprensión de la LRAMO y el derecho asociado no sólo es unidimensional sino también demasiado unidimensional para servir como garantía para la protección del equilibrio del Holoceno y, consecuentemente, la supervivencia de la especie humana. Sin dicha supervivencia, la LRAMO obviamente se vuelve irrelevante. En este contexto, la separación en religión étnica y biogeográfica proporciona información; una separación que los aztecas (los mexicas) habían superado.

### 1. ¿Religión étnica o religión biogeográfica?

Bajo la impronta del cristianismo occidental, una asociación entre religión y etnicidad se ha abierto paso en el derecho positivo enraizado en la modernidad occidental. De ahí se ha deducido que la libertad religiosa protege a la cristiandad occidental no sólo en geografías caracterizadas por el colo-

nialismo continuado, como Ixachitlān, sino también más allá. Sin embargo, hay otra forma de considerar la libertad religiosa, y esto nos lleva al derecho azteca. Complementando una visión étnica de la religión, los aztecas reconocieron una visión geográfica de la religión. Esto se puede observar en el derecho azteca, porque parece haber habido un marcado nivel de continuidad religiosa desde Teotihuacán y Tula hasta Tenochtitlan (Ortiz-Díaz y Gutiérrez, 1999, p. 93).

La continuidad religiosa permitió a los aztecas incorporar un conocimiento sobre las peculiaridades biogeográficas de Anáhuac (Valle de México) diferente al conocimiento basado en las observaciones multigeneracionales en sus tierras ancestrales más al norte. Simultáneamente, la conjunción de componentes religiosos étnicos y biogeográficos permitió la preservación de la identidad azteca. En tal contexto, la libertad religiosa adquiere un significado diferente: la libertad religiosa es la libertad de incorporar conocimientos sobre la tierra que impidan su. En otras palabras, la libertad religiosa se trata del derecho y la responsabilidad de vivir de acuerdo con el nicho ecológico asignado a la especie humana y los demás simios en el curso de la evolución biológica, además de respetar siempre las leyes del universo. Cualquier intento de socavar o restringir dicho derecho y responsabilidad por ideologías arraigadas en la modernidad occidental —por ejemplo— viola tanto la libertad religiosa como las leyes del universo.

## 2. Identidad religiosa como identidad basada en la tierra

El lado a lado de los componentes religiosos étnicos y biogeográficos sentó las bases para el surgimiento de una identidad azteca que incorporó una identidad de la tierra. Esto es jurídicamente de una importancia crucial, porque el derecho es a la vez fundamento y expresión de la identidad. De esta forma, el conocimiento de la tierra pasó a fijar límites jurídicamente normativos a la conducta humana, incluso a lo que se denomina *derecho ambiental* en la modernidad occidental.

La autoidentificación de los aztecas como sucesores de los toltecas, además de su culto a Quetzalcóatl, son fuertes indicaciones de su voluntad de adoptar una identidad basada en la tierra, es decir, Anáhuac, donde se encontraba el centro del Imperio azteca, la tierra de los toltecas y Quetzalcóatl, pero simultáneamente los aztecas mantuvieron su identidad ancestral con la continuación del culto a los dioses de su pasado, entre ellos a uno de los

dos principales, Huitzilopochtli (Filgueiras Nodar, 2020, p. 27). El otro, Tláloc, “el ancestral dios de lluvia, también era el de los cerros en donde se las nubes portadoras de la lluvia, así como las cuevas que albergaban riquezas agrícolas en su interior” (Broda, 2021, p. 382), no sólo era uno de los dioses que representaba la continuidad en Anáhuac, sino que se ha argumentado que el “culto a los cerros y al agua nos revela además la existencia de sofisticados conocimientos sobre la geografía y la meteorología que constituyen la base de las prácticas religiosas mexicas” (Broda, 2021, p. 382).

La adoración continua de los antiguos dioses anahuacanos es un fuerte indicio no sólo de un componente de identidad basado en la tierra entre los aztecas, sino también de salvaguardar la obediencia de las leyes del universo a través del respeto y el temor de los dioses y sus posibles respuestas. Debido a que la obediencia a las leyes del universo, contrariamente a las pretensiones occidentales durante la modernidad occidental, no es opcional para la especie humana, la conexión entre las leyes del universo y los dioses apuntan a la existencia de límites para la libertad religiosa.

La obediencia a las leyes del universo no puede equipararse al estancamiento como lo demostraron los aztecas. Contrariamente a su contraparte cristiana occidental (como lo demuestra la oposición a la vacunación y las medidas de salud pública orquestadas por algunos evangélicos durante la epidemia de COVID-19), no veía la medicina en términos de maravillas religiosas o manifestaciones satánicas o lo contrario de la libertad, sino como parte de la religión, incluidos los sacrificios a Quetzalcóatl o Chalchiuhtlicue, con resultados inciertos (Batalla Rosado y Rojas, 2008, p. 88). Los amplios conocimientos médicos y de salud holística de los aztecas apuntan a una apertura a la farmacología y la bioquímica siempre y cuando se respetaran las leyes del universo bajo las circunstancias biogeográficas anahuacanas.

La apertura antes mencionada fue respaldada por un nivel significativo de educación en toda la sociedad azteca. Se ha concluido que el objetivo de la educación azteca era transmitir los usos y costumbres de sus antepasados (Filgueiras Nodar, 2020, p. 30). La construcción de identidad asociada abarcó a todos los hombres y mujeres aztecas, porque la educación era gratuita y estaba disponible para todos en Tenochtitlan según Bernardino de Sahagún (León-Portilla, 2019, pp. 202-204). El significativo nivel de educación también contrarrestó un concepto erróneo occidental que hace que la extinción de la especie humana como parte del colapso en curso del equilibrio del Holoceno sea prácticamente inevitable: la modernidad occidental configura “dos

modos cruciales de pertenencia (ser humano y ser universal), pero evocaban una diferencia que, paradójicamente, era indiferente” (Santos, 2022, p. 217).

Parte de la educación azteca era la creencia en las destrucciones recurrentes de los soles sucesivos. Esta creencia es sorprendentemente similar a las ciencias naturales arraigadas en la modernidad occidental que han encontrado que ha habido varios eventos de extinción masiva. Debido a que los aztecas no creían en algún tipo de *paraíso* después de la vida terrenal —el dominio de Mictlāntēcutli difícilmente puede llamarse paradisiaco—, no había incentivo alguno para acelerar el fin del Quinto Sol, es decir, la creación actual. Todo lo contrario. Por un lado, los aztecas parecen haber enfatizado el castigo en esta vida (crímenes) en lugar del castigo en el más allá (pecados) (Batalla Rosado y Rojas, 2008, p. 21). Por otro lado, la razón de ser de los sacrificios humanos que se realizaban era fortalecer al Quinto Sol que coincidía con el dios azteca Huitzilopochtli y, de esta forma, evitar su fin (Batalla Rosado y Rojas, 2008, pp. 41-42). Consiguientemente, es cuestionable cómo una limitación clave a la libertad religiosa, una limitación que se extiende desde el Imperio Romano hasta la modernidad occidental, a saber, la prohibición de los sacrificios humanos (Cabra Apalategui, 2023, p. 4), podría aplicarse en Anáhuac.

La discusión sobre los extremos de los soles sucesivos apunta a la improbabilidad de que los aztecas hayan caído presa de la probable distopía de la inteligencia artificial. La observación de Dussel (2011, p. 515) de que “sin muerte la vida humana pierde su vulnerabilidad, finitud” tiene amplias implicaciones. La ilusión de la inteligencia artificial no sólo crea la ilusión de la vida eterna para la modernidad occidental, sino que también crea el temor de que la vulnerabilidad o los desafíos a la modernidad occidental se traduzcan en la muerte de Occidente y no solo de la modernidad occidental. Tal miedo facilita la violencia e impide un renacimiento de Occidente incluso frente al fracaso de la modernidad occidental para evitar el colapso en curso del equilibrio del Holoceno.

### **3. Especie humana en el universo**

La obediencia de los aztecas a las leyes del universo era sistémica y, luego, impregnaba su cultura incluso más allá de la religión y el derecho. Esto se puede observar en la poesía azteca:

Es conveniente, es recto: ten cuidado de las cosas de la tierra: [...] tendrás qué beber, qué comer, qué vestir. Con eso estarás en pie (serás verdadero) con eso andarás. Con eso se hablará de ti, se te alabará, Con eso te darás a conocer a tus padres y parientes. (Filgueiras Nodar, 2020, p. 33)

Además, este poema deja en claro que los aztecas aceptaban la realidad, es decir, la especie humana es una parte del universo, específicamente el Quinto Sol.

### III. IMPERIO ROMANO Y LA LIBERTAD RELIGIOSA

El éxito continuo del Imperio Romano, que perdura hasta el día de hoy, demuestra que el éxito es una función de la diversidad, no de la conformidad. Los romanos siguieron otra parte que la seguida por los aztecas en lo relacionado con la libertad religiosa durante el Principado. Los romanos se conformaron con dejar la libertad religiosa al nivel de las religiones étnicas, un enfoque que se complementó con cierto sincretismo religioso, por ejemplo, el culto a la antigua diosa egipcia Isis en la ciudad de Roma. Tal concepción de la libertad religiosa permitió la continuación de una comprensión biogeográfica de la religión en las provincias. La construcción de identidad y la fuerza integradora de Roma fue suficiente durante el Principado sin conformismo religioso. Esto cambió durante el Dominio y se confirmó en el *Codex Theodosianus* y el *Corpus Iuris Civilis*.

#### 1. Libertad religiosa durante el Principado

Parece que hubo un grado significativo de libertad religiosa durante el Principado. Dicha libertad tomó dos formas a veces complementarias. Por un lado, había un grado de sincretismo, por ejemplo, Roma se apropió de dioses y conceptos religiosos (la equiparación de un dios no romano específico con un dios romano específico también puede considerarse una expresión de esto). Por otro lado, Roma toleraba dioses y conceptos religiosos no romanos siempre que se practicara el culto imperial y no se realizaran sacrificios humanos (por ejemplo, el Imperio Romano permitía la veneración continua de los antiguos dioses egipcios) (Sánchez Montesinos, 2016, p. 51).<sup>6</sup> En los si-

---

<sup>6</sup> Hubo una gran diversidad en el establecimiento y las formas del culto imperial en todo

glos posteriores, hubo continuaciones y discontinuidades en el acercamiento del Imperio Romano durante el Principado: Occidente condenó los sacrificios humanos en el Imperio Azteca mientras abandonaba el culto imperial y practicaba algo parecido al sacrificio humano en los autos de fe y sus equivalentes protestantes.

La comprensión romana de la libertad (*libertas*) era simplemente que la persona no estaba dominada y, consiguientemente, coincidía con la ciudadanía romana (d'Ors y Pérez-Peix, 2009, p. 281). La *libertas* romana, como el derecho romano y la filosofía del derecho romana en general, no sugería ninguna libertad de los dioses romanos y de las leyes del universo. En consecuencia, el derecho y las normas sociales que hacían cumplir la voluntad de los dioses romanos y las leyes del universo de ninguna manera violaron la libertad romana.

La libertad romana no era absoluta. Por ejemplo, un análisis positivista jurídico de la circuncisión de menores sobre la base del derecho arraigado en la modernidad occidental pasa por alto una cuestión fundamental (Fateh-Moghadam, 2010, pp. 139-141): ¿qué significa la prohibición del emperador Adriano de tal circuncisión? Un argumento sobre la base de los derechos de custodia de los padres es superfluo en este contexto, porque los derechos del *pater familias* superan con creces el derecho de cuidado de los padres en la actualidad.

## 2. Conformidad religiosa durante el Dominado

El abandono del factor de éxito “diversidad” no fue una consecuencia directa del dominio, pero el dominio ha permitido una conformidad jurídicamente consagrada. Los efectos perjudiciales parecen haber sido más pronunciados en la parte occidental del Imperio Romano, es decir, la parte del Imperio donde la influencia del helenismo era más débil. La situación no mejoró cuando Constantinopla apuñaló a Roma (Milán) por la espalda y envió a los godos al oeste.

A pesar de los esfuerzos del Imperio Romano durante el Dominio, la diversidad religiosa parece haber persistido y se reintrodujo. Ni la persistencia

---

el Imperio Romano: el culto imperial parece haber sido espontáneo en las partes orientales del Imperio, pero fue promovido por funcionarios imperiales y élites locales en las partes occidentales (Marco Simón, 2017, pp. 784-785).

ni la reintroducción deben confundirse con un compromiso con la libertad religiosa. En el caso de la persistencia, parece haber existido una minoría considerable, tal vez incluso una mayoría, entre la aristocracia senatorial que tenía inclinaciones paganas en la parte occidental del Imperio hasta el final. La Iglesia occidental era muy consciente de esto, como lo demuestran los escritos de San Agustín de Hipona cuando defendió el cristianismo contra la acusación de que el cristianismo tenía la culpa en la desintegración en curso del Imperio y la opinión de que un regreso a los antiguos dioses remediaría la situación.

La conformidad religiosa parece haber sido mayor en la parte oriental del Imperio, en particular en la capital cristiana construida especialmente, Constantinopla. ¿Acaso los diferentes niveles de conformidad religiosa contribuyeron a las decisiones de los emperadores de Constantinopla de no brindar ayuda efectiva durante la desintegración de la parte occidental, por ejemplo, a Julio Nepote en 477, y su disposición a aceptar emperadores diletantes en Occidente, por ejemplo, emperador Honorio (395-423)? ¿Quizás se permitió que la parte occidental se desintegrara debido a un mayor grado de libertad religiosa? En este estudio no se puede buscar una respuesta a estas preguntas debido a limitaciones de espacio.

En el caso de la reintroducción, casi todas las tribus germánicas que contribuyeron a la desintegración del Imperio Romano en Occidente eran cristianos arrianos, es decir, herejes a los ojos de la Iglesia romana. Finalmente, se estableció la conformidad religiosa cuando se abandonó el arrianismo. Aunque el cristianismo se había convertido en la religión del poder a finales del siglo IV (Placido, 2009, p. 569), el abandono del arrianismo fue una confirmación crucial del mismo. El cristianismo occidental se había convertido así en una parte definitoria de la identidad de Europa occidental y su libertad.

La desintegración de las partes occidentales del Imperio Romano fue más una continuación que una ruptura, es decir, se mantuvo el predominio del derecho romano y de la Iglesia católica al mismo tiempo que continuaba la decadencia que había caracterizado al Dominio (Le Geoff, 2008, p. 28). La conceptualización de libertad religiosa que surgió no era étnica o biogeográfica, o una combinación de ambas (como entre los aztecas), sino político-geográfica que abarcaba muchas etnias y biogeografías. Dicha conceptualización aportó un elemento integrador dentro de Occidente por medio del conformismo, pero también sentó las bases para la libertad frente

a Oriente (particularmente tras el Gran Cisma de 1054) y frente al intento de conquista árabe-bereber.

### 3. *Corpus Iuris Civilis* (534 d. C.)

La introducción, y en algunos casos la reintroducción, del *Corpus Iuris Civilis* en los territorios de las antiguas provincias romanas occidentales y más allá en el siglo XI que era propenso a fortalecer una concepción político-geográfica de la libertad religiosa. La introducción debe considerarse problemática por dos razones. Primero, a pesar de los esfuerzos del emperador Iustinian I y sus tropas, la parte oriental del Imperio Romano sólo pudo restaurar una pequeña parte de la parte occidental desintegrada del Imperio bajo el control imperial y, consiguientemente, el *Corpus Iuris Civilis* nunca fue en uso generalizado en las antiguas provincias romanas sin mencionar más allá del Rin y el Danubio. Segundo, la finalización del *Corpus Iuris Civilis* se vio ensombrecida por los disturbios de Nika en Constantinopla (532 d. C.) y su represión violenta que no sólo suscita preocupaciones sobre su papel en la aplicación de la conformidad religiosa en un momento en que los Verdes y los Azules eran partidos religiosos y políticos para todos los efectos, sino también el armamento del derecho romano anterior en apoyo de un emperador tiránico por medio de lecturas selectivas.

Habría sido más honesto referirse al *Codex Theodosianus* (439 d. C.) que sin duda estaba en vigor en todas las partes occidentales del Imperio, pero el *Codex Theodosianus* era incompatible con la concepción de la libertad religiosa durante el Principado y adoptaba acríticamente una imposibilidad religiosa (los ángeles no tienen género y, por tanto, la violación homosexual no podía ser el pecado de Sodoma y Gomorra). Para ello hubiera sido más fructífero el *Edictum perpetuum* (129 d. C.).

Se ha afirmado que la única fuerza integradora en la Europa occidental fue la fe católica compartida durante la Edad Media, es decir, después de la desintegración del Imperio Romano occidental y antes de que la modernidad occidental ganara suficiente fuerza (Coello de Portugal Martínez del Peral, 2010, p. 175). Siendo la única fuerza integradora, la fe católica se convirtió más o menos en sinónimo de ser europeo occidental. De ser un componente clave de la identidad regional, las diferentes formas del cristianismo occidental se convirtieron en componentes clave de la identidad de las entidades políticas emergentes en Europa occidental después de la Reforma.

La desintegración de la unidad religiosa en Europa occidental ha provocado la aparición de dos dinámicas incompatibles con la concepción de la libertad religiosa en el Imperio Romano durante el Principado. Dos ejemplos resaltan esto. Primero, el surgimiento del nacionalismo cristiano en los Estados Unidos como una forma de camuflar las ilegalidades identificadas por Francisco de Vitoria hace cinco siglos en lugar de apoyar el imperio del derecho y el orden público. Segundo, el surgimiento de diferentes formas de laicismo como un sucedáneo de religión para debilitar y, en última instancia, eliminar las barandillas religiosas contra la destrucción de los ecosistemas de los que depende la especie humana, algo camuflado como razón. Debería ser obvio que tanto el nacionalismo cristiano como el laicismo violan la concepción azteca de la libertad religiosa además de la conceptualización medieval de una libertad religiosa político-geográfica.

#### IV. LAICISMO Y LIBERTAD RELIGIOSA

El inicio de la LRAMO se ha asociado con Baruch Spinoza y Thomas Hobbes (Tardivel, 2023, p. 59). Spinoza y Hobbes vivieron tiempos de conflictos religiosos en Europa occidental. Spinoza fue expulsado y rechazado por su comunidad judía. Hobbes fue un ferviente partidario del absolutismo (un monarca absoluto estaba en condiciones de desactivar y controlar las luchas religiosas). Además, la LRAMO es un pilar en el edificio de derechos humanos posterior a la Segunda Guerra Mundial (Chelini-Pont *et al.*, 2019, p. 33). Hay motivos para dudar de que la LRAMO fuera lo que proclamaba. El registro también puede interpretarse como que la LRAMO estuvo a punto de socavar y reemplazar la religión en favor de ideologías arraigadas en la modernidad occidental, o evolucionó hacia ella.

##### 1. Reivindicación de la globalidad

Después de que el cristianismo se convirtió en la religión del poder, subvertir el cristianismo fue una forma de ganar y cimentar el poder. Tal obtención y cimentación puede implicar el socavamiento de las interpretaciones teológicas tradicionales del cristianismo, los intentos de debilitar (o eliminar) el cristianismo o una combinación de estos. En el primer caso, la libertad religiosa ha jugado un papel decisivo. En el segundo caso, las ideologías enraizadas

en la modernidad occidental implican intentos de debilitar el cristianismo reemplazando correctivos y controles del comportamiento humano inherentes a la fe cristiana. En el tercer caso, ideologías como el socialismo y el nacionalsocialismo contienen ambos enfoques, pero también una “religión” del neoliberalismo, el neoconservadurismo y el libertarismo no están libres de socavamiento en combinación con debilitamiento: las ideologías se han practicado como si fueran religiones (Mires, 2010, p. 3).

La falsificación pseudorreligiosa no es un fenómeno desconocido en el derecho (Muckel, 2017, pp. 17-20). Un ejemplo de un intento de establecer una pseudoreligión es cuando uno de los fundadores del neoliberalismo y el neoconservadurismo escribe que “el uso de la coacción sólo se justifica cuando es necesario proteger el dominio privado del individuo contra las perturbaciones causadas por otros” al escribir sobre legislar códigos morales (Hayek, 2007, p. 435), es decir, se intenta reemplazar varios de los principios fundamentales del cristianismo, específicamente Mateo 25:31-46.

Se ha argumentado en la literatura alemana que Estados Unidos ha convertido a la LRAMO en un arma ideológica que apoya sus intereses políticos y económicos en todo el mundo (Kippenberg, 2019, pp. 87-92). Este argumento alimenta las sospechas de que las actividades de los grupos pentecostales y evangélicos, con sede en los Estados Unidos, están motivadas por intentos de continuar la colonialidad y el colonialismo en América Latina y África en lugar de la evangelización (Alnasir, 2020, pp. 510-511). En otras palabras, la LRAMO se ha convertido en un arma o instrumentalizada, perdiendo así su razón de ser. Si es precisa, la razón de ser de la LRAMO se ha convertido en la supresión de la religión en favor de otros intereses.

Se puede considerar que la Reforma del siglo XVI y sus secuelas sentaron las bases para la combinación de la libertad religiosa y la modernidad occidental. Cuando Habermas habla de Talcott Parsons, en términos de que la Reforma y el Humanismo son precursores necesarios de la modernidad occidental, además de que los cambios que se han producido desde entonces han sido afines a mutaciones genéticas (Habermas, 2018, pp. 799-800), surgen tres cuestiones. Primero, el punto de vista de que la Reforma y el Humanismo apoyan efectivamente la sospecha de que estos dos eventos no buscaban un fortalecimiento de la normatividad de las enseñanzas encontradas en la Biblia y el derecho romano, sino en realidad un debilitamiento de los dos a favor de una supuesta libertad que permitía la destrucción del equilibrio del Holoceno. Segundo, el mencionado debilitamiento pone en entredicho

la verdadera razón de ser de la LRAMO surgida tras las Guerras de Religión y, en particular, en la Ilustración arraigada en la modernidad occidental. Tercero, la comparación con las mutaciones genéticas alimenta la sospecha de que la modernidad occidental es vista como una calle de sentido único que no permite volver a las manifestaciones anteriores del pensamiento occidental y, luego, la modernidad occidental provoca el colapso del equilibrio holoceno (junto con su propia destrucción) inevitable.

La literatura sobre LRAMO ha prestado poca atención al socavamiento y debilitamiento de la religión como arma en la globalidad asimétrica que se caracteriza por la difusión de ideologías arraigadas en la modernidad occidental a geografías no occidentales. La derrota del cristianismo occidental en las Cruzadas y el éxito casi inexistente en los esfuerzos de evangelización en China muestran los límites del cristianismo occidental como facilitador del poder global de Occidente siempre que no haya epidemias devastadoras como en Ixachtitlán. Como muestra la historia posterior, el debilitamiento de las religiones bajo el disfraz de la LRAMO y la difusión de ideologías arraigadas en la modernidad occidental fueron mucho más efectivos para difundir el poder occidental.

Es sugerente que las objeciones a una normatividad basada en el orden público del edificio de derechos humanos posterior a la Segunda Guerra Mundial no se contrarrestan con argumentos que intentan rechazar el origen judeocristiano de dicho edificio ni con argumentos que apuntan a la incompatibilidad del cristianismo occidental con el fundamento fáctico de dicho edificio, es decir, la modernidad occidental y su derecho (Kreuzer, 2010, pp. 166-181). Parecería que es más conveniente esconderse tras el cristianismo occidental que deber a la realidad.

## 2. Guerras de religión

Se puede debatir si la combinación de libertad religiosa e ideologías arraigadas en la modernidad occidental fue adoptada por diseño o por accidente. Lo que es más claro, sin embargo, es el trasfondo histórico de los llamados a la libertad religiosa en Europa occidental. Lo que es igualmente claro es que la forma de libertad religiosa que se adoptó es incompatible con las formas de libertad religiosa étnica, biogeográfica y político-geográfica. Lo que surgió es una forma individual de libertad religiosa que, como derecho humano in-

dividual, eliminó en gran medida la religión como correctivo y control significativo de las ideologías arraigadas en la modernidad occidental.

La secularización occidental (y el laicismo en Francia) puede verse como una reacción contra las guerras religiosas de los siglos XVI y XVII (Baumgart-Ochse, 2008, pp. 99-103), pero esta no es la imagen completa. La respuesta a las guerras religiosas no fue necesariamente la democracia como muestran los argumentos absolutistas de Jean Bodin (Voigt, 2009, pp. 148-149) y Thomas Hobbes (Voigt, 2009, pp. 231-232). La forma individual de libertad religiosa también promovió la idea de que la religión no debe entrar en la toma de decisiones públicas, eliminando así la religión como un correctivo y control en el funcionamiento de los estados. La necesidad de tal correctivo y control quedó demostrada por las, al menos parcialmente, motivaciones religiosas de Peter Graf Yorck von Wartenburg, Henning von Tresckow, Cuno Raabe, Paul Lejeune-Jung y Carl Goerdeler cuando se involucraron en la oposición contra Adolf Hitler y el régimen nazi. El anticatolicismo del régimen nazi subraya también la mencionada función correctora y de control.

### 3. Laicismo: ¿una religión sustituta?

Si se entiende que la laicidad significa que el Estado debe mantener la neutralidad en asuntos religiosos, entonces se debe prohibir cualquier acomodación religiosa (Laborde, 2023, p. 273). Se ha argumentado que la laicidad no es un derecho humano *per se*, sino una forma en que el Estado puede defender los derechos humanos (Troper, 2001, p. 444). La laicidad se diferencia así fundamentalmente de la LRAMO que es un derecho humano en sí mismo en la modernidad occidental y su derecho. Si la laicidad se lleva lo suficientemente lejos, entonces se convierte en un arma contra los símbolos y prácticas religiosas, es decir, el laicismo intenta establecer una libertad contra la religión en lugar de una libertad de religión.<sup>7</sup> De aquí se sigue necesariamente un intento de establecer una falsa identidad occidental, porque la identidad occidental ha estado entrelazada con el cristianismo occidental desde principios del siglo IV. ¿*Cui bono?* Las ideologías arraigadas en la modernidad occidental.

---

<sup>7</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo: Dahlab c. Suiza (42393/98), Kervanci c. Francia, (31645/04) y Ghazal c. Francia (29134/08). Estos y otros casos similares son una afrenta a la identidad occidental ya los fundamentos de la familia jurídica romano-germánica, porque las raíces de las instituciones educativas y los hospitales actuales están en el empeño de hombres y mujeres ataviados con hábitos religiosos católicos.

Si se acepta que el control de la religión por parte del poder político bajo el disfraz del galicanismo ha sido un hilo conductor en la historia de Francia (Rolland, 2011, pp. 121-122), entonces el establecimiento de un laicismo afin a la religión es el siguiente paso lógico.<sup>8</sup> Esto no es nada nuevo: el uso de la religión como instrumento para el logro de otros propósitos se corresponde con el concepto de religión instrumental de Niccolò Machiavelli (Compte Nunes, 2022, p. 8). El instrumentalismo religioso abre el camino para la manipulación de la religión o el establecimiento de pseudorreligiones por, o en nombre de, ideologías arraigadas en la modernidad occidental y sus agentes.

La manipulación de la religión camufla la incompatibilidad inherente de las ideologías arraigadas en la modernidad occidental con la verdadera identidad occidental, es decir, la identidad que ha evolucionado orgánicamente desde principios del siglo IV. Una obsesión con la moral sexual a expensas de los requisitos establecidos por Jesucristo en, por ejemplo, Mateo 25:31-46 y la prohibición que se deriva de Apocalipsis 11:18. Es lógico que las ideologías arraigadas en la modernidad occidental continúen con esta distracción, como en el neoliberalismo y el neoconservadurismo (Hayek, 2009, p. 436). Aparte de una lectura selectiva que beneficia a las ideologías arraigadas en la modernidad occidental, la manipulación también puede tomar la forma de una mala interpretación deliberada de, por ejemplo, Génesis 19:1-29, es decir, la interpretación imposible de que los ángeles sin género podrían ser violados homosexualmente.

Cuando el laicismo supera o reemplaza a la religión, es apropiado hablar de laicismo como una pseudorreligión. Sin embargo, en lugar de actuar como corrector y control de las ideologías arraigadas en la modernidad occidental, el laicismo las potencia. En este proceso, el laicismo permite que las ideologías mencionadas se conviertan también en utopías. Se ha argumentado que la diferencia entre una utopía y una ideología es que la primera es una evasión de los problemas provocados por una ideología, y la segunda como un “proceso de distorsiones y pretextos con el fin de ocultarnos como sociedad” (Korstanje, 2010, p. 3). Dos ejemplos de tales evasiones aclaran el proceso. Primero, la teoría racial nacionalsocialista creó una ilusión utópica de superioridad frente a los llamados no arios y de igualdad entre los llamados arios que se celebró en ceremonias pseudorreligiosas durante los *Reichsparteita-*

---

<sup>8</sup> Esto sugiere que Bertrand Russel y Hans Kelsen no pueden ser considerados los fundadores del laicismo que parecería contradecir a Hugo Ramírez García (2012, pp. 292-300).

ge anuales. Segundo, la combinación de neoliberalismo y neoconservadurismo ha creado una ilusión utópica de la riqueza material como determinante de la felicidad y la realización que se celebra en ceremonias bajo los auspicios de la teología de la riqueza en los Estados Unidos y Brasil.

Aunque la difusión de la teología de la riqueza por algunos grupos evangélicos en estados con asociaciones católicas sin duda ha sido facilitada, incluso posibilitada, por una concepción de libertad religiosa individualizada, la religión es fundamentalmente social en lugar de individual. El fundamento social de las religiones ha sido reconocido en la literatura: la LRAMO tiende a entenderse como un derecho individual que puede ser ejercido colectivamente (Koubi, 1999, pp. 736-739). Cabe preguntarse si una concepción individualizada de la libertad religiosa promueve una percepción de experiencia religiosa individualizada que culmina en un culto a la riqueza individual y al Estado como garante de dicha riqueza. La combinación de la teología de la riqueza, además de las banderas de gran tamaño que empuñan la cruz y otros símbolos religiosos en algunos espacios evangélicos, ciertamente alimenta tal sospecha.

Además de alimentar una narrativa inexacta que yuxtapone la razón y la racionalidad por un lado y la religión por el otro, la modernidad occidental y el laicismo han contribuido a una complejización real o percibida de la que una conceptualización individualizada de la libertad religiosa es un ejemplo. Las manipulaciones de la religión también pueden contribuir a una mayor razón y racionalidad en la religión desde el punto de vista de las ideologías arraigadas en la modernidad occidental. Debe señalarse, sin embargo, que el colapso en curso del equilibrio del Holoceno prueba sin lugar a dudas la irrazonabilidad y la irracionalidad de dichas ideologías. La presentación de Habermas de la evolución social como un aumento de la complejidad y la racionalidad que diferencia cada vez más el sistema social y el sistema de vida es problemática desde tres perspectivas (Habermas, 2018, p. 637). Primero, tal presentación camufla la simple realidad de que la complejización y las pretensiones de racionalidad oscurecen el simple hecho de que la especie humana depende del resto del universo, mientras que el universo depende sólo marginalmente de la especie humana. Segundo, la combinación de tal complejización y racionalidad puede señalar un alto nivel de conocimiento sobre los procesos y leyes subyacentes, es decir, esta combinación oscurece la realidad de que las ciencias naturales arraigadas en la modernidad occidental son sólo interpretaciones inadecuadas y propensas a errores de las le-

yes del universo. Tercero, las ciencias naturales arraigadas en la modernidad occidental en realidad desean simplificar las causas de la complejidad observada en los fenómenos naturales, por ejemplo, los cambios observados en la corriente circumpolar antártica, con la ayuda de leyes científicas, por ejemplo, la segunda ley de la termodinámica, pero tales intentos de descomplejificación aumentan la probabilidad de que aparezca una mayor racionalidad en el derecho y las ciencias sociales, pero probablemente reduce la racionalidad (medida como el cumplimiento de las ciencias naturales antes mencionadas con las leyes del universo) al mismo tiempo.

La conceptualización individualizada de la libertad religiosa (incluido el laicismo) parece haber facilitado la marginación de una espiritualidad ecológica y cósmica en favor del materialismo propio de la teología de la riqueza y líneas de pensamiento similares. La espiritualidad ecológica y cósmica de San Francisco de Asís apunta a un punto en el que la libertad religiosa se convierte en anticristianismo, es decir, un punto en el que los supuestos grupos cristianos no pueden pretender estar protegidos por la libertad religiosa.<sup>9</sup> Este punto puede ampliarse jurídicamente con la ayuda de Santo Tomás de Aquino. Las erudiciones de Santo Tomás de Aquino fijan límites a la libertad religiosa al no sólo argumentar que todo “agente” trabaja para un fin que en última instancia es Dios y la concesión de la vida eterna en el *juicio final* son los únicos fines de pertinencia (Tomás de Aquino, 2019, pp. 295-324). Las violaciones contra Apocalipsis 11:18 impiden el logro de dichos únicos fines de relevancia. Estas erudiciones efectivamente no extienden la libertad religiosa a puntos de vista religiosos que permiten, incluso promueven, la destrucción de la Tierra mediante, por ejemplo, formas extremistas de extractivismo, así como la contaminación de las aguas, la tierra y el aire. Debe ser evidente que la democracia no puede legalizar comportamientos tan destructivos en la familia jurídica romano-germánica.

Un debilitamiento o un desconocimiento de la espiritualidad ecológica y cósmica equivale a una exteriorización del universo no humano (es decir, la Creación no humana en términos religiosos) y de las leyes del universo (es decir, las leyes establecidas por Dios como parte del acto de creación en términos religiosos). En otras palabras, el universo no humano y sus leyes quedan relegados a un estatus de Otro, específicamente un Otro sin derechos intrínsecos.

---

<sup>9</sup> En cuanto a la espiritualidad ecológica y cósmica, véase Boff (2022, p. 219).

Dos puntos hechos por Paul Ricœur (2010, pp. 576-586) con respecto al olvido y el Otro son particularmente relevantes para este estudio. Primero, el hecho de que el olvido puede ser el resultado de una memoria impedida destaca el silencio frente al Otro y el saber del Otro además del Antiguo y el saber del Antiguo. En el caso del Otro, las lagunas en la literatura y los planes de estudio hacen ridículo hablar de pluralismo y diversidad en el contexto de la libertad religiosa (y más allá). Ejemplos de esto incluyen el posible desconocimiento de las concepciones de la libertad religiosa en el Imperio Romano durante el Principado y las naciones indígenas de Ixachitlân. Puede ser tentador demonizar la religión azteca sobre la base del sacrificio humano y pasar por alto que algunos grupos cristianos supuestamente occidentales no sólo violan las costumbres sociales del Imperio Romano sino también APOCALIPSIS 11:18.

Segundo, el punto de que el olvido puede ser el resultado de manipulaciones hechas a la memoria destaca la radicalización de ideas, por ejemplo, la radicalización de la idea de libertad religiosa contingente a una libertad religiosa absoluta (incluido un laicismo absoluto<sup>10</sup>), o la idea de libertad religiosa y la neutralidad asociada a un laicismo de tipo religioso. El requisito previo de tal radicalización es la externalización.

Una externalización intenta crear una yuxtaposición que no existe. Cuando se interpreta que los escritos de Rousseau contienen una

contradicción que late en Rousseau entre la religión del ciudadano y la religión natural es, en el fondo, la dialéctica entre la modernidad y el romanticismo, es decir, entre la ilustración racionalista y agnóstica (deísta, cuando mucho) y el espíritu religioso subjetivista e individualista del siglo XIX (Garzón Vallejo, 2010, p. 209),

cualquier papel correctivo y controlador de la religión con respecto al comportamiento humano destructivo frente al resto del universo y las violaciones contra las leyes del universo son menospreciadas o efectivamente aprobadas. Las violaciones son efectivamente aprobadas por la reducción de la religión a una de las muchas consideraciones “racionales” por un lado, y menospreciadas por ser reducidas a alguna experiencia individual por el

---

<sup>10</sup> El artículo 1o. de la Constitución actual de Francia también establece que “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social”.

otro lado. El colapso en curso del equilibrio del Holoceno prueba inequívocamente que Rousseau estaba equivocado.

## V. ¿QUO VADIS?

Un enfoque jurídico que limita la LRAMO al sopesarla simultáneamente con otros derechos humanos es problemático en tres casos. Primero, una comprensión prácticamente absoluta de la LRAMO característica de los Estados Unidos impide una ponderación más significativa. Segundo, las ideologías arraigadas en la modernidad occidental que son parte de las manipulaciones de la religión también pueden haber impactado la comprensión de los derechos humanos restantes hasta tal punto que una ponderación no tiene sentido. Tercero, una comprensión de la libertad religiosa que no toma en cuenta las violaciones a las leyes del universo protege actividades que invariablemente terminan con la extinción de la especie humana (y son una violación a Apocalipsis 11:18).

Aunque a menudo se entiende que la LRAMO exige la no injerencia de los tribunales en materia de religión y la imposición de enseñanzas religiosas a la sociedad, la creciente influencia política de la religión manipulada que ofrece camuflaje a las ideologías arraigadas en la modernidad occidental hace que dicha no injerencia sea conceptualmente elegante, pero prácticamente suicida, genocida y ecocida. Equiparar religión con ideologías, o LRAMO con libertad de opinión, es una falacia, porque la religión forma y expresa identidades verdaderas que han evolucionado durante milenios, pero las opiniones basadas en ideologías forman y expresan identidades falsas que tienden a ser transaccionales y de corta duración.

Al mismo tiempo, los límites de la LRAMO no injerencia son evidentes en el caso del movimiento *Deutscher Christ* que fue manipulado por una de las ideologías arraigadas en la modernidad occidental, específicamente el nacionalsocialismo, pero también algunos grupos evangélicos actuales plantean preocupaciones sobre manipulaciones (por ejemplo, la teología de la riqueza asociada al neoliberalismo y el neoconservadurismo). En tales casos, la protección bajo la LRAMO parecería injustificada.

El camino a seguir debe rechazar la religión instrumental y su protección bajo la libertad religiosa. De aquí se sigue la protección de las verdaderas

identidades frente a las incursiones de ideologías enraizadas en la modernidad occidental.

## VI. CONCLUSIÓN

¿Hay límites a la libertad religiosa? Un discurso jurídico sobre la libertad religiosa no sólo tiene en cuenta las diferentes visiones sobre la religión y la libertad en todo el mundo, sino también las manipulaciones realizadas por agentes de ideologías arraigadas en la modernidad occidental. En términos de libertad, los límites establecidos por la etnicidad se establecen orgánicamente evolucionados durante milenios que expresan y crean identidades que excluyen la libertad, es decir, la noción de libertad de dichas identidades es falta de libertad. Los límites de la libertad los pone la biogeografía en las tierras donde reside un individuo o grupo (*in extremis*, los límites los pone la Tierra). Estos límites a la libertad religiosa fueron reconocidos por los aztecas. Así, la concepción de la libertad religiosa protegía la identidad étnica azteca en combinación con la libertad de factores que perturbaban la conexión con la Tierra.

La libertad religiosa bastante amplia durante el Principado fue reemplazada por la conformidad religiosa durante el Dominio en el Imperio Romano. Debido al carácter multiétnico del Imperio Romano, la concepción de la libertad religiosa durante el Dominio no era la de la protección de la etnicidad y la identidad étnica. Debido a que el Imperio Romano abarcó numerosas biogeografías, la concepción no fue la de la protección de una biogeografía. Más bien, la concepción era de política-geografía. En la modernidad occidental temprana, la idea de una religión instrumental ganó terreno, y esta idea abrió el camino para la manipulación de la religión por ideologías arraigadas en la modernidad occidental a medida que dichas ideologías se fueron radicalizando con el tiempo.

La manipulación de la religión reorientada a los religiosos hacia una obsesión por la moral sexual para camuflar la manipulación. La religión manipulada se ha convertido así en parte de una pseudoreligión que busca protección bajo el manto de la libertad religiosa. Se ha hecho así necesario limitar la libertad religiosa que excluya manipulaciones de ideologías enraizadas en la modernidad occidental. Sería triste que tal manipulación hiciera necesaria una resurrección de la Santa Inquisición en Occidente para defender la libertad religiosa.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alnasir, S. (2020). Calamidades del derecho (post)colonial y su orientalismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 53(158), 485-519.
- Aquino, Santo T. de (2019). *Del gobierno de los príncipes*. Losada.
- Batalla Rosado, J. J. y Rojas, J. L. de (2008). *La religión azteca*. Trotta.
- Baumgart-Ochse, C. (2008). *Demokratie und Gewalt im Heiligen Land*. Nomos.
- Boff, L. (2022). *El doloroso parto de la madre Tierra*. Trotta.
- Broda, J. (2021). Religión mexicana. En L. R. Guerrero Galván, L. Rodríguez Cano, A. Guerrero Galván, y E. Corona Sánchez (Coords.), *Guerra, política, instituciones y derecho prehispánico en Mesoamérica* (pp. 373-390). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cabra Apalategui, J. M. (2023). Conflictos de derechos y espacios de discrecionalidad. En A. Uscanga Barradas, C. H. Reyes Díaz, y A. M. Peña Freire (Coords.), *Los derechos como límites al poder* (pp. 33-52). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Chelini-Pont, B., Dubertrand, R. y Zuber, V. (2019). *Géopolitique des religions*. Cavalier Bleu.
- Compte Nunes, G. (2022). *Laicidad y religión civil*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- D'Ors, A. y Pérez-Peix, A. (2009). Libertad política y libertad religiosa. *Verbo; Revista de Formación Cívica y de Acción Cultural, según el Derecho Natural y Cristiano*, (473-474), 281-290.
- Dussel, E. (2009). *Política de la liberación: arquitectónica*. Trotta.
- Dussel, E. (2011). *Ética de la liberación* (7a. ed.). Trotta.
- Dussel, E. (2022). *Política de la liberación: crítica creadora*. Trotta.
- Eissler, A. (1995). Chrétiens et églises d'Allemagne sous le Troisième Reich. *Autres Temps*, (45), 17-24. <https://doi.org/10.3406/chris.1995.1735>
- Fateh-Moghadam, B. (2010). Religiöse Rechtfertigung? *Rechtswissenschaft*, (2), 115-142. <https://doi.org/10.5771/1868-8098-2010-2-115>
- Filgueiras Nodar, J. M. (2020). La moralidad de los aztecas, entre la reconstrucción histórica y la reconstrucción racional. *En-claves del Pensamiento*, 14(27), 19-38.
- Garzón Vallejo, I. (2010). Rousseau: ¿Religión política o instrumentalización política de la religión? *Revista de Derecho*, (33), 197-221.
- Guerrero Pino, S. H. y Hínestroza Cuesta, L. (2017). El concepto de derechos humanos frente a los derechos de las minorías étnicas. *Prolegómenos*, 20(40), 27-41. <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3039>

- Habermas, J. (2018). *Teoría de la acción comunicativa*. Trotta.
- Hayek, F. von (2007). *Droit, législation et liberté*. Presses Universitaires de France.
- Kippenberg, H. G. (2019). *Regulierungen der Religionsfreiheit*. Nomos.
- Korstanje, M. (2010). *Religion and Power*. *Nómadas*, 26(2), 1-11.
- Koubi, G. (1999). La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective. *Cahiers de Droit*, 40(4), 721-739. <https://doi.org/10.7202/043575ar>
- Kreuzer, K. (2010). Clash of civilizations und Internationales Privatrecht. *Rechtswissenschaft*, (2), 143-183. <https://doi.org/10.5771/1868-8098-2010-2-143>
- Laborde, C. (2023). *Philosophie libérale de la religion*. Hermann.
- Le Geoff, J. (2008). *La civilisation de l'Occident médiéval*. Flammarion.
- León-Portilla, M. (2019). *Tolteccáyotl*. Fondo de Cultura Económica.
- Marco Simón, F. (2017). Los inicios del culto imperial en la Hispania augustea. *Gerión*, 35(esp.), 773-789. <https://doi.org/10.5209/GERI.56173>
- Martínez del Peral, J. (2010). La libertad religiosa de los antiguos y la libertad religiosa de los modernos. *Revista de Derecho UNED*, (7), 169-230.
- Mires, F. (2010). Política como religión. *Cuadernos del CENDES*, 27(73), 1-30.
- Muckel, S. (2017). *Religionsfreiheit gestern, heute, morgen* (Band 2). Nomos.
- Ortiz-Díaz, E. y Gutiérrez, G. (1999). Diversidad geográfica y unidad cultural de Mesoamérica. En Rojas Rabiela, Teresa y Murra, John V. (Coords.), *Historia general de América latina: las sociedades originarias* (pp. 69-99). Trotta.
- Placido, D. (2009). *Historia de España: Hispania antigua*. Marcial Pons.
- Ramírez García, H. (2012). Derecho y religión. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 45(133), 283-315.
- Ricoeur, P. (2010). *La memoria, la historia, el olvido*. Trotta.
- Rolland, P. (2011). Benjamin Constant: religion et liberté chez les modernes. *Droits*, 54(2), 121-146. <https://doi.org/10.3917/droit.054.0121>
- Sánchez Montesinos, V. M. (2016). El sacrificio molk y el tofet en el mundo fenicio-púnico. *Entremons*, (8), 47-71.
- Santos, B. de S. (2022). *El fin del imperio cognitivo*. Trotta.
- Tardivel, É. (2023). Difficile liberté religieuse. *Communio*, 287-288(3), 59-68.
- Troper, M. (2001). Le principe de laïcité. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 16, 430-457. <https://doi.org/10.3406/aijc.2001.1605>
- Voigt, R. (2009). *Den Staat denken*. Nomos.

## Control de jurisdicción: vertiente internacional

### *Legal control: international side*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

 <https://orcid.org/0000-0002-9164-8464>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

**RECIBIDO:** 2 de septiembre de 2023

**ACEPTADO:** 13 de diciembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18833>

**RESUMEN:** Este artículo se refiere a la primacía constitucional e internacional en la tutela de los derechos fundamentales (humanos) del individuo. Alude a los medios instituidos para proveer a dicha tutela, tanto en el plano interno como en el internacional o supranacional. Por ello invoca el juicio de amparo, el régimen de acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, en los términos en que las ha regulado la reforma constitucional de 1994-1995. Se pone especial atención en los medios internacionales de control y en su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, principalmente a través de la doctrina adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha incorporado novedades relevantes sobre el control de convencionalidad. El artículo analiza, entre otros extremos, la naturaleza de esta figura de control, que tiene —o debe tener, según el autor— un carácter jurisdiccional. Por ello sostiene la idea de que el control se halla en manos de autoridades dotadas de atribuciones jurisdiccionales.

**Palabras clave:** competencia, control concentrado, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, control difuso, *corpus iuris* internacional, derechos humanos, efectos del control, globalidad, *ius commune*, legalidad, norma controlada, norma controlante.

**ABSTRACT:** This article focuses on constitutional and international supremacy in the protection of the fundamental (human) rights of the person. It discusses the means provided for such protection, both domestically and internationally or even supranationally. It therefore invokes the amparo trial, the trial of unconstitutionality scheme and constitutional controversies under the terms set forth in the 1994-1995 constitutional reform. Particular attention is paid to international means of control and its evolution by means of legal scholarship and case-law, particularly those adopted by the Inter-American Court of Human Rights, which has incorporated important innovations on conventionality control. The article analyzes, inter alia, the nature of this type of control, which, in the author's opinion, is —or should be— of a jurisdictional nature and, based on this reason, upholds the idea that control is in the hands of the authorities vested with jurisdictional powers.

**Keywords:** competence, concentrated control, constitutionality control, control effects, controlled rule, controlling rule, conventionality control, *corpus juris* of international law, diffuse control, globality, human rights, *jus commune*, legality.

Una nueva —y siempre dinámica, renovada— dimensión tutelar de los derechos y libertades del ser humano se ha extendido con poderosa influencia en el curso de los dos últimos siglos. Constituye, en mi opinión, la más fecunda y significativa aportación del orden jurídico en el doble plano doméstico e internacional, forja del nuevo derecho, manifestación bienhechora de la mejor corriente de una globalidad creativa iniciada al cabo del siglo XVIII (García Ramírez, 2018, pp. 7 y 29 y ss.; 2020, pp. 9 y ss.). De esta suerte ha cundido la proclamación de los derechos humanos, seguida por el establecimiento de medios, remedios e instrumentos que le imprimen realismo y permiten que la proclamación se convierta en reclamación y ésta en imperio efectivo. Este es el territorio que cubre el derecho procesal constitucional, *nomen juris* que promueve debates y tiene diversas caracterizaciones (García Belaunde, 2001, pp. 1 y ss.).

Actualmente se han extendido los conceptos centrales de la globalidad tutelar del ser humano, a través de diversos controles que tienen presencia en el espacio que ahora nos ocupa y han adquirido apreciable eficacia. Por una parte, existe el control de constitucionalidad, oriundo de la supremacía constitucional y vinculado a la defensa de la Constitución, y que a su vez implica recepción y positividad de los derechos primordiales recogidos en la normativa interna de máximo rango; y por otra parte, opera el control de convencionalidad, tema principal de este artículo sobre las vertientes de un control de doble rostro. La injerencia judicial en el control de constitucionalidad, con afirmación de la supremacía de la ley suprema, quedó bien afirmada a través de la *judicial review* y de la famosa sentencia en el caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, debida al juez John Marshall (Schwarz, 1984, pp. 375 y ss.).

Cuando me ocupé inicialmente de esta materia, explorando lo que más tarde denominaría *control de convencionalidad*, me referí a un “control de juridicidad”, es decir, a la defensa del sistema tutelar del ser humano, derivado de una cultura jurídica común en “pie de guerra”. Entonces me pareció pertinente subrayar que el control de juridicidad —garantía del orden jurídico— deriva de

una triple idea, traducida en otros tantos planos de una realidad convergente: hay un proyecto humano universal, por encima o por debajo —como se quiera— de particularidades admisibles y hasta plausibles; existe una cultura jurídica en la que ese proyecto se refleja, multiplica y difunde; y han surgido unos organismos jurisdiccionales que tienen a su cargo servir a tal proyecto conforme a los principios y a las normas que derivan de esa cultura. (García Ramírez, 2023, pp. 7 y 8)

De esta suerte cobra presencia y señorío una *higher law* o *supreme law of the land* a los que todos tributamos, pero que también son tributarios de todos. Esta nueva globalidad permite construir, como en efecto está ocurriendo, un *jus commune* de pretensión mundial, que solemos examinar en su dimensión regional, cada vez más pujante, como derecho común —*corpus juris*— para los Estados americanos y acentuadamente para el conjunto que reconocemos como “nuestra América”. Informan ese *jus commune* tanto los pactos o convenios de inequívoca fuerza vinculante suscritos y ratificados por los Estados americanos, como las declaraciones de derechos y libertades acogidos por aquéllos (Bogdandy *et al.*, 2016).

En otra formulación de este dato de nuestro tiempo —que es un proceso constante y fértil—, opté por hablar de “control de internacionalidad” (García Ramírez, 2002, p. 435) para subrayar la fuente de las normas controlantes y la identidad de las instancias que llevan adelante ese control. Finalmente, elegí otro término para caracterizar esta figura, con su perfil y su más notoria identidad. Sustituí al amplio control de juridicidad —que desde luego conserva su íntima naturaleza— y al acotado control de internacionalidad —que retiene sus rasgos propios— por el concepto que hoy posee mayor aceptación, a saber: control de convencionalidad, cuya raíz se localiza en la identificación de las normas de control y de las disposiciones sujetas a éste, que a su turno se hallan controladas en la forma y por los procedimientos que *infra* examinaré.

Esta reflexión, que ha desembocado en los términos de uso más frecuente en México y en otros países, se asocia, como mencioné, a la fuente de la que derivan la noción, el imperio y las consecuencias del control: disposiciones que van más allá de las normas domésticas, constitutivas del creciente orden jurídico convencional incorporado en el derecho interno a través de los conocidos mecanismos de elaboración, ratificación o adhesión.

Por todo ello hablamos ordinariamente de un control de convencionalidad —o de un control a partir de pactos internacionales— y reconocemos que el orden convencional ha adquirido un rango eminente, depositado en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Atentos a la reforma constitucional mexicana de 2011, no podríamos soslayar la presencia y la trascendencia, el imperio y la aplicación de las normas de esa vertiente del derecho internacional, al que actualmente se refiere con énfasis el artículo 1o. de la ley suprema (García Ramírez y Morales Sánchez, 2023, pp. 55 y ss.).

No olvidaré en este punto que la reforma de 2011 pudo ser más completa y mejor si las expresiones del nuevo derecho internacional tutelar, gobernadas por la voluntad de ampliar la defensa de los derechos humanos y afianzar sin equívocos el principio *pro persona*, hubieran adquirido mayor enjundia y redefinido en mejores términos la vocación tutelar de la ley suprema, a través de una necesaria y pertinente revisión del artículo 133 del texto constitucional para establecer la indispensable congruencia entre la antigua fórmula que aún figura en éste y la renovada expresión del artículo 1o. reformado. Nos hubiéramos ahorrado interpretaciones discordantes y decisiones contrapuestas. Quede para otra etapa de la reforma constitucional mexicana —que ciertamente no se ha agotado— la revisión de textos a la luz de conceptos que rigen su alcance común y necesario (García Ramírez y Morales Sánchez, 2023, pp. 242 y ss.).

En efecto, la idea general que ha presidido la reforma constitucional se deposita en el nuevo artículo 1o., que ha entrado en colisión —o por lo menos en tensión— con el antiguo precepto 133, abriendo el debate sobre la prevalencia de normas internas restrictivas de derechos humanos, en contienda con aquella idea general que sirve mejor y más ampliamente al proyecto tutelar a través del imperativo *pro persona*.

En todo caso, la incorporación del orden jurídico convencional de los derechos humanos aporta una de las más notables y eficaces características del nuevo orden constitucional americano. Es evidente que varias constituciones latinoamericanas de nuevo cuño y no pocas reformas al constitucionalismo latinoamericano de la época más reciente han incorporado un extenso espacio de protección para los derechos y las libertades del individuo, acogiendo con fuerza los imperativos de tratados internacionales, incluso con preferencia a las disposiciones internas. Esta idea adquiere mayor fortaleza todavía si se entiende que las normas del DIDH forman parte de lo que solemos denominar “bloque de constitucionalidad”, expresión de origen francés y de-

sarrollo amplio en otras latitudes que en nuestros conceptos vigentes —obra de la jurisprudencia— se recoge como “parámetro de regularidad constitucional” (Astudillo Reyes, 2014, pp. 366 y ss).

Una vez establecidos la presencia y el alcance del nuevo derecho internacional —o supranacional— convencional, conviene regresar al origen doméstico del control de juridicidad, al que me referí en líneas precedentes. Ese origen se halla en el control de constitucionalidad, ya mencionado, que procura el pleno imperio de las normas constitucionales, guía de las nacionales en todas sus vertientes. El Estado de derecho pretende asegurar la supremacía constitucional, tema diferente del que cubre el control de convencionalidad, ocupado en la forja de un *ius commune* internacional.

En nuestro orden jurídico se pretende consolidar la supremacía de las normas constitucionales —a través del control de constitucionalidad con su propia regulación procesal— porque no se debe confundir con las reglas características del control de convencionalidad, aunque existe cercanía entre ambos medios del control de juridicidad. Los partidarios de la consolidación por una sola vía procesal han procurado obtenerla a través del juicio de amparo, nuestra institución más notable, y por medio de los procedimientos de reciente ingreso en el sistema jurídico mexicano, como son las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y las facultades —no jurisdiccionales— asignadas al *ombudsman* mexicano, con los que se pretende el imperio de las normas internas de mayor rango en el marco del derecho doméstico.

Para el control de constitucionalidad entran en juego las atribuciones jurisdiccionales. A juzgadores del más alto rango compete la tutela de una realidad insumisa que no se pliega fácilmente a los imperativos del Estado de derecho y la supremacía constitucional. La jurisdicción constitucional es un instrumento eficaz, muy transitado, de los cambios sociales, a través de pronunciamientos cuyo conjunto aporta diversos paisajes normativos: desde la clara ejecución de la Constitución, el desarrollo progresivo de ésta, la mutación constitucional y los cambios promovidos desde el derecho internacional (Sagües, 2016, pp. 209 y ss.; Revorio, 2009, p. 25).

Quien observa la misión contemporánea de los juzgadores, que se inscribe en el estudio del control de juridicidad, puede destacar las vertientes de esa misión y de sus protagonistas, que ya no se concretan a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, alejada de la interpretación de ésta (Montesquieu, 1980, p. 108). Hoy día, el juzgador —primordialmente los jueces de constitucionalidad y de convencionalidad— asume su propio discurso

y pronuncia sus propias palabras en el proceso jurisdiccional, que concurren a establecer el sentido de las normas provistas por el legislador, su alcance, desarrollo y actualidad. Se trata, pues, de una misión cuasilegislativa cumplida desde los más altos tribunales de una república, pero también de una región o del mundo en pleno.

Por otra parte, el juzgador se halla a media vía entre la justicia y la ley: es el “buen juez” que interpreta la norma y atiende las necesidades de la justicia. Recordemos, sólo para ilustrar esta misión del magistrado, el papel al que sirve cuando desecha la aplicación de una ley injusta —ante todo, la injusticia insoportable—, como ocurrió en los casos de los guardianes del muro de Berlín. Entonces el “buen juez” medió entre la demanda de la justicia, reclamada por Radbruch (Radbruch, 1965, pp. 178-180), y el imperativo de la disposición dictada por el Parlamento, cuya aplicación han ofrecido todos los funcionarios del Estado, entre ellos los titulares de la función jurisdiccional.

Igualmente, el juzgador se ha constituido en garante de los derechos humanos (Zaffaroni, 1996, pp. 6 y ss.) obligado a custodiar la observancia de esos derechos y rechazar violaciones o deslices. Esta función —o misión garantista— posee una presencia subrayada cuando el magistrado confronta, como lo hace a través del control de juridicidad, la disposición que está llamado a aplicar con la norma que garantiza el imperio de los derechos humanos.

Y finalmente el juzgador que ejerce el control de juridicidad custodia la observancia de la ley suprema nacional y de la norma internacional de más alto rango, y con ello evita “pasos en falso” que más tarde podrían llegar como materia de litigios al tribunal de constitucionalidad o al tribunal de convencionalidad. En consecuencia, aquél depura el quehacer de la jurisdicción, sorteando la necesidad de ir a las más elevadas instancias, internas o externas, y se constituye en un instrumento de prevención o corrección.

Hasta aquí hemos hablado, sobre todo, de un control de constitucionalidad, que es preciso complementar con la nueva vertiente de la que nos estamos ocupando: el control de convencionalidad, una figura que apareció y se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), aun cuando su desenvolvimiento no ha sido lineal ni siempre coherente, armónico, exento de zigzagueos (Sagües, 2016, p. 415). Esta fórmula de control se desarrolla a partir de la norma internacional en su dimensión convencional, aunque también puede —y debe— reflejarse en la aplicación de otras fuentes del derecho internacional, principalmente la consuetudinaria. A propósito del control de convencionalidad vale decir que el

imperio de los derechos humanos se extiende hoy día tanto al plano jurisdiccional internacional, como al nacional.

En los términos del ya invocado artículo 1o. de nuestra Constitución general de la república, recordemos que todos los funcionarios públicos se hallan sujetos a las estipulaciones tutelares de fuente internacional. Por ende, todos deben respetar, garantizar, asegurar la eficacia de esas estipulaciones. Estos deberes generales alcanzan tanto a la magistratura doméstica como a la internacional. Y destaquemos que el Estado comparece en forma unitaria en el foro internacional, dotado de una sola personalidad y sujeto a unos mismos imperativos. Por ello la doctrina del control de convencionalidad se aplica tanto a juzgadores internacionales como a magistrados domésticos. La aplicación a éstos de las normas internacionales —el derecho convencional de los derechos humanos— dotó de gran alcance y amplio significado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, de la que proviene esa doctrina que hoy goza de gran arraigo.

Una vez recogidos los anteriores conceptos acerca del control de internacionalidad y el control de juridicidad, la idea general pasó a la jurisprudencia, que habría de elaborarla con diligencia y llevarla al punto al que ha llegado su actual desarrollo. A este respecto, puedo traer a cuentas mis votos particulares en algunos casos contenciosos ante la Corte de San José, en los que aludí al control de convencionalidad. Esta fue, como ha reconocido el propio Tribunal regional, la “primera aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados” (Corte IDH, 2021, p. 5). Al respecto, véanse también García Ramírez (2022, p. 20, n. 63; 2023, pp. 121 y 122, n. 120) y Gozaíni (2021, pp. 786 y ss.)

Esa aproximación, que sería fecunda, asociada a la mencionada presencia unitaria del Estado en el foro tutelar de los derechos humanos, implicó la injerencia de los tribunales internos en la confrontación entre las normas internacionales y las disposiciones domésticas, esto es, la posibilidad y necesidad de llevar a cabo, a través de ese cotejo doméstico, un control de convencionalidad que haga luz sobre el acatamiento del orden supranacional por parte del orden interno. Una vez acreditada la pertinencia de estos conceptos, la jurisprudencia interamericana los recogió plenamente —aunque con diversas expresiones o modalidades— en el desarrollo de la doctrina del control.

La primera sentencia de la Corte IDH en la que el pleno del tribunal aplicó la doctrina del control de convencionalidad se refirió a un caso contencioso proveniente de Chile: *Almonacid Arellano*, sentencia señera que trazaría el rumbo del control. En ese caso, el Tribunal abrigó todavía algunas dudas acerca de la “nueva criatura jurisprudencial”; en efecto, aludió a “una especie de control de convencionalidad” (Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 2006, párr. 124), sin afirmar, de manera cierta, la existencia de esta figura y la idoneidad del término con que la recibió el Tribunal. Pronto se acreditaría la bondad de la figura y se avanzaría en el camino de su desempeño y desarrollo.

En el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*, la Corte Interamericana dio pasos adelante que conviene examinar de nueva cuenta y ponderar en todo su alcance y valía. En efecto, sostuvo que la función de control corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado que lo ejerce, y afirmó, con diversas expresiones, que esa función se deposita en juzgadores que tengan competencia para ejercerla y se despliega a través de procedimientos específicos que legitimen su aplicación (Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, 2006, párr. 128). De esta suerte, el orden internacional de los derechos humanos reafirmó el principio de legalidad que acredita el buen desempeño de la función judicial del Estado en la tarea que necesariamente le compete, fuera de cualquier tentación de discrecionalidad o alteración del régimen de competencias y de la vía para ejercer éstas.

Me parece indispensable insistir nuevamente en la naturaleza jurídica propia del control, que determina el carácter del órgano que lo ejerce y que no puede quedar a merced de un voluntarismo judicial o administrativo que afectaría el sistema de garantías. El control no es mero acatamiento de normas que obligan a todos los órganos y agentes del Estado: es potestad de confrontar cierta disposición (regularmente del orden internacional) con otra disposición (normalmente del orden doméstico) para acreditar la legitimidad de ésta a la luz de aquella (García Ramírez, 2023, p. 97). Este ejercicio de confrontación implica el análisis de ambas disposiciones —la de control y la controlada— por parte de un órgano del poder público legitimado para llevar adelante ese análisis y resolver con imperio acerca del control y sus consecuencias; en otros términos, la confrontación se sustenta en una potestad típicamente judicial (dirime una controversia) que desemboca en un pronunciamiento del mismo carácter.

Así las cosas, el control implica regulación, requiere la existencia y el cotejo entre normas de diverso rango y supone, a título de desembocadura, una decisión (típicamente jurisdiccional) que asigna a cada norma confrontada el valor que le corresponde y culmina en una declaratoria de prevalencia (como acontece en la confrontación entre normas sujetas a tensión o colisión); dicho de otra forma: es planteamiento, estudio y decisión de una controversia. En estos casos, la contienda o el litigio se plantean entre una disposición internacional y otra de carácter doméstico.

La Corte Interamericana ha trabajado en la caracterización del control, como ocurrió en la decisión del *Caso Gelman*. Dijo entonces el Tribunal regional que el control es una “institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal” (*Caso Gelman vs. Uruguay*, 2013, párr. 65). Por supuesto, es certera esta caracterización aportada por el propio Tribunal de San José. Sin perjuicio del reconocimiento que merece, estimo necesario ir más allá de los términos acuñados en el caso *Gelman* para establecer los rasgos más característicos del control y contribuir a fijar el perfil de éste.

En esta línea he afirmado en diversas ocasiones la necesidad de avanzar en la caracterización del control de convencionalidad, tomando en cuenta sus fines y consecuencias, la forma en que aparece y “juega” en el escenario de la confrontación. De ahí mi punto de vista en el sentido de que el control de convencionalidad “entraña un procedimiento y un ejercicio de armonización o congruencia entre los órdenes jurídicos nacional e internacional, que se ejerce en este mismo doble plano, posee efectos vinculantes y sirve a diversos propósitos que benefician al individuo —destinatario del DIDH y del derecho interno de esta materia— y consolidan el sistema internacional de protección” (García Ramírez, 2023, p. 116).

Considero que el primer propósito al que sirven la idea y la práctica del control de convencionalidad es la mejor tutela de los derechos y libertades del individuo a través de disposiciones de doble fuente: nacional e internacional. Entre las finalidades del control figura igualmente la integridad y la eficaz operación del sistema internacional de protección, de manera que mejore al nacional, especialmente en su dimensión interamericana.

Otro objetivo del control (que debemos tomar en cuenta al tiempo de distinguir entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad) es la elaboración del *jus commune* interamericano, finalidad ajena al control

de constitucionalidad. Asimismo, el control de convencionalidad se propone atender el deber de garantía que compete a los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Por último, existe un objetivo político del control de convencionalidad ejercido por tribunales internos: depuración doméstica de los actos del Estado, que evita la necesidad de acudir ante instancias internacionales, con todo lo que ello implica.

La subordinación de los jueces, como de otras autoridades, al mandato de la ley entraña el reconocimiento de un derecho básico del individuo, al que rotulamos como principio de legalidad, inserto en la CADH (22/11/1969, art. 9). No viene al caso, pues, la discrecionalidad judicial que imperó en otro tiempo tanto para sustentar las atribuciones del juzgador como para guiar el procedimiento que éste sigue en el ejercicio del control. En otras palabras, competencia y procedimiento se presentan al amparo de la legalidad; de lo contrario, se vulneraría un derecho del solicitante de justicia.

La aplicación —indispensable, a mi juicio— del principio de legalidad a la figura del control de carácter jurisdiccional trae consigo una doble consecuencia primordial, entre otras: primero, la atribución de competencia específica (competencia de control) al juzgador que lo ejerce, y segundo, la determinación de un procedimiento para el ejercicio del control. Ocurre, pues, lo mismo que en el plano judicial ordinario: la ley determina la competencia del magistrado y organiza el procedimiento para el despliegue judicial; ni aquélla ni éste se hallan solamente en manos del propio juzgador. Así lo ha considerado la Corte de San José cuando asegura que los juzgadores deben ejercer el control “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, 2006, párr. 128).

Por supuesto, no basta la atribución al juzgador de facultades jurisdiccionales (al penal, potestad de conocer y sancionar, por ejemplo), sino que se requiere la previsión de facultades de control que van más allá de la competencia genérica de un juzgador. Tampoco es suficiente —ni sería eficaz— el trámite del control a través del procedimiento asignado a otras cuestiones (por ejemplo, el procedimiento del juicio de amparo); se necesita un procedimiento especial atento a los motivos, las características y los efectos del control de convencionalidad. Desde luego, también es indispensable establecer las consecuencias del control: sean la inaplicación o la expulsión de una norma inconvencional.

Es relevante, tanto para fines teóricos como prácticos, resolver previo cuidadoso examen uno de los temas de mayor complejidad y relevancia para la doctrina del control y su aplicación efectiva, cuestión que ha recibido diversas respuestas. Aludo a la legitimación para ejercer el control, tomando en cuenta la naturaleza de éste y los fines a los que sirve. En el estudio y la aplicación de esta materia hay diferentes pareceres. Expondré el mío, atento a la naturaleza del control de convencionalidad y a los primeros pronunciamientos de la Corte Interamericana, que a mi juicio conservan la validez de la que los revistió este Tribunal.

En suma, si recapitulamos sobre el control de convencionalidad llegaremos a la conclusión —que he mencionado en este trabajo, *supra*, y en otros textos— de que: *a)* es preciso retener esta atribución en manos de juzgadores; *b)* éstos deben ejercer el control al amparo de normas en que se les confiera dicha atribución, que no son las disposiciones generales en materia de competencia; y *c)* es preciso ejercer el control en los términos de una regulación procesal específica (García Ramírez, 2022, p. 23).

Recordé *supra* que la Corte de San José reconoció en sus primeros pronunciamientos (así, *Almonacid Arellano*) colegiados o individuales, que el ejercicio del control compete, conforme a la naturaleza misma de esta figura procesal, a los órganos jurisdiccionales. Esta apreciación no se conservaría en sentencias posteriores.

La primera variación ocurrió en el caso *Cabrera Montiel*, que ensanchó notablemente la legitimación al decir que el control puede recaer en “jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 2010, párr. 225). Si tomamos en cuenta la caracterización lata de estos órganos vinculados, ingresarán en la relación correspondiente centenares o millares de funcionarios, que carecen de atribuciones judiciales, pero realizan tareas auxiliares vinculadas a aquéllas, como son los casos de los secretarios y actuarios, e incluso de los integrantes de cuerpos policiales (Alcalá-Zamora y Castillo, 1966, pp. 47 y ss.).

Una nueva ampliación, que marcó distancia con respecto al quehacer jurisdiccional, llegó en la sentencia del *Caso Gelman*. Ésta entendió que el control de convencionalidad es “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (Caso Gelman vs. Uruguay, 2011, párr. 239). Así las cosas, se atribuye misión controladora a otros millares de agentes o funcionarios, entre ellos quienes se desempeñan en los poderes legislativo y ejecutivo,

así como en órganos estatales de cualquier naturaleza. Esta extensión, que no comparto, se ha instalado firmemente en la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana. Ya he dicho que todos los agentes del Estado deben acatar las normas internacionales —como dispone el artículo 1o. de la Constitución mexicana—, pero el acatamiento —que es subordinación— no implica necesariamente el ejercicio de facultades de control.

Me limitaré a agregar algunos comentarios en torno al tema que estamos analizando. Uno de aquéllos tiene que ver con el principio de subsidiaridad o complementariedad que rige la relación entre órganos domésticos e instancias internacionales (Ramos Vázquez, 2021a, pp. 87 y ss.). Esto provee un “control de convencionalidad dinámico y subsidiario de las obligaciones internacionales de los Estados de respeto y garantía de los derechos humanos” (Ramos Vázquez, 2021b, p. 1019). Se fortalece la tutela provista por el Estado (obligado primordial) con el aporte de la tutela que provee la instancia internacional (complementaria de aquélla).

También es pertinente analizar y resolver el sistema de control de juridicidad que operará en materia de convencionalidad, utilizando para ello referencias del control de constitucionalidad, como son las relativas a los modelos generalmente aceptados para la aplicación de éste: concentrado o difuso. Con acierto, la Corte IDH no se ha pronunciado en favor de uno de estos modelos y con exclusión del otro —aunque sea evidente su preferencia por el difuso (Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, 2014, párr. 124; Caballero Ochoa, 2013, p. 85; Serna de la Garza, 2012, pp. 281 y ss.)—, sino que ha dejado el punto a la decisión que convenga a los propios Estados, que podrán decidir en función de su experiencia, tradición judicial, capacidad judicial y administrativa, etcétera.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá-Zamora y Castillo, N. (1966). *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho procesal*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Derecho Comparado.
- Amaya, J. A. (2017). *Control de constitucionalidad*. Astrea.
- Astudillo Reyes, C. I. (2014). *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*. Tirant lo Blanch; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Bogdandy, A. von, Morales Antonniazzi, M. y Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.) (2016). *Construcción de un ius comune en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Max Planck Institute.
- Caballero Ochoa, J. L. (2013). *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. Porrúa.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006). Corte IDH. Sentencia del 26 de septiembre, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 124. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)
- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010). Corte IDH. Sentencia del 26 de noviembre, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 225.
- Caso Gelman vs. Uruguay* (2011). Corte IDH. Sentencia de 24 de febrero, fondo y reparaciones, párr. 239. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)
- Caso Gelman vs. Uruguay* (2013). Corte IDH. Resolución del 20 de marzo, supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 65. [https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman\\_20\\_03\\_13.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf)
- Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (2014). Corte IDH. Sentencia del 30 de enero, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 124. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_276\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf)
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006). Corte IDH. Sentencia de 24 de noviembre, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 128. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)
- Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 7, Control de Convencionalidad* (2021). Corte IDH. [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7\\_2021.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7_2021.pdf)
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En M. Carbonell Sánchez y P. Salazar Ugarte (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (pp. 339-429). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Fix-Zamudio, H. (1984). La Constitución y su defensa (Ponencia general). En H. Fix-Zamudio, J. R. A. Vanossi, P. F. Ubertone, P. de Vega García, J. A. da Silva, L. C. SÁCHICA, C. E. Schwarz, A. Shapira, G. M. Armienta Calderón, F. J. Flores García, J. Campinos, H. R. Horn, H. Gross Espiell, y J. M. García Laguardia, *La Constitución y su defensa* (pp. 11-85). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Fix-Zamudio, H. y Valencia Carmona, S. (2017). *Derecho constitucional mexicano y comparado* (9a. ed.). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Porrúa.
- García Belaunde, D. (2001). *Derecho procesal constitucional*. Temis.
- García Ramírez, S. (2002). *Temas de Derecho*. Universidad Autónoma del Estado de México; Universidad Nacional Autónoma de México, Seminario de Cultura Mexicana.
- García Ramírez, S. (2006). *Poder Judicial y Ministerio Público* (3a. ed.). Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- García Ramírez, S. (2018). *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. Porrúa.
- García Ramírez, S. (2020). *Derechos humanos y tratados internacionales*. Universidad Nacional Autónoma de México, Seminario de Cultura Mexicana.
- García Ramírez, S. (2022). *Derechos Humanos y Justicia Penal*. Porrúa.
- García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J. (2023). *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos* (6a. ed.). Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- García Ramírez, S. (2023). *Control jurisdiccional de convencionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho; Porrúa.
- Gozáini, O. (2021). Valor definitivo de las sentencias. En C. Astudillo y S. García Ramírez (Coords.), *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización, funcionamiento y transcendencia* (pp. 777-792). Tirant lo Blanch.
- Montesquieu (1980). *Del espíritu de las leyes* (N. Estévez, Trad.). Porrúa.
- Morales Sánchez, J. (2022). Prospectiva del control de convencionalidad en el sistema interamericano y su proyección nacional. En G. Zepeda Lecuona, M. Guillermo, E. Franco Martín del Campo, y P. Salazar Ugarte (Coords.), *Aportes de Sergio García Ramírez al Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (vol. II., pp. 131-156). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; El Colegio de Jalisco.

- Radbruch, G. (1965). *Introducción a la Filosofía del Derecho* (3a., ed.; W. Roces, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Ramos Vázquez, E. (2021a). *La doctrina del control de convencionalidad. Del pluralismo normativo a la trascendencia de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porrúa.
- Ramos Vázquez, E. (2021b). Origen y desarrollo jurisprudencial de la doctrina del control de convencionalidad. En C. Astudillo y S. García Ramírez (Coords.), *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización, funcionamiento y trascendencia* (pp. 1003-1024). Tirant lo Blanch.
- Ramos Vázquez, E. (2022). Control de convencionalidad y trascendencia de la jurisprudencia interamericana. En G. Zepeda Lecuona, M. E. Franco Martín del Campo, y P. Salazar Ugarte (Coords.), *Aportes de Sergio García Ramírez al Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (vol. II., pp. 187-206). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; El Colegio de Jalisco.
- Revorio, F. J. (2009). *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*. Porrúa; IMDPC.
- Roussel Siri, A. (2022). El control de convencionalidad: una herramienta multifacética en permanente expansión. En G. Zepeda Lecuona, M. E. Franco Martín del Campo, y P. Salazar Ugarte (Coords.), *Aportes de Sergio García Ramírez al Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (vol. II., pp. 207-225). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; El Colegio de Jalisco.
- Sagües, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales.
- Schwarz, C. E. (1984). La Constitución de Estados Unidos y su defensa (Examen general y análisis crítico). En H. Fix-Zamudio, J. R. A. Vanossi, P. F. Ubertone, P. de Vega García, J. A. da Silva, L. C. Sáchica, C. E. Schwarz, A. Shapira, G. M. Armienta Calderón, F. J. Flores García, J. Campinos, H. R. Horn, H. Gross Espiell, y J. M. García Laguardia, *La Constitución y su defensa* (pp. 375-431). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Serna de la Garza, J. M. (2012). *Impacto e implicaciones de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Zaffaroni, E. R. (1996). La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central. La independencia del juez. En E. R. Zaffaroni y K. Madlener (Coords.), *La justicia como garante de los derechos humanos: La independencia del juez* (pp. 5-37). Unión Europea; Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

# Paraísos fiscales y el desvío del dinero público en México

## *Tax havens and the diversion of public money in Mexico*

Gabriela RÍOS GRANADOS

 <https://orcid.org/0000-0002-9782-6989>

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Correo electrónico: gabriela.rios@unam.mx

**RECIBIDO:** 8 de febrero de 2023

**ACEPTADO:** 2 de octubre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18564>

**RESUMEN:** Este artículo nace de la necesidad de comprender el nexo que existe en México entre el desvío del dinero público y los paraísos fiscales. Es una primera aproximación en la que se analizan temas interconectados y que, en la actualidad, la legislación mexicana no tiene una resolución en conjunto. Temas como corrupción, empresas fantasma, paraísos fiscales, planeaciones fiscales agresivas, esquemas reportables e intermediarios, se esbozan en este artículo cuyo hilo conductor es seguir la huella del dinero público hasta llegar a los paraísos fiscales. Una de las primeras hipótesis de este artículo es que debe confeccionar un entramado jurídico, social y político que sea espejo del entramado delictivo de las operaciones para desviar el dinero público a paraísos fiscales.

**Palabras clave:** mundo *offshore*, paraísos fiscales, regímenes fiscales preferentes, corrupción sistémica, impuesto sobre la renta, secreto fiscal, secreto profesional, transparencia fiscal, planeaciones fiscales agresivas, esquemas reportables, promotores, intermediarios, cooperación internacional fiscal.

**ABSTRACT:** This paper was born from the need to understand the link that exists in Mexico between the diversion of public money and tax havens. It is a first approach in which interconnected issues are analyzed and that, currently, Mexican legislation does not have a joint resolution. Topics such as corruption, shell companies, tax havens, aggressive tax planning, reportable schemes and intermediaries are outlined in this paper whose common thread is to follow the trail of public money until it reaches tax havens. One of the first hypotheses of this paper is that a legal, social and political framework must be created that mirrors the criminal network of operations to divert public money to tax havens.

**Keywords:** offshore world, tax havens, preferential tax regimes, systemic corruption, income tax, tax secret, professional secret, fiscal transparency, aggressive tax planning, reportable schemes, promoters, intermediaries, international tax cooperation.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *El tamaño del problema.* III. *Desvío de dinero público igual a corrupción.* IV. *¿Cómo se define un paraíso fiscal?* V. *¿Cuáles son las características de los paraísos fiscales?* VI. *¿Cuáles son las señas o rasgos distintivos de las posibles planeaciones fiscales agresivas?* VII. *¿Cuáles son los esquemas re-  
portables?* VIII. *Los intermediarios.* IX. *Soluciones globales a perjuicios globales.*  
X. *Conclusiones.* XI. *Bibliografía.*

*Para Milena, mi hija, en busca de estar en un mejor mundo.*

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy los paraísos fiscales están en el corazón de la economía mundial, desde donde han extendido sus serpeantes tentáculos[...]

Nicholas SHAXSON

Con esta frase contundente he querido comenzar el presente artículo, porque, a pesar de haber sido escrita hace doce años, no pierde vigencia. Por el contrario, en una economía mundial golpeada por el confinamiento debido a la pandemia de COVID-19, los paraísos fiscales siguen en pleno auge, y quizá con mayores justificaciones por parte de los grandes planeadores fiscales.<sup>1</sup>

De tal suerte que, tal como lo hemos indicado en otra parte (Ríos Granados, 2019, p. 3), el Estado tiene el más alto deber de custodiar y ser el guardián del dinero público con el propósito de ser retornado a los particulares en la provisión de bienes y servicios, mismos que se constituyen en testigos del buen ejercicio del gasto público. Y si el particular no ve dicho retorno, esto influye de manera crucial en su moral tributaria, desmoronando el cumplimiento del pago de contribuciones. En este sentido, Rita de la Feria (2022, p. 3) ha escrito:

---

<sup>1</sup> Se ha documentado que las “Big 4” son las mismas firmas que auditan impuestos, que son Deloitte, PWC, KPMG y EY; y que, al mismo tiempo, son las grandes cabilderas para modificar leyes, en particular las fiscales con el propósito de generar planeaciones fiscales para sus clientes. Para el tema de auditoría véase el artículo de Toscano Moctezuma y García Bernau (2011).

who gains, who loses? - there is now extensive and robust evidence in social psychology, going back decades, which indicates that overall feelings of fairness and social satisfaction are not just based on outcomes, but also on the process or procedures through which these outcomes are derived.<sup>2</sup>

Es importante mencionar que este artículo forma parte de una investigación individual referida al control del gasto público, y nace de la necesidad de entender y comprender el vínculo indiscutible<sup>3</sup> entre el desvío del dinero público mexicano hacia paraísos fiscales.<sup>4</sup> Al igual que la investigación realizada en el libro de *El control del gasto público*, este artículo esbozará de una manera panorámica varios temas que están engarzados, lo que nos proporcionará una plataforma para avanzar de forma más detallada en subsecuentes investigaciones.

Como hemos visto en mi libro sobre el control del gasto público, en México todavía estamos en pañales en esta materia. Gracias a descubrimientos de periodismo de investigación, en el sexenio pasado se dio a conocer la manera de operar del Estado con “empresas fantasma”<sup>5</sup> y “con simulación de operaciones inexistentes” para desviar el dinero público. Entre otros, en mi investigación se mostró este fenómeno con el caso de Javier Duarte Ochoa, en Veracruz. En el libro ilustré, con base en la literatura, la forma de operar en este desvío de dinero público (Ríos Granados, 2019, pp. 14 y 15).

---

<sup>2</sup> “¿Quién gana y quién pierde? Actualmente existe evidencia extensa y sólida en psicología social, que se remonta a décadas atrás, que indica que los sentimientos generales de justicia y satisfacción social no se basan sólo en los resultados, sino también en el proceso o procedimientos a través de los cuales se derivan estos resultados” (traducción libre).

<sup>3</sup> Y decimos “indiscutible” porque en algún lado debe caer el dinero desviado de las arcas públicas, amén de gastarse en otras cuestiones como en el caso del gobernador de Veracruz, Javier Duarte, ampliamente documentado por el periodismo de investigación.

<sup>4</sup> En este sentido, encontramos varios artículos especializados que han buscado analizar la relación existente entre los paraísos fiscales, lavado de activos y defraudación fiscal. Aunque la perspectiva es distinta, el común denominador de estos estudios con el nuestro es encontrar y analizar el vínculo de las actividades ilícitas, como pueden ser desvío del dinero público (corrupción), la defraudación fiscal o el lavado de dinero con los paraísos fiscales, es decir, todas son actividades fuera de la ley, vinculadas o relacionadas con los paraísos fiscales. Al respecto, véase a De la Torre Lascano (2017, pp. 13-36). También es menester señalar que existen pocos estudios con la misma mirada que el nuestro; véase, por ejemplo, Macías Chuto (2019).

<sup>5</sup> También famosas como compañías de fachada o de portafolio; en inglés, *shell Company* (De la Torre Lascano, 2017, p. 23).

El desvío del dinero público mediante operaciones simuladas —y su posterior envío a paraísos fiscales— es un tema de suma actualidad, porque merma las capacidades del Estado de otorgar y proteger derechos fundamentales de las personas. El desvío del dinero público puede operar de diversas formas tal como quedó plasmado en mi libro. De tal suerte que, para evitar la irregularidad del ejercicio del dinero público, se debe confeccionar un entramado jurídico, social y político que sea espejo del entramado delictivo de estas operaciones ilícitas. Ésta es una de nuestras primeras hipótesis en este artículo.

Es así que resulta necesaria una investigación académica para seguir bordando sobre el desarrollo de controles fuertes del gasto público ante la pobreza de estos en México. Y como lo hemos visto en el trabajo anterior, los controles sirven para evitar el “ejercicio irregular del gasto público”,<sup>6</sup> los cuales se basan en las estimaciones de riesgos. Por eso, en este artículo se advertirá la perspectiva fiscal con la que se ha tratado de evitar la simulación de operaciones para desviar el dinero público.

Al ser un gran engranaje que implica la participación de varios actores con incontables operaciones —lo que, a su vez, involucra un sinnúmero de acciones, políticas y responsabilidades articuladas— es necesario analizar a cada uno de los ejecutantes y sus acciones. En estas circunstancias, sin lugar a duda, el intermediario, ya sea contador o abogado fiscalista, debe tener una responsabilidad —administrativa, civil o penal— por crear, innovar e implementar las operaciones que desvíen el dinero público a paraísos fiscales. En este mismo sentido, el servidor público que desvía el dinero también, como lo he indicado anteriormente, debe tener una responsabilidad directa e inmediata en estas actividades ilícitas. Se debe identificar a las personas que realizan estas operaciones. Siempre habrá alguien detrás.

Una segunda hipótesis de esta investigación se refiere a que hay una gran telaraña sobre la que está construida la operación para desviar dinero público a paraísos fiscales. Es por ello que las autoridades fiscalizadoras en México requieren entrelazar sus esfuerzos. A nivel federal estamos pensando principalmente en la Auditoría Superior de la Federación (ASF), el Servicio de Administración Tributaria (SAT), la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Instituto Nacional Electoral (INE). Con estas tres agencias estatales auditoras enlazadas y la Unidad

---

<sup>6</sup> Francia ha desarrollado ampliamente el concepto de “control de la regularidad de las finanzas públicas”, el cual hemos estudiado en Ríos Granados (2019).

de Inteligencia Financiera donde fluya la información será un primer gran avance a nivel nacional, pero hay que seguirle la pista al dinero a nivel internacional y aquí es donde toma relevancia el plan anti-Erosión de la Base Gravable y transferencia de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés) orquestado por el G20 y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

El intercambio de información tributaria, la transparencia, la revelación de operaciones riesgosas como son las planeaciones fiscales agresivas, la cooperación nacional e internacional, así como la responsabilidad de intermediarios, son pilares y piezas clave para combatir este flagelo. El método empleado en esta investigación es principalmente documental, analítico y comparado, con un enfoque interdisciplinar;<sup>7</sup> lo que nos permite tener una visión panorámica del problema al que nos estamos enfrentando como contribuyentes. Bajo esta perspectiva, también con una visión crítica, analizamos el marco jurídico tributario para reportar operaciones riesgosas.

Es importante mencionar que la mayoría de la literatura especializada se enfoca en la relación entre las planeaciones fiscales agresivas y los paraísos fiscales. Por lo tanto, esta investigación documental viene a enriquecer esta visión desde otra perspectiva y otras realidades. De tal suerte que aquí me planteo algunas preguntas de investigación: ¿qué son y para qué sirven los paraísos fiscales? ¿Cuáles son las características de los paraísos fiscales? ¿Para qué sirven los esquemas reportables incorporados en México a partir de 2020?

¿Por qué habrían de importarnos, como contribuyentes, los paraísos fiscales y su relación con el desvío de dinero público? Esta pregunta es relevante porque, por un lado, como se ha documentado ampliamente,<sup>8</sup> al existir una amplia elusión y evasión del impuesto sobre la renta (ISR) de parte de las grandes corporaciones transnacionales, los contribuyentes y los ciudadanos de a pie son las primeras personas afectadas en cuanto a la prestación de bienes y servicios públicos. Por ende, existe una mayor presión fiscal para las personas físicas contribuyentes cautivas; y aquí adquiere enorme notabilidad el adjetivo “cautivas”. Es decir, si atendemos a la primera acepción gra-

---

<sup>7</sup> Indicamos que es “interdisciplinar” porque nos auxiliamos de literatura diversa como la periodística, científica, política y la jurídica.

<sup>8</sup> Existen interesantísimos documentales que dan vista de la situación tan alarmante en la que vivimos, tales como: *The spider's web: Britain's Second Empire* (Oswald, 2017); *The tax free tour* (Meerman, 2013); *The code of capital: how the law creates wealth* (Pistor, 2019), entre otros.

matical de la Real Academia Española (s. f.), *cautivo* se refiere a “una persona: Hecha prisionera en la guerra”; aunque también es usado como sustantivo, “referido especialmente al cristiano apresado por los infieles”. Por otra parte, el diccionario de María J. Moliner Ruiz (1997, p. 561) indica:

Del lat. *Captivus* de *cápere*, coger; [...] Preso. Prisionero. Se aplica a la persona o animal retenido por fuerza en un lugar; particularmente, aplicado a animales, en lenguaje literario, o refiriéndose a los cristianos prisioneros en tierra de fieles: un pájaro cautivo. Cautivo en una mazmorra. Los cautivos de Argel.

Es decir, las personas físicas, específicamente las asalariadas, son personas contribuyentes *capturadas* y obligadas a sostener con sus contribuciones el gasto público.<sup>9</sup> Además, el desvío de dinero público mediante operaciones fraudulentas, para canalizarlo a paraísos fiscales, también perjudica el gasto público. Entonces el problema se torna muy complejo de ambos lados, esto es, del lado del ingreso tributario y del lado del gasto público.

El impuesto directo, como el ISR, afecta de forma directa al presupuesto de los contribuyentes (efecto ingreso) y, de alguna manera más enfática, a aquellos contribuyentes que reciben ingresos por salario. En términos económicos, el contribuyente es identificable plenamente. En cambio, el impuesto a personas morales (sociedades) —y más aún cuando se trata de empresas transnacionales— tiene márgenes de maniobra muy amplios, dada la diversidad de tratados internacionales que existen para evitar la doble tributación. Cuando dichos instrumentos son utilizados para evitar el doble pago de contribuciones —lo que se conoce en el derecho internacional tributario como la compra de tratados o *treaty shopping* (Almudí Cid, 2010, p. 136; Domínguez Crespo, 2010 p. 178)—, se conceden ventajas fiscales mediante estas transacciones. Esto es tan solo un ejemplo de planeaciones fiscales agresivas.

Así, del lado de los impuestos, al haber planeaciones fiscales agresivas por parte de las grandes corporaciones multinacionales, las personas de a pie podríamos decir, en específico, que las personas contribuyentes asalariadas son las que al final del día pagan más impuestos que las mencionadas multinacionales. O incluso, que pagan de manera similar a otro tipo

---

<sup>9</sup> Aquí no incorporamos a las personas que trabajan dentro de la economía informal dado que no son personas que estén dadas de alta como contribuyentes, o bien, no están registradas para cotizar en la seguridad social. También es cierto que algunas personas físicas tienen su patrimonio en paraísos fiscales.

de contribuyentes, las personas morales, que sin ser grandes multinacionales, también pueden desarrollar esquemas de planeación. Con esto se rompen, a todas luces, los principios materiales de justicia tributaria consagrados en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución federal; concretamente, el principio de capacidad contributiva y el principio de igualdad tributaria.<sup>10</sup>

Del lado del gasto público, el desvío de dinero público para fines privados es corrupción. Y la corrupción afecta a todas las personas. En consecuencia, por ambos lados hay un detrimento en las capacidades del Estado, que merman el financiamiento de los derechos fundamentales de las personas, socavan la democracia y, por lo tanto, este tema está totalmente vinculado con las planeaciones fiscales agresivas.

Así pues, en este artículo se dará una visión amplia de los mecanismos e instrumentos para paliar este flagelo, y también haremos propuestas vigorosas para que sean adoptadas en México. De tal suerte que es justo hilvanar delicadamente todos los temas que se encuentran entrelazados. Esta investigación parte de una visión periférica y satelital para, posteriormente, ir aterrizando los temas en concreto en investigaciones particulares, tal como ha sucedido con la anterior investigación que dio pie a este artículo.

## II. EL TAMAÑO DEL PROBLEMA

Los datos son contundentes en cuanto al dinero proveniente de la corrupción. De acuerdo con la Oficina de Drogas y Crímenes de Naciones Unidas, para 2007:

El flujo transfronterizo de los ingresos mundiales de las actividades delictivas, como la corrupción y la evasión fiscal, se estima entre 1 trillón y 1.6 trillones de dólares al año. El dinero corrupto asociado con los sobornos recibidos por funcionarios públicos de los países en desarrollo y en transición se estima en \$20 mil millones a \$40 mil millones por año, una cifra equivalente al 20 al 40 por ciento de los flujos de asistencia oficial para el desarrollo (AOD). (United Nations Office on Drugs and Crime, 2007, p. 1) [traducción libre]

---

<sup>10</sup> Para un estudio más profundo sobre estos principios véase a Ríos Granados y Sánchez Gil (2020, p. 17).

Estamos hablando de hace 16 años, por lo que esta cifra, sin lugar a dudas, ha aumentado. En esa misma tesitura, encontramos que en la agenda 2030 de la ONU, en los Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS), en su meta 16.4, contiene el deber global de reducir el volumen de flujo financieros ilícitos, es decir, todo aquello que comprende a los: “movimientos transfronterizos relacionados con la elusión y la evasión fiscal, los abusos regulatorios, el soborno y el robo de activos de los Estados, el blanqueo de ganancias delictivas y la financiación del terrorismo” (Real Instituto Elcano, 2022, p. 1).

En este escenario, Oxfam —una confederación conformada por un conjunto de organizaciones no gubernamentales afiliadas—<sup>11</sup> ha tenido un papel relevante en la lucha por la justicia fiscal internacional y la lucha contra los paraísos fiscales.<sup>12</sup> Y al lado de Oxfam, es importante mencionar a la Red de Justicia Fiscal<sup>13</sup> o, por sus términos en inglés, Tax Justice Network (TJN), otra red conformada por organizaciones no gubernamentales.<sup>14</sup> Am-

---

<sup>11</sup> En el portal de Oxfam internacional se menciona: “En 1995 un grupo de organizaciones no gubernamentales independientes se unió para intercambiar conocimientos y recursos, así como para aunar esfuerzos en la lucha contra la pobreza y la injusticia. Juntas formaron una fundación (“*Stichting*” en holandés): Stichting Oxfam International. Estas organizaciones eran conscientes de que al unir sus fuerzas en una confederación global podrían maximizar su eficacia, impacto y alcance. [...] Actualmente contamos con 21 organizaciones afiliadas, que se encargan de coordinar y dirigir esta lucha a través del Secretariado Oxfam Internacional. Cada organización afiliada es independiente y cuenta con sus propias áreas de actividad y trabajo. Todas aportan sus propias capacidades y experiencias a la confederación para alcanzar nuestros objetivos compartidos. La fundación les sirve como herramienta para acordar qué prioridades y objetivos tienen en común y cómo lograrlos. También fomenta y facilita la colaboración entre organizaciones afiliadas en proyectos compartidos” (Oxfam, 2022, párr. 3).

<sup>12</sup> Se ha documentado que “en 2000, sin embargo, había comenzado a surgir una agenda progresista sobre fiscalidad internacional. Esto fue evidente en el Reino Unido, donde Oxfam publicó el primer documento sobre la amenaza que representan para el desarrollo los «paraísos fiscales», estimando una pérdida de ingresos de 50,000 millones de dólares al año, y donde el entonces nuevo gobierno de Tony Blair publicó un libro blanco sobre globalización que destacaba la importancia de gravar a las multinacionales como un importante mecanismo para compartir los beneficios de la globalización entre los países ricos y pobres y para reducir la pobreza” (Real Instituto Elcano, 2022, p. 57). Afirmaba también que los centros financieros *offshore* daban cobertura a la evasión de impuestos, la fuga de capitales y el blanqueo de capitales de origen ilegal, pudiendo ser particularmente dañinos para los países en desarrollo (Real Instituto Elcano, 2022, p. 58). Finalmente, apuntaba a la transparencia como una parte importante de la solución” (Real Instituto Elcano, 2022, p. 1).

<sup>13</sup> [https://taxjustice.net/take-back-control/#taken\\_over/taken\\_over2](https://taxjustice.net/take-back-control/#taken_over/taken_over2)

<sup>14</sup> La página *web* de la Red de Justicia Fiscal (s. f.) tiene puntos destacables sobre cómo

bas organizaciones activistas han impulsado la agenda internacional en estos temas. Ahora bien, según datos de la TJN (s. f.)

Dentro de un año, nuestros gobiernos habrán perdido más de \$483 mil millones en impuestos debido al abuso de impuestos corporativos transfronterizos y la evasión de impuestos. Tax Justice Network está trabajando para reparar esta injusticia y la desigualdad que alimenta.

Por otro lado, la Unión Europea (2021) ha registrado que tiene “Las mayores pérdidas a escala mundial como consecuencia del traslado de beneficios a paraísos fiscales, y que se calcula que cada año pierde alrededor del 20% de sus ingresos procedentes del impuesto sobre sociedades” (p. 142). En este mismo sentido, se ha destacado que

según el Observatorio Fiscal de la UE, el patrimonio financiero mantenido en paraísos fiscales ascendía a 7,9 billones de euros en 2017; que este importe equivale a 18 % del producto interior bruto (PIB) mundial; que la consecuencia es una pérdida de ingresos fiscales de alrededor de 155 000, 000 000 EUR al año en todo el mundo. (Unión Europea, 2021, p. 144)

La Global Financial Integrity también ha realizado sus propias estimaciones de las salidas financieras ilícitas de países con bajos recursos. Pero, al igual que otras estimaciones, no son comprobables, porque lo que buscan estos recursos es ser opacos, no estar registrados en ninguna parte, por lo que la cuantificación de alguna manera se vuelve incierta. Además, cada una de las organizaciones cuenta con su metodología (Real Instituto Elcano, 2022, p. 1). Sin embargo, toda la numeralia aquí plasmada demuestra la preocupación constante de organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales, organismos supranacionales y países por evitar y recuperar recursos que en principio su destino debe ser financiar el gasto público para la efectiva protección de derechos humanos.

Ahora bien, de acuerdo con el informe de investigación 2016 de Oxfam, las Islas Bermudas, los Países Bajos, Irlanda y Luxemburgo, son tan solo algunos de los paraísos fiscales más ofensivos del mundo. Así, según su lista, los más agresivos listados de acuerdo con su importancia son:

---

recuperar los sistemas tributarios, el nivel de ingreso que pierden los países por las planeaciones fiscales agresivas y el detrimento que esto ocasiona en los derechos humanos.

(1) Islas Bermudas, (2) Islas Caimán, (3) Países Bajos, (4) Suiza, (5) Singapur, (6) Irlanda, (7) Luxemburgo, (8) Curazao, (9) Hong Kong, (10) Chipre, (11) Las Bahamas, (12) Jersey, (13) Barbados, (14) Mauricio e (15) Islas Vírgenes Británicas. Cuatro de los territorios identificados (Islas Caimán, Jersey, Bermudas e Islas Vírgenes Británicas) son, además, territorios que dependen del Reino Unido, a pesar de que este país no figura directamente en la lista (Oxfam, 2016, párr. 2).

Mientras tanto, la lista negra de la Unión Europea la integran los siguientes países: “Samoa Americana, Anguila, Bahamas, Fiyi, Guam, Palaos, Panamá, Samoa, Trinidad y Tobago, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes de los Estados Unidos y Vanuatu” (Consejo de la Unión Europea, 2022, párr. 2).

En tanto que para el Fondo Monetario Internacional (FMI) son los siguientes países:

Yibuti, Liberia, Mauricio, Seychelles, Tánge, Islas Cook, Guam, Hong Kong, Japón, Malasia, Macao, Islas Marianas, Islas Marshall, Estados Federados de Micronesia, Nauru, Niue, Filipinas, Singapur, Polinesia Francesa, Vanuatu, Samoa, Andorra, Campione d’Italia, Chipre, Dublín, Gibraltar, Guernsey, Isla de Man, Jersey, Liechtenstein, Londres, Luxemburgo, Madeira, Malta, Mónaco, Países Bajos, Suiza, Baréin, Israel, Líbano, Anguila, Isla Antigua, Aruba, Bahamas, Barbados, Belice, Bermudas, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Costa Rica, Dominica, Granada, Montserrat, Antillas Neerlandesas, Panamá, Puerto Rico, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Islas Turcas y Caicos, Estados Unidos, Uruguay e Indias Occidentales Británicas (FMI, 2000, tabla 1).

Como se podrá apreciar no hay una lista unívoca, porque se parte de diferentes metodologías. Ahora bien, para los efectos de esta investigación, nosotros adoptaremos la lista ofrecida por Oxfam y la legislación mexicana.

### III. DESVÍO DE DINERO PÚBLICO IGUAL A CORRUPCIÓN

Antes de abordar el tema de los paraísos fiscales es conveniente recordar el significado de la palabra *corrupción*. De acuerdo con Leslie Holmes, un experto que ha estudiado el tema desde hace muchos años, la definición

más utilizada es: “el abuso de un cargo público para obtener una ganancia privada” (Holmes, 2019, p. 20). El desvío del dinero público a paraísos fiscales es un síntoma de la captura del Estado por redes de corrupción. Por eso, nosotros consideramos que adoptar el concepto más elemental de corrupción es conveniente para este estudio, porque nos ayuda a entender este fenómeno tan complejo y que implica a muchos actores, tanto del lado público como del privado.

Holmes (2019, p. 33) considera que el concepto de corrupción es elástico y está en constante debate e interpretación. En este sentido, el abuso del cargo público por parte de los servidores públicos, al gestionar y aplicar el gasto público para obtener un beneficio privado —es decir, desviar ese dinero mediante “empresas fantasma” u otras operaciones afines como las planeaciones fiscales agresivas para destinarlas a paraísos fiscales—, es un fenómeno que se da y deriva precisamente de la falta de controles fuertes por parte del Estado y de quienes abusan de su cercanía con la gestión del dinero público. En otras palabras, es un fenómeno del ejercicio irregular del gasto público.

Por otra parte, Tina Soreide y Susan Rose-Ackerman (2017, p. 2) han identificado que la corrupción sistémica puede irrumpir las instituciones estatales incluso hasta el nivel político más alto. Por otra parte, como he dicho en mi anterior investigación, “la corrupción es un problema multifactorial” (Ríos Granados, 2019, p. XIX); esta sigue siendo la visión que mantengo a lo largo de este artículo. El abuso de un cargo público, para obtener ganancias privadas del gasto público, puede ser operado a través del desvío del dinero público a paraísos fiscales.

Así, en el mismo sentido que mi investigación anterior, el estudio de la corrupción se centrará en el ámbito del presupuesto público. Y sigo sosteniendo que en México la corrupción no está encapsulada, puesto que

es sistémica en el sentido de ser un “problema de acción colectiva” (*collective action problem*) según definición de Persson, Rothstein y Teorell; ellos centran la atención en la teoría de la acción colectiva, en la que subrayan, refiriéndose a países con un alto nivel de corrupción: “En tales contextos principalmente se asemeja a un problema de acción colectiva”. Más específicamente, parece ser un problema de coordinación, donde el equilibrio que emerge depende de las expectativas compartidas sobre el comportamiento de los demás. La implementación de reformas anticorrupción por tanto, se convierte en un problema de acción colectiva[...] La conceptualización de la corrupción sistémica como una acción colectiva

tiene implicaciones significativas en la política. Cuando los sistemas se corrompen por completo, puede haber poca o ninguna voluntad política para reformarlos (Ríos Granados, 2019, p. XX).

La visión de la corrupción vinculada con los paraísos fiscales no es novedosa, dado que es una práctica común en países como México, donde los controles del gasto público son débiles. Casos de corrupción, tanto en México como a nivel internacional, se han documentado. El más reciente que ha tocado a México ha sido el escándalo de Odebrecht, por el nivel de dádivas o *moches* que se han dado a servidores y funcionarios públicos. En México saltó a Pemex,<sup>15</sup> nuestra empresa pública petrolera. A nivel nacional se han conocido casos como la operación Safiro y Segalmex (Janine, 2022).

### **1. Empresas fantasma como vehículo para desviar dinero a paraísos fiscales**

Desde el sexenio de Enrique Peña Nieto se dieron casos alarmantes de creación de empresas fantasma,<sup>16</sup> con el objetivo de desviar dinero público con fines privados. Entre estos fines está el destinarlo a *paraísos fiscales*. Con este nombre se les conoce de manera coloquial, pero son aquellas empresas que se dedican a facturar operaciones simuladas (EFOS) mediante la emisión de facturas y que están reguladas en el artículo 69 B del Código Fiscal de la Federación (CFF). De tal suerte que

La mayoría de las veces estas empresas no tienen empleados, ni domicilio, pero cuentan con los papeles en regla ante las instancias correspondientes, como registro en Hacienda, ante la Secretaría de Economía, con actas constitutivas, etc., y lo más importante: tienen los sellos para emitir facturas por dar servicios o producir bienes que son incapaces de proveer. Son empresas que no existen físicamente y que por lo general se utilizan para cometer presuntos delitos como la evasión

---

<sup>15</sup> Algunos ejemplos del caso documentado puede leerse en Forbes (2020), Fundar (2022), The New York Times (2017), entre otros.

<sup>16</sup> La empresa fantasma se establece principalmente para cometer actos ilícitos tales como la evasión de impuestos, dado que su finalidad siempre será “simular diferentes operaciones empresariales” (Janine, 2022). Por lo tanto, su intención no será únicamente evadir impuestos, sino también ayudar a desviar fondos públicos.

de impuestos, lavado de dinero o el desvío de recursos públicos. (García Reque-  
nes, Salcedo Triana *et al.*, 2023, p. 7538)

De tal manera que la forma de operar de estas empresas les permite con-  
tratar servicios —en ocasiones intangibles<sup>17</sup>— con el sector público, con lo  
cual se facilita el desvío del dinero público. Un caso alarmante fue el expuesto  
en la “estafa maestra”, donde habían existido contratos entre empresas fan-  
tasma y universidades públicas. Para el desvío de recursos públicos mediante  
empresas fantasma se requiere de todo un entramado de personas que estén  
dispuestas a realizar conductas en aras de lograr su objetivo, tal como lo se-  
ñalan los citados autores:

requieren de toda una estructura de funcionarios corruptos que diseñen el es-  
quema para simular contrataciones para desviar el dinero, así como de múltiples  
operadores, como asesores financieros, abogados, notarios, despachos de con-  
tadores y prestanombres que lo ejecuten al más puro estilo del crimen organi-  
zado, además del contubernio de unas autoridades que permitan y favorezcan  
la impunidad y la protección de esta red de corrupción. (García Reque-  
nes *et al.*, 2023, p. 7538)

Esto refuerza lo que se ha mencionado a lo largo de este trabajo: que la  
corrupción no está encapsulada y que el desvío de fondos públicos opera  
a través de grandes redes de complicidades. De los grandes desfalcos de di-  
nero público se tiene identificado el *modus operandi* de las empresas fantasma:

Los socios o accionistas de estos esquemas usualmente son prestanombres, es de-  
cir, personas que simulan realizar operaciones financieras y asumen las obli-  
gaciones legales como si fueran suyas. [...] Los prestanombres también tienen  
características en común. Estas son las que encontramos:

- Personas de escasos recursos
- Con domicilios en zonas alejadas o inseguras
- Con empleos informales
- Sin referencias laborales ni personales
- Haber sido beneficiarios de programas sociales

---

<sup>17</sup> Entre los que se destacan “asesorías, servicios de logística, diseño de logotipos, imagen  
institucional, publicidad, estudios, etc.” (García Reque-  
nes, Salcedo Triana *et al.*, 2023, p. 7540).

- A veces sus registros aparecen con cambios en letras o números en el domicilio. (Janine, 2022)

Entre las características ya mencionadas, las autoridades tienen identificadas otras, como la fácil desaparición de dichas empresas y su localización en lugares abandonados. De tal suerte que es un hecho notorio para las autoridades la constitución de estas empresas fantasma. Sin embargo, los instrumentos legales<sup>18</sup> han sido poco efectivos para atacarlas. Desde mi punto de vista, esto se debe —entre otras cuestiones— a que no hay una comunicación inteligente y efectiva entre autoridades a todos los niveles de gobierno. En opinión de García Requesens, Salcedo Triana y otros, hay un trato desigual entre las entidades públicas y los contribuyentes:

La contratación de empresas fantasma desde las entidades públicas puede constituir faltas administrativas graves y no graves establecidas en la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, tales como los delitos relacionados con la corrupción: cohecho, peculado, utilización indebida de la información y actuación bajo conflicto de interés. Pero el gran reto sigue siendo la falta de investigaciones internas en la administración pública que concluyan en sanciones efectivas y prevengan los actos relacionados con la corrupción. La falta de voluntad en la administración pública para implementar medidas efectivas que prevengan la contratación de empresas fantasmas, desde que inicia el proceso de contratación de servicios y/o adquisiciones y hasta que concluye el último pago al proveedor. (García Requesens et al., 2023, p. 7548)

A pesar de que el problema está identificado, las empresas fantasma, usadas como un vehículo para desviar fondos públicos, va en aumento. Las herramientas jurídicas han sido ineficaces e ineficientes, pues sólo se han decantado por la visión fiscal (CFF); sin embargo, el problema se debe atacar con otros instrumentos y con una perspectiva más amplia. Así lo señalan los autores citados, lo evidente sería comenzar con evitar la contratación de empresas fantasma. Mientras sigan existiendo dichas empresas, sin lugar a duda, ese será el vehículo más efectivo para transferir dinero público a los paraísos fiscales.

---

<sup>18</sup> A partir de 2014, se incorporó en el CFF el artículo 69 Bis, que ataca estas empresas, además de la publicación de las listas negras de los contribuyentes no localizados.

#### IV. ¿CÓMO SE DEFINE UN PARAÍSO FISCAL?

Así como la palabra corrupción no tiene una definición uniforme, en el caso del paraíso fiscal sucede exactamente lo mismo. Nicholas Shaxson (2014, p. 33) ofrece una definición amplia: “lugar que procura atraer negocios ofreciendo instalaciones políticamente estables que ayudan a personas o entidades a eludir reglas, leyes y regulaciones establecidas en otras jurisdicciones”. Más adelante, añade: “El propósito de estos lugares consiste en ofrecer vías de escape a las obligaciones que derivan de vivir en una sociedad obteniendo beneficios de ella: impuestos, regulación financiera responsable, legislación penal, derecho hereditario, etc.” (Shaxson, 2014, p. 33).

Además, Shaxson (2014, p. 33) critica la utilización del término “paraíso fiscal”, porque indica, en otras palabras, que no solamente podría considerarse un paraíso libre de impuestos, sino que va más allá. Estos lugares guardan la confidencialidad de datos relevantes; también permite sustraerse a las regulaciones aplicadas en otras jurisdicciones, en las cuales precisamente habita la población mundial. En este mismo sentido, encontramos a autores (Lombardero Expósito, 2009; Mallada Fernández, 2012; Paredes Gázquez et al., 2014) que han subrayado la incorrecta utilización de los vocablos al español “paraísos fiscales” al traducir incorrectamente el inglés “*tax haven*”. Porque el término de paraíso fiscal provendría de *tax heaven*, y no de *tax haven*. La traducción literal *tax haven* es refugio fiscal. Sin embargo, la expresión “paraíso fiscal” ya ha adquirido una carta de naturalización en el ambiente tributario internacional, y esta acepción es la que ocupamos en esta investigación. También es necesario comentar que, para efectos de este artículo, la visión del paraíso fiscal no es positiva, aunque ha de reconocerse que en el “mercado tributario”<sup>19</sup> hay de paraísos fiscales a paraísos fiscales, es decir, unos más ofensivos que otros.

Por su parte, Hernández Viguera (2009, p. 8) ha precisado que “se denomina paraísos fiscales a ciertos países y territorios que han desarrollado una importante actividad financiera realizada por no residentes, atraídos por sus ventajas fiscales, legislativas y de funcionamiento para el negocio bancario y financiero”.

A los paraísos fiscales también se les conoce por su nombre técnico en un lenguaje jurídico como Centros Financieros *Offshore* (OFC, por sus siglas

---

<sup>19</sup> Un término acuñado por Gabriel Casado Ollero.

en inglés). Para De la Torre Lascano (2017, p. 19), el paraíso fiscal es aquel lugar que cautiva a inversionistas extranjeros por el trato fiscal preferente que reciben. De este modo, concluye que

los paraísos fiscales generalmente son utilizados para ejecutar actividades económicas, especialmente en torno al sector bancario, mediante la aplicación de diversos instrumentos financieros en muchos casos o simplemente en el desarrollo de sus actividades inherentes al *core* del negocio. Debido a sus peculiares características son considerados como territorios de competencia fiscal perjudicial y, potencialmente, como centros de blanqueo permanente, especialmente por la opacidad que les caracteriza, escasa o casi nula disposición al intercambio y entrega de información. (De la Torre Lascano, 2017, p. 30)

En esta tesitura, encontramos varias definiciones<sup>20</sup> que coinciden en señalar que se da un trato privilegiado a ciertos países, multinacionales, o actividades extranjeras frente a los residentes permanentes, con la única finalidad de captar inversión y capital.

Aclarado lo anterior, es importante distinguir entre paraísos fiscales y sociedades o territorios *offshore*. Así, para algunos autores, “existen territorios que establecen ventajas fiscales traducidas en tipos bajos de imposición a ciertas clases de sociedades que realicen operaciones por no residentes en el exterior” (Salto van der Laet, 2000, p. 9).

En este punto es importante citar a Eduardo A. Fabián Caparrós quien indica con mucha precisión:

la idea de *tax heaven* es, ante todo, relativa: el presunto beneficio fiscal de un determinado territorio sólo se podrá apreciar si procedemos a compararlo con la situación existente en otra zona de referencia, lo que nos permitirá sacar conclusiones en función del contexto económico considerado (tributación sobre la renta y/o patrimonio, etc.), o en función de los sujetos intervinientes en tales actividades (personas naturales o jurídicas, sociedades mercantiles, fundaciones, etc.). En suma, cualquier país o región puede ser, de algún modo, un paraíso fiscal respecto de los países o regiones de su entorno. (Caparrós, citado por De la Torre Lascano, 2017, p. 29)

---

<sup>20</sup> En este sentido, véase Chávez Chávez (2014, p. 15).

Se ha documentado ampliamente que países como Gran Bretaña y Estados Unidos tienen sus propios paraísos fiscales. Y estos dos países son los que han alimentado la proliferación de los mismos para sus oscuros beneficiarios; por lo que existe una doble moral de sus dirigentes y mandatarios.

## V. ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS PARAÍDOS FISCALES?

Para Shaxson (2014, pp. 27-28), las características de los paraísos fiscales, desde un punto de vista periodístico, son brindar “servicios secretos y corrupción a elites no residentes”. Los paraísos fiscales sirven a la corrupción. Entre las características destacables, este autor indica: la baja imposición; la confidencialidad o el secreto bancario; la falta de intercambio de información; la exclusión de las economías locales a este tipo de beneficios; la comparación entre los servicios financieros locales con la economía del propio lugar; la negación de los voceros de los paraísos fiscales de ser paraísos; y, quizá la más importante, la política local, que es atrapada por los servicios financieros (Shaxson, 2014, p. 35).

Por otra parte, De la Feria expresa que los países con menos ventajas comparativas para invertir terminan abdicando sobre su derecho a la imposición, de tal suerte que ofrecen:

Offering lower rates, narrower tax bases, preferential tax regimes, or tax holidays; those with more comparative advantages, and less dependent on individual FDI, will tend to abdicate less. For countries with less comparative advantages, therefore, tax sovereignty is often little more than illusory: big multinationals can demand corporate tax concessions in exchange for FDI, countries with less competitive advantages, typically developing countries, will feel pressured to concede. (De la Feria, 2022, p. 7)<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> “Ofreciendo tasas de interés, bases imponibles más estrechas, regímenes fiscales preferentes o vacaciones fiscales; aquellos con más ventajas comparativas y menos dependientes de la FDI individual, tenderán a abdicar menos. Por lo tanto, para los países con menos ventajas comparativas, la soberanía fiscal es a menudo poco más que ilusoria: las grandes multinacionales pueden exigir concesiones fiscales corporativas a cambio de la FDI, los países con menos ventajas competitivas, típicamente los países en desarrollo se sentirán presionados a ceder” (traducción libre).

Varios autores (Hernández Viguera, 2006, p. 21; Ramírez Salazar, 2015, p. 7) coinciden en señalar que las características son:

- Desarrollo de actividades *offshore* como la financiación.
- Las ventajas son destinadas a no residentes.
- “Innovaciones que sin moverse de casa permiten realizar compras y ventas de acciones, bonos, concertar préstamos y seguros y operar con los diversos productos financieros con mayor rentabilidad porque evitan el pago de impuestos” (Hernández Viguera, 2006, p. 21).
- Reducciones, aminoraciones o no sujeción del impuesto sobre la renta a inversionistas extranjeros.
- La utilización de fideicomisos o estructuras o planeaciones fiscales para el depósito de dinero obtenido por delitos como el blanqueo de capitales, delincuencia organizada o el desvío del dinero público.
- Falta de transparencia e intercambio de información.
- Algunos paraísos dan predilección a personas físicas y otros favorecen a las personas morales o corporaciones, y otros favorecen a ambos tipos de personas.<sup>22</sup>

A estas características tendríamos que agregar que en dichas jurisdicciones no se aloje una actividad económica sustantiva, tal como se recoge en la administración tributaria del Ecuador:

*a)* no exista actividad económica sustancial; o, *b)* la tarifa efectiva de impuesto sobre la renta o impuestos de naturaleza idéntica o análoga cumple para dicho régimen con el criterio que sea inferior a un sesenta por ciento (60 %) a la que corresponda en el Ecuador sobre las rentas de la misma naturaleza de conformidad con la Ley de Régimen Tributario Interno, durante el último período fiscal, según corresponda (De la Torre Lascano, 2017, p. 20).

Considerando las características previamente mencionadas, ahora se entiende que la asociación entre el desvío de fondos públicos y los paraísos fis-

---

<sup>22</sup> Para Alcalá Paz (2012, p. 108), existen tres tipos de paraísos fiscales: los que dan preferencia a las personas físicas, los que se decantan por las personas morales, y los que admiten y dan el mismo tratamiento a ambas personas. Entre los primeros, destacan Andorra, Campione y Mónaco; en los segundos, Jersey, Liechtenstein, Nauru; y en los terceros, Bahamas e Islas Caimán.

cales es significativa. Estos lugares se convierten en destinos propicios para el flujo del dinero desviado de las arcas públicas, convirtiéndose en ubicaciones idóneas. Tal como lo dice De la Torre Lascano (2017), “en esas jurisdicciones se generan verdaderas plataformas financieras y societarias propicias para el desarrollo de actividades comerciales, bancarias y financieras de dudosa procedencia” (p. 24).

Es decir, son los lugares perfectos para depositar el dinero desviado de los recursos públicos, pues otorgan ventajas competitivas muy importantes, en vez de dejarlo en el lugar de origen, donde fácilmente podría ser detectado en el sistema financiero. Entonces, el empleo de las empresas fantasma para desviar el dinero público, y ocuparlas también para buscar el paraíso fiscal idóneo y hacer las transferencias internacionales, las convierten en el vehículo necesario y eficaz para este tipo de operaciones.

Por otro lado, la existencia de los paraísos fiscales no sólo perjudica a la economía mundial, sino a la economía de los países donde se alojan los paraísos fiscales porque la recaudación de los impuestos es mínima o nula.<sup>23</sup>

Ahora entremos a la caracterización que da nuestra legislación. La legislación mexicana considera a los paraísos fiscales como regímenes fiscales preferentes (REFIPRE), el artículo 176 del Título VI, Capítulo I de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) indica:

Para los efectos de esta Ley, se considerarán ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes, los que no están gravados en el extranjero o lo están con un impuesto sobre la renta inferior al 75% del impuesto sobre la renta que se causaría y pagaría en México, en los términos de los Títulos II o IV de esta Ley, según corresponda. No se considerará el impuesto sobre dividendos señalado en el segundo párrafo del artículo 140, ni en el segundo párrafo de la fracción V del artículo 142 de la presente Ley, al momento de determinar los ingresos sujetos

---

<sup>23</sup> En entrevista para el documental *Paraísos Fiscales; pagar impuestos de es pobres* (Brunnquell, 2012), John Whittin, jefe de departamento de impuestos en Londres de PriceWaterHouseCoopers indicó: “Cada país, cada paraíso, recauda sus impuestos como mejor le parece. En Europa, por ejemplo, los países cobran muchos impuestos para poder financiar los servicios sociales que ofrecen a sus ciudadanos. En los paraísos fiscales, por el contrario, se recaudan pocos o ningún impuesto. En países como Francia y Gran Bretaña hace frío e incluso puede nevar, así que los estados ayudan a sus ciudadanos a hacer frente a su situación, en un paraíso fiscal haga frío o nieve, los ciudadanos tienen que arreglárselas por sí mismos, son dos formas muy distintas de funcionar, los paraísos fiscales son libres de escoger la fórmula que más les convenga”.

a regímenes fiscales preferentes. Tampoco se considerará el ajuste anual por inflación, ni las ganancias o pérdidas cambiarias que deriven de la fluctuación de la moneda extranjera, con respecto de la moneda nacional.

Se considerará que los ingresos están sujetos a un régimen fiscal preferente cuando el impuesto sobre la renta efectivamente causado y pagado en el país o jurisdicción de que se trate sea inferior al impuesto causado en México en los términos de este artículo por la aplicación de una disposición legal, reglamentaria, administrativa, de una resolución, autorización, devolución, acreditamiento o cualquier otro procedimiento.

Y el listado que establece en las disposiciones transitorias el artículo noveno, párrafo XLII, de la LISR sobre estos regímenes es el siguiente:

Anguila, Antigua y Barbuda, Antillas Neerlandesas, Archipiélago de Svalbard, Aruba, Ascensión, Barbados, Belice, Bermudas, Brunei Darussalam, Campione D'Italia, Commonwealth de Dominica, Commonwealth de las Bahamas, Emiratos Árabes Unidos, Estado de Bahrein, Estado de Kuwait, Estado de Qatar, Estado Independiente de Samoa Occidental, Estado Libre Asociado de Puerto Rico Gibraltar, Granada, Groenlandia, Guam, Hong Kong, Isla Caimán, Isla de Christmas, Isla de Norfolk, Isla de San Pedro y Miguelón, Isla del Hombre, Isla Qeshm, Islas Azores, Islas Canarias, Islas Cook, Islas de Cocos o Kelling, Islas de Guernesey, Jersey, Alderney, Isla Great Sark, Herm, Little Sark, Brechou, Jethou Lihou (Islas del Canal), Islas Malvinas, Islas Pacífico, Islas Salomón, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Kiribati, Labuán, Macao, Madeira, Malta, Montserrat, Nevis, Niue, Patau, Pitcairn, Polinesia Francesa, Principado de Andorra, Principado de Liechtenstein, Principado de Mónaco, Reino de Swazilandia, Reino de Tonga Reino Hachemita de Jordania, República de Albania, República de Angola, República de Cabo Verde, República de Costa Rica, República de Chipre, República de Djibouti, República de Guyana, República de Honduras, República de las Islas Marshall, República de Liberia, República de Maldivas, República de Mauricio, República de Nauru, República de Panamá, República de Seychelles, República de Trinidad y Tobago, República de Túnez, República de Vanuatu, República del Yemen, República Oriental del Uruguay, República Socialista Democrática de Sri Lanka, Samoa Americana, San Kitts, San Vicente y las Granadinas, Santa Elena, Santa Lucía, Serenísima República de San

Marino, Sultanía de Omán, Tokelau, Trieste, Tristán de Cunha, Tuvalu, Zona Especial Canaria, Zona Libre Ostrava.

Como se advierte, la legislación mexicana adopta una lista amplia para los REPRIFES, y da un tratamiento especial a las operaciones realizadas en dichos regímenes o países. Entonces, hasta aquí tenemos un amplio panorama de los paraísos fiscales y cuál es su tratamiento fiscal en México. Con el listado que propone Oxfam y nuestra legislación se identifica plenamente a qué lugares se dirige el dinero cuando se desvía de las arcas públicas.

Los distintos casos de corrupción que se han conocido a raíz del escándalo internacional de los *Panama Papers* (2016), pasando por los papeles de Pandora (2021),<sup>24</sup> entre los más conocidos de “Lux Leaks en 2014, Swiss Leaks en 2015, los papeles del Paraíso en 2017, Mauritius Leaks en 2019, Luanda Leaks y FinCEN Files en 2020, y Lux Letters en 2021” (Unión Europea, 2021), ha dejado al descubierto la doble moral de aquellos dirigentes, líderes y servidores públicos que tienen el mandato constitucional de cuidar el dinero público.

En este mismo sentido, se observa la preservación de los paraísos fiscales que pertenecen Gran Bretaña y a Estados Unidos, tal como lo señala Sarrabayrouse:

Resulta carente de ética que las grandes potencias mundiales, a la vez que participan activamente y fomentan que los organismos globales fijen estándares internacionales imponiendo sanciones a los países *no cooperativos*, pero por otro lado, en sus propios territorios, no hagan todos los esfuerzos para erradicar los paraísos fiscales y la utilización de sociedades offshore, permitiendo el anonimato de los accionistas. (Sarrabayrouse, 2012, p. 81)

---

<sup>24</sup> “Considerando que los papeles de Pandora consisten en una filtración masiva de datos, sin precedentes por su tamaño, que documenta los titulares reales de entidades empresariales establecidas en jurisdicciones opacas; que el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ, por sus siglas en inglés) comenzó a publicar los papeles de Pandora el 3 de octubre de 2021 [...] la nueva filtración de datos afecta al parecer a más de 330 políticos y cargos públicos de cerca de 100 países, incluidos 35 jefes de Estado o de Gobierno actuales o antiguos” (Unión Europea, 2021).

Hasta aquí, tenemos esbozados los conceptos de corrupción, paraísos fiscales y sus características, ahora veamos los rasgos distintivos de las planeaciones fiscales agresivas.

## VI. ¿CUÁLES SON LAS SEÑAS O RASGOS DISTINTIVOS DE LAS POSIBLES PLANEACIONES FISCALES AGRESIVAS?

Antes de pasar a analizar los esquemas reportables, de manera breve se darán algunas notas distintivas de lo que se debería entender por “planeaciones fiscales agresivas”. En el ámbito de la tributación internacional, en concreto en la Acción 12 del plan anti BEPS, se ha creado una lista de características y elementos que pudieran identificar a las planeaciones como *agresivas*. A estas características se les conoce como “señas o rasgos distintivos” o “*hallmarks*” (Lampeavre Márquez, 2018, p. 40), y se ha indicado que al menos la presencia de una de estas características ya se debe identificar como planeación fiscal agresiva, por lo que deberá ser sujeta a revelación. Sin embargo, estos rasgos distintivos son muy generales. Patricia Lampeavre Márquez (2018, p. 41) distingue los “*hallmarks*” en cinco categorías en la Unión Europea y nos proporciona ejemplo de cada una de ellas:

- Señas distintivas generales. Por ejemplo, que se incorpore una cláusula de confidencialidad.
- Señas distintivas específicas que puedan estar vinculadas a la prueba del beneficio principal. En el supuesto de que se utilicen pérdidas para reducir la deuda fiscal o esquemas de *round-tripping*.
- Señas distintivas específicas vinculadas a operaciones transfronterizas. Por ejemplo, un esquema que incluya pagos transfronterizos y que se permita su deducibilidad entre dos o varias entidades asociadas en distintas jurisdicciones.
- Señas distintivas específicas relativas a los esquemas o estructuras de intercambio automático de información en la Unión. Por ejemplo, operaciones que no estén sujetas a intercambio automático de información, como podría ser el caso de la reclasificación de rentas no sujetas a dicho intercambio.
- Señas distintivas específicas relativas a precios de transferencia. Por ejemplo, un esquema que no contemple las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia (Lampeavre Márquez, 2018, p. 41).

De tal suerte que con estas características o señas se facilita la tarea de identificar las planeaciones fiscales agresivas, ya que es una misma manera de operar para obtener beneficios.

Para Lampeavre Márquez (2018):

Una definición excesivamente amplia del concepto de esquema de planeación fiscal agresiva puede generar obligaciones formales desproporcionadas a los contribuyentes y, sobre todo generar inseguridad jurídica, a la vez que implica la generación de un volumen ingente de información que la administración tributaria pudiera no ser capaz de analizar debidamente. (p. 43)

Nos parece importante partir de estos signos distintivos porque pone un piso común y mínimo para todos los países que buscan atacar este grave problema. Ahora bien, sigamos con los esquemas reportables que entrañan sumo interés para combatir no nada más las planeaciones fiscales agresivas sino también el desvío del dinero público a paraísos fiscales.

## VII. ¿CUÁLES SON LOS ESQUEMAS REPORTABLES?

Ante la proliferación de planeaciones fiscales agresivas se han creado mecanismos de revelación obligatoria como una de las respuestas que ha dado OCDE para evitar y disminuir éstas. De tal suerte que la falta de información oportuna, completa, veraz y relevante de estrategias de planeación fiscal agresiva, por parte de las administraciones tributarias (Lampeavre Márquez, 2018, p. 33), es la justificación para implantar e implementar estos mecanismos, así como fortalecer los referidos al intercambio de información y la transparencia internacional.

Estos mecanismos de revelación nacen del Plan de Acción diseñado por la OCDE (2013; 2014), y refrendado por el G20, para la lucha contra la erosión de la base gravable y la transferencia de beneficios (Plan de Acción BEPS, por sus siglas en inglés), y que consta de 15 acciones. En concreto, se refiere a la Acción 12<sup>25</sup> y a su reporte final emitido en 2015 dado a conocer como “Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación agresiva”.

---

<sup>25</sup> Erosión de la base imponible y traslado de beneficios (BEPS) (OCDE, 2015; OCDE 2018).

Sin duda alguna, en el ámbito del derecho tributario internacional, los mecanismos para combatir los paraísos fiscales y las planeaciones fiscales agresivas han ido escalando dado el progresivo aumento de estas operaciones riesgosas para la recaudación de contribuciones por parte de los países. Así, hacemos un breve repaso en este artículo, y observamos que desde 2002 existen distintos tipos de mecanismos para el intercambio internacional de información tributaria y financiera que se ha ido mejorando y perfeccionando.

Jessica X. Massy (2021, p. 3) nos hace un magnífico recuento de la evolución de todos estos mecanismos a lo largo de 20 años. Así nos ilustra con el inicio del “Modelo para Intercambio bilateral de Información para propósitos fiscales” (Modelo TIEA por sus siglas en inglés) y todas sus derivaciones; así como las extensiones del TIEA al “Intercambio de Información Espontánea” (SEOI, por sus siglas en inglés), nacidas del “Modelo de Protocolo OCDE de 2015”. De igual modo, nos menciona el Intercambio “Automático de Información” (AEOI, por sus siglas en inglés). La especialista detalla (Massy, 2021, p. 3) que de las modificaciones al TIEA —de acuerdo con el Modelo de Protocolo— se podrá intercambiar información financiera de manera automática siguiendo el “Estándar Común de Reporte” (Common Reporting Estándar, CRS, por sus siglas en inglés), así como los “Reportes País por País” (Country by Country, CbC, por sus siglas en inglés). Massy (2021, pp. 2 y 3) da cuenta de los Convenios Multilaterales para el Intercambio de Información, el Convenio Multilateral para Asistencia Mutua Administrativa en materia fiscal (MCAA, por sus siglas en inglés). De lo anteriormente resumido, se observa que existen tres tipos de instrumentos que ayudan a intercambiar información en esta materia, los CDI, los TIEA y el MCAA.

En esta tónica, se observa un ingente esfuerzo por parte de la OCDE en crear nuevas herramientas para maximizar la transparencia internacional tributaria, todo con un propósito común: disminuir las planeaciones fiscales agresivas, pero además disminuir el riesgo fiscal. Estos mismos instrumentos también se pueden implementar para obtener información del dinero público desviado, porque los recursos públicos desviados, en principio, también deberían pasar por el tamiz de la transparencia.

De tal guisa, gracias al impulso de la OCDE, ahora llegamos a los esquemas reportables que buscan poner al descubierto planeaciones fiscales agresivas antes de llevarse a cabo. Es decir, con los diversos mecanismos de intercambio de información se lograron avances en el descubrimiento de planeaciones fiscales agresivas, mismos que no fueron suficientes, como quedó

demostrado con los *Panama Papers* y la demás evidencia empírica que estuvo ahí. Con los regímenes de revelación obligatoria, la idea es que las administraciones tributarias se adelanten a la concreción y aplicación de las mencionadas planeaciones. Que tengan un conocimiento previo y que les permita calificar dichas planeaciones.

Tal como lo señaló la OCDE, los mecanismos de revelación deben tener siempre en consideración que “estos regímenes deberían estar dotados de la suficiente flexibilidad como para asegurar el equilibrio entre los beneficios obtenidos por la administración y los costes de tratamiento de la información, así como las cargas de cumplimiento tributario impuestas a los contribuyentes” (Lampeavre Márquez, 2018, p. 34).

Ahora bien, la acción 12 establece la obligación de informar de los intermediarios. Así, reconoce dos sistemas o enfoques: “que la obligación de informar recaiga sobre el promotor del esquema como sobre el que usa el esquema, cuando la planificación se lleva a cabo por el propio contribuyente o cuando pese a llevarla a cabo el promotor éste se acoja al secreto profesional para no revelar la información” (Lampeavre Márquez, 2018, p. 38).

Los dos enfoques descritos en el párrafo anterior, de acuerdo con Massy (2021, p. 8), devienen de lo siguiente: la primera, se podría decir que desde el punto de vista objetivo, se interesa por las operaciones y transacciones objeto de declaración, dado que estas representan un significativo riesgo de política fiscal y recaudación, del tal suerte que por añadidura el contribuyente obtenga beneficio de las mismas y de las personas que ayuden en su perfeccionamiento e implementación, y en este sentido la obligación de declarar puede caer en el promotor o en el contribuyente; la segunda, el enfoque subjetivo, pone énfasis en los promotores de las estructuras objeto de declaración, y en este sentido, el primordial obligado es el promotor. Este segundo enfoque, de acuerdo con la OCDE, tiene mayores ventajas, toda vez que el promotor es el perito y, por lo tanto, con su conocimiento experto puede dar mayor referencia y detalle del funcionamiento y ventajas de la estructura a declarar (Massy, 2021, p. 9).

Dentro de la perspectiva subjetiva, enfocada al promotor, existen supuestos de excepción para el promotor:

- i)* el promotor no es residente, dado que esto dificulta el cumplimiento formal de la obligación; *ii)* no hay promotor, lo cual puede suceder cuando el usuario desarrolla internamente la estructura, pero el Reporte resalta que en este caso esta

solo es reportable si es implementada, en razón de que sería difícil suponer otro hecho o acontecimiento objetivo del que pueda derivarse la obligación de declarar [...]; *iii*) el promotor se acoje al secreto profesional, dado que esto dificultaría la declaración de la estructura, a lo cual el Reporte da como alternativa que el cliente renuncie a ese derecho (Massy, 2021, p. 9).

Este mecanismo suena muy interesante para obtener información de manera preliminar a la ejecución de planeaciones fiscales agresivas. Sin embargo, la literatura, a través de distintos autores como Palao Taboada (2013, pp. 166 y 167), ha subrayado la existencia de derechos a favor de intermediarios y contribuyentes, incluido “el derecho contra la propia incriminación” establecido en el artículo 34 (2) de la Directiva de Blanqueo de Capitales de la Unión Europea (Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo). Se destaca que este derecho no es opcional ni renunciabile.

## **1. Los esquemas reportables en México**

Los esquemas reportables llegaron a México con la reforma a las leyes impositivas de 2020, precisamente por el contexto tributario internacional aquí descrito; además de que México, al ser parte de la OCDE, sigue sus recomendaciones aunque sean *soft law*. Dichos esquemas, también en México, tienen un efecto disuasorio para evitar planeaciones fiscales agresivas. Como se ha dicho en líneas arriba, la finalidad de los esquemas reportables es dar a las administraciones fiscales un acceso a información veraz, oportunidad e íntegra para tener capacidad de reacción ante posibles riesgos fiscales (Naime Haddad et al., 2020, p. 1).

La reforma se hizo a nivel federal, recayó en el Código Fiscal de la Federación (CFF) y abarcó todo un capítulo (el Título Sexto, Capítulo Único), a partir del artículo 197 en adelante; así como en las reglas 2.21.4 a 2.21.22 y 2.21.25 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2021. Es decir, se estableció como un régimen específico. La argumentación de la Exposición de Motivos expresó que

Este tipo de regímenes ha demostrado ser altamente eficaces en los países que los han implementado, entre ellos, Reino Unido, Estados Unidos, Irlanda, Portugal, Canadá y Sudáfrica. Esto, pese a que no todos los países que cuentan con regí-

menes de declaración obligatoria han recabado datos sobre la efectividad de los mismos (Presidencia de la República, 2020, p. CXXIV).

La característica legal de estos esquemas es que cualquier operación puede ser considerada como tal, siempre y cuando genere un beneficio fiscal; es decir, “se considera esquema, cualquier plan, proyecto, propuesta, asesoría, instrucción o recomendación externada de forma expresa o tácita con el objeto de materializar una serie de actos jurídicos” (CFF, art. 199). La ley también distingue a los esquemas generalizados de los particulares. Los primeros, son los que comercian por mayoreo a todo tipo de contribuyentes; los segundos o personalizados, son los que diseñan, comercializan, organizan, implementan o administran de forma particular las necesidades concretas de un contribuyente (CFF, art. 199).

El sistema mexicano establece una obligación principal al promotor, es decir, al asesor fiscal, ya sea persona física o moral, que, a decir de la ley, “sea responsable o esté involucrada en el diseño, comercialización, organización, implementación o administración de la totalidad de un esquema reportable o quien pone a disposición la totalidad de un esquema reportable para su implementación por parte de un tercero” (CFF, art. 197).

En otras palabras, el concepto de promotor abarca no solo al creador de la idea, sino también a las personas involucradas en el diseño y la administración continua del esquema. También incluye a quienes ofrecen la idea a otros. De acuerdo con la ley, si múltiples asesores fiscales participan, se debe cumplir con la obligación de informar cuando uno de ellos presenta la declaración.

Los contribuyentes tienen la obligación de divulgar los esquemas conforme al artículo 198 del (CFF). Sin embargo, no todas las transacciones deben ser consideradas como esquemas reportables, ya que la ley misma realiza una selección, basándose en el beneficio fiscal obtenido de manera directa o indirecta. En este sentido, el artículo 5-A del CFF establece:

Se consideran beneficios fiscales cualquier reducción, eliminación o diferimiento temporal de una contribución. Esto incluye los alcanzados a través de deducciones, exenciones, no sujeciones, no reconocimiento de una ganancia o ingreso acumulable, ajustes o ausencia de ajustes de la base imponible de la contribución, el acreditamiento de contribuciones, la recharacterización de un pago o actividad, un cambio de régimen fiscal, entre otros.

El artículo 199 del CFF enumera las características de un esquema reportable, incluyendo que debe implicar un beneficio fiscal. Este régimen busca recopilar información detallada; sin embargo, es crucial destacar que los esquemas reportables pueden sugerir el desvío de fondos públicos a través de planeaciones fiscales agresivas.

## 2. ¿Qué información se debe declarar?

De acuerdo con el artículo 200 del CFF, la manifestación de un esquema reportable debe traer una serie de datos personales como son el nombre, razón social, y RFC, ya sea del asesor o del contribuyente, con sus peculiaridades, dependiendo del tipo de contribuyente que sea y si reside en México o no. Además de estos datos deberá traer la “descripción detalla del esquema reportable y sus disposiciones aplicables”, los ejercicios fiscales a los que se aplicaron, y en el “caso de la fracción I del artículo 199 deberá revelar información fiscal o financiera” además de toda aquella información relevante para estos efectos.

En principio, nosotros pensaríamos que todas aquellas actividades riesgosas y relevantes para la administración tributaria son las que se deberían reportar. Como se podrá observar, se trata de una ingente información que deberá administrar, analizar y estudiar la administración tributaria. Una cuestión que es muy importante destacar es que la propia ley establece que la información suministrada vía esquemas reportables no será utilizada para investigar la posible comisión del delito de defraudación fiscal, o de los previstos en el propio Código, salvo tratándose de los delitos de destrucción de sellos o aparatos de control (CFF, art. 113), o bien por los delitos que simulen operaciones (CFF, art. 113 bis). Esta última salvedad es importante para los fines de este artículo porque, como hemos visto líneas arriba, las empresas fantasma “simulan operaciones”. Por consiguiente, la información proporcionada puede usarse en la persecución de delitos que simulan operaciones. De igual manera, esta información puede ser transmitida a la UIF de la SHCP para rastrear el dinero desviado de los recursos públicos a través de empresas fachada. Para llevar a cabo esto, sería necesaria una reforma al CFF.

No obstante las dos excepciones arriba mencionadas, es deseable destacar que la finalidad de la obtención de dicha información es exclusivamente para evitar operaciones riesgosas que impliquen planeaciones fiscales agresivas.

vas. Además, esta información está resguardada bajo el secreto fiscal, consagrado en el artículo 69 del CFF.

Para efectos de nuestro estudio y análisis, consideramos que con toda la información que se suministra se debería clasificar aquella información que implique un desvío del presupuesto público. Pero para ello consideramos que debería haber una reforma legislativa que permita al SAT hacer esta clasificación, e incluso intercambiar información con otras autoridades como la UIF y la ASF. En efecto, debería darse una reforma al artículo 69 del CFF para promover la apertura e intercambio de información con estos propósitos, y además, por interés público, debería darse a conocer públicamente dicha información. Con ello, se lograría una comunicación constante entre las autoridades mencionadas para dismantelar la maquinaria dentro de la administración pública que se dedica a desviar recursos públicos.

### VIII. LOS INTERMEDIARIOS

Como hemos dicho al principio de este artículo, los intermediarios juegan un papel importantísimo para llegar a buen puerto con los desvíos del dinero público a los paraísos fiscales. En este sentido, antes de hablar de los intermediarios retomemos las responsabilidades de los servidores públicos aplicadores del gasto público. Al respecto, quiero resaltar cómo se ha confeccionado el sistema de responsabilidades de ordenadores y contadores públicos en la administración pública francesa.

Francia tiene bien definidas y repartidas las funciones de los servidores públicos que ejercen el dinero público. Tales servidores tienen nombres específicos y siempre andan acompañados. Es un binomio —para mí— perfecto: ordenante y contador público. A cualquier director o funcionario público, que tenga un cargo de dirección, la ley francesa le reconoce como “ordenante” u “ordenador”. Mientras que a las personas que expiden cheques, por decirlo así, con cargo a la caja pública, se le conoce como “contador público”, tal como lo he manifestado en otro lado (Ríos Granados, 2019, p. 118). Esto contrasta con lo que sucede en México, pues aquí no se cuenta con el principio de separación entre ordenantes y contadores públicos. Ciertamente contamos con la mención de ejecutores del gasto público, de acuerdo con la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (LFPyRH). Sin embargo, este ejecutor no es un servidor público sino un órgano públi-

co, con lo cual se disminuye el sistema de responsabilidades (Ríos Granados, 2019, p. 79).

Una vez visto desde el lado del ejercicio público, veamos pues la valiosa intervención de los intermediarios. De acuerdo con la Acción 12 del plan anti BEPS, los intermediarios se identifican con los promotores de las planeaciones fiscales agresivas. Los intermediarios fiscales serán los contadores o cualquier otra persona perita en la materia. Por lo tanto, a mí parecer, tendrían que desarrollar sus tareas dentro de lo que se conoce como el “cumplimiento cooperativo de las obligaciones tributarias”. Sin embargo, en la legislación mexicana todavía no se incorporan estos conceptos.

El cumplimiento cooperativo de las obligaciones tributarias en otros contextos ya está incorporado. En la legislación española, por ejemplo, se contempla desde 2015 en el artículo 92.2 de la Ley General Tributaria. Por su parte, el Código del Contribuyente Europeo contempla el cumplimiento voluntario en los puntos 4.2 y 4.2.3, además de otras formas innovadoras de cooperación entre las administraciones tributarias y los contribuyentes. Este código, que no es vinculante, asienta las buenas prácticas que tienen los países miembros en relación con el pago de las contribuciones entre las administraciones tributarias y los contribuyentes.

Definitivamente comparto la idea de que en México debería incorporarse un “código de buenas prácticas tributarias”, así como un “código de buenas prácticas de fiscalización del gasto público”. Lo más cercano a esto es un Decálogo de malas prácticas tributarias publicado recientemente en la página del SAT. Los intermediarios deben ejercer su práctica profesional dentro de este parámetro, y así evitar el abuso de malas prácticas en las empresas. Y con respecto al desvío del dinero público deberán repudiar la creación de “empresas fantasma” con base en este código.

Se considera que los intermediarios en la ley mexicana —gracias a la reforma de los esquemas reportables— son los asesores fiscales, y estos vienen bien diseñados en el artículo 197 del CFF. Los intermediarios, como se ha observado, tienen una tarea importantísima en el suministro de información relevante para el SAT. Además, dependerá de éstos el tipo de información que se suministre. Por su parte, el SAT tiene el más alto deber de resguardarla y destinarla a los propósitos por la que se obtiene.

## IX. SOLUCIONES GLOBALES A PERJUICIOS GLOBALES

En esta línea la OCDE ha puesto en marcha su plan anti BEPS. En este entendimiento, se propusieron varias acciones, algunas expresamente dedicadas al tema de los paraísos fiscales, algunas enfocadas a minimizar los daños que generan los paraísos fiscales. Entre ellas está la propuesta de una tasa mínima impositiva para las sociedades. Al respecto, Rita De la Feria (2022, p. 6) ha indicado “que más allá de los efectos a los ingresos de los países, también traerán efectos importantes en la soberanía impositiva y la moral tributaria en cada país”. Así, menciona textualmente:

Insofar a tax sovereignty is concerned, there is now a growing literature on how countries give away their corporative tax base in tax treaty negotiations, due to the power asymmetry between signatory countries, and the lack of bargaining power of developing countries. There is also a well-established literature, going back decades, on the many types of tax incentives for investment [...] In reality, however, in a (unlimited) global tax competition setting countries' tax sovereignty is significantly impacted by their bargaining power: the lower the bargaining power, the more tax sovereignty is the facto limited<sup>26</sup> (De la Feria, 2022, pp. 6 y 7).

Soy de la idea de que estas acciones tienen que ensancharse; y que definitivamente se debe expandir el intercambio de información entre todas las autoridades que fiscalizan. Pero no únicamente las que se ocupan de las contribuciones, sino también entre las que fiscalizan el ejercicio del gasto público. Así se involucra a las auditorías: la ASF en el caso de México, la auditoría de Estados Unidos, o incluso tribunales de cuentas como funciona en Francia. Es decir, que exista un gran intercambio de información, tanto financiera de los Estados, así como fiscal, para generar un gran circuito donde

---

<sup>26</sup> “En lo que respecta a la soberanía fiscal, existe cada vez más literatura sobre cómo los países ceden su base impositiva corporativa en las negociaciones de tratados fiscales, debido a la asimetría de poder entre los países signatarios y la falta de poder de negociación de los países en desarrollo. También existe una literatura bien establecida, que se remonta a décadas atrás, sobre los muchos tipos de incentivos fiscales para la inversión [...] Sin embargo, en realidad, en un entorno de competencia fiscal global (ilimitada), la soberanía fiscal de los países se ve significativamente afectada por su poder de negociación: cuanto menor es el poder de negociación, más limitada de facto es la soberanía fiscal” (traducción libre).

se identifiquen actividades riesgosas para el ejercicio del gasto público, como lo son el desvío del dinero público y las planeaciones fiscales agresivas.

## X. CONCLUSIONES

Como se advirtió a lo largo de este artículo de investigación, se requieren múltiples acciones y cooperaciones, empezando por el ámbito nacional y atravesando todo el espectro internacional, pues el desvío de dinero público a paraísos fiscales es síntoma de que el Estado mexicano está capturado en una corrupción sistémica. De tal suerte, se requiere de un ingente esfuerzo de varios actores para eliminarlo y disuadirlo.

En el sistema mexicano se tiene identificado que mediante empresas fantasma se desvían recursos públicos. Entonces, se requiere que fluya la información mediante las autoridades como el SAT, la UIF, la ASF y el INE para que sea más fácil el seguimiento del dinero. Un instrumento importante, sin duda alguna, son los esquemas reportables utilizados para identificar planeaciones fiscales agresivas. Y dado que ya está previsto en la legislación fiscal que la información obtenida por los esquemas reportables, cuando se trata de operaciones simuladas, se podrá iniciar el proceso penal, pues también sería idóneo establecer una serie de reformas para que esa información circule entre las autoridades aquí descritas para identificar si esa simulación de operaciones proviene de “empresas fantasma” que se han ocupado para desviar dinero público.

En este entendimiento, se requieren varias acciones y nosotros comenzamos por recomendar el uso de los esquemas reportables para suministrar información vinculada con el desvío del dinero público. Pues ahora, como está legislado en México, esta información podría dar indicios del desvío de las arcas públicas mediante planeaciones fiscales agresivas, pero no se podría usar por parte las autoridades competentes para perseguir penalmente las acciones que impliquen y desarrollen este desvío.

En un primer avance se propone una reforma al CFF, en el sentido de que el SAT pueda hacer una reclasificación de la información que pudiera dar pistas del desvío del dinero público; además de poder intercambiar esta información con la UIF y la ASE. También es relevante proponer una reforma al artículo 69 del CFF, que resguarda el secreto fiscal, para que se permita

dicho intercambio. Pero, además, que se abra la información de relevancia de forma pública por cuestiones de interés público.

En este mismo razonamiento, creemos que para impulsar un cambio en la cultura contributiva dentro de las empresas es necesario impulsar un Código de Buenas Prácticas Fiscales, además de hacer una campaña intensa en este sentido. En México estamos a años luz para crear confianza mutua entre la administración tributaria y el contribuyente. Por eso es necesario una reeducación social y cultural para convertir la acción social dañina en una acción social cooperativa en favor de la cultura de la legalidad.

Faltan muchos más estudios en este ámbito, con lo cual es necesario seguir bordando sobre estos tópicos que tanto flagelan a la sociedad mexicana.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá Paz, A. M. (2012). *Los paraísos fiscales y su incidencia en el régimen de transparencia fiscal internacional, tesis para optar el grado académico de maestro en contabilidad y finanzas con mención en gestión tributaria y fiscal*. Facultad de Ciencias Contables, Económicas y Financieras, sección posgrado.
- Almudí Cid, J. M. (2010). El abuso de los convenios para evitar la doble imposición internacional: la experiencia española. En G. Ríos Granados (Coord.), *Derecho internacional tributario*. Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bacquerie, J. (2022, noviembre 1). ¿Qué es una empresa fantasma y cómo funciona? *Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad*. <https://contralacorrupcion.mx/que-es-una-empresa-fantasma-y-como-funciona/>
- Boletín Oficial del Estado (2003). Ley 58/2003. Recuperado el 26 de noviembre de 2022 de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23186-consolidado.pdf>
- Brunnquell, F. (2012). Entrevista para el documental “Paraísos Fiscales; pagar impuestos de es pobres.
- Código Fiscal de la Federación. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CFF.pdf>
- Comisión Europea (2016). Código del Contribuyente Europeo. <http://pdfs.wke.es/9/1/4/4/PD0000119144.pdf>

- Consejo de la Unión Europea (2022). EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>
- Chávez Chávez, J. L. (2014). Los paraísos fiscales y su impacto global en América Latina. *CIMEXUS*, 9(2), 13-30. <http://cimexus.umich.mx/index.php/cim1/article/view/190/159>
- De la Feria, R. (2022). *The perceived (Un)fairness of the global minimum corporate tax rate*. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4205720](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4205720)
- De la Torre Lascano, C. M. (2017). Relación existente entre paraísos fiscales, lavado de activos y defraudación tributaria. Un análisis desde la normativa de Ecuador. *Revista de la Facultad de Derecho*, (43), julio-diciembre.
- Directiva de la Unión Europea. (2015). Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) número 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se deroga la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.
- Domínguez Crespo, C. A. (2010). *Disposiciones antiabuso en los tratados para evitar la doble imposición celebrados por México y alternativas para su mejor implementación*. En G. Ríos Granados (Coord.), *Derecho Internacional Tributario*. Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fabián Caparrós, E. Á. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Colex.
- Fondo Monetario Internacional (2000). Offshore Financial Centers IMF Background Paper. <https://www.imf.org/external/np/mae/oshore/2000/eng/back.htm#table1>
- Forbes (2020, noviembre 12). Fiscalía acusa a Peña Nieto de traición a la Patria por caso Odebrecht. <https://www.forbes.com.mx/politica-fiscalia-acusa-pena-nieto-traicion-a-la-patria-caso-odebrecht/>
- Fundar (2022). Derecho a saber. Caso Odebrecht en México. <https://fundar.org.mx/publicaciones/derecho-a-saber-el-caso-odebrecht-en-mexico/>
- García Requesnes, J. I. et al. (2023). Empresas fantasma. *Brazilian Journal Development*, 9(2), 7537-7551. <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/57314/41940>
- Hernández Viguera, J. (2006). *El trasfondo de los paraísos fiscales*. Attac.
- Hernández Viguera, J. (2009). *Al rescate de los paraísos fiscales. La cortina de humo del G-20*. Icaria.

- Holmes, L. (2019). *¿Qué es la corrupción?* Grano de Sal.
- Lampeavre Márquez, P. (2018). El intercambio de información sobre estructuras transnacionales potencialmente agresivas. *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, (39), 32-43.
- Ley del Impuesto Sobre la Renta. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR.pdf>
- Lombardero Expósito, L. M. (2009). *Blanqueo de Capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*. Bosch.
- Macías Chuto, J. A. (2019). *Análisis teórico del desvío de dinero a paraísos fiscales y su relación con el gasto público en el Ecuador* (Tesis de Licenciatura). Universidad de Guayaquil, Facultad de Economía. <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/46060/1/T-MACIAS%20CHUTO%20JUDITH%20ANDREA.pdf>
- Mallada Fernández, C. (2012). *Fiscalidad y blanqueo de capitales* (Tesis Doctoral). Universidad de Oviedo. <http://hdl.handle.net/10651/12737>
- Martín Fernández, J. (2017). El modelo de relación cooperativa y las buenas prácticas tributarias. *Revista de Contabilidad y Dirección*, (25), 81-93.
- Massy, J. X. (2021). Regímenes de revelación obligatoria de estructuras de planeación fiscal doméstica e internacional, antecedentes e impacto en Europa y América Latina. *Revista Derecho & Sociedad*, (56), 1-42. <http://doi.org/10.18800/dys.202101.010>
- Meerman, M. (Dir.). (2013). *The Tax Free Tour* [Documental]. H. Hagen; F. Wiering.
- Moliner Ruiz, M. J. (1997). *Diccionario de uso del español, a-g*, t. I. Gredos.
- Naime Haddad, C. E., Ruiz Zamarripa, Ch. *et al.* (2020). Esquemas reportables: nuevo reto para las empresas en México. *International Tax Review*, (2020), 1-5.
- OCDE (2014). OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Explanatory Statement.
- OCDE (2015). Public Discussion Draft BEPS Action 12: Mandatory Disclosure Rules.
- OCDE (2018). Mandatory Disclosure Rules for Addressing CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures.
- OECD.(2008). Study into the role of Tax Intermediaries.
- OECD (2013). Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Documents OCDE, París.

- Oswald, M. (Dir.). (2017). *The spider's web: Britain's Second Empire* [Documental]. M. Oswald; S. A. Boucher; S. C. Roberts.
- Oxfam (2016). Oxfam publica una lista con los paraísos fiscales más agresivos del mundo. <https://www.oxfam.org/es/notas-prensa/oxfam-publica-una-lista-con-los-paraisos-fiscales-mas-agresivos-del-mundo>
- Oxfam (2022, noviembre 26). Estructura organizativa. <https://www.oxfam.org/es/que-hacemos/quienes-somos/estructura-organizativa>
- Palao Taboada, C. (2013). El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario: una revisión. *Revista Española de Derecho Financiero*, (159), 23-52.
- Paredes Gázquez, J. D., Rodríguez Fernández, J. M., y De la Cuesta González, M. (2014). Los paraísos fiscales a discusión. En *XIV Jornadas de Economía Crítica Perspectivas económicas alternativas* (pp. 55-107). UNED; Universidad de Valladolid.
- Pistor, K. (2019). *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*. Princeton University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvc777c1>
- Presidencia de la República (2020). Iniciativa de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios y del Código Fiscal de la Federación. Exposición de Motivos. [https://www.ppef.hacienda.gob.mx/work/models/PPEF2020/paquete/ingresos/LISR\\_LIVA\\_LIEPS\\_CFE.pdf](https://www.ppef.hacienda.gob.mx/work/models/PPEF2020/paquete/ingresos/LISR_LIVA_LIEPS_CFE.pdf)
- Ramírez Salazar, C. G. (2015). *Los paraísos fiscales y las prácticas tributarias nocivas que afectan la administración tributaria en el Ecuador* (Tesis de Maestría). Universidad Simón Bolívar, Ecuador. <http://hdl.handle.net/10644/4549>
- Real Academia Española. (s. f.). Cautivo. En Diccionario de la Lengua Española. Recuperado el 12 de noviembre, 2022, de <https://dle.rae.es/cautivo>
- Real Instituto Elcano. (2022, noviembre). Objetivo 2030: Los flujos financieros ilícitos. <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/objetivo-2030-los-flujos-financieros-ilicitos/>
- Red de Justicia Fiscal (s. f). <https://taxjustice.net/take-back-control/#taken-over/taken-over2>
- Ríos Granados, G. y Sánchez Gil, R. (2020). Principios constitucionales en materia tributaria: derechos humanos de los contribuyentes. En G. Ríos Granados (Coord.), *Manual de derecho fiscal* (pp. 17-60). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Ríos Granados, G. y Santos Flores, I. (2021). Comportamientos de las personas estilizadas y peluqueras frente al cumplimiento tributario en la Ciudad de México: Cultura contributiva y confianza social. En G. Ríos Granados Gabriela y M. Padrón Innamorato (Coords.), *La informalidad laboral y las obligaciones tributarias. El caso de las estéticas y las peluquerías en la Ciudad de México* (pp. 69-102). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Ríos Granados, G. (2019). *El control del gasto público. Visión comparada: México y Francia*. Thomson Reuters.
- Salto van der Laet, D. (2000). Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española. *Revista Crónica Tributaria* (93), 49-88. [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad\\_internacional/ParaisosFiscales\\_Diego-Salto.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/ParaisosFiscales_Diego-Salto.pdf)
- Sarrabayrouse, D. (2012). Lavado de activos y paraísos fiscales. En D. Sarrabayrouse y M. Degoumois, *Lavado de activos: prevención y sanción* (pp. 69-87). Infojus.
- Servicio de Administración Tributaria (2019). Conoce las prácticas indebidas en la emisión de facturas. <https://www.sat.gob.mx/noticias/20572/conoce-las-practicas-indebidas-en-la-emision-de-facturas>
- Shaxson, N. (2014). *Las islas del tesoro. Los paraísos fiscales y los hombres que se robaron el mundo*. Fondo de Cultura Económica.
- Soreide, T. y Rose-Ackerman, S. (2017). Corruption in State Administration. *Norwegian School of Economics Working Paper*, 2017(2), 1-26. <https://www.nhh.no/contentassets/c88293c2e01f4ff4a42db9b607681f33/irrr-wp-soreide-and-rose-ackerman-2017.pdf>
- Tax Justice Network (s. f.). [https://taxjustice.net/take-back-control/#taken\\_over/taken\\_over2](https://taxjustice.net/take-back-control/#taken_over/taken_over2)
- The New York Times (2017, agosto 15). El caso Odebrecht sacude a México por acusaciones contra el exdirector de la petrolera estatal. <https://www.nytimes.com/es/2017/08/15/espanol/america-latina/odebrecht-mexico-emilio-lozoya-pemex-corrupcion.html>
- Toscano Moctezuma, J. A. y García Bernau, M. A. (2011). Estrategias de las cuatro grandes firmas de auditoría en México. *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, 20(1), 89-104.
- Unión Europea, Diario oficial (2021). Papeles de Pandora: consecuencias para la lucha contra el blanqueo de capitales, la evasión y elusión fiscales.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0438&from=EN>

United Nations Office on Drugs and Crime (2007). Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities and Action Plan. <http://site-resources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep- full.pdf>

# El estado actual del cibercrimen en Perú y el derecho alemán

## *The Current State of Cybercrime in Peru and German Law*

Luis Alberto JIMENEZ BERNALES

 <https://orcid.org/0000-0002-2555-1576>

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Perú

Correo electrónico: pcdeljim@upc.edu.pe

**RECIBIDO:** 7 de julio de 2023

**ACEPTADO:** 14 de marzo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18367>

**RESUMEN:** Poco más de dos décadas desde que Internet se masificó en gran parte del mundo, ya no sólo como utilidad para enviar o recibir un correo electrónico o para buscar algún dato curioso, sino también para el uso de aplicaciones que facilitan sustancialmente la vida de las personas: pagar cuentas en línea, soportes inteligentes para los múltiples dispositivos y teletrabajo; el dinamismo en esta nueva forma de interacción social no podría darse sin Internet. Sin embargo, este devenir tecnológico también implica una serie de riesgos que en los últimos años se han acrecentado en Perú y en el mundo; como la apología al terrorismo, la pornografía infantil, la piratería, la difamación, son ejemplo de los riesgos en el ciberespacio que cada día se vuelven más comunes en una sociedad posindustrial. Vista esta realidad problemática, el objetivo de este trabajo es evidenciar los riesgos a los que se encuentran expuestos los bienes jurídicos, cuando el proveedor de Internet no suministra ningún mecanismo preventivo (sistema de inteligencia artificial) para combatirlo. Al finalizar este estudio, se concluirá que las medidas de autorregulación (cumplimiento) son apropiadas para controlar las plataformas como fuentes de peligro. Se sugerirá al legislador peruano establecer una regulación que obligue a los proveedores de servicios a monitorear sus plataformas para prevenir la violación de bienes jurídicos en el ciberespacio.

**Palabras clave:** cibercriminalidad, ius puniendi, política criminal, medios digitales, sociedad de riesgo.

**ABSTRACT:** Little more than two decades since the Internet became widespread in much of the world, not only as a utility to send or receive an email or to search for some curious information, but also for the use of applications that substantially facilitate people's lives: paying bills online, intelligent supports for multiple devices and teleworking; the dynamism in this new form of social interaction could not happen without the Internet. However, this technological evolution also implies a series of risks that in recent years has increased in Peru and the world,

such as the apology to terrorism, child pornography, piracy, defamation, are an example of the risks in cyberspace that every day become more common in a post-industrial society. Given this problematic reality, the objective of this work is to highlight the risks to which legal assets are exposed, when the Internet provider does not provide any preventive mechanism (artificial intelligence system) to combat it. At the end of this study, it will be concluded that self-regulatory (compliance) measures are appropriate to control platforms as sources of danger. It will be suggested to the Peruvian legislator to establish a regulation that obliges service providers to monitor their platforms to prevent the violation of legal goods in cyberspace.

**Keywords:** cybercrime, ius puniendi, criminal policy, digital media, risk society.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Consideraciones generales de la comunicación en Internet.* III. *Conclusiones.* IV. *Recomendación.* V. *Referencias bibliográficas y bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El siglo XXI empezó con una avalancha de cambios en el ámbito tecnológico: el paso de lo analógico a lo digital. Una sociedad cada vez más predispuesta a adaptarse a los ámbitos virtuales donde Internet sirve de base para formas de comunicación no convencionales, como las redes sociales, pero también donde poco a poco empezamos a mostrar información personal como gustos, consumos, estadías y, sin darnos cuenta, estamos ofreciendo información personal que nos coloca en una posición vulnerable.

Internet ofrece ventajas para la investigación, comunicación y la economía; hace la vida mucho más fácil. También ofrece desventajas, ya que puede ser una herramienta que facilite la comisión de delitos, como la pornografía infantil, delitos contra el honor, apología del terrorismo, delitos contra la propiedad intelectual, entre otros. Por tanto, esta facilidad que se tiene con las redes digitales va asociada a riesgos que pueden lesionar bienes jurídicos, como la indemnidad sexual, la tranquilidad pública y los derechos de autor (T. Hörnle, 2002, pp. 1008-1013).

La difusión de contenidos delictivos en estas plataformas constituyen una violación a los bienes jurídicos antes mencionados y, por ende, requieren de una atención prioritaria por parte del Estado. Las personas que cometen estos ilícitos penales se valen de las deficiencias de protección que existen en el ciberespacio para obtener sus propios beneficios, permitiendo que el libre acceso y el anonimato favorezcan la aparición de estos crímenes.

Establecer la identidad del ciberdelincuente suele ser técnicamente complejo y puede resultar hasta imposible, debido a que estas personas operan utilizando servidores que proporcionan una red privada virtual,<sup>1</sup> encubriendo su dirección<sup>2</sup> y usando cualquier elemento que facilite su clandestinidad. Para el análisis se considerará el caso de las redes sociales, plataforma en la que se obtienen innumerables beneficios al utilizarlas no sólo para subir alguna foto personal que se quiera compartir, sino también como medio de comunicación cada vez más personalizado. Lamentablemente, con esta forma de comunicación, la libertad de expresión se confunde con la permisibilidad para brindar noticias sin sustento o *fake news* con el propósito de manipular o engañar a la gente.

Este ejemplo permite formular los siguientes cuestionamientos: ¿hasta dónde debe llegar la injerencia de los proveedores de servicio en Internet (ISP) para evitar la lesión de un bien jurídico?, y, además, ¿existe alguna regulación de prevención de riesgos en el uso de Internet? Estas interrogantes serán abordadas en el desarrollo del presente trabajo de investigación. En ese sentido, se identifica si el uso de estas plataformas y las medidas adoptadas por los ISP se convierten en una sociedad de riesgos y cómo debería actuar el derecho penal.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES DE LA COMUNICACIÓN EN INTERNET

### 1. Antecedentes

En su afán de seguir revolucionando el mundo entero, Estados Unidos no sólo se conformó con llevar al primer hombre a la Luna en 1969, sino que buscó la manera de fortalecer su sistema de defensa a través de una red de comunicación que le permitió conectarse y comunicarse con diferentes

---

<sup>1</sup> De acuerdo con Cisco (2024) el servidor de red privada o las siglas comúnmente utilizadas VPN, lo cual en grandes rasgos es una conexión segura que cifra el tráfico de Internet y mantiene oculta la identidad del usuario en línea. Por ende, se puede considerar una manera efectiva de ocultarse ante los demás usuarios en línea.

<sup>2</sup> Para ello se utiliza una dirección única denominada protocolo de Internet o las siglas comúnmente utilizadas IP, de acuerdo con Kaspersky (2023) esa dirección funciona como identificador para dispositivos en Internet o redes locales.

instituciones y departamentos a la vez. De esta manera, afianzó su poderío frente a otras potencias en plena Guerra Fría. Es así que en 1969 el Departamento de Defensa de los Estados Unidos crea *Arpanet*, un sistema de conexión diseñado con fines bélicos, el cual constituye el primer antecedente de transmisión de información entre departamentos gubernamentales de aquella época (Tolksdorf, 1997, p. 2; Sieber, 1996, pp. 429-442). Este hecho marco un hito en la historia de la comunicación, pues aunque en sus inicios fue creada para codificar y transmitir información militar clasificada del gobierno estadounidense, fue la base para el sistema globalizado de redes que hoy nos es indispensable.

Este sistema pronto sería masificado y su uso llegó a algunas universidades de los Estados Unidos, logrando grandes avances para la investigación científica, la comunicación y educación del país del norte. Su expansión al resto del mundo se realizó a través de la creación de Internet en 1981 (Schmidl, 2014, p. 140; Seitz, 2004, p. 5). Un aporte importante que hizo el científico Tim Berners Lee, considerado padre de la *web*, por crear *la World Wide Web*<sup>3</sup> (www) quien, en 1989, logró unir el protocolo de transferencia de hipertextos (HTTP) e Internet, con lo cual consiguió interconectar los servidores *webs* de distintas partes del mundo y facilitó el acceso y búsqueda de información de una forma sencilla a través de una dirección web.

Dichos avances también se implementaron en Perú en 1991. La Red Científica Peruana<sup>4</sup> (RCP) se encargó de instalar la primera cabina pública de Internet en el Centro Cultural Ricardo Palma, lo cual generó un impacto en el sector académico. Su principal herramienta fue el correo electrónico. Posteriormente, las tendencias y el proceso de globalización posibilitaron que Internet sea parte crucial en la forma de interrelacionarnos, pues actualmente es una herramienta indispensable para el desarrollo de la sociedad.

Finalmente, en 2012 la libertad en Internet fue declarada un derecho humano por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU,<sup>5</sup> que instó a los

---

<sup>3</sup> La World Wide Web (WWW) o red informática mundial, es un sistema que funciona a través de Internet, por el cual se pueden transmitir diversos tipos de datos a través del Protocolo de Transferencia de Hipertextos, que son los enlaces de la página web (Canal DW Español, 2022, 1m19s).

<sup>4</sup> Según la Red Científica Peruana (2024) la motivación principal para crear esta asociación fue la de promover el desarrollo comunitario y el acceso de los individuos a las nuevas tecnologías.

<sup>5</sup> De acuerdo con el Consejo de las Naciones Unidas (A. G. NU, 2012, A/HRC/20/L.13)

Estados a promover y fomentar el acceso a la red y a garantizar que los derechos a la libertad de expresión e información, tal y como se recogen en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>6</sup> se respeten tanto en línea como fuera de ella.

### **A. El concepto de información digital**

El término "información" proviene del sustantivo latino "*informationis*" y del verbo "*informare*"; los dos en forma conjunta significan "dar forma a la mente, enseñar". Al añadirse el adjetivo "digital", se refiere a los datos codificados en una secuencia electrónica que rodea a la sociedad producto de la globalización. De esta manera, se establece un tipo de "comunicación" entre el usuario y los diferentes sistemas informáticos.

Algunos ejemplos de servicios electrónicos de información y comunicación de acuerdo con T. Hoeren *et al.* (2019, p. 3720): ofertas en línea (oferta de datos bursátiles, grupos de noticias, salas de chat, prensa electrónica, texto de televisión/radio, televenta), video a la carta (en la medida en que no es un servicio de televisión, sino ofertas dadas por Netflix, Amazon Prime), servicios en línea que proporcionan herramientas para la búsqueda, el acceso o la recuperación de datos (por ejemplo, Internet, motores de búsqueda), la difusión comercial de información personal por correo electrónico (por ejemplo, correos publicitarios), instituciones financieras que brindan sus servicios por telebanca y también aplicativos. Los ejemplos brindados sobre dónde se encuentra la información digital serán de utilidad para el análisis posterior.

### **B. Anonimato, descentralización, sobrecarga de información**

Dado que "los datos o la información en Internet pueden ser accesibles para todo público, esto genera una potencial vulnerabilidad en la vida de muchos usuarios" (Thiedeke, 2004, p. 15). La creación de cuentas resulta tan simple que prácticamente no se pide ninguna identificación real; así que el registro

---

el acceso a Internet fue reconocido como una herramienta para promocionar el desarrollo de los países miembros; por ende, la Asamblea General de las Naciones Unidas también enmarcó algunas responsabilidades que emergen de este derecho.

<sup>6</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas indica en el artículo 19: toda persona tiene el derecho de expresar sus puntos de vista sin limitaciones, explorar, recibir y compartir información libremente.

en foros o grupos de chat puede ser con apodos, nombres artísticos o seudónimos. La inscripción está automatizada por orden de llegada; lo único que se comprueba es que el nombre de dominio no haya sido asignado a otra persona en otro lugar del mundo (Heß, 2005, p. 19). Pueden existir muchas razones para este anonimato: algunos temen que sus vidas o medios de subsistencia estén en peligro o que puedan sufrir desventajas políticas o económicas. Otros quieren evitar la discriminación o simplemente utilizar un nombre que sea más fácil de recordar o escribir (Hoeren, 2018, p. 670). Sin embargo, este anonimato o simple necesidad de tomar un nombre original porque el reconocimiento exclusivo de un grupo así lo exige, puede tener consecuencias negativas para la sociedad, debido a que los usuarios pueden cometer delitos gracias a este anonimato que Internet concede (Rath, 2016, p. 293).

La descentralización también se aplica en Internet, pues la red no tiene ordenadores centrales. En este sentido, cada IP puede administrar un servidor; por tanto, no hay un punto de control central. Como los ISP se comunican entre sí a través de servidores, la información fluye sin pausa; así, el servidor desencadena una avalancha de datos, debido a que siempre está conectado a Internet. Esta circunstancia se resume en las palabras clave “Flujo de información” e “información dinámica” (Rath, 2016, p. 20).

### **C. La red como fuente de peligro**

Los avances en el campo del procesamiento electrónico de datos, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación pueden simplificar nuestra vida, y también se muestran como un riesgo cada vez más palpable para la sociedad (Espinoza Bonifaz, 2020, pp. 10-20). Los peligros que plantea la red son: la difusión de pornografía infantil, la incitación a la violencia, las violaciones a los derechos de autor, entre otros delitos (Altenhain, 1997, p. 485).

De acuerdo con el reporte de información estadística elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú, entre enero de 2013 y diciembre de 2021 se registraron 14,671 delitos cometidos por medios informáticos (Ministerio de Justicia, 2022 p. 10). Asimismo, según el Ministerio Público del Perú (2023) se ha incrementado en 2,508 casos registrados en comparación con el año anterior; observando que el número de delitos perpetrados por medios informáticos ha tenido un crecimiento año con año, debido a que la población en los últimos años ha realizado operaciones en línea de forma masiva para evitar el contagio del COVID-19. No obstante,

las estadísticas antes mencionadas no reflejan el alcance real, ya que sólo una pequeña parte de los delitos en este ámbito se denuncian. El bajo riesgo de detección hace que Internet sea interesante para que los delincuentes cometan los delitos mencionados (Spindler, 1997, p. 3193).

En ese sentido, el uso de Internet constituye un mecanismo a través del cual los usuarios se exponen constantemente, y ante ello los mecanismos jurídicos no están siendo lo suficientemente eficientes.

Por consiguiente, un servidor se consideraría una fuente de peligro; asimismo, como menciona C. Pelz (2002, p. 138) Internet puede considerarse una fuente de peligro, ya que por medio de ésta se puede reenviar el mismo contenido a otros innumerables ordenadores en muy poco tiempo. De este modo, el peligro que supone el contenido almacenado se multiplica muchas veces. Puede agregarse que quien no supervisa o vigila su plataforma virtual, debería ser considerado partícipe del hecho delictivo cometido por un tercero, al coadyuvar a la realización de la violación de un bien jurídico.

En los medios de comunicación tradicionales como la prensa, la televisión y la radio, el redactor, el editor y la persona que dio la información falsa son fácilmente identificables. Por el contrario, Internet permite al creador de contenidos ilegales disfrazar su identidad o la legalidad y originalidad de sus trabajos. Esta posibilidad de anonimización de datos favorece que los usuarios utilicen Internet para cometer delitos (Heckmann, 2012, p. 2631).

## **2. Aproximaciones jurídicas, dogmáticas, de los delitos informáticos**

### **A. El ciberdelincuente como enemigo de la sociedad de la información**

El derecho penal del enemigo constituye un mecanismo de política criminal que regula el trato con aquellos sujetos que no pueden ser considerados ciudadanos por representar un peligro para el Estado y para la sociedad, reemplazando al Estado de derecho por un Estado de excepción (Jakobs y Cancio Meliá, 2003, p. 19).

Este concepto ha sido ampliamente discutido, llegando incluso a debatirse con ahínco si es o no constitucional determinado tratamiento punitivo a personas que, de una u otra forma, han delinquido o están en posibilidad de hacerlo.

Cuando G. Jakobs y M. Cancio Meliá (2003, p. 47) mencionan que a determinadas personas por su condición de peligrosidad se les debe dar un tratamiento distinto, hacen referencia a que son enemigos de la sociedad, pero no desconocen su condición de ser humano. Para ellos hasta el más peligroso terrorista debe ser tratado y procesado con todas las garantías de un debido proceso. Se trata, por ello, de una especie de “neutralización” de personas que llamaríamos criminales en circunstancias más tradicionales, pero que se desenvuelven bajo los mismos parámetros sociológicos.

Estos juristas consideran que el Estado debe tratar a esta clase de delinquentes como enemigos que cometieron un acto ilícito y a los que hay que impedir, mediante coacción (sanción, en sus palabras) que defrauden la norma nuevamente. Independientemente del nivel de peligrosidad del criminal, se aplica la fuerza del Estado, sin perjuicio de lo mencionado. También es cierto que cuando el individuo no quiere comportarse conforme a derecho, la labor de la pena se enfoca a tratar de reformar su conducta y adecuarla de nuevo al respeto de la norma. Por ello, la idea central de su postura radica en que no se puede concebir la lucha contra la delincuencia sin imponer medidas de prevención severas, las cuales protegerán el ordenamiento jurídico y a la vez influirán en el comportamiento del delincuente (esta última manera de actuar del Estado se adecua a la prevención especial). Pero se debe respetar siempre los derechos de las personas y las garantías propias que el proceso le reconoce (Jakobs y Cancio Meliá, 2003, p. 47). Por consiguiente, el tratamiento distinto que se les da a determinadas personas por su peligrosidad no supone la vulneración de principio alguno, pues éste se fundamenta en la reacción jurídico penal del Estado.

En relación con los ciberdelinquentes (enemigos), tienen todas las herramientas para hacer colapsar al mundo. El enemigo puede estar sentado a tu lado, con su *laptop* en el restaurante al que acudes cualquier fin de semana, poniendo de cabeza la web, con la apología del terrorismo, la piratería, la propagación de pornografía infantil. Debido a esta situación, el ciberenemigo ha alcanzado una escala mundial con la revolución digital. Los riesgos son más complejos, sistémicos y difíciles de predecir por la creciente interconexión e intercambio de datos entre usuarios, empresas y gobiernos. Estos riesgos se derivan de los cambios significativos en la tecnología, como la concentración de nuestros datos en una “Nube”, la democratización de los teléfonos inteligentes, las aplicaciones colaborativas y los dispositivos conectados.

En vista de esta realidad, el gobierno debería enfocarse en la autorregulación de las entidades privadas mediante programas de cumplimiento para prevenir el riesgo de datos, información y recursos alojados en un servidor. En la actualidad, es más complicado intervenir en las redes de un país como Alemania, ya que las grandes potencias cuentan con protecciones más efectivas. En consecuencia, es necesario que los gobiernos actuales fomenten una cultura de prevención antes de que se produzca la lesión de un bien jurídico.

## **B. Prevención punitiva en Internet**

Como quiera que los avances tecnológicos han traído mejoras en la calidad de vida de las personas y la sociedad en general, éstos también han tenido íntima relación con la expansión de las nuevas formas de criminalidad (Silva-Sánchez, 2012, p. 291). Situación que ha supuesto repensar los valores orientadores mediante los cuales el legislador crea tipos penales e impone sanciones a nuevas conductas prohibidas, debido al avance de la ciberdelincuencia, hecho que atenta la confidencialidad, la integridad, la reserva de datos y genera espacios para el uso fraudulento de los sistemas informáticos.

Tan es así, que este flagelo social según L. Zúñiga Rodríguez (2020, p. 96) se convirtió en un problema de orden global al comprender los ámbitos empresariales, económicos y políticos. Además, el anonimato, la red y la globalización le son útiles a los ciberdelincuentes para no ser detectados e identificados con facilidad.

Es evidente que, ante lo precedentemente expuesto, el legislador considere necesario prevenir y aumentar las barreras punitivas para así evitar que este tipo de conductas puedan significar, en un momento dado, un grave peligro para la sociedad. Por ejemplo, después de los hechos acaecidos en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, se vivió un cambio fundamental en la forma como se afronta el terrorismo. Podría afirmarse que, desde este punto emblemático para nuestras sociedades, la labor del reconocimiento de información tendenciosa o vulnerable fue de vital importancia, y desde allí parte la necesidad de combatir estos riesgos.

Ha de entenderse mejor la idea que postulaba U. Beck (1998, p. 238), cuando hacía referencia a las sociedades de riesgo: en la actualidad es prácticamente imposible prever todas las situaciones de peligro ya que, debido al desarrollo tecnológico, la criminalidad encuentra nuevas y más comple-

jas formas de delinquir. A raíz del COVID-19 y la consecuente cuarentena, la nula interacción social obligó a todo público que quería mantenerse como un individuo productivo se alineara a la virtualidad y, sin saberlo, formar parte de un grupo vulnerable. Resulta frecuente la apología del terrorismo, la pornografía infantil, la piratería, a partir de los dispositivos móviles y otros mecanismos, lo cual constituye una nueva forma de criminalidad que era impensable hace treinta años, época en la que U. Beck ideó su teoría.

En consecuencia, la fuerza punitiva del Estado está plenamente justificada en estos casos, a pesar que se configura como un inevitable adelantamiento de la barrera de punibilidad. En este sentido, con ello no se quiere decir que el Estado deba actuar vulnerando derechos fundamentales, sino que su marco de actuación deberá estar enmarcado en mecanismos y estrategias contundentes en defensa de la multiplicidad de bienes jurídicos que se ponen en peligro con estos nuevos tipos de delitos (Beck, 1998, p. 20).

### **C. Medidas de cumplimiento adecuadas para hacer frente al cibercrimen**

Dado que no se puede exigir al ISP que adopte medidas preventivas o de salvamento en un servidor externo que no le pertenece, sí se le puede exigir que tome las medidas preventivas o de salvamento en su propio servidor para evitar el resultado lesivo (Rengier, 2019, p. 475).

Una de estas medidas adecuadas es el control de los datos almacenados en su propio servidor mediante el sistema de filtrado. Otra medida adecuada es eliminar los contenidos ilegales tan pronto como sean detectados. El ISP es el único, aparte del emisor de los datos, que podría impedir, a través de las contramedidas necesarias, que estos contenidos ilegales se remitan a terceros y sean así accesibles a un amplio público a través de Internet. Si el ISP no impide o bloquea el transporte automatizado de los datos ilegales, estaría contribuyendo a la comisión de actos delictivos. Asimismo, según R. Rengier (2019, p. 475), la inacción del ISP constituye un incumplimiento de la acción objetivamente requerida.

Se debe precisar como menciona M. Becker (2018) que la aplicación del sistema de filtrado se remonta a muchos años antes de la entrada en vigor de la nueva Directiva de la Unión Europea (UE) sobre Derechos de Autor (UE, 2019) o del Reglamento de la UE sobre la Lucha contra la Distribución de Contenidos Terroristas en Línea (UE, 2021). Sus antecedentes son la

Ley alemana sobre el Mejoramiento de la Aplicación de las Normas en las Redes Sociales (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* [NetzDG], 2017) y del Tratado Interestatal alemán sobre la Protección de los Menores frente a los Medios de Comunicación (*Jugendmedienschutz-Staatsvertrag* [JMSTV], 2002). Esta realidad hace que los ISP actúen de forma proactiva para proteger sus servidores de la difusión de contenidos ilegales.

En la práctica, se utiliza un *software* “inteligente” muy desarrollado que trabaja con redes neuronales (*deep learning*) para reconocer el contenido. Estos filtros de carga, que ya están integrados en el propio *software* del servidor, se aplican antes de la publicación, es decir, mientras el contenido está todavía en la memoria interna. Si se detecta un contenido ilegal, no se publica y se evita una violación del bien jurídico, ya que el filtrado tiene lugar antes de que el contenido se almacene realmente y se ponga a disposición del usuario (Sieber, 1997, p. 655; Koch, 2005, p. 602). Tanto el bloqueo del acceso y la eliminación de la información ilícita de terceros, como la interrupción del proceso de transmisión de datos respectivos, no plantean grandes dificultades técnicas y son físicamente posibles en términos reales.

Sin embargo, se podría argumentar aquí que el ISP no puede impedir completamente el almacenamiento o la difusión de los contenidos ilegales. La razón es que el control automatizado para detectar estos contenidos puede fallar en determinadas situaciones. Este argumento no es convincente, ya que como es de apreciar en la nueva Directiva sobre Derechos de Autor, que se va a explicar más adelante, se obliga al proveedor a tomar todas las medidas necesarias para evitar las lesiones. Una medida adicional con la que puede contar el ISP para encontrar contenidos ilegales y luego eliminarlos de su servidor es el control manual. Esta posibilidad debe ser utilizada en caso necesario, por lo que está obligado a mitigar las lesiones de los bienes jurídicos en este marco.

#### **D. Razonabilidad del acto**

Además de la posibilidad de evitar el éxito en la propagación de contenidos ilegales, también es necesario que la acción a realizar sea razonable para el prestador de servicios (Lackner *et al.*, 2023, Rn. 5; Schönke y Schröder, 2019, Rn. 155). Para evaluar lo que es lógico y razonable (Wessels *et al.*, 2019, Rn. 1216; Fischer, 2024, Rn 82) es necesaria una ponderación caso por caso. En esta situación hay que sopesar el peso y el grado del peligro inminente

para los intereses en conflicto (Stadler, 2005; Spindler *et al.*, 2018; Sobola y Kohl, 2005, pp. 443-448); es decir, por un lado, el interés de la víctima o de la sociedad en proteger sus bienes jurídicos, y por el otro, los intereses del proveedor de servicios. En principio, cuanto mayor sea la amenaza para los bienes jurídicos, mayor será el grado de control que se puede exigir al proveedor.

Los críticos se quejan de una restricción irrazonable de la libertad de expresión e información y temen la “cancelación” por medios. Como menciona M. Scheppe (2018) el abogado Christian Stahl, criticó que la NetzDG hace más daño que bien. Como las empresas querían evitar multas millonarias, tomaban la precaución de borrar todo lo que pudiera ser peligroso para ellas, independientemente de que fuera sancionable o ilegal.<sup>7</sup> Esto violaría “claramente” la libertad de expresión de los usuarios. J. M. Balkin (1999, pp. 2295-2298) llama a este fenómeno “censura colateral”, que supone que el intermediario tiene un incentivo para censurar en privado porque no es su propia expresión de opinión y quiere escapar de la responsabilidad. Por otro lado, en la sesión 235 del *Budenstag* (2019) la diputada representante de izquierdas (*die linke*), Petra Sitte, criticó la Ley por poner “en manos de particulares” la valoración de la punibilidad de los contenidos, que en realidad es competencia de los tribunales.

Pero no cabe duda de que Internet libre sin ningún tipo de regulación alberga riesgos considerables, como lo ya antes mencionado, la difusión de propaganda terrorista y pornografía, que vulnera la intimidad de las personas. Los críticos olvidan que incluso la libertad de expresión garantizada por la Constitución no se aplica sin excepción, sino que encuentra sus límites en los derechos de los demás.

En este contexto, el Tribunal Constitucional Federal (2010) subrayó que el artículo 5 (1) de la Ley Fundamental no contiene ninguna garantía para las informaciones falsas, la propaganda y la incitación al pueblo.<sup>8</sup> Por el

---

<sup>7</sup> De acuerdo con M. Scheppe (2018), es la postura que dio a entender el jurista alemán Stahl en razón de la NetzDG, además de que está en favor de abolir la ley. De la misma forma véase G. Spindler (2017, pp. 171-173) *Notice and take down*. Teniendo en cuenta el riesgo de multas de hasta cincuenta millones de euros en caso de no borrado, es probable que éste sea el camino preferido para un operador de red que actúe por razones exclusivamente económicas –M. Liesching (2018)--. Esto establece efectivamente un sistema de “*Löschung im Zweifelsfall*”, ya que las empresas que actúan económicamente no pueden actuar de otra manera (p. 27).

<sup>8</sup> Véase también M. Liesching (2010); sin embargo, el Tribunal Constitucional de Alemania (BverfG) también declaró que es legítimo sancionar las vulneraciones a los bienes jurídicos. En concreto, es posible impedir la libertad de opinión que “supere un peligro concretamente

contrario, la libertad de opinión y la libertad de prensa terminan cuando el honor de terceros y las leyes generales exigen que se detenga (artículo 5, párrafo. 2, GG). Por tanto, la aplicación de la ley y el orden no es un ataque, sino, al revés, la garantía de la libertad de expresión. Como dijo el entonces ministro federal de Justicia, Heiko Maas (SPD), en la sesión 244 del *Bundestag* (2017): “Con esta Ley ponemos fin al derecho del más fuerte en la red y protegemos la libertad de expresión de todos los que están en la red y que también quieren expresarse en ella”. Asimismo, Schiff subraya que la NetzDG es una reacción legislativa legítima a las tendencias de asunción de poder de los proveedores a hacerse más poderosos, que como “*Gatekeeper*” del discurso público, se han convertido en una parte indispensable de la sociedad en red.

Por otra parte, las obligaciones de control para evitar la vulneración de los derechos de los particulares en el ámbito de los medios de comunicación no son en absoluto una excepción oscura, como demuestra un vistazo a las funciones de diligencia debida en el marco de la ley de prensa. Esta comparación se sugiere porque el proveedor de servicios, al igual que el editor de un medio tradicional, difunde contenidos o información. Aquéllas están explícitamente normativizadas en la mayoría de las leyes de prensa de los distintos estados alemanes federados. Por ejemplo, el artículo 6o. de la *LPG-Baden-Württemberg* estipula que los medios deben comprobar la veracidad, el contenido y el origen de todas las noticias con el cuidado que exigen las circunstancias antes de difundirlas. Por ejemplo, las cartas al director donde recibía improperios e incluso amenazas (S. Waschatz, 2014, p. 65; M. Löffler *et al.*, 2023, Rn 155). En cuanto al alcance y la intensidad de los deberes de diligencia según el derecho de prensa, éstos no deben determinarse en abstracto, sino en función de cada caso concreto (Damm y Wolfdieter Kuner, 1991, Rn 214; M. Löffler *et al.*, 2023, Rn 163). Por ejemplo, el editor tiene una mayor obligación de examinar los anuncios de terceros si hay una razón particular para dudar de la permisibilidad del contenido en cuestión, como en el caso de ilegalidad reconocible o efectos particularmente perjudiciales para el individuo afectado por la respectiva contribución (BHG,

---

tangible de violación de la ley” y que “en forma de apelación a la violación de la ley, la emocionalización agresiva o la disminución de los umbrales de inhibición pueden desencadenar directamente consecuencias que pongan en peligro los bienes jurídicos”.

1987, p. 2225; BHG, 1992, pp. 3093 y 3094; BverfG, 2009, p. 565; Wenzel *et al.*, 2018, p. 803).

Al igual que la obligación de la prensa de controlar la difusión de noticias por parte de otros, también se ha de esperar que el proveedor de servicios controle los contenidos o la información de terceros. Si, por ejemplo, el proveedor tiene un servidor que almacena opiniones de terceros, debe comprobar si los archivos recibidos están dentro del marco legal antes de publicarlos. En este caso, existe el peligro latente de que se traspase la frontera del contenido punible al incluir en la oferta, por ejemplo, la incitación al pueblo, o bien si el proveedor almacena archivos pornográficos en su servidor, se debe comprobar si los archivos recibidos están dentro del marco legal y debe garantizar, especialmente, que los menores no puedan acceder a estos contenidos.

El tráfico mundial de datos es indispensable en la actualidad y representa un factor económico considerable. Pero encuentra un límite en la importancia de los bienes jurídicos afectados en vista de los peligros potenciales amenazantes (D. Barton, 1999, p. 239). Estos elementos ilícitos no deberían ser ignorados, sobre todo porque un gran número de personas tiene la posibilidad de percibir las violaciones de los bienes jurídicos. Es así que el proveedor de servicio puede apoyar a la difusión de contenidos ilegales, dado que el usuario utiliza dicho servidor para su actividad delictiva. Por tanto, el interés económico tiene que pasar a un segundo plano frente al interés de la protección de los bienes jurídicos (OLG, HH, 2006, p. 756; OLG, Munich, 2007, p. 104; Feldmann, 2006, pp. 744-748).

En cuanto a la cuestión de la razonabilidad, no sólo importa el momento en que se conoció la información o el acto ilícito (medidas *ex post*). Sería óptimo que el proveedor de servicios cree de forma preventiva una infraestructura técnica que le permita bloquear la información ilícita (medidas *ex ante*) (Eberle *et al.*, 2003; Heckmann *et al.*, 2019). Como se menciona en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2015), estas medidas sirven para proteger los derechos e intereses de los demás y de la sociedad.<sup>9</sup> Por último, pero no por ello menos importante, el proveedor de servicios tiene un gran interés en ello, ya que evita quedar bajo el “fuego” penal o, al menos, ser objeto de comentarios negativos en la esfera pública, lo que no es bueno

---

<sup>9</sup> *Cfr.* Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2015): ...Responsabilizar a los portales de noticias de Internet sin violar el artículo 10 del CEDH si no toman medidas para eliminar sin demora los comentarios claramente ilícitos, incluso sin notificarlo a la víctima o a terceros.

para su reputación; es decir, retirar contenidos indebidos es absolutamente legal y razonable.

### 3. Legislación en materia de prevención de delitos informáticos en Perú y en Alemania

En los últimos años, la “ciberdelincuencia” se ha convertido en el centro de atención de las autoridades de seguridad y también de la política. En este contexto, se dará a conocer un análisis general sobre las legislaciones existentes en Perú y Alemania, con respecto a la prevención de los ciberdelitos. Alemania brinda un análisis genealógico de los ciberdelitos, con la finalidad de legitimar el poder punitivo en la sociedad de riesgo, habilitando el *ius puniendi* sobre conductas que afectan sistemas, datos informáticos y bienes jurídicos relacionado a las tecnologías de la información y comunicación (TIC). A continuación, se procederá con el análisis de las legislaciones.

#### A. Alemania

La ciberseguridad se rige por varias leyes, entre ellas tenemos la Ley de Telemedios (*Telemediengesetz* [TMG], 2007), así como el JMSTV y la NETZDG, que sirven para prevenir las violaciones de los bienes jurídicos e imponen medidas preventivas en la lucha contra la ciberdelincuencia.

La TMG asume que la persona que crea su propia información es también responsable de ella. Así, el artículo 7(1) de la TMG estipula que los proveedores de servicios son responsables de su propia información, la cual ponen a disposición de los usuarios para su uso, de acuerdo con las leyes generales. Sin embargo, se puede considerar un privilegio de responsabilidad si un proveedor de servicios almacena información de terceros. En este sentido, el artículo 7(2) de la TMG no impone una obligación general de supervisar y controlar la información de terceros. Al respecto, debo precisar que este privilegio de responsabilidad que otorga la TMG al ISP está perdiendo terreno en la actualidad, especialmente en los delitos contra la propiedad intelectual como se puede ver en la Directiva sobre Derechos de Autor —RL UE, 2019/790—, que fue aprobada por el Parlamento de la Unión Europea y el Consejo (UE, 2019).<sup>10</sup> Esta Directiva, en su artículo 17, obliga

---

<sup>10</sup> Los gobiernos de los respectivos Estados miembros de la UE tienen ahora que

a los ISP a realizar todos los medios técnicos necesarios para la protección del bien jurídico y fomentar de esta manera el buen funcionamiento del mercado de obras protegidas por derechos de autor, y eliminando la inseguridad jurídica más allá de las fronteras nacionales a nivel europeo. Este cambio, refleja que el ISP controle el contenido de terceros que almacena en su servidor, dando origen a la posición de garante de vigilancia por una fuente de peligro,<sup>11</sup> por lo que el ISP estaría sujeto a deberes de cuidado al respecto.

El JMSTV tiene como objetivo principal la protección de los menores del riesgo que existe en Internet. La protección de los menores, tal y como se menciona explícitamente en el artículo 5(2) de la Constitución alemana, no sólo significa una restricción de la libertad de opinión e información prevista en la Constitución, sino que también incluye un mandato de protección por parte del Estado. En este sentido, el objetivo de esta norma de derecho fundamental es garantizar el desarrollo sin perturbaciones de los menores y evitar los peligros que los amenazan mediante las medidas preventivas. Por tanto, el ISP debe cumplir su obligación de control con medios técnicos o de otro tipo que hagan imposible o considerablemente más difícil que los niños o adolescentes del grupo de edad en cuestión perciban ofertas lesivas. Por ejemplo, el ISP puede proporcionar la oferta con una calificación de edad que pueda ser fácilmente identificable por los usuarios. Otra forma de cumplir con la obligación de control es permitir el acceso del contenido sólo en horarios establecidos. Si el ISP incumple sus obligaciones, será sancionado en virtud del artículo 23 del JMSTV. El legislador ha creado así una disposición penal especial para la protección de los niños y los adolescentes. De acuerdo con esta disposición, quien actúa en contra de lo que indica el artículo 4o. del JMSTV (2003),<sup>12</sup> será castigado con una pena de prisión de hasta un año y con multa.

La NetzDG introduce normas de cumplimiento en las redes sociales que deben ser aplicadas por el ISP para evitar delitos penales, como la incita-

---

incorporar la Directiva sobre Derechos de Autor a su legislación nacional, desde el 15 de abril de 2019.

<sup>11</sup> Un garante de vigilancia es aquel que se convierte en el gobernante de una fuente potencial de peligro, al que se dirige la expectativa razonable de que lo controlará y evitará consecuencias perjudiciales (Rengier, 2019, § 50, Rn. 45).

<sup>12</sup> Quien distribuya o ponga a disposición ofertas que sean manifiestamente capaces de poner en grave peligro el desarrollo de los niños y adolescentes, será castigado con una pena de prisión de hasta un año y con multa.

ción a la violencia, la difamación o la perturbación de la paz pública. A raíz de ello, los ISP están obligados a retirar o bloquear los contenidos ilegales, pues Facebook y Twitter (hoy X) no sólo crean nuevas oportunidades para la expresión de opiniones y el debate, sino también para la difusión de noticias falsas dirigidas a la propaganda y la incitación al terrorismo. De acuerdo con G. Nolte (2017), los usuarios de redes utilizan estos medios porque es más fácil difundir sus mensajes de forma anónima o bajo un seudónimo, debido a que Internet hace que la difusión sea más rápida y accesible a un amplio círculo de destinatarios. Esto supone un gran peligro para nuestra sociedad, no sólo por la facilidad de difusión de forma anónima de contenidos ilícitos, sino porque los ciberenemigos tienen las VPN a su alcance, lo que hace que sean doblemente difíciles de interceptar por la justicia.

## B. Perú

No existe un régimen de *notice and take down* en Perú tal como en Alemania. Si bien el Tratado de Libre Comercio (TLC) firmado con Estados Unidos nos impone tener un sistema de responsabilidad de los ISP, en la actualidad aún no ha sido implementado.

La Oficina de Derechos de Autor, a través del régimen de medidas cautelares, ejerce una suerte de *notice and take down* contra los ISP de Internet que proporcionan el acceso a contenidos que podrían ocasionar lesiones contra bienes jurídicos protegidos relacionados con la propiedad intelectual. Debe precisarse que la Oficina de Derechos de Autor realiza una protección fundada en los presupuestos procesales para interponer una medida cautelar, por lo cual no se pueden tomar como un reemplazo a la responsabilidad penal de los ISP.

Finalmente, es importante una propuesta normativa que delimite la responsabilidad penal del ISP por su contribución en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos.

## III. CONCLUSIONES

La intención de esta investigación no es poner en duda el devenir de los avances tecnológicos y las nuevas formas de comunicación entre personas o entre entidades jurídicas, es innegable la diversidad y la relevancia de estos apor-

tes a la vida cotidiana de cada persona. Sin embargo, no debemos olvidar que estamos expuestos a nuevos riesgos que origina una sociedad posindustrial. Si bien el Estado peruano ha implementado normas que sancionan los delitos informáticos, es de apreciar la falta de regulación normativa en la prevención de estos delitos, como sí la hay en Alemania. Este rol de prevención debería ser asumido por el ISP a través de su programa de *compliance*, puesto que éste se encuentra en un punto determinante para filtrar el contenido (puerta de entrada). De esta manera, se podría contribuir aún más en la mitigación de los riesgos contra los bienes jurídicos de terceros. Por tanto, es necesario que el Estado peruano regule normativamente las obligaciones y deberes que le corresponden a los ISP.

Por otro lado, es comprensible que el público se pueda sentir invadido o quizá rechace la formalidad a la que no están acostumbrados cuando usan Internet, pero es necesario concienciar a los individuos, sobre la importancia de tomar medidas enérgicas y coherentes por parte de los ISP. Pues la falta de acción de su parte podría ayudar a la expansión de los delitos expuestos. Ante las nuevas formas de delinquir es necesario desarrollar y aplicar nuevos mecanismos de prevención.

#### IV. RECOMENDACIÓN

Los ISP de contenido deberían tener mayores responsabilidades puesto que ha sido confirmada la posibilidad de evitar la lesión de los bienes jurídicos expuestos en el medio digital, los cuales deben protegerse con todas las herramientas de las que se dispone; por otro lado, porque se ha comprobado también la razonabilidad de la realización de aquel acto de control de su plataforma. No se puede omitir la responsabilidad y dejar que un riesgo potencial se acrecenté.

Los ISP deberían situar en segundo plano las ganancias económicas que dejan los medios digitales cuando se está frente a la afectación de bienes de mayor gravedad, colocando medidas de prevención en donde no sólo se tenga en cuenta el interés de la víctima, sino también se cuida la imagen y reputación del mismo proveedor respecto a diversas sanciones.

Los ISP deberían tener en cuenta que la libertad de expresión es sin duda un gran bien, pero termina donde empieza el derecho penal. Todo el mundo puede utilizar las redes sociales para influir en el discurso social y en la forma-

ción de la opinión pública, pero nadie puede insultar y menospreciar a otras personas ni difundir mentiras sobre ellas.

## V. REFERENCIAS

- Altenhain, K. (1997). *Die strafrechtliche Verantwortung für die Verbreitung mißbilligter Inhalte in Computernetze*. CR: Computer und Recht.
- Balkin, J. M. (1999). Free Speech and Hostile Environments. *Columbia Law Review*, 99(8), 2295-2320. <https://doi.org/10.2307/1123612>
- Barton, D. (1999). *Multimedia-Strafrecht: Ein Handbuch für die Praxis*. Hermann Luchterhand Verlag.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.
- Becker, M (2018). *Mehr Kontrolle im Internet. Die Diskussion in Deutschland*. Recuperado el 7 de enero de 2024. <https://www.swr.de/swr2/wissen/article-swr-17782.html>
- Bundesgerichtshof (1987). *Neue Juristische Wochenschrift*.
- Bundestag alemán (2017). Informe taquigráfico. 235a. sesión. <https://dserver.bundestag.de/btp/18/18235.pdf>
- Bundestag alemán (2017b). Informe taquigráfico. 244a. sesión. <https://dserver.bundestag.de/btp/18/18244.pdf>
- Ceffinato, T. (2017). *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internetplattformbetreibern*. *JuS: Juristische Schulung*.
- Children's Online Privacy Protection Act (1998) (Estados Unidos). <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section6501&edition=prelim>
- Cisco (22 de febrero de 2024). *What is a Virtual Private Network (VPN)*. Recuperado el 11 de marzo de 2024. <https://www.cisco.com/c/en/us/products/security/vpn-endpoint-security-clients/what-is-vpn.html>
- Damm, R. (2001). *Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in Presse und Rundfunk*. C. H. Beck.
- Damm, R. y Kuner, Wolfdieter (1991). *Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in Presse und Rundfunk*. C. H. Beck.
- Degen, T. (2007). *Freiwillige Selbstkontrolle der Access – Provider*, Boorberg.
- DW español (6 de junio de 2022). *Tim Berners-Lee: creador de la World Wide Web* [Video]. YouTube. [https://www.youtube.com/watch?v=SNw4m1m\\_2GE](https://www.youtube.com/watch?v=SNw4m1m_2GE)

- Eberle, C., Rudolf, W., Wasserburg, K. (2003). *Mainzer Rechtshandbuch der Neuen Medien*. Müller, C F in Hüthig Jehle Rehm *en Internet*. Recuperado el 11 de febrero de 2024. [https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d\\_res\\_dec/A\\_HRC\\_20\\_L13.pdf](https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.pdf)
- Espinoza Bonifaz, R. (2020). *Hacia una criminología indoamericana*.
- Feldmann, J. (2006). OLG Hamburg: *Haftung des Betreibers von Internetforen -- heise. de Urteil vom 22.08.2006 - 7 U 50/06*. MMR.
- Fischer, T. (2024). *Strafgesetzbuch: StGB* (71a. ed.). C. H. Beck.
- Galetzka, C. y Krätschmer, M. (2016). Rassismus und Terrorismus im Netz --Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von sozialen Netzwerken. *MMR: MultiMedia und Recht*.
- García Caveró, P. (2019). *Derecho penal. Parte general* (3a. ed.). Ideas.
- Heckmann, D. (2012). Persönlichkeitsschutz im Internet -- Anonymität der IT-Nutzung und permanente Datenverknüpfung als Herausforderungen für Ehrschutz und Profilschutz. *NfW: Neue Juristische Wochenschrift*.
- Heckmann, D., Stadler, T. y Roggenkamp, J. D. (2019). *Juris Praxiskommentar Internetrecht*. Juris.
- Heß, M. (2005). *Die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für Informationen im Internet nach der Novellierung des Teledienstgesetzes*. LIT Verlag.
- Hoeren, T. (2018). *Internet – Rderecht* (3a. ed.). De Gruyter.
- Hoeren, T., Sieber, U. y Holznapel, B. (2019). *Handbuch Multimedia – Recht* (48a. ed.). C. H. Beck.
- Hörnle, T. (2002). Pornographische Schriften im Internet: Die Verbotsnormen im deutschen Strafrecht und ihre Reichweite. *NfW: Neue Juristische*.
- Hoven, Elisa (2018). Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Social -- Media – Plattform. *ζWH: Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen*.
- Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Cuadernos Civitas.
- Kaspersky (19 de diciembre de 2023) *What is an IP Address – Definition and Explanation*. Recuperado el 11 de marzo de 2024. <https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/what-is-an-ip-address>
- Koch, F. (2005). *Internet -- Recht* (2a. ed.). Oldenbourg.
- Krol, E. (1995). *Die Welt des Internet*. Oreilly.
- Lackner, K., Kühl, K. y Heger, M. (2023). *Strafgesetzbuch: StGB* (30a. ed.). C. H. Beck.

- Ley de Telemedios (2007)(Alemania). <https://www.gesetze-im-internet.de/tmg/>
- Ley sobre la Mejora de la Aplicación de la Ley en las Redes Sociales (2017) (Alemania)
- Liesching, M. (2010). *Hausverlosung im-Internet*. MMR.
- Liesching, M. (2018). *Die Durchsetzung von Verfassungs-und Europarecht gegen da NetzDG*. MMR.
- Löffler, M., Wenzel, K. E., Sedelmeier, K., Burkhardt, E. H., Achenbac, H., Adam, M., Altenhain, K., Berger, K., Bölke, D., Boorberg, W., Buck, H., Cornils, M., Gomille, C., Grimm, S., Grund, U., Heilmann, S., Kudlich, H., Kühl, K., Lauber-Rönsberg, A.,... Steffen, E. (2023). *Presserecht Kommentar* (7a. ed.). C. H. Beck.
- Ministerio de Justicia (2022). *Ciberdelincuencia en el Perú*. Reporte de información estadística. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3562747/Reporte%20de%20Ciberdelincuencia.pdf.pdf?v=1661790352>
- Ministerio Público Fiscalía de la Nación (2023). *Fiscalía de Ciberdelincuencia recibió más de 17 mil denuncias y logró 78 sentencias en los últimos 2 años*. <https://www.gob.pe/institucion/mpfn/noticias/778658-fiscalia-de-ciberdelincuencia-recibio-mas-de-17-mil-denuncias-y-logro-78-sentencias-en-los-ultimos-2-anos>
- Naciones Unidas (2012). *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos*.
- Naciones Unidas (2019). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado el 11 de febrero de 2024. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights#:~:text=Art%C3%ADculo%2019,por%20cualquier%20medio%20de%20expresi%C3%B3n>
- Nolte, G. (2017). Hate-Speech, Fake-News, das »Netzwerkdurchsetzungsgesetz« und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen. *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*.
- Pelz, C. (1999). *Die Strafbarkeit von Online-Anbietern*. Wistra.
- Popp, M. (2002). *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet – Providern*. Duncker & Humoldt.
- Rath, C. (2016). *Das Recht ist kein justizfreier Raum. Der verborgene Teil des Internets bietet nicht nur Schutz für Dissidenten und Whistleblower, sonder auch Drogen Waffen und andere ilegale Waren*. C. H. Beck.
- Red Científica Peruana (2024). Recuperado el 11 de marzo de 2024. <https://rcp.pe>
- Rengier, R. (2019). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11a. ed.). C. H. Beck.

- Scheppe, M. (4 de enero de 2018). *Fragen und Antworten: NetzDG – das umstrittene Gesetz*. WirtschaftsWoche. Recuperado el 11 de febrero de 2024. <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/fragen-und-antworten-netzdg-das-umstrittene-gesetz/20814742.html>
- Schmidl, Michael (2014). *IT-Recht von A-Z* (2a. ed.). C. H. Beck.
- Schönke, A. y Schröder, H. (2019). *Strafgesetzbuch: StGB* (30a. ed.). C. H. Beck.
- Seitz, N. (2004). *Strafverfolgungsmaßnahmen im Internet*. (vol. 19). Ius informationis.
- Sieber, U. (1996). Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen. *JZ: Juristenzeitung*, LI(9), 429-442.
- Sieber, U. (1997). *Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetzen*. CR Computer und Recht.
- Silva-Sánchez, J. (2012). *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo* (2a. ed.), Bdef.
- Sobola, S. y Kohl, K. (2005). *Haftung von Providern für fremde Inhalte*. Computer und Recht.
- Spindler, G. (1997). *Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien*. Nueva Jersey: Neue Juristische.
- Spindler, G. (2017). *Internet Intermediary Liability Reloaded – The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In-) Compatibility with European Law*. <https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-8-2-2017/4567>
- Spindler, G., Schmitz, P. y Liesching, M. (2018). *Telemediengesetz: TMG* (2a. ed.). C. H. Beck.
- Stadler, T. (2005). *Haftung für Informationen im-Internet*. Responsabilidad por la información en Internet (2a. ed.). Erich Schmidt.
- TEDH (2015). DELFI AS v. Estonia. *NfW*, 2015, 2863 (2868).
- The Digital Millennium Copyright Act (1998) (Estados Unidos). <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>
- Thiedeke, U. (2004). *Soziologie des Cyberspace: Medien, Strukturen und Semantiken*. Kindle.
- Tolksdorf, Robert (1997). *Internet-Aufbau und Dienste*. International Thomson Publishing.
- Tratado Interestatal sobre la Protección de los Menores frente a los Medios de Comunicación (2002) (Alemania).
- Tribunal Constitucional Federal (2009). 565. ZUM-RD.
- Tribunal Constitucional Federal (2010). BVR 369/04. Recuperado el 11 de febrero de 2024. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/04/1-bvr-369-04.php>

- Tribunal Federal de Justicia de Alemania (1987). 2225. *NJW*.
- Tribunal Federal de Justicia de Alemania (1992). *NJW*. pp. 3093 y 3094.
- Tribunal Regional Superior de Munich (2007). 104. *K&R*
- Tribunal Superior de Justicia de Hamburgo (2006). 756. *ZUM*
- Unión Europea. Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y el Consejo, del 17 de abril de 2019, que modifica las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital. *Diario Oficial de la Unión Europea*.
- Unión Europea. Directiva (UE) 2021/784 del Parlamento Europeo y el Consejo, del 29 de abril de 2021, sobre la Lucha contra la Difusión de Contenidos Terroristas en Línea. *Diario Oficial de la Unión Europea*.
- Waschatz, S. (2014). *Haftungsfalle Behördeninformation*. Nomos.
- Wenzel, E. K., Burkhard, H. E., Gamer, W., Peifer, N. K. y Strobl-Albeg, J. (2018). *Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung* (6a. ed.). Otto Schmidt.
- Wessels, J., Beulke, W. y Helmut, Satzger (2023). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (53a. ed.). C. F. Müller.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2020). *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Instituto Pacífico.



# Resolución de conflictos laborales en Latinoamérica: el papel de los sindicatos en la mediación laboral

## *Resolution of labor disputes in Latin America: the role of unions in labor mediation*

David Rodríguez Calderón

 <https://orcid.org/0000-0002-9635-2822>

Universidad Autónoma de Nuevo León, México  
Correo electrónico: davidcalderonrdzz@gmail.com

**RECIBIDO:** 10 de septiembre de 2023

**ACEPTADO:** 21 de noviembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18539>

**RESUMEN:** En los últimos años, los países de América Latina han introducido importantes reformas laborales que prometen mejorar los derechos de los trabajadores en la región; sin embargo, no han producido resultados significativos, especialmente en países como Colombia y México. La región ocupa un lugar bajo en los índices que monitorean los derechos laborales, aunque hay problemas con el índice más destacado de derechos laborales producido por la Confederación Sindical Internacional (CSI). El objetivo de esta investigación es recopilar las diferentes estrategias de mediación laboral que han implementado los países latinoamericanos para crear un contexto regional de casos de éxito y oportunidades en resolución de conflictos laborales. En un análisis cuantitativo de minería de datos, con el apoyo de metadatos, se estudiaron los sistemas de mediación latinoamericanos, las reformas estructurales y económicas, y el impacto de los sindicatos en su capacidad de afiliación, con el fin de generar datos confiables sobre la fuerza laboral latinoamericana.

**Palabras clave:** conflictos laborales, mediación laboral, derecho laboral, América Latina.

**ABSTRACT:** In recent years, Latin American countries have introduced important labor reforms that promise to improve workers' rights in the region, but have not produced significant results, especially in countries like Colombia and Mexico. The region ranks low in indices that monitor labor rights, although there are problems with the more prominent labor rights index produced by the International Trade Union Confederation. The objective of this research is to compile the different labor mediation strategies that Latin American countries have implemented to create a regional context of success stories and opportunities in resolving labor disputes. In a quantitative analysis of data mining with the support of metadata, the Latin American mediation systems, structural and economic reforms, the impact of unions on their

affiliation capacity were studied, this in order to generate reliable data on the force of Latin American labor.

**Keywords:** labor disputes, labor mediation, labor law, Latin America.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Contexto histórico del derecho laboral en Latinoamérica.* III. *Mediación laboral en Latinoamérica.* IV. *Conflictos laborales, sindicatos y precarización del trabajo en Latinoamérica.* V. *Análisis cuantitativo con uso de metadatos.* VI. *Resultados y conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El contexto histórico en América Latina en cuanto al derecho laboral, especialmente en las décadas de 1970 y 1980, estuvo marcado por dictaduras y reformas neoliberales que impactaron negativamente el desarrollo sindical. Las estructuras sindicales, con una larga tradición en la región, se vieron desafiadas y redefinidas por las tendencias neoliberales, las cuales fragmentaron y debilitaron su influencia. A pesar de la existencia de huelgas legales y procesos de negociación colectiva, la deslocalización ha introducido una dinámica de alta rotación y transitoriedad, creando fragmentación y precariedad laboral en la clase trabajadora.

El presente artículo tiene por objetivo identificar y analizar las diversas estrategias de mediación laboral implementadas por los países latinoamericanos en los últimos años, para crear un contexto regional al examinar casos de éxito y oportunidades en la resolución de conflictos laborales, con el propósito de entender las variaciones en la efectividad de las estrategias adoptadas. Además, realizar un análisis cuantitativo mediante la minería de datos, respaldado por metadatos, para estudiar los sistemas de mediación en América Latina. Esto incluirá la evaluación de reformas estructurales y económicas, así como el impacto de los sindicatos en su capacidad de afiliación lo que se traduce en su capacidad mediadora.

Se plantea la hipótesis de que las reformas laborales implementadas en América Latina no han logrado materializar mejoras sustanciales en los derechos de los trabajadores, debido a la falta de eficacia en los sistemas de mediación laboral existentes. Se sugiere que la insuficiente capacidad de resolución de conflictos y la debilidad de los sindicatos podrían ser factores clave que contribuyen a esta brecha entre la legislación y la realidad laboral.

A través de un análisis de casos específicos, como Colombia, Chile, México, Argentina, Puerto Rico, Guatemala, Uruguay, Bolivia y Brasil, se evidencia la diversidad de enfoques y legislaciones laborales en América Latina, así como la complejidad de los desafíos y cambios enfrentados a lo largo del tiempo.

## II. CONTEXTO HISTÓRICO DEL DERECHO LABORAL EN LATINOAMÉRICA

En la región de América Latina la reforma laboral ha tenido, de manera contemporánea, diferentes etapas identificables. En la década de 1990 las reformas impulsadas estuvieron marcadas, en gran medida, por una tendencia flexibilizadora. Generalmente se sostenía, con los matices del caso, que las reformas laborales a la baja convertirían más atractivas las inversiones, al mismo tiempo que permitiría abatir el desempleo (Villasmil, 2016).

De acuerdo con Humberto Villasmil (2016) las reformas laborales en América Latina tienen tres ejes temáticos.

### 1. Las reformas dirigidas a re-regular el ámbito de la relación de trabajo

Los segmentos del trabajo protegido continúan decreciendo. Con ello, incrementan las distinciones entre quienes trabajan (o no) en los ámbitos de una relación laboral. Esto es lo que ha sido llamado como la *dualización* del mercado laboral, y las consecuencias de esto logran ser previstas.

- a) Ciertas formas de externalización, o relaciones laborales triangulares inciertas (*outsourcing*), exacerbaban las relaciones laborales poco claras u ocultas utilizando la Recomendación núm. 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la terminología de las relaciones laborales.
- b) Si no se regula y define el contenido de lo que se puede y no se puede delegar, es posible que se desarrolle una competencia desleal entre empresas, que ya fue advertida por la Recomendación núm. 198 sobre relaciones laborales de 2006.

- c) En la práctica, se hace posible la transferencia del riesgo de la empresa al trabajador, y el riesgo de que terceros puedan crear condiciones de trabajo inseguras (una tercerización, que se ha vuelto común), aumenta el saldo con menos protección.
- d) La formación de sindicatos se dificulta cuando se diluyen las condiciones necesarias para el ejercicio de la libertad sindical. Por ejemplo, no sólo las reuniones de trabajadores, sino, más importante, las condiciones para el reconocimiento del colectivo mismo: la adquisición y concepción del derecho de asociación, categorías en su sentido más simple.
- e) Finalmente, el más esencial y decisivo fue la reducción del alcance del derecho laboral.

Lo anterior explica en gran medida por qué la reciente legislación laboral, y en especial el proceso de reforma en América Latina, ha sido objeto de las recientes legislaciones de Chile, Perú, Uruguay y Ecuador sobre subcontratación, tercerización o, en definitiva, relaciones laborales, especialmente las empresas de trabajo temporal privadas y el trabajo compartido.

## **2. La reforma procesal laboral**

La reforma de los procedimientos legales laborales es la segunda tendencia actual y consolidada del derecho laboral en América Latina: Venezuela (2002), Ecuador (2003), Chile (2005), Colombia (2007), Uruguay (2009). Las reformas a los procesos legales laborales fueron adoptadas en Perú (2010), Nicaragua (2012) y Costa Rica (2014).

El denominador común de las reformas actuales es hacer más efectivas las protecciones en las leyes laborales y de seguridad social, facilitar el acceso al proceso legal, y asegurar un buen nivel de procesos judiciales rápidos y exigibles. En general, estas reformas apuntan a sustentar un proceso judicial guiado por los principios de profesionalismo, dictado, concentración, apertura, celeridad y franqueza de los jueces, es decir, las fases del proceso en las que el juez está directamente presente en las etapas más esenciales.

## **3. La reforma de las legislaciones que regulan el servicio civil**

En 2012 Perú adoptó una reforma a la Ley de Servicio Civil (Ley núm. 30057 del 3 de julio de 2013) que, por supuesto, provocó una fuerte reacción de los

sindicatos. Por otra parte, en la República de El Salvador, se ha elaborado una propuesta de proyecto de ley de servicio público que definitivamente irá a la última cámara legislativa electa.

América Latina tiene una larga tradición de legislación laboral anterior al proceso de codificación de principios de la década de 1930. El proceso de codificación fue un proceso continuo de onda larga en el que la OIT —dicho sea de paso— desempeñó un papel protagónico, finalizando a principios de la década de 1960 y marcando un ciclo completamente continuo que se prolongó durante unos cuarenta años.

En segundo lugar, es bien sabido que la región tiene una tasa relativamente alta de ratificación de convenios de la OIT, lo que obviamente es un dato importante. Por un lado, al ser requeridos los convenios de la OIT como garantía contra la destrucción de intereses reconocidos por la ley, se justifica el principio de inviolabilidad de los llamados derechos fundamentales desde el punto de vista del derecho general. Por el lado de los derechos humanos, no cabe duda de que las Normas Internacionales del Trabajo (NIT) han desarrollado un derecho internacional consuetudinario que afecta claramente la jurisdicción laboral y constitucional.

## A. Colombia

A lo largo de las últimas cinco décadas se han llevado a cabo tres significativas transformaciones en el ámbito laboral en Colombia: la reforma de 1965, la de 1990 y la de 2002. Esto sin considerar la propuesta más reciente que el presidente Gustavo Petro Urrego ha presentado ante el Congreso.

La Ley colombiana núm. 50, del 28 de diciembre de 1990, que introduce la adopción de reformas sustantivas al derecho laboral y otras normas, a menudo se considera el punto de partida de esta tendencia, lo que debe reconocerse con algunas reservas. Por supuesto, no todas las reformas de la ley laboral en ese momento fueron en esta dirección.

En el año 2002 se aprobó la Ley 789, como una respuesta a los desafíos económicos significativos que enfrentaba Colombia tras la crisis mundial de 1998, la cual había agravado las afectaciones de la apertura económica. Esta legislación tuvo como objetivo principal flexibilizar los costos laborales, con el propósito de facilitar a los empresarios la generación de empleo y mantener la competitividad de las empresas (Vallecilla Baena et al., 2018).

La implementación de la Ley en 2002 introdujo cambios sustanciales, incluyendo la configuración actual de las jornadas laborales, así como la modificación en el pago de los recargos nocturnos, que ahora comienzan a partir de las 9:00 p. m. (Vallecilla Baena *et al.*, 2018). Aunque estas reformas introdujeron cambios sustantivos, conviene analizar la próxima reforma que, sin duda, fijara el rumbo de la nación en materia de derecho laboral.

## **B. Chile**

De manera deliberada y sistemática, las políticas laborales durante la dictadura chilena debilitaron de forma significativa el movimiento sindical, causando perjuicios sin precedentes a todos los trabajadores. Esta situación implicaba que, con el retorno a la democracia en 1990, sería necesario realizar esfuerzos considerables para revitalizar el sindicalismo, compensando las pérdidas sufridas en el período anterior.

De acuerdo con Humberto Villasmil (2015), en 1907 se crea en Chile el Departamento del Trabajo, que en 1924 pasa a ser la Dirección General del Trabajo. En Cuba, el 26 de enero, ya en 1909, se sancionó una ley orgánica ejecutiva que instituyó la Secretaría de Agricultura, Comercio y Trabajo, la cual estableció la jornada laboral de ocho horas para los funcionarios públicos.

En 1915, Chile adoptó la Ley núm. 2951 sobre sillas en empresas comerciales y en 1917 Ley núm. 3321 para el descanso dominical. En la primera mitad del siglo XX se expidieron las siguientes leyes: Ley 3915 de 1923 sobre el peso máximo de las bolsas de carga; Ley 4053 de 1924 sobre contratos de trabajo; Ley 4055 de 1924 sobre accidentes de trabajo; Ley 442 de 1925 sobre protección de la maternidad y jardines de infancia de los trabajadores y Ley núm. 772 de 1925 sobre trabajo en buques mercantes (Villasmil, 2015).

Después de 24 años de democracia, el segundo programa de gobierno de la presidenta Michelle Bachelet (2014-2018) abordó esta problemática mediante un Proyecto de Reforma Laboral. Este proyecto tenía como objetivo principal el “fortalecimiento y modernización de las relaciones laborales y derechos colectivos”. Se centraba en dos aspectos fundamentales: primero, mejorar la calidad y extensión de la Negociación Colectiva; y segundo, fortalecer la participación sindical, al promover un movimiento representativo y de calidad (González Candía y Portugal Campillay, 2018).

En este contexto, surge naturalmente la pregunta de si este proyecto de reforma, ahora convertido en ley de la República, logró superar las políticas laborales impuestas por la dictadura militar. Lo cual se analizará en el apartado cuantitativo.

### C. México

En los inicios del siglo XX, las condiciones laborales en México eran difíciles, con jornadas laborales agotadoras y salarios insuficientes; cualquier intento de protesta era reprimida. Hechos significativos, como las huelgas de mineros en Cananea y de obreros textiles en Río Blanco, en 1906 y 1907, marcaron el comienzo del movimiento obrero en México. El establecimiento de la Sociedad Mutualista y Moralizadora de Obreros en 1909 y la incorporación del artículo 123 en la Constitución de 1917 representaron avances en la vanguardia de los derechos laborales (Nava, 2022).

Durante varias décadas se implementaron diversas reformas y se establecieron estructuras sindicales, como la Confederación de Trabajadores de México (CTM) en 1936. Tanto la Ley Federal del Trabajo de 1931, como su sucesora de 1970, tenían como objetivo regular las relaciones laborales, aunque esta última no resolvió completamente los problemas asociados al sindicalismo corporativo. En los años 80 el modelo neoliberal influyó en propuestas de reforma, siendo notable la iniciativa de una “nueva cultura laboral” en 1987 (Nava, 2022).

A pesar de intentos previos, la reforma laboral en México se materializó hasta 2012, con modificaciones a la Ley Federal del Trabajo. Este resumen abarca desde los primeros indicios de regulación laboral hasta la aprobación de la reforma en 2012, resaltando eventos clave y desafíos en la evolución del sistema laboral mexicano. Esta reforma rodeó la figura del *outsourcing* y la promovió constitucionalmente. Aunque el *outsourcing* proporciona notables beneficios económicos a las empresas, al reducir costos de reclutamiento, selección y capacitación, así como impuestos, los trabajadores que laboran bajo este esquema enfrentan desafíos. Al no ser empleados directos de la empresa, carecen de derechos, beneficios, oportunidades de crecimiento y un sentido de pertenencia, lo que puede resultar en estrés, desmotivación y altas tasas de rotación.

Con el gobierno actual del presidente Andrés Manuel López Obrador, la reforma laboral del 2018 se basó en tres elementos clave: en primer lugar,

establecer un sistema de justicia laboral más efectivo y coordinado; en segundo lugar, asegurar la libertad y democracia sindical; y, en tercer lugar, la instauración de un Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, destinado a facilitar procesos de conciliación (Diario Oficial de la Federación [DOF], 2019).

#### **D. Argentina**

La primera normativa laboral en Argentina fue establecida en los primeros decenios del siglo XX. Al igual que en varios países de América Latina, las primeras regulaciones, incluso anteriores a 1910, abordaron temas como el descanso semanal y las condiciones laborales de mujeres y menores de edad. En 1915 se promulgó una ley que abordaba los accidentes y las enfermedades laborales. Posteriormente, se implementaron otras leyes que trataban asuntos como las horas de trabajo en 1929 y la terminación del empleo en 1934. Las licencias remuneradas y la formación de sindicatos fueron reguladas en la década de 1940 por el entonces secretario de Trabajo, el coronel Perón, mientras que la negociación colectiva fue establecida en la década de 1950 (Bronstein, 2022).

Con la ley 8999, del 8 de diciembre de 1912, se creó el Ministerio del Trabajo de la Nación de la República Argentina que, entre otras cosas, organiza las inspecciones y supervisa la legislación que se expida en la materia (Villasmil, 2015). Ya en 1905 la República Argentina sancionó su primera ley laboral, la Ley de Descanso Dominical (Ley 4661 del 6 de septiembre de 1905, por iniciativa de Alfredo Palacios Palacios), la cual estableció un sistema federal de descanso semanal en la capital los domingos.

En este primer momento, el surgimiento de las primeras unidades administrativas dedicadas al trabajo se centró menos en la protección de los trabajadores que en la regulación y control de los conflictos colectivos y sociales (Villasmil, 2015).

La legislación laboral en Argentina evolucionó con el tiempo. La Ley de Contrato de Trabajo (LCT) de 1974 representa un hito importante, aunque sufrió revisiones significativas en 1976 y posteriores enmiendas en 1991, 1995, 1998 y 2000. La LCT, con alrededor de 300 secciones, es detallada. Abarca temas como contratos, derechos, remuneración, horas de trabajo, entre otros. Con base en la LCT se han establecido leyes especiales para ciertas profesiones (Bronstein, 2022). Las leyes sobre relaciones laborales colectivas

regulan sindicatos, negociación colectiva y solución de conflictos y huelgas, con la estructura sindical basada en la industria, que persiste desde 1945. El derecho a la huelga está respaldado por la Constitución, aunque se impongan servicios mínimos en actividades esenciales. En el año 2000 se derogó una ley que permitía el arbitraje obligatorio por parte de la autoridad en conflictos laborales.

## **E. Puerto Rico**

En Puerto Rico la Ley del 19 de agosto de 1913 estableció la División de Investigaciones Económicas y Sociales en el Departamento del Trabajo (Villasmil, 2015). Puerto Rico tuvo una ley laboral muy desarrollada que abordó una amplia variedad de temas desde muy temprano. El 25 de febrero de 1902 se aprobó una ley para prevenir la explotación de niños menores de 16 años. En marzo de 1902 se promulgó la Ley de Derecho de Reunión; el 30 de junio se promulgó la Ley General de Contratación de Obras Públicas en las Islas. El 12 de marzo de 1908 se sancionó una ley que obligaba a pagar los salarios en moneda de curso legal y el 12 de abril de 1917 se sancionó una ley que obligaba a los patrones a notificar a los trabajadores en avisos cuando hicieran huelga (Villasmil, 2015).

Por otro lado, el 14 de noviembre de 1917 se expidió una ley que sanciona los reclamos de trabajadores y asalariados de indemnización laboral contra los patrones. El 30 de noviembre se aprobó una ley muy trascendente que protege la libertad de asociación de los trabajadores en organizaciones de trabajo. El 9 de junio de 1919 se aprobó la Ley del Salario Mínimo de la Mujer Trabajadora; y el 21 de junio del mismo año se aprobó otra ley que regula el trabajo de mujeres y niñas, especialmente en actividades peligrosas. Finalmente, la Ley del 28 de abril de 1930 que obliga a los trabajadores despedidos sin justa causa y sin previo aviso a pagar quince días de salario devengado y una cantidad adicional, la Ley Comercial (Villasmil, 2015).

## **F. Guatemala**

En Guatemala la aparición del derecho laboral se origina con la Revolución de octubre de 1944, marcando el surgimiento de una legislación inédita en el país. Esta legislación incorpora un conjunto de derechos y protecciones destinadas a los trabajadores. Guatemala estableció el Ministerio de Trabajo

y Agricultura en 1920. Con el decreto del 5 de diciembre de 1925 núm. 909, se creó el Ministerio del Trabajo de la Nación, atendiendo así la reactivación de viejas reivindicaciones sindicales durante las huelgas de 1924 y 1925. El 3 de junio de 1934, durante el gobierno del General Jorge Ubico, se fusionó el Departamento Nacional del Trabajo con la Jefatura de Policía (Villasmil, 2015).

El 30 de abril de 1926 el presidente de Guatemala, el general José María Orellana, promulgó el Decreto 1434 que introdujo la Ley de Contrato de Trabajo, un precedente importante relacionado con el momento y contexto en el que surge el derecho laboral. La ley establece que los salarios de los trabajadores deben ser pagados en moneda fiduciaria y que los trabajadores no pueden celebrar contratos por más de un año a menos que estén “subordinados” o expresamente establecidos en los términos de su contrato de trabajo.

La ley también establece que ningún trabajador o empleado deberá trabajar más de ocho horas al día; prohíbe a los empleados o trabajadores estar empleados por más de seis días en una semana, y exige que su descanso semanal sea de al menos 24 horas consecutivas, preferiblemente el descanso dominical. La ley también prohíbe el empleo de menores de 15 años en negocios; menores de 18 años involucrados en trabajo nocturno, y menores de 21 años en la venta y distribución de bebidas alcohólicas e intoxicantes en el lugar de trabajo.

Se establecieron fuera del conocimiento de los jueces de paz, alcaldes municipales y jefes políticos en sus respectivas jurisdicciones, los casos de infracciones de los capítulos de esta ley referente a los temas del trabajo de la mujer y los menores, así como el de los derechos de las madres obreras.

Asimismo, el Departamento de Trabajo del Estado, representado por el Secretario de Estado adscrito al Negociado de Fomento, reconoce su facultad de intervenir en la resolución de conflictos colectivos entre trabajadores y patrones; velar por el cumplimiento fehaciente de las leyes encaminadas a armonizar las relaciones entre trabajadores y empleadores, las disposiciones reglamentarias y demás regímenes jurídicos, así como controlar las condiciones de salud y seguridad física de los trabajadores (Villasmil, 2015).

En un informe a la Asamblea Legislativa de Guatemala, en marzo de 1926, el presidente Orellana justificó la proclamación y uso de poderes especiales en el Decreto 914 del 15 de febrero de 1926, por el que se tipificó como punible cualquier cese, suspensión y discontinuidad voluntaria

del servicio público. El decreto probablemente se emitió debido a las huelgas que desde 1925 involucraron a los sindicatos de zapateros, panaderos y mujeres de fábricas (Villasmil, 2015).

En 1966 se promulgó una nueva Constitución que refleja la mayoría de los principios fundamentales relacionados con las garantías sociales presentes en la Constitución de 1945, orientados a la protección de los trabajadores. Esta nueva constitución introduce el concepto de aguinaldo, reconoce el derecho a la sindicalización tanto para trabajadores como para empleadores, así como el derecho a la huelga y el paro. Además, prohíbe la huelga para los empleados públicos y contempla la posibilidad de militarizar los servicios públicos bajo el derecho general de asociación. Esta Constitución también permite la existencia de sindicatos para los trabajadores del Estado y las instituciones descentralizadas financiadas con fondos públicos, estableciendo que deben regirse por una ley específica. Esto en contraste con la Constitución de 1945, que permitía la aplicación del Código de Trabajo en esos casos (Villagrán, 2006).

## G. Uruguay

Uruguay se destacó como pionero en la regulación laboral en América. En 1907 se crearon el Ministerio de Industria, Trabajo e Instrucción Pública y la Oficina Nacional del Trabajo, encargada de la inspección laboral. Durante la presidencia de José Batlle y Ordoñez, en 1912, se cambió el nombre del ministerio a Ministerio de Industria, Trabajo y Comunicaciones (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 2023).

En julio de 1914, la República Oriental del Uruguay sancionó una ley para la prevención de accidentes laborales; en noviembre de 1915, la Ley de Horas Máximas de Trabajo; en febrero de 1919, la Ley de Pensiones de Vejez; en noviembre de 1920, la Ley de Servicios Domésticos Semanales; y en diciembre del mismo año, la Ley de Descanso Semanal para Todas las Industrias (Humberto Villasmil, 2015).

Hitos legislativos como la Ley 5.032 de 1914, de prevención de accidentes laborales, y la Ley 5.350 de 1915, que estableció la jornada laboral de ocho horas, marcaron el inicio de la protección de los derechos de los trabajadores. En 1933, durante la dictadura de Gabriel Terra, se creó el Instituto Nacional del Trabajo y Servicios Anexados, que más tarde se convirtió en la Inspección General del Trabajo.

En 1935 se cambió el nombre del ministerio a Ministerio de Industria y Trabajo, y finalmente, en la Constitución Nacional de 1967, se jerarquizaron las relaciones laborales. Los consejos de salarios, establecidos en 1943, fueron suspendidos durante la dictadura de 1973 a 1985 y restablecidos en 1992. Tras un periodo de libertad salarial, en 2005, el gobierno convocó nuevamente a los consejos de salarios, incluyendo sectores público y rural (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 2023).

## H. Bolivia

A fines del siglo XIX, el 16 de noviembre de 1896, Bolivia aprobó la Ley Enganche, que fue claramente revolucionaria. A medida que aumentaba la minería del caucho en el noreste de Bolivia, los trabajadores eran contratados sin garantía de retorno. Esta ley ordena la apertura de una tienda de comestibles en el lugar de trabajo, reconoce salarios justos y envía a los trabajadores un cierto porcentaje para el ingreso familiar (Villasmil, 2015).

Las garantías de retorno y las prohibiciones de anticipos de salario —un mecanismo que efectivamente vincula al trabajador para siempre— pretendían permitirle regresar a su familia. En 1915 se aprueba la Ley de Descanso Dominical (23 de noviembre), que tiene un origen religioso y obliga a los trabajadores a ir a la iglesia los domingos (Villasmil, 2015). En 1920 se aprueba la Ley de Odontología Gratuita (9 de enero), que prevé la gratuidad de los servicios odontológicos en los centros mineros. Además, la ley exige que cualquier centro con más de 50 empleados brinde servicios médicos y de farmacia gratuitos. Posteriormente, estos tres servicios se extendieron a los ferrocarriles y centros industriales. En el mismo año se expidió la Ley Suprema de Administración de Huelgas, que introdujo procedimientos de mediación y arbitraje (Villasmil, 2015).

La Ley de Enfermedades Profesionales (1924) prevé indemnizaciones por incapacidad causada por enfermedades profesionales. La Ley de Accidentes de Trabajo (1924) confirmó el principio de riesgo laboral (indemnización de los accidentes de trabajo, incluidos los accidentes, a favor del trabajador o de su causahabiente) y el principio de inversión de la carga de la prueba.

La Ley General del Trabajo (LGT), que sirve como base para la legislación laboral actual de Bolivia, fue promulgada en 1942 en un contexto caracterizado por condiciones políticas, culturales y económicas radicalmente diferentes a las actuales (Paredes, 1991). A lo largo del tiempo, se han

añadido disposiciones complementarias que, en lugar de clarificar la ley original, han contribuido a su complejidad y, especialmente, a la pérdida de coherencia.

Existen tres problemas principales en el conjunto de normativas que rigen el trabajo en Bolivia. En primer lugar, la legislación contiene numerosos artículos de excepción. Desde las disposiciones generales, la LGT excluye a los trabajadores agrícolas; y, a medida que se han introducido normativas posteriores, se ha ampliado progresivamente a trabajadores de industrias específicas y a ciertos oficios relacionados con el empleo estatal que aparentemente estaban excluidos de la norma general (Paredes, 1991).

## I. Brasil

En 1919 Brasil aprobó una ley sobre accidentes de trabajo. Luego, en 1923, se aprobó la famosa Ley Eloy Chávez; y en 1925 la Ley de Vacaciones Pagadas (Villasmil, 2015). Como en otras partes de América Latina, el movimiento obrero brasileño está actualmente enredado en varias facciones políticas y está dividido entre diferentes posiciones en la aceptación de las reformas laborales y la lucha contra el radicalismo representado por la mayoría sindicalista, el sindicalismo, organizados en torno a la CUT, y una actitud cooperativa más dispuesta a negociar con el gobierno (representado por el sindicato Fuerza).

Además de las diferencias políticas, también hay que tener en cuenta la configuración del sistema sindical: este sistema fragmentado de relaciones laborales no facilita la coordinación ni la acción colectiva entre el poder centralizado y los sindicatos (Carbonai, 2019). Se han mantenido las garantías constitucionales de los derechos de los trabajadores de Brasil, como el salario mínimo, los aguinaldos, las vacaciones semanales pagadas y las vacaciones anuales, aunque las reformas han introducido una serie de disposiciones legales que favorecen a los sindicatos sobre los trabajadores.

Las reformas del mercado laboral introdujeron los principales instrumentos legales para la flexibilidad laboral: cambios que incluyen la creación de puestos de trabajo para trabajadores por cuenta propia (la creación del llamado trabajo intermitente, artículos 442 y 443); la introducción del trabajo remoto (artículo 75A); y el derecho a la reforma de la norma del trabajo a tiempo parcial (artículo 58A), flexibilidad de licencias (artículo 134), mayor

flexibilidad en las condiciones de trabajo a nivel de empresa (artículo 444) y despido (artículo 477).

La reforma laboral surgió de un ambiente político de derecha; por lo tanto, no cambiará las bases del sistema de relaciones laborales brasileño, que se organizó según los principios corporativistas de la década de 1940. Una vez que entren en vigor las reformas, la estructura sindical seguirá siendo de un sindicato por trabajador, actividad económica y ámbito territorial (*i. e.*, asociación sindical). Sin embargo, las reformas del mercado laboral han reducido aún más las posibilidades de los sindicatos, y eliminado las formas de financiación pública (Carbonai, 2019).

Los datos mostraron una clara polarización en los principales temas de la reforma. Por un lado, oposición al gobierno de Temer y a grupos representativos de la nueva derecha de Brasil; por el otro, apoyo a los sindicatos. En cualquier caso, no será suficiente para movilizar a millones en junio, como sucedió en las huelgas de abril (Carbonai, 2019). Sin embargo, los encuestados parecen aceptar implícitamente el sistema sindical actual: es el sistema cultural y político en el que los trabajadores, activistas y estudiantes pueden participar en la protesta social.

Por confuso que sea, también es un entorno en el que se puede desarrollar un sentido de pertenencia, a pesar del riesgo evidente de perder el control sobre el proceso político más amplio (reforma laboral más inclusiva, reforma política, reforma del bienestar, instituciones brasileñas y reformas del federalismo, etcétera). Desde el “golpe”, los sindicatos han perdido su marco político de referencia. Asimismo, los sindicatos no han logrado oponerse a las reformas del mercado laboral de Temer, y las discusiones sobre las propuestas de reforma laboral en general han sido pequeñas. Todo esto crea un panorama bastante caótico, carente de consejos útiles y perspectivas que puedan facilitar el diálogo en un momento caracterizado por una prosperidad en declive, una posible recesión económica y profundos cambios políticos (Carbonai, 2019).

La Ley 13.467/2017 adquiere una relevancia extrema y representa un paso adelante en la modernización de las relaciones laborales en Brasil. De los 922 artículos de la Consolidación de las Leyes de Trabajo (CLT), se han modificado 54, se han añadido 43 nuevos y se han revocado 9, sumando un total de 106 disposiciones alteradas. Además, en la Ley 6.019/1974, que regula la tercerización, se han modificado 2 artículos y añadido 3 nuevos. También se han realizado ajustes específicos en la legislación dispersa, lo que

resulta en un total de 114 artículos entre inserciones y modificaciones (Confederação Nacional da Indústria, 2017).

Entre las principales innovaciones introducidas por la ley se encuentran la prevalencia de lo negociado sobre lo legislado, el fin de la ultraactividad de los instrumentos colectivos, la exclusión de las horas *in itinere* del cómputo de la jornada laboral, la regulación del teletrabajo y el trabajo intermitente, así como la previsión de que la contribución sindical se convierta en opcional. Con esta nueva ley se abre un horizonte de mayor seguridad jurídica y cooperación, fomentando la mejora del entorno empresarial. Esto contribuirá al crecimiento económico, beneficiando a las empresas, los empleados y, en última instancia, a Brasil.

### J. Costa Rica

Con la ley del 9 de diciembre de 1920 jornaleros, artesanos y otros trabajadores costarricenses, en fincas, talleres y establecimientos similares, fueron puestos a trabajar ocho y diez horas en empresas. Se regulan los días especiales de trabajo. Desde la Ley núm. 100 no se incluyen sanciones contra los patrones en caso de incumplimiento; no se sigue universalmente, señalando la similitud con la Ley de Talleres e Instituciones Públicas de Venezuela de 1917. Las sanciones equivalentes a 1000 a 5000 columnas, según la importancia de la empresa y el número de empleados, se aprobaron por primera vez en 1928 y la legislación anterior se cumplió en gran medida. El cumplimiento de esta ley depende de la policía, ya que la administración del trabajo aún está lejos de estar establecida (Villasmil, 2015).

La Ley núm. 51, del 24 de febrero de 1924, prohíbe a mujeres y niños menores de 14 años trabajar en condiciones insalubres; a menores de 18 años, trabajar con maquinaria peligrosa, y obliga a los empleadores a brindar asistencia médica. A partir del 2 de julio de 1928, se estableció la responsabilidad del secretario de Estado para la Oficina del Trabajo y Bienestar Social de formular la Ley del Trabajo, según lo dispuesto en la Ley 33. En el primer año de su existencia, el Ministerio del Trabajo dependía del Ministerio del Interior y del Ministerio de la Policía (Villasmil, 2015). Finalmente, la ley del 8 de julio de 1933 núm. 91 regula el horario de trabajo de las panaderías, pero la ley del 22 de noviembre de 1933 el salario mínimo nacional.

### III. MEDIACIÓN LABORAL EN LATINOAMÉRICA

La mediación laboral implica el uso de técnicas alternativas de resolución de disputas (ADR) para resolver problemas en el lugar de trabajo y evitar litigios formales y costosos. El proceso utiliza un tercero neutral para ayudar a las partes en disputa a encontrar soluciones mutuamente aceptables para los problemas que surgen en el lugar de trabajo. La ADR se usa ampliamente en la sociedad, desde disputas familiares hasta disputas intergubernamentales, legales, de políticas públicas y laborales. Se ha convertido en la opción preferida para trabajar hacia la solución (Federal Mediation and Conciliation Service, 2016).

La mediación es cuando un tercero imparcial, el mediador, ayuda a dos o más personas en disputa a intentar llegar a un acuerdo. Cualquier acuerdo proviene de quienes están en disputa, no del mediador. El mediador no está allí para juzgar, para decir que una persona tiene razón y la otra no, ni para decirles a los involucrados en la mediación lo que deben hacer.

El mediador está a cargo del proceso de buscar resolver el problema, pero no el resultado. Los mediadores pueden ser empleados capacitados y acreditados por un servicio de mediación externo, quienes actúan como mediadores internos además de sus trabajos diarios. O pueden ser de un proveedor de mediación externo. Pueden trabajar individualmente o en parejas como co-mediadores. La mediación se distingue de varias maneras frente a otros enfoques para la resolución de conflictos, como pueden ser los procedimientos de queja y el proceso del tribunal laboral.

Según el Advisory, Conciliation and Arbitration Service y the Chartered Institute of Personnel and Development (ACAS y CIPD, 2013), la mediación es “menos formal”, “flexible”, “voluntaria”, “moralmente vinculante pero sin estatus legal”, “confidencial”, “(generalmente) no acompañada” y “exclusiva de las partes” (p. 8).

La mediación busca brindar una solución informal y rápida a los conflictos en el lugar de trabajo, y puede utilizarse en cualquier punto del ciclo del conflicto. Lo que ofrece el proceso es un espacio seguro y confidencial para que los participantes encuentren sus propias respuestas. Para ACAS y CIPD (2013), esto se hace de varias maneras:

- Explorar los problemas, sentimientos e inquietudes de todos los participantes y reconstruir las relaciones mediante la resolución conjunta de problemas.
- Permitir que los involucrados entiendan y empaticen con los sentimientos de aquellos con los que están en conflicto.
- Dar a los participantes conocimientos sobre su propio comportamiento y el de los demás y abrir oportunidades para el cambio.
- Ayudar a los participantes a desarrollar las habilidades para resolver por sí mismos las dificultades en el lugar de trabajo en el futuro (p. 8).
- Fomentar la comunicación y ayudar a las personas involucradas a encontrar una solución que ambas partes sientan que es justa y que ofrezca una solución que los favorezca.
- Usar la energía generada por el conflicto de manera positiva para hacer avanzar las cosas.

La resolución de conflictos es una parte esencial de cualquier mercado laboral y sistema de relaciones industriales que funcione bien. Donde existen relaciones laborales inevitablemente se encuentran conflictos laborales y la necesidad de resolverlos de manera eficiente, eficaz y equitativa en pro de cada una de las partes involucradas y de la economía en general. El marco establecido para hacer frente a tales disputas es un componente crucial del sistema de relaciones laborales de cualquier país. Las opciones disponibles para los interlocutores sociales y los gobiernos son numerosas y van desde negociaciones informales hasta litigios formales; y pueden incluir la intervención del gobierno para resolver determinados conflictos laborales en aras del interés público (OIT, 2013).

La mediación no es un remedio para todas las situaciones en las que existe un conflicto entre las personas en el lugar de trabajo. En algunos casos no habrá más remedio que utilizar un procedimiento formal. En otras disputas, una o ambas partes pueden no querer participar en la mediación. El éxito de la mediación radica sobre todo en el hecho de que es voluntaria y las partes entran en el proceso como participantes dispuestos con el objetivo común de querer resolver sus diferencias (ACAS y CIPD, 2013).

Obligar a las personas a utilizar la mediación, o incorporarla como parte obligatoria de un procedimiento de queja, podría ser contraproducente y empeorar las ya difíciles relaciones entre los involucrados. Cuanto antes se utilice

la mediación en un conflicto laboral, mayores serán las posibilidades de éxito en la resolución del conflicto (ACAS y CIPD, 2013).

Cuanto más dura el conflicto, más arraigadas se vuelven las partes. Una vez que hay un punto muerto, puede ser difícil abrir la situación y ampliar las perspectivas de las personas. La belleza de la mediación es que se trata de un proceso que puede introducirse en cualquier etapa de un conflicto. Incluso después de que se haya completado un procedimiento formal o haya concluido una demanda en un tribunal laboral; por ejemplo, la mediación se puede utilizar para ayudar a reparar las relaciones y fomentar el trabajo en equipo (ACAS y CIPD, 2013).

Es decir, para que la mediación sea efectiva, las organizaciones deben considerar una variedad de factores diferentes al pensar en introducirla. Es necesario tomar una decisión sobre si se deben utilizar mediadores internos o externos. Hay una serie de elementos críticos de éxito para el uso de la mediación. Ningún esquema funcionará a menos que la fuerza laboral, los gerentes y los representantes lo conozcan como una opción viable para resolver disputas. Y los sindicatos pueden desempeñar un papel importante para dar credibilidad al proceso de mediación y generar confianza. La mediación no puede introducirse como una solución rápida para resolver las diferencias en el lugar de trabajo. Sus beneficios deben evaluarse adecuadamente y comercializarse entre el personal; además, deben dedicarse los recursos adecuados a su promoción continua dentro de la organización (ACAS y CIPD, 2013).

En los Estados Unidos la ADR generalmente funciona como una alternativa al poder judicial dentro del marco del sistema legal, operando bajo lo que se ha descrito como “la sombra de la ley”. Este concepto se ha convertido en una suposición general en el campo ADR de los Estados Unidos. Sin embargo, esta suposición no se cumple en la mayor parte de los países latinoamericanos. En América Latina existe una marcada brecha entre las leyes en los libros y las leyes en acción. Aunque la mayoría de las constituciones y leyes latinoamericanas garantizan la protección de derechos de los ciudadanos, más específicamente el derecho de acceso a la justicia, en general estos derechos son simplemente aspiraciones para la mayoría de los latinoamericanos porque los mecanismos de cumplimiento son débiles (Hernández Crespo, 2008).

Así, la resolución de disputas en América Latina opera bajo una pálida sombra de la ley. Esto puede conducir a acuerdos que son menos que justos:

es decir, sin garantía de equidad. En otras palabras, la ADR no es una verdadera “alternativa” en América Latina porque opera sin una opción judicial práctica. América Latina necesita LADR, su propio sistema de resolución de disputas, para que su ADR opere como una verdadera alternativa. Un enfoque sistémico debe comenzar con una perspectiva inclusiva que reconozca a todos los actores en la tarea de optimizar la resolución de disputas (Hernández Crespo, 2008).

Además, para optimizar los sistemas de resolución de disputas, es necesario complementar los procesos democráticos representativos en una etapa preliminar de consulta a través de un método como la construcción de consenso, teniendo en cuenta cómo los actores enmarcan los problemas y articulan sus diferentes perspectivas. Este proceso debe alentar la participación de los interesados en la creación y evaluación de opciones, así como en el desarrollo de estrategias para su implementación. Esto agrega un paso a los procesos legislativos existentes en la región para producir decisiones legislativas más sostenibles (Hernández Crespo, 2008).

A la luz de las debilidades de los sistemas de resolución de disputas de América Latina y los efectos de los esfuerzos de reforma desarticulados, es esencial un enfoque sistémico para la resolución de disputas. Una solución sistémica llevaría los esfuerzos de reforma un paso más allá al abordar los problemas subyacentes más amplios que afectan a todas las partes interesadas en los sistemas de resolución de disputas (Hernández Crespo, 2008).

En un discurso de 2000 ante el Banco Mundial, Amartya Sen argumentó que la reforma legal es parte del desarrollo como un todo, interconectado con las realidades sociales, políticas y económicas. Según Sen, el desarrollo legal no es sólo una cuestión de que el sistema judicial defina formalmente la ley. También debe promover la mejora de la libertad de las personas para ejercer sus derechos y aumentar su conocimiento y uso de los derechos legales.

Sen aboga por un enfoque integral o sistémico al señalar la interdependencia causal y la integridad conceptual de las diferentes áreas necesarias para el desarrollo. La interdependencia causal es la interconexión causal entre los diferentes dominios que pueden verse fructíferamente juntos, mientras que la última se relaciona con la posibilidad de que las preocupaciones divididas sean conceptualmente incompletas, de modo que en realidad no podrían considerarse de forma independiente en absoluto (Hernández Crespo, 2008).

La cultura influye en qué roles están disponibles en la resolución de disputas de terceros; en donde las partes deben intervenir y si se centran en intereses, derechos o poder; cómo confiar o desconfiar del proceso de mediación, y qué estrategias se pueden utilizar en la mediación. Esto significa que la cultura de un negociador puede darnos la respuesta de por qué han tomado tal posición o por qué un elemento determinado tiene más prioridad que otro.

La literatura también establece que los negociadores de culturas colectivistas son muy sensibles a la valoración social de su o sus actuaciones, por lo que intentan dar una imagen favorable al endogrupo, incluso en detrimento de futuras negociaciones cooperativas con la otra parte. Los mediadores deben mirar el proceso con una perspectiva diferente, como un caleidoscopio; cada nueva mediación es un nuevo escenario donde el aprendizaje es posible y necesario (Hernández Crespo, 2008).

#### IV. CONFLICTOS LABORALES, SINDICATOS Y PRECARIZACIÓN DEL TRABAJO EN LATINOAMÉRICA

En los últimos años América Latina se ha convertido en un destino privilegiado para la deslocalización de los sectores productivo y de servicios de las corporaciones extranjeras. La deslocalización es una forma de subcontratación que implica la transferencia de ciertas fases de la producción a otros países, y hoy en día es una de las influencias más fuertes en el mercado mundial. En una era caracterizada por un mayor comercio y movilidad de personas, objetos y tecnologías de la información, las industrias de servicios y manufactura han experimentado cambios drásticos.

Dentro de un contexto histórico se puede destacar que, en gran parte de América Latina en las décadas de 1970 y 1980, el sindicalismo atravesó un período poco propicio para su desarrollo. Primero con dictaduras que reprimieron al movimiento de manera draconiana; después (en algunos casos con el retorno de la democracia), con reformas neoliberales inspiradas en el llamado Consenso de Washington (Martner, 2011).

Asimismo, Gonzalo Martner (2011) también destaca que el sello de los gobiernos progresistas del Cono Sur ha sido la estabilización de la democracia y las libertades civiles, la recuperación y/o ampliación de los niveles de presión fiscal previos a la ola neoliberal, y el fortalecimiento de sus sistemas de bienestar social y relaciones laborales equilibradas. Mantuvieron

economías de mercado dinámicas con diversos grados de regulación pública, e implementaron sus políticas en algunos de los países más desarrollados, en términos relativos, de América Latina y con menor prevalencia de la economía informal. Su crecimiento en la primera década del siglo XXI también fue significativo.

Las estructuras sindicales en Latinoamérica tienen una larga tradición, que tuvo que ser redefinida por la ola neoliberal, y más tarde con el advenimiento de gobiernos progresistas que han revalorizado el diálogo social y el papel del sindicalismo, aunque bajo nuevas condiciones. Debe tenerse en cuenta que en estos países ha prevalecido tradicionalmente un modelo regulatorio de relaciones laborales.

Se han registrado huelgas legales debidamente reglamentadas en el contexto de procesos de negociación colectiva. Aunque también hay muchas huelgas ilegales, siendo la mayoría de los convenios internacionales ratificados pero rara vez observados. La lógica normativa no incluye necesariamente la tutela efectiva del desarrollo de la actividad sindical. Aunque el neoliberalismo favorece reformas que fragmentaron las estructuras sindicales a nivel de empresa e incluso a nivel de planta o departamental, con baja cobertura y fragmentación.

Muchas operaciones de producción y servicios no esenciales o poco calificados se han reubicado fuera de sus países de origen, mientras que las funciones de gestión permanecen rezagadas. En consonancia con las estrategias adoptadas por las clases capitalistas para reducir los costos de producción y aumentar las ganancias, la subcontratación ha aumentado en las últimas décadas a nivel mundial.

En general, los gobiernos de América del Norte han desalentado la subcontratación dentro de sus propios territorios a favor de países extranjeros. Esto ha creado una nueva reconfiguración de la subcontratación que trasciende las fronteras nacionales. Latinoamérica se ha convertido en un destino privilegiado para este tipo de actividades. La deslocalización ha llevado a una mayor desregulación y flexibilidad laboral e introducido un modelo de alta rotación y transitoriedad que crea fragmentación y precariedad laboral en la clase trabajadora (Castillo y Sotelo, 2013).

En el sentido más estricto, la subcontratación no es nueva; ha existido, aunque en otras formas, desde el comienzo del capitalismo. Originalmente tomó la forma de subcontratación o trabajo a destajo, pero se ha ampliado y complejizado en los últimos años. El modelo más conocido es aquel en el

que una empresa delega algunas tareas productivas, financieras, comerciales o de servicios a otra empresa que, aunque suele ser más pequeña, tiene la capacidad técnica para realizarlas.

La empresa contrata directamente los servicios de la segunda empresa especializada. Alternativamente, las empresas pueden utilizar una agencia de empleo para contratar trabajadores temporales para realizar tareas específicas. Sea cual sea la forma que adopte, la subcontratación tiene sus raíces en la subcontratación o el trabajo a destajo (Castillo y Sotelo, 2013).

La subcontratación no es la única forma de producción deslocalizada. La globalización ha convertido a la economía mundial, antes compuesta por economías nacionales, en una “fábrica global” altamente integrada apoyada en las facilidades que ofrece el desarrollo tecnológico y el control de la información y el conocimiento.

La industria de la maquila es otra forma de descentralización de la producción que explota las ventajas comparativas, siguiendo la misma lógica de reubicación del capital de los países del centro a la periferia en busca de una mayor producción, nuevos mercados y mano de obra abundante y calificada pero mal remunerada.

Ambos son parte de la reestructuración global de la producción promovida por la competencia del mercado internacional y las demandas empresariales de mayores tasas de ganancia. Mientras que la maquila se restringe principalmente a la manufactura y el comercio e implica la reubicación e instalación de empresas enteras o partes de ellas en la periferia, la subcontratación puede implicar la “deslocalización en el vacío”, con poca o ninguna inversión extranjera directa, como sucede cada vez más en servicios, que se limitan a la contratación de mano de obra a través de subcontratistas especializados (Castillo y Sotelo, 2013).

La subcontratación ha sido importante al permitir que las empresas reduzcan los costos de producción. Implica el cambio de costos de la empresa principal a los subcontratistas. Las responsabilidades sobre salarios y prestaciones, que suelen ser limitadas, se transfieren a terceros. Esto ha llevado a una reducción global de los contratos laborales y de los derechos sociales. A través de la deslocalización y la subcontratación, las empresas han modernizado y aumentado la precariedad de las condiciones de trabajo.

Los derechos de los trabajadores han disminuido con la reducción o eliminación de la negociación colectiva. Existe una correlación directa entre la disminución de los costes de producción y el aumento de los beneficios

empresariales. Algunos escritores caracterizan la subcontratación o deslocalización como un mecanismo típico de “flexibilidad externa”, en el que la corporación no tiene responsabilidad laboral.

Muchas naciones han aceptado la deslocalización de la creación de empleo y la inversión de capital extranjero sin críticas, pero nos parece que el costo de esta inversión debe ser cuidadosamente considerado. No se pueden justificar políticas públicas favorables a la inversión extranjera, pero hostiles a los trabajadores nativos. Este tipo de subcontratación en Brasil ha ido acompañado de reformas favorables a las empresas, salarios reducidos, mayor automatización de fábricas y despidos. Poca atención se ha prestado a las consecuencias sociales de esta situación (Castillo y Sotelo, 2013).

## V. ANÁLISIS CUANTITATIVO CON USO DE METADATOS

El uso de metadatos y estudios en Rstudio ha sido cada vez más común en la investigación en ciencias sociales. El *software* Rstudio es una herramienta de análisis estadístico que permite la manipulación y procesamiento de datos de manera efectiva y eficiente. Los metadatos son información adicional que se agrega a los datos para describirlos y organizarlos. La combinación de estas dos herramientas puede facilitar significativamente la investigación en ciencias sociales.

El uso de metadatos y estudios en Rstudio puede facilitar significativamente la investigación en ciencias sociales. Los metadatos permiten describir y organizar los datos, lo que ayuda a los investigadores a comprender mejor los datos y reducir la posibilidad de errores al analizarlos. Además, Rstudio es una herramienta útil para la realización de análisis estadísticos complejos. Como señala Furr (2018), “Rstudio se ha convertido en una herramienta indispensable para cualquier investigador en ciencias sociales que desee realizar análisis estadísticos rigurosos y efectivos”.

El objetivo de este estudio es analizar la relación entre los tipos de sistemas de mediación en América Latina, el nivel de afiliación de los sindicatos y la cantidad de estos. Para lograr lo anterior, se utilizará un diseño de metodología cuantitativa que incluye el uso de Rstudio para el análisis de datos.

La muestra consistirá en los datos de los sindicatos de los países de América Latina, recopilados de fuentes gubernamentales y no gubernamentales.

Se utilizará un análisis de datos de series temporales para examinar los cambios en los niveles de afiliación y la cantidad de sindicatos en cada país.

Se utilizó Rstudio para el análisis de los datos, en donde se realizó una limpieza y transformación de datos para asegurarse de que los datos estén completos y consistentes. Se utilizó R para automatizar este proceso y para crear un marco de datos (*data frame*) que contenga todas las variables relevantes.

Por último, se realizó un análisis descriptivo de las variables para obtener una idea general de los datos y para identificar cualquier patrón o tendencia. Se utilizarán gráficos y tablas para presentar los resultados de este análisis.

Por otra parte, para entender el trabajo y papel que tienen estos sistemas de mediación, también era necesario estudiar cómo los sindicatos han impactado en los últimos años en el trabajo de mediación laboral y la precarización en América Latina. Por lo tanto, el cuestionamiento de la cantidad de los mismos se hizo presente se encontró lo siguiente:

Tabla 1. Número de sindicatos en América Latina

País	Número de sindicatos
Argentina	3.419
Brasil	15.007
Chile	12,355
Colombia	2.357
México	3.347
Uruguay	77

Cabe destacar que los datos obtenidos de las páginas oficiales, de los respectivos gobiernos de cada país, en algunos casos datan de 2019. No hay una actualización constante de estos datos. Para poder analizar mejor el fenómeno se profundizó con respecto al desarrollo de la informalidad laboral en Latinoamérica midiéndose a través del nivel de afiliación sindical en la región en los últimos cinco años. De acuerdo con las bases de datos generadas por la OIT, y después de realizar un procesamiento de estos datos, se encontró lo siguiente:

Tabla 2. Nivel de afiliación sindicatos

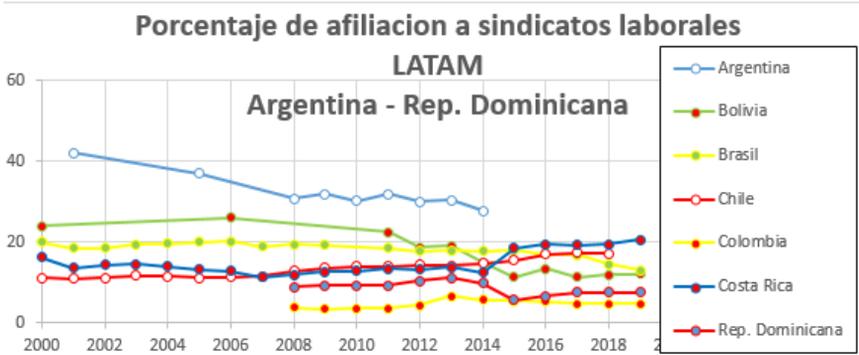
País	Periodo	Pico mayor %	Pico Menor %	Promedio
Argentina	2000-2014	43.84	27.7	33.54
Bolivia	2000-2019	26.11	11.32	16.83
Brasil	2000-2019	20.12	13.03	18.14
Chile	2000-2018	17.38	10.9	13.4
Colombia	2008-2019	6.52	3.38	4.64
Costa Rica	2000-2019	20.54	11.36	14.84
Cuba	2008	81.41	81.41	81.41
Ecuador	-	-	-	-
El Salvador	2000-2018	15.22	8.73	12.83
Guatemala	2000-2019	5.31	2.28	3.36
Haití	2012	1.72	1.72	1.72
Honduras	2010-2017	3.93	1.83	3
México	2000-2020	17.17	12	14.42
Nicaragua	2009-2010	6.7	5.3	6
Panamá	2012-2019	26.33	15.3	20.23
Paraguay	2000-2019	11.35	6.4	7.83
Perú	2010-2019	3.21	1.93	2.6
República Dominicana	2008-2019	11.06	5.62	8.54
Venezuela	2011-2012	0.2	0.2	0.2

FUENTE: elaboración propia con Rstudio, con datos de la OIT.

Se debe considerar que países como Cuba, Ecuador, Haití, Nicaragua y Venezuela no fueron considerados para las siguientes representaciones visuales de datos debido a la escasez de información. Esto con el fin de mantener la integridad de datos y veracidad de gráficas. Como se muestra en la tabla anterior, el tiempo de recopilación de datos depende de los datos pro-

porcionados por el organismo internacional. Por ejemplo, Venezuela mantuvo una relación de tensiones y preocupaciones con la organización a partir de 2017. A continuación, se muestran las gráficas obtenidas para observar el movimiento del porcentaje de afiliación en sindicatos latinoamericanos:

Imagen 1. Porcentaje de afiliación a sindicatos en LATAM



FUENTE: elaboración propia con Rstudio, datos de la OIT

Imagen 2. Porcentaje de afiliación a sindicatos en LATAM



FUENTE: elaboración propia con Estudio, datos de la OIT

## VI. RESULTADOS Y CONCLUSIONES

Se observó que los países con una tendencia positiva son Costa Rica, Panamá y Uruguay, lo que sugiere una mayor y constante afiliación a sindicatos en estas naciones. Los países con mayor porcentaje son: Cuba, con el 81.41

% de afiliación en el 2008; y Argentina, con 43.84 % en el 2000. Los países con mayor promedio en el análisis temporal de 2000 a 2014 es Argentina con 33.54 %; y Panamá, de 2012 a 2019, con un 20.23 %. Sin embargo, se puede observar una tendencia a la baja en Argentina, derivado de los problemas económicos que arrastra el país en los últimos años.

Por otro lado, México presenta una tendencia a la baja de afiliación sindical en los últimos años, siendo los más bajos 2018 y 2020. Se encuentra una relación con las crisis económicas de esos años respectivamente, siendo 2020 un año de mayor pobreza laboral en el país.

En conclusión, se encontró que hay una tendencia que ha ido decreciendo en los últimos años en cuanto a la afiliación laboral en países latinoamericanos. El papel de los sindicatos en la resolución de conflictos laborales está resultando cada vez más difícil. Por otro lado, la falta de confianza en los sindicatos ha aumentado debido al maltrato que han recibido los sindicalizados en los últimos años, así como a la ausencia de un grupo fuerte de presión en las políticas y programas destinados a garantizar la calidad laboral.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Advisory, Conciliation and Arbitration Service [ACAS] y Chartered Institute of Personnel and Development [CIPD]. (2013). *Mediation: An approach to resolving workplace issues*. Chartered Institute of Personnel and Development. <https://www.acas.org.uk/sites/default/files/2021-03/mediation-an-approach-to-resolving-workplace-issues.pdf>
- Carbonai, D. (2019). Labor reform in Brazil, politics, and Sindicatos: notes on the general strikes of 2017. *Journal of Politics in Latin America*, 11(2), 231-245. <https://doi.org/10.1177/1866802X19861493>
- Castillo, D. y Sotelo, A. (2013). Outsourcing and the New Labor Precariousness in Latin America. *Latin American Perspectives*, 40(5), 14-26. <http://dx.doi.org/10.1177/0094582X13492124>
- Confederação Nacional Da Indústria (CNI). (2017). *La modernización de las relaciones del trabajo en Brasil; Ley n. 13.467, del 13 de julio de 2017. Panorama anterior y posterior a la aprobación*. Confederação Nacional Da Indústria. [https://www.ioe-emp.org/fileadmin/ioe\\_documents/publications/Working%20at%20Regional%20Level/Americas/ES/20170912\\_C-839\\_Anexo\\_Brasil\\_moderniza\\_la\\_legislacion\\_laboral.pdf](https://www.ioe-emp.org/fileadmin/ioe_documents/publications/Working%20at%20Regional%20Level/Americas/ES/20170912_C-839_Anexo_Brasil_moderniza_la_legislacion_laboral.pdf)

- Bronstein, A. (2022). *Perfil de derecho laboral nacional: República de Argentina*. Organización Internacional del Trabajo. [https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS\\_159145/langes/index.htm#:~:text=La%20primera%20legislaci%C3%B3n%20laboral%20de,y%20los%20menores%20de%20edad](https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_159145/langes/index.htm#:~:text=La%20primera%20legislaci%C3%B3n%20laboral%20de,y%20los%20menores%20de%20edad)
- Diario Oficial de la Federación (2019). Reforma a la Ley Federal del Trabajo. Poder Ejecutivo y Secretaría del Trabajo y Previsión Social. [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019)
- Federal Mediation and Conciliation Service (2016). *Preventing Litigation and Resolving Conflict*. Federal Mediation and Conciliation Service. <https://www.fmcs.gov/wp-content/uploads/2016/10/Employment-Mediation.pdf>
- González Candía, J. C., y Portugal Campillay, M. (2018). Reforma Laboral Chilena, ¿Un avance concreto para el sindicalismo o una continuación renovada del Plan Laboral impuesto por la Dictadura Militar? *Revista Pilquen*, 21(4), 32-42. <http://revele.uncoma.edu.ar/htdoc/revele/index.php/Sociales/article/view/2159/pdf>
- Hernández Crespo, M. (2008). A systemic perspective of ADR in Latin America: Enhancing the shadow of the law through citizen participation. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 10, 91-129. <https://ssrn.com/abstract=1293000>
- Martner, G. (2011). Progressive Governments and Trade Unionism in Latin America: The Cases of Chile, Argentina and Uruguay. *Internationale Politik und Gesellschaft*, (2), 136-147.
- Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. (2023). Creación y evolución histórica. Gobierno de Uruguay. <https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/institucional/creacion-evolucion-historica>
- Nava, M. (2022). Evolución del sistema laboral en México. *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, 7(12), 1-18. <https://doi.org/10.20983/rej.2023.1.7>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2013). Sistemas de resolución de conflictos laborales. Organización Internacional del Trabajo. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms\\_337941.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_337941.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2019). Nivel de afiliación mundial a sindicatos laborales. En *Departamento de Es-*

- estadística de la Organización Internacional del Trabajo*. <https://ilostat.ilo.org/topics/union-membership/>
- Paredes, R. (1991). *El Código laboral peruano como obstáculo para las reformas estructurales*. Banco Mundial.
- Pope, C., y Mays, N. (1995). Reaching the parts other methods cannot reach: an introduction to qualitative methods in health and health services research. *BMJ*, 311(6996), 42-45. <https://doi.org/10.1136/bmj.311.6996.42>
- Vallecilla Baena, L. F. *et al.* (2018). Derecho laboral en Colombia. En L. A. Diazgranados Quimbaya y E. A. Perafán del Campo (Eds.). Universidad Católica de Colombia.
- Villasmil, H. (2015). Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo (primera parte). *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (21), 203-228. <https://doi.org/10.1016/j.rlds.2015.07.008>
- Villasmil, H. (2016). Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo (segunda parte). *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (22), 220-245. <https://doi.org/10.1016/j.rlds.2016.03.003>



# Estándares internacionales sobre la violencia obstétrica que sufren mujeres portadoras de VIH y el caso de Francisca en Chile

## *International standards on obstetric violence suffered by women with HIV and the case of Francisca in Chile*

María Lorena ROSSEL CASTAGNETO

 <https://orcid.org/0000-0003-4085-3000>

Facultad de Derecho, Universidad de Las Américas. Chile

Correo electrónico: mrossel@udla.cl

**RECIBIDO:** 10 de septiembre de 2023

**ACEPTADO:** 14 de noviembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18558>

**RESUMEN:** El presente artículo tiene por objeto describir un tipo de violencia obstétrica que sufren las mujeres portadoras de VIH/SIDA, quienes son esterilizadas sin su consentimiento en establecimientos de salud, basándose en prejuicios, y en atención a que las normas internas chilenas autorizaban a los médicos a tomar esta decisión por las mujeres. El presente trabajo analizará los estándares internacionales en lo relativo a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Además, se demostrará cómo en el caso de Francisca, mujer con VIH sometida a esterilización forzada, Chile violó una serie de derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales. Para cumplir con dicho objetivo se analizarán las resoluciones de los órganos de control de distintos tratados de derechos humanos, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las normas internas que se refieren a los derechos reproductivos y sexuales de la mujer.

**Palabras clave:** violencia obstétrica, derechos humanos de personas con VIH, derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to describe a type of obstetric violence suffered by women with HIV/AIDS, who are sterilized without their consent in health establishments, based on prejudices and, in response to the fact that Chilean internal regulations authorized doctors to make this decision for women. This work will analyze the norms that constitute international standards regarding the sexual and reproductive rights of women and, in addition, will demonstrate how in the case of Francisca, a woman with HIV subjected to forced sterilization, Chile violated a series of human rights enshrined in the Constitution and international treaties. To achieve this objective, the norms, the resolutions of the control bodies of different

human rights treaties the rulings of the Inter-American Court of Human Rights and the internal regulations that refer to human rights will be analyzed. reproductive and sexual of women. **Keywords:** obstetric violence, human rights people with HIV, sexual and reproductive rights of women.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Estándares internacionales relativos a los Derechos sexuales y reproductivos de la mujer.* III. *Derechos reproductivos de conformidad con los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica.* IV. *Análisis de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en la legislación chilena.* V. *Normas sobre igualdad y no discriminación y acceso a la salud de personas portadoras de VIH en Chile.* VI. *Caso de Francisca. Un caso de violencia obstétrica que sufren las mujeres portadoras de VIH/SIDA en establecimientos de salud.* VII. *Conclusión.* VIII. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

Según estudios realizados en 2021 (Informe SPECTRUM), se estimó que en Chile vivían alrededor de 84,000 personas portadoras de VIH/SIDA —con un rango de incertidumbre entre 75,000 y 91,000— de los cuales el 15.6 % correspondía a mujeres. Muchas de estas mujeres se enteran aleatoriamente de esta condición, ya que, de acuerdo a la normativa chilena, las mujeres embarazadas deben hacerse el *test* de detección para determinar la necesidad de comenzar tratamiento antirretroviral y, así, disminuir las probabilidades de contagiar al recién nacido con la enfermedad.

Se estima que la posibilidad de que la madre trasmita la enfermedad al niño en el parto o en el período de lactancia es inferior al 2 % con los tratamientos adecuados. A pesar de lo anterior, las mujeres embarazadas portadoras de la enfermedad refieren dificultades para acceder a una atención de salud de calidad; además, un alto porcentaje sufre presiones para terminar con su embarazo o para ser esterilizadas durante el parto. Estas situaciones constituyen un tipo de violencia grave en contra de la mujer. Aunque Chile ha ratificado tratados de derechos humanos que protegen a la mujer en contra de la violencia y la discriminación, mujeres portadas de VIH/SIDA refieren haber vivido situaciones que constituyen graves vulneraciones a los compromisos que Chile ha asumido en materia de salud y derechos reproductivos de la mujer.

En el presente trabajo se analizarán las normas internas e internacionales relativas a los derechos reproductivos de la mujer, y se dará cuenta de los pro-

nunciamentos de organismos internacionales que consideran estas prácticas como graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres. Finalmente se analizará el caso de Francisca, una joven madre chilena que debió recurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que el Estado reconociera que había sido víctima de una esterilización forzada debido a su condición de VIH-positivo.

## II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES RELATIVOS A LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER

Si bien los tratados de derechos humanos no se refieren expresamente a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, existe un consenso entre los órganos de control de estos tratados en cuanto a que los derechos sexuales y reproductivos de la mujer se entienden comprendidos dentro de otros derechos consagrados expresamente por estos instrumentos. Así, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo (ONU, 1979) contemplan el derecho a la salud, el derecho de acceso a servicios de atención médica (artículo 12), a la información y educación, y el derecho a la planificación familiar (artículo 16). Por su parte, el Comité CEDAW, en la Recomendación General número 24 (1999), al realizar una interpretación evolutiva del artículo 12, ha expresado que los derechos sexuales y reproductivos forman parte de la Convención

En esta recomendación, además, el Comité detalló las obligaciones de los estados en lo relativo a la salud sexual de niñas y mujeres, ya que, debido a la falta de información, a ciertas desigualdades de género o a prácticas tradicionales nocivas, ellas están más expuestas a contraer VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual. Por ello, exhortó a los estados a garantizar el derecho a la información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres y niñas. Además, señaló que los estados debían garantizar los derechos de adolescentes de ambos sexos a la educación sexual y genésica, por personal debidamente capacitado, en programas que resguarden debidamente sus derechos a la intimidad y la confidencialidad.

Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) se refiere a que ninguna persona será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y la de su familia (artículo 17); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006)

se refiere a las obligaciones de los estados en lo relativo al derecho a la salud de las personas con discapacidad, especialmente en el ámbito de la salud sexual y reproductiva (artículo 25 letra a); la Convención Internacional de Derechos del Niño (ONU, 1989) se refiere al derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes y su familia, y a la educación y servicios en materia de planificación familiar (artículo 24 letra f); en el sistema interamericano, el Protocolo de San Salvador se refiere al derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social y el derecho a la constitución y protección de la familia (artículos 10 y 15); y, finalmente, la Carta Social Europea se refiere al derecho a la protección de la salud, al derecho a la asistencia social y médica y al derecho a la familia (artículos 11, 13 y 16).

Sin perjuicio de lo anterior, el instrumento internacional que se refiere expresamente a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer es el Protocolo sobre los derechos de la Mujer en África, de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos en materia de Derechos de las Mujeres en África, adoptado en 2003 por la Unión Africana, también conocido como Protocolo de Maputo. Este instrumento, que forma parte del sistema africano de protección de derechos humanos, señala que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proteger los derechos reproductivos de las mujeres. Es el primer tratado que se refiere expresamente a la obligación del Estado de autorizar aborto médico en casos de asalto sexual, violación, incesto, y en casos donde el embarazo pone en peligro la salud mental o física de la madre o la vida de la mujer o del feto; y en referirse a los derechos de las mujeres con VIH/SIDA (artículos 14.2.c) y 14 l.d) y e), respectivamente).

Por su parte, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, se han referido a la salud reproductiva de la mujer. De acuerdo con la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, los derechos reproductivos estarían constituidos por

ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espacia-

miento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva (párr. 7.3).

De acuerdo con lo señalado en dicha Conferencia, los derechos humanos comprendidos dentro de los derechos reproductivos serían los que emanan de la salud reproductiva, esto es, la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear; así como la libertad de decidir si hacerlo o no hacerlo, cuándo, con qué frecuencia y con qué intervalo entre un hijo y otro. Por lo tanto, al hombre y a la mujer le asiste el derecho a la planificación familiar de su elección, de obtener información sobre los métodos de fecundidad y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de salud que permitan embarazos y partos sin riesgos y que, en lo posible, permitan a las parejas tener hijos sanos (párr. 7.2). En este mismo sentido, la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer, Beijing de 1995, se refirió en los mismos términos a la Salud reproductiva (párr. 94).

Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud señala que la salud sexual y reproductiva (2007, vol. I) involucra que “las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuándo y con qué frecuencia”. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que “la salud reproductiva implica los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad”.

Sin embargo, en el año 2000 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general número 14, se refiere expresamente a los derechos sexuales y reproductivos, como parte del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, señalando que el derecho a la salud se relaciona estrechamente con otros derechos humanos, que a su vez abordan los componentes integrales de la salud, tales como, el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad y no discriminación, a la vida privada, etc. A continuación, en el párrafo 11 define el derecho a la salud como

un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el su-

ministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

Del mismo modo en dicha observación el Comité señala que se encuentra incluido en el artículo 12 el derecho a la salud genésica, entendiendo por tal

que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto.

En consecuencia, tanto los tratados de derechos humanos como distintos órganos de control de los tratados han establecido que los derechos sexuales y reproductivos constituyen derechos humanos de mujeres y hombres y, por lo tanto, imponen obligaciones concretas a los estados, tales como el derecho a procrear, y la libertad de decidir cuántos hijos tener y en qué intervalo de tiempo.

Estos derechos impactan directamente a otros derechos básicos y de reconocimiento universal, tales como el derecho a la salud, a la vida privada, a la integridad física y psíquica de las mujeres y sus parejas, justo como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo que se analizará a continuación.

### **III. DERECHOS REPRODUCTIVOS DE CONFORMIDAD CON LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA**

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) la Corte Interamericana se refirió al tema de los derechos reproductivos de la mujer en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica* (2012), a raíz de que los tribunales de justicia de dicho Estado habían declarado inconstitucional

las técnicas de fertilización *in vitro*, impidiendo que parejas con problemas de fertilidad pudieran acceder a este tipo de tratamientos para tener hijos. El tribunal superior de Costa Rica declaró que estas técnicas eran abortivas y, por tanto, contrarios al derecho a la vida consagrado en la Constitución, con lo cual se generó un repudio social hacia las personas que sufrían este tipo de discapacidad reproductiva, que afectó emocionalmente a las parejas que pedían al Estado tener acceso a este tipo de procedimientos. La Corte resolvió finalmente que Costa Rica había violado una serie de derechos consagrados en la Convención Americana, entre los cuales cabe destacar el derecho a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar y se cita normalmente en los estudios sobre aborto. Sin embargo, el presente estudio sólo se referirá a los derechos consagrados en la Convención Americana que tienen relación con los derechos reproductivos de la mujer.

En el presente caso, la Comisión Interamericana sostuvo ante la Corte que la decisión de tener hijos biológicos corresponde a la esfera más íntima de la vida privada y familiar y “la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja”, y que “la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia” (párr. 137); y, en consecuencia, que la prohibición de la fertilización *in vitro* vulneraba los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento. Los intervinientes, además, sostuvieron que dicha prohibición vulneraba los artículos 4.1, 5.1 y 7 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2.

La Corte señaló que el artículo 11 de la Convención exige a los estados proteger a los individuos frente a las acciones arbitrarias de los órganos del Estado que afecten la vida privada y familiar; y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de la persona y su familia. Además, la Corte ha interpretado en otros fallos en forma amplia el artículo 7, en el sentido de que éste incluye un concepto extenso de libertad, entendido como la capacidad de hacer o no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, constituyendo un derecho humano básico (párr. 142).

Del mismo modo, señala la Corte que el derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por otras jurisdicciones internacionales, e incluye la identidad física y social, el derecho a la autonomía personal, al desarrollo personal y el derecho a establecer y a desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo. También incluye la forma en que

el individuo se ve a sí mismo y cómo se proyecta hacia los demás. Del mismo modo, recuerda la Corte que anteriormente se ha pronunciado sobre la maternidad, en el sentido de que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y, por tanto, que la decisión de ser o no ser madre es un asunto relativo a la vida privada y específicamente de los derechos reproductivos (párrs. 143 y 144).

A su vez, la Corte señala que la Convención Americana se refiere en el artículo 17 específicamente al papel central de la familia, y de la vida familiar en la persona y en la sociedad en general; mientras que la protección de la familia incluye, entre otras obligaciones, la de favorecer de la manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del grupo familiar. Del mismo modo, recuerda que el artículo 17.2 protege el derecho a fundar una familia, el cual se encuentra consagrado en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos; e igualmente reconoce que el derecho a procrear es parte del derecho a fundar una familia (párr. 145)

Por otra parte, la Corte señala que el derecho a la vida privada se relaciona en primer lugar, con la autonomía reproductiva y, en segundo lugar, con el acceso a servicios de salud reproductiva. Agrega que el derecho a la autonomía reproductiva se encuentra recogido en el artículo 16 e) de la Convención CEDAW y, por lo tanto, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones de convertirse en padre o madre.

Del mismo modo, la Corte desarrolla la estrecha relación que existe entre el derecho a la integridad física y psíquica de las personas y el derecho a la vida privada, toda vez que la falta de atención médica o los problemas de acceso a ciertos procedimientos de la salud generan problemas de ansiedad y angustia en las personas afectadas. En consecuencia, la carencia de salvaguardias legales sobre la salud reproductiva puede constituir un menoscabo grave del derecho a la autonomía y a la libertad reproductiva (párr. 147).

En numerosos fallos la Corte ha señalado que el Estado es responsable de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud, para lograr una efectiva protección del derecho a la vida y a la integridad personal, y que “la salud constituye un Estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. A continuación, se hace referencia al concepto de *salud genésica* que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha proporcionado —al que se hizo alusión en el apartado anterior—, al Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo y otras Declaraciones Internacionales

en las que se pone énfasis en las obligaciones de los Estados en lo relativo a la salud sexual y reproductiva. Se definen estos términos y los vinculan con otros derechos y libertades, tales como el derecho a la salud, a la educación, y a la libertad de reproducirse o no y a ser informados y a tener elección y acceso a los métodos para regular la fecundidad.

Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en enero del 2023, presentó un balance sobre los avances y retrocesos observados en la región durante el año 2022, relativo a los derechos reproductivos de mujeres, niñas y adolescentes y de todas las personas gestantes, llamando a los estados a no retroceder en el reconocimiento y protección de estos derechos, y garantizar su ejercicio libre de toda forma de violencia y discriminación de género de conformidad a los compromisos internacionales.

La Corte Interamericana ha seguido investigando casos de esterilizaciones forzadas en América, como el caso de María Mamérita Mestanza Chávez, Informe núm. 71/03, Petición 12.191, víctima de esa práctica en Perú. Este caso, que terminó en octubre de 2003 con una solución amistosa entre Perú y la Comisión Interamericana, da cuenta de la violencia institucionalizada que se ejerce contra las mujeres, en especial cuando ellas pertenecen a colectivos vulnerables. Sobre el caso de Perú, Mantilla (2001) plantea que, en parte, las esterilizaciones forzadas en Perú se producen por el desconocimiento de las normas internacionales sobre la materia que tienen las autoridades de ese país, en especial, el poder judicial. Del mismo modo explica que, en el caso de las mujeres peruanas afectadas, se trataba de mujeres analfabetas, muchas de las cuales no hablaban español, por lo cual —concluye— es importante contar con programas de salud reproductivas que tomen en consideración estas circunstancias. En la actualidad se estima que más de 300,000 mujeres, que en su mayoría eran campesinas quechuas y pobres, fueron sometidas a este tipo de esterilizaciones en Perú durante el gobierno de Alberto Fujimori, por lo que la Corte Interamericana anunció, en agosto de 2023, una nueva investigación sobre esos casos.

Del mismo modo, Muñoz (2019) se refiere al tema de las esterilizaciones forzadas en Chile, Bolivia, México, Perú, Canadá y Estados Unidos, y a cómo en muchos casos éstas han sido una práctica sistemática en contra de mujeres pobres y analfabetas, mediante la cual se restringe, de un modo paternalista e injustificado, la autonomía y voluntad de estas mujeres.

#### IV. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

##### 1. Incorporación en Chile de los tratados de derechos humanos

En la actualidad existe consenso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los tribunales superiores, en torno a considerar que los tratados de derechos humanos tienen un rango constitucional, a partir de la incorporación a la Constitución del artículo 5 inciso 2 (Cea, 1997; Cumplido, 1997). A ello debemos agregar que, desde la sentencia de *Almonacid Arellano vs Chile* (2006) y en fallos sucesivos, la Corte IDH ha sostenido que los estados están obligados a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre derechos humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (párr. 124).

A pesar de que la tesis del “control de convencionalidad” ha generado rechazo en parte de la doctrina y jurisprudencia (Contreras, 2014; Fuentes y Pérez, 2018), por considerar que la Corte estaría excediendo las facultades que emanan del propio texto de la Convención Americana, no debemos olvidar que los fundamentos de esta tesis implican una interpretación sistemática de la Convención Americana y de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. En efecto, los artículos 1 y 2 de la Convención Americana no pueden interpretarse con las lógicas del Derecho interno, máxime si existe un tratado internacional, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ONU, 1969), que establece normas específicas de interpretación. Dicho tratado consagra un principio básico en materia de aplicación de tratados —que según la Corte Internacional de Justicia tendría carácter consuetudinario y de *ius cogens*— que consiste en que éstos deben ser cumplidos —*pacta sunt servanda*— de buena fe —*bonna fide*—. Esto implica, según la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que los estados tienen que hacer todo lo que está a su alcance para cumplir los tratados internacionales, incluso modificar

su propia legislación, si ello es necesario, para adecuarla al tratado. Además, promueve la obligación de darle un efecto útil a los tratados internacionales, lo que también se consagra en el artículo 27 de la misma Convención, que prohíbe a los Estados invocar disposiciones de orden interno como justificación de incumplimiento de un tratado.

En este mismo sentido, el artículo 2 de la Convención Americana ha impuesto a los estados el deber de adecuar su ordenamiento interno para hacer efectivos los derechos y libertades en ella consagrados. Estos principios, a su vez, han sido reconocidos como normas que deben aplicarse al interpretar la Convención Americana por la misma Corte IDH, que es la intérprete última de la Convención.

Sin embargo, también hay razones de fondo para sostener esta interpretación. Al ratificar los tratados internacionales, se supone que el Estado ha evaluado las consecuencias de ratificar ese tratado y ha comparado el tratado con su legislación. De manera que, si no encuentra oposición o contradicción, manifiesta el consentimiento en obligarse por él a través de un acto solemne, la ratificación. Por lo tanto, con dicha ratificación, el Estado se está comprometiendo a cumplir el tratado a pesar de su propia legislación. Si no fuera así, los estados podrían dictar leyes contrarias al tratado, dejando sin efecto un acuerdo internacional pactado. Lo que no es admisible, ya que en ese caso comprometería su responsabilidad internacional. Más aún si el tratado que se pretende aplicar es un tratado de derechos humanos, y contiene normas de la más alta jerarquía en el derecho internacional, como las normas de *ius cogens*.

Más allá de la discusión sobre si existe o es legítimo aplicar este “control de convencionalidad” en la actualidad, Chile ha adecuado su legislación a la interpretación de la Corte Interamericana, mientras que los tribunales superiores de justicia chilenos aplican este control sin mayores cuestionamientos. A continuación se analizará el tema desde el punto de vista de los tratados internacionales que consagran derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

## **2. Derechos sexuales y reproductivos de la mujer en ordenamiento jurídico chileno**

En Chile no hay una norma constitucional que consagre expresamente los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Sin embargo, Chile es parte de los tratados internacionales de derechos humanos que, de conformi-

dad al apartado 1 de este trabajo, reconocen a la mujer como titular de estos derechos. Durante mucho tiempo la doctrina mayoritaria en Chile negaba la existencia de dichos derechos, al considerar inconstitucional el aborto. En definitiva, en la década de los noventa, una doctrina mayoritaria en Chile rechazaba que la mujer tuviera libertad para decidir sobre su cuerpo en atención a que el artículo 19 número 1, que consagra el derecho a la vida, establece “La ley protege la vida del que está por nacer”. Este artículo era interpretado en el sentido que la Constitución prohibía el aborto, ya que consideraba al *no nato* como “persona” desde la concepción (Corral, 1992; Zapata, 1998; Ugarte, 2006; Silva, 1995; Varela, 1990; Vivanco, 2006; Soto, 1991; Fermandois, 2004; y Cea, 2004). Esta tendencia es la que inspiró el fallo del año 2008 en que el Tribunal Constitucional chileno declaró inconstitucional la distribución de “la píldora del día después” —o “postinor”—, al considerarla contraria al citado artículo y al artículo 4.1 de la Convención Americana. No obstante, ese mismo artículo sería interpretado por la propia Corte IDH en el sentido que el derecho a la vida no es absoluto y que, en todo caso, no es posible sostener que el *nasciturus* es persona.

Sin embargo, a propósito de la discusión de la Ley que despenalizó el aborto en tres causales (BCN, 2017), se cuestiona esta postura porque era contradictoria con el propio texto, ya que, como plantean Alfonso Ruiz y Alejandra Zúñiga (2014), el artículo 19 número 1 reserva el inciso primero al “derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”; y el inciso segundo, a la protección del *nasciturus*. Señalan los autores que si la intención del constituyente hubiera sido la de considerar al *no nato* como persona, el inciso segundo sería “perfectamente redundante”. Para los autores, el inciso segundo no reconocería un derecho, sino la protección de un “bien jurídico”

Del mismo modo, los autores cuestionan la interpretación literal o gramatical del texto constitucional, toda vez que, tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil, las personas nacidas tendrían un estatuto distinto del *nasciturus*. Así, en materia penal se castiga el homicidio, por un lado, y el aborto, por otro. En cambio, en materia civil se distingue a las personas, definidas en el artículo 55 como “todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”, mientras que el artículo 74 del mismo cuerpo legal, se señala que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”, de lo que se colige que “antes de nacer no existe legalmente una persona” (Ruiz y Zúñiga, 2014).

También se argumenta que los redactores de la Constitución (Comisión Ortuizar) consideraban que se justificaba el aborto en determinadas situaciones —violación, por ejemplo—, por lo que no eran partidarios de prohibirlo absolutamente sino de dejar en libertad al legislador para que en casos calificados se regulara esta figura.

Así, en la doctrina surge una tendencia a cuestionar esta idea simplista o de defensa moral en clave absolutista (Zuñiga, 2013), para considerar que en la discusión sobre el aborto debía tomarse en cuenta el respeto a otros derechos, como los de la mujer y el respeto por la vida humana con prescindencia de la personalidad moral (Figueroa, 2013).

Con este enfoque, y apoyándose en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos, como la analizada en el apartado anterior, cobra fuerza la tesis de acuerdo con la cual debe permitirse el aborto en Chile. Así, frente a todo pronóstico, el Tribunal Constitucional declara constitucional la ley que despenaliza el aborto en tres causales, la Ley 21.030, de septiembre de año 2017.

En el fallo<sup>1</sup> el Tribunal, en lo relativo a las consideraciones que tendrá para fallar, señala que Chile ha asumido una serie de tratados internacionales entre los que destaca la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra La Mujer (ONU, 1979) y la promulgación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra Las Mujeres conocida como Belem Do Pará (OEA, 1994), en los que se ha avanzado hacia el reconocimiento de ciertos derechos específicos a favor de la mujer que profundizan y desarrollan los derechos tradicionales (considerando 38). En este sentido, se refieren a que estos tratados protegen a la mujer en contra de la discriminación y de prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o de subordinación. En lo relativo a la maternidad, señala que estos tratados reconocen el derecho a la mujer a acceder a servicios adecuados de atención médica, información, asesoramiento y servicios en materia de planificación familiar, pudiendo decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos. Agrega, en el considerando 39, que es con base en estos estándares internacionales que debe interpretarse el embarazo y la maternidad. Sostiene, asimismo, que

---

<sup>1</sup> TC Rol 3729-2017

El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas (considerando 39).

Del mismo modo, la sentencia del Tribunal hace referencia a las convenciones internacionales que consagran el derecho a la vida, tales como el Pacto de derechos Civiles y Políticos (artículo 6) y la Convención Americana (artículo 4), en los que el derecho a la vida no está expresado como un derecho absoluto. Además, hace alusión a la Convención Americana y al papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la Convención. Refiriéndose al caso *Artavia Murillo*, señala que la Corte declara en dicha sentencia la obligación del Estado de “proteger a la mujer, por cuanto la concepción ocurre dentro de su cuerpo” (considerando 51). Y además —lo que me parece sumamente relevante para fines de este estudio— el Tribunal señala que si estableciera que la vida comienza desde la concepción implicaría constatar la existencia de “un interés contrapuesto entre la madre y el embrión o feto”, así como una jerarquía “donde la madre pasa a ser el lugar donde el embarazo transcurre y donde la madre tiene poco que hacer o decir” (considerando 52).

Al referirse a las causales analizadas, hace alusión al derecho a la vida y a la salud de la madre (considerando 81 y 86 y siguientes); la integridad física y psíquica de la madre (considerando 96); el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo (considerando 99); el derecho a prestaciones de salud (considerando 103); y el deber de evitar la violencia física, sexual y psicológica en contra de la mujer (considerando 109).

De esta manera, en concepto del Tribunal Constitucional, la mujer tiene ciertos derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales que le permiten decidir sobre su propio cuerpo; y que, dentro de estos derechos, el embarazo y la planificación familiar son asuntos que pertenecen a su esfera más íntima. Por lo que, en este contexto, la mujer no puede ser considerada sólo como un lugar, un espacio en el que transcurre el embarazo, sin que pueda hacer o decidir nada. De esta manera el Tribunal constató que la mujer tiene derechos sexuales o reproductivos —aunque en el fallo no se mencionan ni una sola vez— y que su opinión debe ser tomada en consideración para fines de decidir las formas de planificación familiar y si tiene o no hijos, y el intervalo entre ellos.

Como señala Yanira Zúñiga (2014), la maternidad está lejos de ser sólo una vivencia individual, sino que está constituida por un cúmulo de simbolismos, “representaciones sociales prácticas y relaciones en torno al cuerpo de las mujeres, la reproducción y la dependencia o el cuidado”, viviendo lo que denomina “el cautiverio de la maternidad”. En este esquema, el Estado actuaría como un eje de rotación y “vector de las representaciones sociales”. Por su parte, la mujer que se aparta de esa “normatividad sociocultural” es considerada como “fallida” (perversa, delincuente, enferma); mientras que la otra, aquella que vive feliz en su cautiverio, se le glorifica. De esta manera, sostiene Zúñiga (2014), se instrumentaliza el cuerpo de las mujeres, manteniendo el *statu quo* en el que está comprometida la protección de la familia, y todo el sistema de producción y reproducción del Estado. A su vez, Hernández *et al.* (2017) señalan que vivir con VIH y buscar la maternidad aún se conceptualiza en algunos ámbitos como “una desviación radical del orden institucional”, lo que transforma la realidad subjetiva. La forma de enfrentar el embarazo en estas circunstancias dependerá de las herramientas y de la red de apoyo que se posea.

Con esta lógica invisible y que, con algunos matices, subsiste hasta nuestros días, se explica el caso de Francisca que se analizará en el apartado 6 de este artículo.

## V. NORMAS SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESO A LA SALUD DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH EN CHILE

En la legislación chilena existen numerosas normas que consagran el principio de igualdad y sancionan la discriminación. De esta forma, es posible distinguir entre las normas generales sobre discriminación en Chile y las normas especiales que sancionan la discriminación de personas con VIH. El artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante, Constitución)<sup>2</sup> consagra de un modo general el principio de la igualdad

---

<sup>2</sup> Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 2o. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

ante la ley y establece de un modo particular este principio en distintas disposiciones de la Constitución.<sup>3</sup>

El Tribunal Constitucional chileno ha interpretado esta norma entendiendo que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias; y diversas, para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. Del mismo modo, ha entendido que la norma constitucional no consagra una igualdad absoluta, si no que la ley podría establecer una distinción razonable entre aquellos que no se encuentren en la misma condición.<sup>4</sup> Por lo tanto, para el Tribunal Constitucional chileno se infringe la igualdad ante la ley cuando se produce una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran ante una situación similar, y en la medida que dicha discriminación o diferenciación sea arbitraria y, por tanto, contraria a la Constitución. En este mismo sentido ha señalado que se debe analizar si la diferenciación “carece de fundamento razonable, que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador”.<sup>5</sup>

Refiriéndose a la discriminación que puede provenir del legislador o de cualquier autoridad, el Tribunal Constitucional ha señalado que también es una discriminación arbitraria aquella que es contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual, es decir, que “no tenga justificación racional o razonable”.<sup>6</sup>

Esta norma, relativa a la igualdad fue considerada de tanta relevancia que nuestro constituyente la dotó del Recurso de Protección del artículo 20 de la Constitución, que es una acción tutelar que ampara al afectado por ac-

---

<sup>3</sup> Artículo 19 núm. 3o. igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos; artículo 19 núm. 9 establece el derecho igualitario de acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo; el artículo 19 núm. 16, inc. 3o. establece la prohibición de discriminación en materia laboral; el artículo 19 núm. 17 establece la igual admisión a los empleos públicos; el artículo 19 núm. 20 establece la igual repartición de los tributos y las cargas públicas; y el artículo 19 núm. 22 prohíbe al Estado la discriminación arbitraria en el trato económico.

<sup>4</sup> Sentencias causas roles: 784, considerando 19; 1.254, considerando 46; 1.399, considerando 12, 1.732, considerando 49; 1.812, considerando 26; 1.951, considerando 15; 1.988, considerando 64; 2.014, considerando 9; 2.259, considerando 27; 2.386, considerando 13; 2.438, considerando 28; 2.489, considerando 18.

<sup>5</sup> Sentencias causas roles: 784, considerando 19; 1.138, considerando 24; 1.140, considerando 19; 1.340, considerando 30 y 1.365, considerando 29.

<sup>6</sup> Sentencias de las causas roles 811, considerando 20 y 1.204, considerando 19.

tos u omisiones, ilegales o arbitrarias de una autoridad o de particulares y le entrega facultades a la magistratura para restablecer el imperio del derecho y asegurar su debida protección.<sup>7</sup>

De esta manera, desde el año 2001 se han dictado una serie de normas que consagran la igualdad y no discriminación en distintos ámbitos, tales como en lo laboral.<sup>8</sup> En 2012 se dictó una Ley antidiscriminación<sup>9</sup> general, que tenía por objeto llenar el vacío legal que existía en nuestra legislación, que no consagraba una acción legal o de protección frente a los derechos fundamentales vulnerados. En lo relativo a la salud, también se dictaron normas específicas para evitar la discriminación arbitraria de personas portadoras de VIH en los establecimientos de salud.<sup>10</sup>

Del mismo modo, en 2012 entró en vigencia en Chile la Ley 20,584 que Regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud, que consagra en su artículo 2 que toda persona tiene derecho a las acciones de promoción protección y recuperación de su salud, sin discriminación arbitraria, utilizando la misma expresión que utiliza la Constitución y que ha sido interpretada por el Tribu-

---

<sup>7</sup> Artículo 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1o., 2o., 3o. inciso quinto, 4o., 5o., 6o., 9o. inciso final, 11o., 12o., 13o., 15o., 16o. en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19o., 21o., 22o., 23o., 24o., y 25o. podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

<sup>8</sup> Ley 19.759 de 2001, que introdujo el concepto de discriminación laboral en el artículo único y además, introdujo un procedimiento de tutela laboral.

<sup>9</sup> Ley 20609 de 2012, que define discriminación en su artículo 2 como: “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

<sup>10</sup> Ley 19.779 de 2001 y Ley 20584 de 2011.

nal Constitucional como aquella que no tiene justificación racional o razonable. Lo novedoso de esta ley es que incorpora una serie de obligaciones para los prestadores de servicios que incluyen el trato digno hacia el paciente y su familia, utilización del lenguaje adecuado, realizar acciones concretas de contención y empatía y respeto a las madres gestantes.<sup>11</sup>

A pesar de todas las normas en Chile que consagran el principio de igualdad y sancionan la discriminación, existen una serie de ámbitos en los que las personas con VIH/SIDA enfrentan barreras de acceso, entendiéndose por barreras aquellos factores que dificultan el acceso a ciertos servicios (sociales o de salud), como las distancias de transporte, los recursos económicos, entre otros (Fundación Chile Positivo, 2020). Sin embargo, es aún más grave la situación de mujeres que en Chile han sido víctimas de esterilizaciones no consentidas e incluso, no informadas, ya que atentan en contra de una serie de derechos consagrados en la Convención Americana y otros tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. A continuación, se detallará el caso de Francisca, una joven madre portadora de VIH quien, durante el parto de su último hijo, fue esterilizada sin su consentimiento por el personal médico que la asistió, y su cruzada por el reconocimiento por parte del Estado de la vulneración de sus derechos.

## **VI. CASO DE FRANCISCA. UN CASO DE VIOLENCIA OBSTÉTRICA QUE SUFREN LAS MUJERES PORTADORAS DE VIH/SIDA EN ESTABLECIMIENTOS DE SALUD**

Como se relata en el libro *Dignidad Negada. Violaciones de los derechos de las mujeres VIH-positivas en establecimientos de salud chilenos* (2011), en 2002 Francisca (nombre ficticio para proteger identidad de la afectada) tenía 20 años cuando ingresó al hospital para una cesárea programada. El cirujano de turno decidió practicarle una esterilización quirúrgica debido a su condición de ser portadora de VIH, sin informar a Francisca previamente ni siquiera preguntarle sobre opciones de planificación familiar. Cuando Francisca despertó de la operación y mientras estaba en la sala de recuperación, la enfermera del Hospital de Curicó le informó que había sido esterilizada y que ya no podría tener más hijos. Francisca se sintió seriamente afectada por esta decisión

---

<sup>11</sup> Artículo 5 Ley 20.584.

ya que, si bien era portadora de VIH —lo que descubrió durante su embarazo—, ella había tomado todas las medidas necesarias para evitar transmitir la enfermedad a su hijo, dando a luz a un niño saludable y VIH-negativo. A pesar de ello, el personal médico no tomó en cuenta esos cuidados ni su deseo de tener más hijos, por lo que le arrebataron esa posibilidad basada en prejuicios o estereotipos.

En 2007 Francisca decidió querrellarse contra el médico que le practicó la intervención; sin embargo, éste declaró que había obtenido el consentimiento de Francisca verbalmente, versión que respaldaron las enfermeras que estuvieron presentes en el parto. Finalmente el médico fue absuelto. Más adelante, Francisca, apoyada por la ONG Vivo Positivo, interpone una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en 2014, declara admisible el caso y, por tanto, la posibilidad real de llevarlo ante ese organismo internacional. En 2022, esto es, 20 años después del parto en el que se le practicó la esterilización no consentida, el Estado de Chile se allana a una solución amistosa ante la Comisión Interamericana, terminando así el tortuoso camino que Francisca debió recorrer para que se reconociera la violación de derechos que son esenciales.

En el estudio citado se constató que antes del año 2000 era usual que, bajo ciertas circunstancias, los profesionales de la salud tomaran la decisión de esterilizar a mujeres sin su consentimiento, por debilitamiento de la membrana del útero en mujeres que habían tenido cesáreas, por ejemplo. En esos casos, el personal médico no consideraba relevante la opinión de la mujer ya que la decisión de esterilizarlas se adoptaba —según lo que declaraba el personal médico— para proteger a la mujer de embarazos riesgosos en el futuro, aunque, en estos casos, ellas no eran informadas y, por tanto, no entregaban su consentimiento para realizar el procedimiento (Casas, 2004, p. 17). Además, como la norma vigente daba la posibilidad al personal médico de realizar esterilizaciones en “otros casos graves”<sup>12</sup> los médicos usaban esta disposición para justificar la esterilización de las mujeres con VIH. Por su parte, cuando la mujer quería ser esterilizada, se exigía el consentimiento del marido o de la pareja. Esto generaba una desigualdad respecto de la práctica en instituciones públicas y privadas, porque mientras en los hospitales públicos para practicar la esterilización de la mujer se exigía el consentimiento de la

---

<sup>12</sup> Resolución 003: Métodos Anticonceptivos Irreversibles o Esterilizaciones Quirúrgicas (publicado el 1 de septiembre de 1975).

pareja, en las instituciones privadas, en cambio, bastaba con la voluntad de la mujer (Casas, 2004, p. 17).

A fines de la década de los 90, varios órganos de control de tratados de derechos humanos —el Comité de Derechos Humanos de la ONU y el Comité de la CEDAW— presentaron informes recomendando la modificación de la normativa vigente. Finalmente, fue hasta el año 2000 que las normas en materia de esterilizaciones quirúrgicas se modificaron a través de una Resolución Exenta para permitir que el procedimiento se realizara sin el consentimiento del marido o de la pareja de la mujer, lo que provocó una fuerte reacción por parte de los sectores conservadores de la sociedad chilena de la época.<sup>13</sup> La nueva normativa reconocía que la decisión de someterse a esterilización era una decisión personal, y que el personal médico debía informar a la mujer los métodos alternativos de anticoncepción y obtener por escrito un consentimiento informado de la paciente con respecto al procedimiento.

Sin embargo, en el caso de Francisca no se respetó la normativa vigente en Chile en materia de esterilizaciones, por lo que se vio obligada a denunciar estas prácticas a través de distintas instancias que prevé nuestro derecho interno. Al no ser escuchada, en el año 2014 recurrió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que se reconociera la vulneración de derechos en su caso y el Estado de Chile se viera obligado a reparar dicha vulneración. Este requerimiento concluyó con un acuerdo amistoso en el que Chile se comprometió a realizar una serie de medidas compensatorias, tales como, pedir disculpas públicas a la afectada, garantías de no repetición del acto, llevar a cabo una campaña de sensibilización para la no discriminación de las personas con VIH, directrices a los servicios de salud y otras medidas directas de reparación.

Sin embargo, y a pesar de las normas que existen en Chile y los compromisos internacionales que ha asumido en materia de derechos reproductivos de la mujer, las mujeres siguen denunciando casos de esterilizaciones forzadas o sin consentimiento, lo que constituye una grave vulneración a los derechos humanos de las mujeres. Así, mujeres que han tenido partos complejos o son extranjeras, en la actualidad han denunciado haber sido esterilizadas bajo

---

<sup>13</sup> En particular, la Unión Demócrata independiente (UDI) y la iglesia católica criticaron la modificación de la norma vigente en atención a que esta medida provocaba la separación de la familia y que era un avance hacia el aborto (Casas (2004) p. 18)

presiones del personal médico,<sup>14</sup> lo que constituye un tipo de violencia obstétrica o ginecológica grave. Y según lo han expresado órganos especializados en derechos humanos, se trata de nuevas formas de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en contra de la mujer.

En efecto, la violencia obstétrica o ginecológica ha sido definida como la apropiación del cuerpo de las mujeres por parte del personal de salud mediante prácticas que devienen en la medicalización y patologización de sus procesos reproductivos, las cuales redundan en la pérdida de autonomía de las mujeres y en un descenso significativo de su calidad de vida (Cárdenas y Salinero, 2022, p. 1).

Tal como señala un reciente estudio de Cárdenas y Salinero (2022), la violencia obstétrica constituye una forma específica de violencia en contra de la mujer, “arraigada en las concepciones socioculturales sobre las mujeres y los cuerpos femeninos, y que sería una expresión más del continuo de violencia hacia las mujeres” (p. 1).

En dicho estudio, que encuestó a más de 2000 mujeres de establecimientos públicos y privados, arrojó como resultado que el 79 % de las mujeres entrevistadas habían sufrido algún tipo de violencia obstétrica durante el parto, lo que tiene un fuerte impacto en la salud física y mental de las mujeres. Muchas de estas mujeres quedaron con secuelas de por vida a raíz de procedimientos que, en muchos casos, no son suficientemente informados. Pero, además, el estudio demostró que había una fuerte incidencia en la violencia obstétrica en grupos especialmente vulnerables, como es el caso de mujeres pertenecientes a pueblos originarios, mujeres de grupos etarios más jóvenes o de orientación sexual no heterosexual.

Dicho estudio sugiere que las posibles causas de este tipo de violencia en contra de la mujer están relacionadas con la falta de capacitación del personal de salud, la falta de sensibilización del personal o la necesidad de establecer protocolos que guíen sus actuaciones. Del mismo modo, estudios sociológicos señalan que la violencia obstétrica se articula entre la violencia de género y a la relación asimétrica médico-paciente, que, como sostiene Castillo (2020), muchas veces se invisibiliza por los escasos números de denuncia.

---

<sup>14</sup> <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2022/08/03/mujeres-denuncian-esterilizaciones-sin-su-consentimiento-y-hospital-dice-respetar-derechos-sexuales.shtml>

En el mismo sentido, Tach *et al.* (2020) señalan que, como toda forma de violencia, adopta múltiples patrones, pero hay grupos de mujeres que sufren daños particulares por este tipo de violencia debido a estructuras socioculturales, estereotipos de género y patriarcales, y discriminación basada en atributos específicos. Sostiene que estos estereotipos impiden también el acceso a la justicia porque asumen que los problemas obstétricos son una consecuencia normal del parto, causado por su culpa o por un sistema de justicia interno defectuoso y discriminatorio que no imparte justicia a víctimas (Tach *et al.*, 2020).

Lo anteriormente expuesto demuestra que el caso de Francisca no es una excepción, sino más bien constituye una realidad que impacta física y psicológicamente a las mujeres que la padecen, constituyendo un grave problema de salud pública y violación grave a los derechos humanos de las mujeres. Además, la violencia obstétrica no solamente constituye una violación al derecho a la mujer a una atención respetuosa, sino también amenaza su derecho a la vida, a la salud, vida privada, la integridad física y la no discriminación.

En este sentido, el Comité CEDAW, en Recomendación general núm. 35 (2017), ha calificado las esterilizaciones forzadas como nuevas formas de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes; y ha puesto de manifiesto que la violencia en razón de género está tan arraigada en la sociedad que genera una impunidad que afecta todos los espacios en los que las mujeres se desenvuelven. En esta resolución, además, la CEDAW recuerda las obligaciones de los estados en relación con la violencia en razón de género contra la mujer; en el sentido que el Estado es responsable tanto por los actos u omisiones de sus órganos y agentes que ejerzan violencia en razón de género, como de prevenir dichos actos u omisiones que puedan constituir violencia en contra de la mujer, para lo cual tiene la obligación de adoptar medidas de toda índole para investigar, sancionar y reparar a las mujeres que sufran actos de violencia o discriminación. Del mismo modo, el Estado es responsable de los actos u omisiones de particulares que puedan comprometer su responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención, como de aquellos organismos privados que presten servicios públicos, como los de salud.

En este sentido y al igual que en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizados en apartados anteriores, se exhorta a los estados a actuar con la debida diligencia respecto de los actos de los agentes no estatales, de tal manera que, en caso contrario, el Estado será respon-

sable por no adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y reparar los actos u omisiones de estos entes no estatales que provoquen violencia en contra de la mujer. Asimismo, el Comité considera que el no actuar con la diligencia debida constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia en contra de la mujer, constituyendo graves violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención.

El caso de Francisca es paradigmático en cuanto a la importancia del respeto a los derechos económicos y sociales y que dicho respeto debe provenir de todas las entidades, públicas y privadas; en especial, de aquellas a las que el Estado le ha delegado el cumplimiento de dichos derechos. Cuando el Estado no fiscaliza a estas instituciones falla a sus deberes más esenciales y viola gravemente los compromisos internacionales que ha asumido en esta materia, todo lo cual genera su responsabilidad internacional.

## VII. CONCLUSIÓN

Existe consenso en que las esterilizaciones no consentidas constituyen una grave violación a los derechos humanos de las mujeres, tales como el derecho a la salud, el derecho a la intimidad, el derecho a la familia, el derecho a la integridad física y psíquica, y a sus derechos reproductivos, todos los cuales alcanzan un amplio reconocimiento en distintos instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos.

El caso de Francisca es un lamentable ejemplo de cómo el Estado, por su falta de diligencia, puede violar gravemente los derechos de una mujer y — como consecuencia de ello — los compromisos internacionales asumidos en la materia. En efecto, Francisca no solamente vivió vejaciones inexcusables por parte del personal médico que la denigró y luego, sin su consentimiento, la esterilizó privándola de la posibilidad de decidir en el futuro si deseaba tener más hijos. Frente a esta grave vulneración de los derechos, el Estado no investigó la situación, por lo que Francisca debió recurrir a un órgano internacional para que el Estado reconociera la grave vulneración a su derecho a la salud, a sus derechos reproductivos, a su integridad física y psíquica, y a su privacidad. Debieron pasar 20 años para que Francisca tuviera al fin justicia. Y, sin embargo, en la actualidad, muchas mujeres como Francisca, portadoras de VIH/SIDA, siguen siendo víctimas de prejuicios y presiones

indebidas por parte de instituciones de salud que debieran ser los más respetuosos de la dignidad de las personas.

Esto resulta especialmente paradójico en el caso de Chile, toda vez que el Estado tipifica en delito de aborto cuando es consentido por la mujer, y sólo es posible practicarlo en las tres causales que establece la Ley, como se analizó arriba. Sin embargo, muchas mujeres portadoras de VIH/SIDA sufren estas vejaciones sin que el Estado sancione ni investigue; se trata de atentados de suma gravedad que han sido calificados por organismos internacionales como nuevas formas de tortura. Frente a estas situaciones el Estado tiene la obligación de actuar rápida y diligentemente, ya que de lo contrario se convierte en responsable de graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres.

Del mismo modo, en el presente trabajo se pudo evidenciar que la práctica de las esterilizaciones no consentidas está lejos de ser una práctica aislada. En efecto, se han denunciado casos en Bolivia, México, Perú, Canadá y Estados Unidos que tienen en común que han afectado a mujeres portadoras de VIH de grupos especialmente vulnerables: mujeres pertenecientes a pueblos originarios, en situación de migración, analfabetas, en condiciones de pobreza, lo que ha retrasado y, en muchos casos impedido, el acceso a la justicia de las víctimas, lo que resulta particularmente grave. Por lo anterior, y a pesar del acuerdo amistoso a que arribó Perú por las esterilizaciones forzadas en dicho Estado, constituye un avance la comunicación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a insistir en la investigación de dichos casos, para promover la efectiva reparación a las víctimas y que se pueda determinar el alcance de la violación a los derechos humanos de dichas mujeres.

Paralelamente, es fundamental que los estados capaciten al personal médico respecto del trato digno y respetuoso a los pacientes, en especial, a las madres gestantes portadoras de VIH. Pero también es importante erradicar los estereotipos de género que afectan a estas mujeres, que las hacen vulnerables a sufrir este u otro tipo de violación a sus derechos, como paciente, como mujer, como persona. Del mismo modo, es necesario, capacitar al Poder Judicial sobre la importancia de la reparación de las víctimas de estas graves vulneraciones.

## VIII. REFERENCIAS

- Cárdenas Castro, M. y Salinero Rates, S. (2020). Violencia obstétrica en Chile: percepción de las mujeres y diferencias entre centros de salud. *Revista Panamericana de Salud Pública*, (46), 1-8. <https://doi.org/10.26633/RPSP.2022.24>
- Casas Becerra, L. (2004). Mujeres y Reproducción: ¿Del control a la autonomía? *Colección Informes de Investigación*, 6(18), 1-30. [https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/18Mujeresyreproduccion\\_LidiaCasas\\_tapa.pdf](https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/18Mujeresyreproduccion_LidiaCasas_tapa.pdf)
- Casas Becerra, L. y Vivaldi Machao, L. *et al.* (2013). La penalización del aborto como una violación a los derechos humanos de las mujeres. En *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012* (pp. 69-120). Universidad Diego Portales. <https://clacaidigital.info/handle/123456789/527?show=full>
- Castrillo, B. (2020). Parir entre derechos humanos y violencia obstétrica. Aproximación conceptual y análisis del reciente posicionamiento de la Organización de las Naciones Unidas. *Revista Encuentros Latinoamericanos*, 4(1), 196-220. <https://doi.org/10.59999/4.1.625>
- Centro de Derechos Reproductivos. (2011). *Dignidad negada. Violaciones de los derechos de las mujeres VIH-positivas en establecimientos de salud chilenos*. [Dignidad-Negada.pdf \(reproductiverights.org\)](http://Dignidad-Negada.pdf(reproductiverights.org))
- Contreras Vásquez, P. (2014). Control de convencionalidad y una nueva Constitución: hacia una lectura competencial del control de convencionalidad. En E. Chia y F. Quezada, (Eds.), *Propuestas para una nueva Constitución* (pp. 155-169). Instituto Igualdad; Fundación Friedrich Ebert; Universidad de Chile. <https://coes.cl/publicaciones/propuestas-para-una-nueva-constitucion-creada-en-democracia/>
- Cuevas Ríos, E. H. (2013). Discriminación de los derechos humanos de las personas con VIH/SIDA por parte de los servicios de salud en México. *Alegatos. Revista Jurídica de La Universidad Autónoma Metropolitana*, (85), 903-930. <https://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/135>
- Fernández-Matos, D. C. (2020). El derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres viviendo con VIH en Venezuela. Un estudio exploratorio. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 19, 1-19. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgps19.dssr>

- Figuerola García-Huidobro, R. (2013). *The morality of abortion: widening the discussion*. *Acta bioethica*, 19(1), 105-112. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2013000100011>
- Fuentes, X. y Pérez, D. (2018). El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno. *Revista de Derecho (Coquimbo. En Línea)*, Universidad Católica del Norte, 25(2), 119-156. <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/3366>
- Hernández Leyva, M. P., Peña Sánchez, E. Y., y Chávez Courtois, M. L. (2017). Procesos de alternación en mujeres embarazadas con VIH: Estrategias para la disminución de riesgos vinculados con la salud sexual y reproductiva. *Revista de Estudios de Antropología Sexual*, 1(8), 18-35. <https://revistas.inah.gob.mx/index.php/antropologiasexual/article/view/13300>
- Hernández Romano, A. P. (2010). *Aproximaciones al derecho a la salud: el SIDA en México*. Universidad Iberoamericana.
- Iñiguez Manso, A. R. y Peredo Rojas, M. I. (2017). Propuestas de solución para los aparentes conflictos jurídicos que se pueden suscitar entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos de la madre. *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, (11), 35-65. <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/393>
- Mantilla Falcón, J. (2001). El Caso de las esterilizaciones forzadas en el Perú como una violación de los derechos humanos. *Ius et Veritas*, 12(23), 10-20. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16014>
- Morales Celaya, A. (2019). Condición de VIH/SIDA como situación adicional para ejercer violencia obstétrica en mujeres que llevan a término el embarazo en América Latina, una revisión documental. *Revista de Estudios de Antropología Sexual*, 1(10), 124-140. <https://revistas.inah.gob.mx/index.php/antropologiasexual/article/view/15889>
- Muñoz, A. (2019). La esterilización forzada como violación de la Declaración Americana. La necesidad de revitalización a 70 años de su adopción. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 13(3), 558-570. <https://produccioncientifica.uca.es/documentos/606c56f8bd14d86368802540>
- OEA y Comisión IDH. (2019). *Compendio Igualdad y no discriminación CIDH. Estándares interamericanos*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>
- Ruiz Miguel, A., y Zúñiga Fajuri, A. (2014). Derecho a la Vida y Constitución: Consecuencias de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo v. Costa Rica”. *Estudios Constitucionales*, 12(1), 71-104. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100003>

- Tach, C. L., Toebes, B., Feriato, J. M. F. (2020). Obstetric violence: a women's human and personality rights violation. *Revista Jurídica UniCuritiba*, 1(58), 187-206. <https://doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v1i58.3841>
- Zúñiga Añazco, Y. (2013). Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista. *Revista Ius et Praxis*, 19(1), 255-300. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v19n1/art08.pdf>
- Zúñiga Fajuri, A. (2011). Aborto y derechos humanos. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 24(2), 163-177. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173721505007>

### *Normas jurídicas citadas*

- Constitución Política de la República.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Convención Europea de Derechos Humanos.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Ley 19.779 de 2001.
- Ley 20584 de 2021.
- Ley 20609 de 2012.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”
- Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de las Mujeres en África.
- Resolución 003, Métodos Anticonceptivos Irreversibles o Esterilizaciones Quirúrgicas (publicado el 1 de septiembre de 1975).

### *Jurisprudencia citada*

- Caso Artavia Murillo vs Costa Rica. Corte IDH. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile. Corte IDH. 17 de septiembre de 2010.  
Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Corte IDH. Fondo reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018.  
Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Corte IDH. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.  
TC Sentencias causas roles: 784, considerando 19; 1.138, considerando 24; 1.140, considerando 19; 1.340, considerando 30 y 1.365, considerando 29.  
TC Sentencias causas roles: 784, considerando 19; 1.254, considerando 46; 1.399, considerando 12, 1.732, considerando 49; 1.812, considerando 26; 1.951, considerando 15; 1.988, considerando 64; 2.014, considerando 9; 2.259, considerando 27; 2.386, considerando 13; 2.438, considerando 28; 2.489, considerando 18.  
TC Sentencias de las causas roles 811, considerando 20 y 1.204, considerando 19.

*Otras normas y resoluciones de organismos internacionales citados*

CEDAW RECOM. GENERAL 24 (GENERAL COMMENTS), 02/02/99.  
CEDAW Recomendación general número 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general número 19, 26 de julio de 2017.  
CIDH Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, 7 de diciembre de 2017.  
Comisión IDH (2013), Informe 81/13. Caso 12.743. Fondo. Homero Flor Freire. Ecuador. 4 de noviembre de 2013. También, Informe N° 5/14. Caso 12.841. Fondo. Ángel Alberto Duque. Colombia. 2 de abril de 2014.  
Comisión IDH Informe La situación de las personas afrodescendientes en las Américas, OEA/Ser.L/V/II Doc. 62, 5 de diciembre de 2011.  
Comisión IDH Informe 33/16. Caso 12.797. Fondo. Linda Loaiza López Soto y familiares. Venezuela. 29 de julio de 2016.  
Comisión IDH Informe 48/16. Caso 12.799. Fondo. Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar Melinka). Chile. 29 de noviembre de 2016.  
Comisión IDH Informe 75/15. Caso 12.923. Fondo. Rocío San Miguel Sosa y otras. Venezuela. 28 de octubre de 2015.

- Comisión IDH Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15. 31 de diciembre de 2015.
- Comisión IDH, enero de 2023, Comunicado de prensa, disponible en <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/011.asp>
- Comisión IDH, Informe de Fondo, 53/01, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 4 de abril de 2001.
- Comisión IDH, INFORME No 71/03, Petición 12.191.
- Comisión IDH. Informe 86/10. Caso 12.649. Fondo. Comunidad Río Negro del pueblo indígena Maya y sus miembros. Guatemala. 14 de julio 2010.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.
- Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13. 30 de diciembre 2013.
- Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57. 31 diciembre 2009.
- OEA/Ser.L/V/II. Doc 6, de 20 de enero de 2007. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, Comisión IDH. Informe 174/10. Caso N° 12.688. Fondo. Nadege Dorzema y otros (Masacre de Guayubin) República dominicana. 11 de febrero de 2011.
- Organización Panamericana de la Salud, Salud en las Américas 2007, Volumen I - Regional, Washington D.C, 2007.
- Plataforma de Acción la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párr. 94.
- Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).
- Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).
- Res. A.G. 220(XXI), 21 ONU, GAOR. Supp. (16) 52. Doc. ONU A 63(6) (1966).



**Análisis de las definiciones de la jurisprudencia  
de la Corte Constitucional de Ecuador sobre  
el procedimiento de consulta de norma y sus  
consecuencias: ¿interpretación o creación de reglas?**

*Analysis of the definitions of the jurisprudence of  
the Constitutional Court of Ecuador on the norm  
consultation procedure and its consequences:  
interpretation or creation of rules?*

Miguel Ángel SALTOS ORRALA

 <https://orcid.org/0000-0002-6498-5414>

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador  
Correo electrónico: miguel.saltos@cu.ucsg.edu.ec

Andrés Marcelo DE GAETANO

 <https://orcid.org/0000-0001-9967-7430>

Universidad Blas Pascal, Argentina  
Correo electrónico: a\_degaetano@yahoo.com.ar

Federico ACHERITEGUY

 <https://orcid.org/0000-0002-3110-6508>

Universidad Blas Pascal, Argentina  
Correo electrónico: facheriteguy@hotmail.com

Roxana GÓMEZ VILLAVICENCIO

 <https://orcid.org/0000-0002-8866-4156>

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador  
Correo electrónico: roxana.gomez@cu.ucsg.edu.ec

**RECIBIDO:** 14 de septiembre de 2023

**ACEPTADO:** 6 de diciembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18554>

**RESUMEN:** El artículo tiene como finalidad indagar y analizar el alcance y desarrollo del control constitucional en Ecuador, vigente desde la Constitución del año 2008, en el entendi-

miento de que ha sido la propia Corte Constitucional quien a través de su jurisprudencia ha redimensionado los caracteres y reglas de ejercicio del sistema de control de constitucionalidad, frente a un marco reglamentario impreciso que ofrece interpretaciones divergentes. Como parte de esta indagación se demostrará que el presupuesto de *estabilidad*, carácter constitutivo del modelo kelseniano, se encuentra en crisis. Ello, al constatarse que los Tribunales Constitucionales pertenecientes a los sistemas derivados del modelo de control de constitucionalidad concentrado, en ciertas hipótesis, modifican jurisprudencialmente las reglas del sistema de control, actuando de manera similar a las cortes supremas del modelo de la *judicial review*.

**Palabras clave:** control, estabilidad, modelo kelseniano, reglas.

**ABSTRACT:** The article aims to investigate and analyze the scope and development of constitutional control in Ecuador, effective since the 2008 Constitution. It understands that the Constitutional Court itself, through its jurisprudence, has reshaped the characteristics and rules of exercising the constitutional control system, against a vague regulatory framework that offers divergent interpretations. As part of this inquiry, it will be demonstrated that the assumption of stability, a constitutive characteristic of the Kelsenian model, is in crisis. This is evident upon observing that the Constitutional Tribunals belonging to the systems derived from the concentrated constitutional control model, in certain hypotheses, jurisprudentially modify the rules of the control system, acting in a manner similar to the Supreme Courts of the judicial review model.

**Keywords:** control, stability, kelsenian model, rules.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *La definición sobre la “naturaleza” del sistema de control de constitucionalidad vigente en Ecuador.* III. *Las consecuencias de la opción interpretativa por la subsistencia o por la eliminación de la potestad de “inaplicación” de los jueces ordinarios. El modelo kelseniano luego de la Segunda Posguerra.* IV. *La decisión de la magistratura constitucional que resolvió por el sistema de control concentrado (sistema del modelo de base kelseniana).* V. *La nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional y la nueva incertidumbre sobre la “naturaleza” del sistema.* VI. *Conclusión.* VII. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

Si bien los modelos de control de constitucionalidad estadounidense y kelseniano —también coloquialmente conocido como modelo austriaco o europeo continental— han sido objeto de un temprano abordaje teórico desde el pionero estudio de Piero Calamandrei (1996) y su clásica consideración como “binomios contrapuestos” (Fernández Segado, 2005), lo cierto es que, como señala Pedro De Vega García (1979), la justicia constitucional sólo puede ser cabalmente entendida en el contexto social y político en el que emerge.

A partir del relevamiento de los contextos sociales y políticos en que los modelos de control y justicia constitucional son elaborados, resulta posible afirmar que el modelo diseñado por el profesor de la Universidad de Viena surge bajo condiciones muy diferentes a aquellas en que se desarrolló el modelo de la *judicial review* norteamericana cien años antes. Ello, no sólo por una diferencia cronológica sino también considerando los propósitos para el cual fue formulado.

Mientras que el derecho constitucional europeo continental de entreguerras ha surgido de la tradición legalista europea, forjada —primero— en el ideario de la Revolución Francesa y —más tarde— en los postulados del positivismo jurídico (Prieto Sanchís, 2006), el modelo estadounidense fue continuador del modelo inglés, fundado en presupuestos y tradiciones jurídicas muy diferentes.

Considerar la *estabilidad* como un presupuesto político y jurídico, característico del modelo de control de constitucionalidad austriaco, requiere relevar e identificar los antecedentes que condicionaron el desarrollo de la función judicial y los jueces en ese modelo, y una comprensión de los propósitos de sus fundadores.

En el ideario de la Revolución Francesa, la centralidad que adquirió la ley se reflejó en el paradigma del “reino de la ley” o *legicentrismo*, que redimensionó no sólo la función de las autoridades, sino el valor de la soberanía popular del Poder Legislativo y el límite incondicional de que todo poder público no podría ejercer más poder que el que la ley le ha concedido. Este principio se traslada luego a la siguiente etapa de la tradición continental, esto es, la evolución hacia el positivismo jurídico; y, en este último tránsito, sería transformado por las nuevas corrientes nacidas del paradigma de la dominación legal.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Sin perjuicio de la coincidencia en la corriente iusnaturalista racionalista del pensamiento político y constitucional que comparten el proceso revolucionario francés y norteamericano, es preciso diferenciar la mayor influencia de J. J. Rousseau en el primero y de J. Locke en el segundo. La concepción rousseauiana consideraba innecesario indagar sobre el contenido de la ley natural, por lo que, a diferencia de lo que sucedió en Norteamérica, desaparece el intento de descubrir cuáles son los derechos del hombre. En su lugar, la indagación por la justicia natural tomaría un rumbo procedimental. En este sentido, la tesis de Rousseau sobre la ley suponía que ésta debía ser general y abstracta, es decir, nunca debía estatuir sobre una situación particular, y la fórmula de su elaboración debía consistir en que *todo el pueblo* estatuyera sobre *todo el pueblo*. Siendo así, sería impensable que alguien pudiera ser injusto consigo mismo, con lo cual se comprende ahora por qué para los revolucionarios franceses la ley era

Mientras ello ocurría, Europa continental transitaba por un proceso de racionalización formal del derecho que proponía el ideal de un sistema de normas generales y abstractas, y que supondría el abandono de cualquier *criterio material* para la decisión de los problemas jurídicos (Munné, 2006; Weber, 2002).

La herencia de la ideología revolucionaria, atravesada por el proceso de racionalización del derecho daría paso, luego de la primera posguerra, a la tendencia a la racionalización del poder, proceso que Mirkin-Guetzévitch ha definido como “la tendencia de someter al Derecho todo el conjunto de la vida colectiva”, en el cual, “la política es reemplazada por el derecho” (2011, pp. 19 y 56).

La justicia constitucional europea seguirá esta tendencia racional formalista (Mirkin-Guetzévitch, 2011), mientras que en el derecho constitucional estadounidense, la *judicial review* gozaba de amplia legitimación y a partir de finales del siglo XIX, ya había sido receptada por todas las constituciones latinoamericanas que progresivamente abandonaron el modelo de control político francés.<sup>2</sup>

Pero a diferencia de la construcción europea continental, el modelo norteamericano se enmarcó en una tradición jurídica, si bien racional, de tipología *material*.<sup>3</sup> Esto fue advertido por Alexis de Tocqueville, en una instancia

---

la mejor garantía de la justicia natural y de los derechos (Prieto Sanchís, 2006). Básicamente, concebida de este modo, no podría existir ley opresiva, sino que todas las leyes serían leyes de libertad (García de Enterría y Martínez-Carande, 1994). Esta “articulación mágica” de la ley con la libertad —al decir de García de Enterría y Martínez-Carande (1994)—, sería ya dejada de lado por el positivismo decimonónico, que lisa y llanamente renunciaría a cualquier tipo de indagación acerca de la justicia de la ley (Prieto Sanchís, 2006). De acuerdo con la tipología weberiana, estaríamos en el marco de la dominación legal, la cual se caracteriza por el hecho de que la anterior creencia racional, con arreglo a valores, se sustituía por una fe o creencia en la legalidad como criterio de legitimidad. Esta creencia en la legalidad trasunta la obediencia a disposiciones jurídicas positivas sancionadas de conformidad al procedimiento formalmente correcto (Munné, 2006).

<sup>2</sup> Para un mayor análisis del constitucionalismo latinoamericano véase Brewer-Carías (1996) y García Belaunde y Fernández Segado (1997).

<sup>3</sup> Un derecho es material cuando la decisión de un problema jurídico es influida por... ciertas normas cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las generalizaciones lógicas que se basan en una interpretación abstracta: imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica (Weber, 2002, p. 511). Munné enuncia esta diferenciación de modo más sencillo, cuando señala que, de acuerdo a la tipología weberiana-

temprana de su desarrollo, al decir que “los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes. En otros términos, se les permite la no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales” (2017), contrastando con el principio de soberanía popular y la voluntad general del modelo francés.

Sin embargo, la diferencia del modelo estadounidense de control de constitucionalidad con el modelo kelseniano no sólo radica en el hecho —muchas veces reiterado— de que ha sido la propia *Supreme Court* la que, aprovechando el silencio del texto constitucional, auto atribuyó al Poder Judicial el ejercicio del control de constitucionalidad. Justamente, existe otra diferencia que no ha sido abordada acabadamente por los constitucionalistas clásicos, y se trata del hecho de que las propias reglas de ejercicio de la función del control de constitucionalidad serán también definidas por la Corte Suprema al decidir los casos sometidos a su conocimiento.<sup>4</sup> Esas decisiones del Supremo Tribunal estuvieron orientadas a hacer efectivos *valores* constitucionales; fundamentalmente, el principio de la división de poderes. Al menos en la forma que este se asumió en el derecho constitucional estadounidense (*checks and balances*).<sup>5</sup>

Por el contrario, el establecimiento de las reglas de funcionamiento (caracteres) del modelo austriaco no derivó de las soluciones que la justicia constitucional definió en los casos en los que resolvió, ni con base en algún principio derivado de la Constitución, sino que tales reglas estuvieron expresamente preestablecidas en la Constitución o en las leyes orgánicas. Es que,

---

na, el derecho formal es aquel en el que los “instrumentos jurídicos [...] se definen independientemente de consideraciones exteriores de carácter ético, político, religioso o económico”, mientras que el derecho material es “aquel en el que prevalecen exigencias éticas, políticas o de conveniencia” (2006, p. 105).

<sup>4</sup> Con respecto al modelo estadounidense, Cruz Villalón (1982) señalaría que el principio de supremacía de la Constitución sería “ilimitado”, no sólo por la discutible inferencia pretendidamente lógica a través de la cual la *Supreme Court* derivó la facultad de los jueces de invalidar leyes, sino por el hecho de que aquel tribunal construirá también otras tantas inferencias de las cuales se harán derivar las reglas (caracteres) del sistema.

<sup>5</sup> Es necesario recordar que la *judicial review* nace del silencio de la Constitución norteamericana, como una construcción política, persiguiendo fines políticos; surgida, asimismo, en el contexto de una delicada disputa política (que llevaría al célebre caso *Marbury vs. Madison* en 1803). De ahí que las propias reglas de funcionamiento, descritas como los caracteres del modelo, fueron producto consideraciones políticas en el marco de una contienda resuelta judicialmente; esto es, decisiones políticas que la Corte Suprema fue adoptando en las causas que decidía resolver.

por una parte, mientras la *judicial review* se ejerce a través de la aplicación de *criterios materiales* para la decisión de un problema jurídico, el modelo austriaco se acerca al formalismo y la abstracción.

Para lograr esto, la racionalización del poder no podía sino imponer que la totalidad de las reglas del sistema, y con ello su coherencia, quedaran reservadas a los objetivos del legislador (constitucional u ordinario) y no al Poder Judicial como en el sistema norteamericano.

A partir de allí, puede entenderse, tal como afirma Cruz Villalón (1982, p. 32) que el modelo kelseniano de control de constitucionalidad se diferenciaría del modelo de la *judicial review* por “haber hecho del control una función regulada, positivizada, racionalizada, y en definitiva, limitada”. Precisamente, esta función regulada, racionalizada y limitada permite definir la noción de estabilidad que se presenta como uno de los presupuestos del modelo kelseniano de control de constitucionalidad. Esta noción tiene dos implicancias. Por una parte, la “tendencia a la racionalización del poder”, vinculada al principio de que las normas de ejercicio de la competencia del Poder Judicial para ejercer el control de constitucionalidad tenían que formar parte de un sistema preestablecido de reglas. Por otra parte, también implica que la posibilidad de flexibilizar tales reglas —esto es, ampliar o modificarlas tal como la Corte Suprema estadounidense lo hacía conforme criterios materiales— sería inaceptable por atentar contra la generalidad y abstracción propias de la racionalización del derecho.

Es desde esta concepción de estabilidad, como uno de los presupuestos *caracterizantes* del modelo de control de constitucionalidad europeo continental, que el fenómeno de la “hibridación”<sup>6</sup> provoca un redimensionamiento de la justicia constitucional y el progresivo abandono de la pertenencia módelica originaria de cada sistema.

Sin embargo, es necesario diferenciar entre el alejamiento de los sistemas de control de constitucionalidad —es decir, de una determinada normatividad— de los postulados del modelo de base, como construcción teórica, y la flexibilización (*rectius*: apartamiento) que, sobre las reglas del propio sistema, opera la justicia constitucional a través de su jurisprudencia, cuestión que aquí se aborda de manera central.

---

<sup>6</sup> La convergencia e hibridación son entendidos como rasgos característicos de la mundialización de la justicia constitucional y, con ello, la desaparición de los aspectos contradictorios o irreconciliables entre los modelos de control de constitucionalidad tradicionales o clásicos. Véase Mezzetti (2009) y Fernández Segado (2013).

## II. LA DEFINICIÓN SOBRE LA “NATURALEZA” DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VIGENTE EN ECUADOR

La Constitución de Ecuador de 2008 contiene disposiciones expresas sobre el ejercicio del control de constitucionalidad. No obstante, es coincidente en la doctrina constitucional ecuatoriana, tal como afirma Pamela Aguirre Castro, que “el tipo de control constitucional vigente en Ecuador [...] es uno de los temas más polémicos y debatidos en el país” (2013, p. 293).

Desde hace ya largo tiempo, el debate sobre la pertenencia del sistema de control de constitucionalidad ecuatoriano a alguno de los modelos conocidos, esto es, el austriaco (o kelseniano) y el mixto<sup>7</sup> ha surgido por la “aparente contradicción constitucional entre los principios de supremacía constitucional y aplicación directa”, por un lado, y la incorporación de “la consulta de norma”, por el otro (Aguirre Castro, 2013, p. 293).

El punto central del debate tuvo, y tiene que ver, con la subsistencia o no del control de tipo difuso en Ecuador, el cual se encontraba expresamente autorizado por la anterior Constitución de 1998 (Aguirre Castro, 2013) frente a la redacción de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) que reglamenta el instituto de la consulta de norma, sumando dificultades interpretativas adicionales (Storini *et al.*, 2022).<sup>8</sup>

### 1. La tesis que propicia la definición del sistema ecuatoriano de control de constitucionalidad como un sistema mixto

La premisa central de esta tesis<sup>9</sup> reside en la opinión de quienes entendieron que los artículos 425 y 426 de la Constitución permiten dudar acerca

---

<sup>7</sup> Podría pensarse que existe una tercera postura al respecto. En cuanto alguna doctrina, en lugar de pronunciarse en favor del encuadre del sistema en el modelo kelseniano o en el modelo mixto, ha puesto de relieve que la Constitución prevé dos sistemas (tipos) de control de constitucionalidad autónomos y contradictorios. Uno mixto y el otro concentrado. No obstante, esta doctrina termina inclinándose por la postura de que el ecuatoriano es un sistema mixto, aunque con ciertas peculiaridades, ya que, en este esquema, no todos los jueces tendrían autorizada la facultad de inaplicación sino sólo los jueces de garantías (Storini *et al.*, 2022).

<sup>8</sup> En el mismo sentido, otros doctrinarios también sostienen que los problemas de definición abordados en esta exposición se deben a “las deficiencias en técnica legislativa tanto de la Constitución como de la ley”(Grijalva Jiménez, 2011, p. 194).

<sup>9</sup> La redacción del art. 425 de la Constitución, al prever que, “[E]n caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, [...] las juezas y jueces [...] lo resolverán mediante la aplicación

de la eliminación de la facultad de inaplicación que tienen los jueces ordinarios (Ávila Santamaría *et al.*, 2008). Si se consideraba que aquella atribución de inaplicar una ley contraria a la Constitución seguía estando a cargo de la justicia ordinaria, no cabía más que concluir que, en el sistema de la nueva Constitución, conviven el control concentrado y el control difuso, y que el sistema ecuatoriano debería ser clasificados dentro de los “sistemas mixtos de control de constitucionalidad”, tal como afirma Gutiérrez Godoy (2009).

Se ha dicho que los modelos tradicionales, como el americano (estadounidense o de la *judicial review*) y el europeo (o kelseniano o austriaco o europeo continental) pueden considerarse modelos originarios, porque nacen de manera autónoma y como propuestas alternativas entre sí. No obstante, con el transcurrir del tiempo y tras varios sucesos políticos, los sistemas pertenecientes a ambos modelos fueron abandonando la pureza originaria y fueron adoptando elementos pertenecientes a su opuesto, dando lugar a una nueva clasificación. Se trata, precisamente, de los modelos derivados, que reciben esta denominación por resultar de una mixtura de los modelos primarios de control de constitucionalidad (García Belaunde, 1991).

Precisamente, dentro de este nuevo género, denominado modelos derivados, encontramos dos especies, el de tipo mixto y el dual o paralelo. El primero de ellos “es aquel que nace como una mixtura o fusión de otros sistemas, creando uno nuevo, distinto al originario” (García Belaunde, 1991, p. 164). Mientras que el segundo, si bien comprende dentro de sí las formas y propiedades de los dos modelos originarios, se caracteriza por el hecho de que ambos “coexisten sin interferencias” (García Belaunde, 1991, p. 164).<sup>10</sup>

Con respecto a este segundo caso, la fórmula de la convivencia está dada por la coexistencia de un tribunal constitucional que tiene a su cargo el control abstracto de constitucionalidad que cuenta con efectos generales, y tribunales ordinarios que pueden ejercer el denominado control difuso —es decir, el control concreto de constitucionalidad— con efectos de inaplicación (Sagüés, 2016).

---

de la norma jerárquica superior...”, ha llevado a parte de la doctrina a sostener que el juez ordinario no sólo tiene el deber de identificar una posible contradicción entre la Constitución y una norma infraconstitucional, sino que, además, estaría obligado a resolver el caso aplicando la norma superior, lo cual equivaldría al deber de realizar control de constitucionalidad difuso (Storini *et al.*, 2022).

<sup>10</sup> Para una lectura más profunda sobre los modelos clasificatorios, véanse Fernández Segado (1997, 2005); Mezzetti (2009); y Pegoraro (2002).

En el caso del sistema de control de constitucionalidad de Ecuador, luego de 2008, coexisten una declaración de inconstitucionalidad de “actos normativos de carácter general”, con efecto de “invalidez del acto normativo impugnado”, a cargo de la Corte Constitucional (numeral 2o. del art. 436 de la Constitución). Esto, junto con la posibilidad de que los jueces ordinarios declaren la inconstitucionalidad de estos actos en los casos que tengan que resolver, con efectos de *inaplicabilidad*. El sistema así descrito no sería un sistema mixto —al menos no se trataría de un sistema mixto propiamente dicho—, como mencionan los comentaristas de la nueva Constitución ecuatoriana citados, sino que debería calificarse como perteneciente a uno de los modelos derivados, encuadrable en el modelo dual o paralelo.

Hasta aquí, el esquema estaba caracterizado por el deber de aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, y de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, por parte de las juezas y jueces, establecido en los artículos 11, numeral 3 y 426. Asimismo, en caso de conflictos entre normas de distinta jerarquía, por el deber de resolver mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior, previsto en el art. 425 de la Constitución. Estos dispositivos consagraban, para los seguidores de esta tesis, la posibilidad que tienen los jueces, no sólo de aplicar la Constitución en los litigios ordinarios, sino de inaplicar las normas que se le opusieran.

De todos modos, esta posibilidad de control difuso coexistía con el instituto de la consulta de norma del art. 428 de la propia Constitución. Este último, ante la hipótesis de que un juez llegare a considerar que una norma jurídica fuera contraria a alguna disposición constitucional, le ordena la suspensión del pleito y la remisión de la consulta a la Corte Constitucional. En caso de que la norma aplicable esté en conflicto con la propia Constitución, la solución prevista es la suspensión de la norma y la elevación de la cuestión constitucional al Tribunal Constitucional.

Concluido que los jueces ordinarios podían inaplicar las leyes inconstitucionales en el caso a resolver, surgía el problema de armonizar esta atribución con el instituto de la consulta, que, ante el mismo supuesto, desplaza la decisión de la cuestión constitucional del juez a la Corte Constitucional.

Ante el dilema, doctrinarios como Ramiro Ávila Santamaría *et al.* (2008) consideraron que, en este sistema mixto, la futura promulgación de la “Ley Orgánica de Control Constitucional” (p. 268) debía “clarificar en qué casos los jueces pueden o deben optar por la suspensión o la inaplicabilidad” (p. 269).

En el año 2009 la LOGJCC reglamentó el art. 428 de la Constitución, estableciendo (en su artículo 142) que los jueces deben suspender el trámite de la causa litigio y remitir la consulta a la Corte, sólo si tuvieran una duda razonable y fundada sobre la inconstitucionalidad o inconveniencia de una norma jurídica.

A partir de esta disposición, quienes sostenían la tesis del sistema ecuatoriano como sistema mixto, interpretaron que se reforzaba la idea de que los jueces ordinarios conservaban la potestad de inaplicación de normas contrarias a la ley fundamental, y que de esta forma se permitía su armonización con el deber de elevar la consulta.

De esta forma se consideró que “la suspensión y ulterior consulta a la Corte operaría únicamente en caso de duda por parte del juez”, mientras que, en aquellas hipótesis en las que los jueces no tuvieran dudas sobre la inconstitucionalidad de una norma, tendrán la facultad de inaplicar (Grijalva Jiménez, 2011). Dicho en otros términos, si aquellos tuvieran “certeza acerca de la inconstitucionalidad de la norma podrían inaplicarla para el caso concreto” (Aguirre Castro 2013, p. 303), sin verse compelidos a elevar la consulta.

## **2. La tesis que propicia la definición del sistema ecuatoriano de control de constitucionalidad como un “sistema concentrado”**

Otro sector de la doctrina sostuvo, en cambio, que una de las modificaciones más relevantes que trajo la Constitución de 2008, con respecto a la de 1998, fue, justamente, “el cambio de un sistema de control difuso a un sistema de control concentrado de la constitucionalidad” (Martínez Dalmau, 2008, p. 284).

Los defensores de esta tesis ponen énfasis en “el cambio sustancial” (Martínez Dalmau, 2008, p. 284) que el art. 428 de la Constitución introdujo, considerando que la inaplicabilidad habría sido eliminada, y que, en su lugar, se habría dado la facultad de suspender el trámite para hacer la consulta (Salgado Pesantes, 2013).

Es importante destacar que no se desconoce que el principio de aplicación directa se encuentra establecido por los artículos 11.3, 425 y 426 de la Constitución ecuatoriana, sino que, aún ordenándose la sujeción de todas las autoridades a la Constitución —entre las cuales se encuentran, obviamente, los jueces—, nada se dice, específicamente, sobre la posibilidad de la

inaplicación de oficio. Esto es, lo que queda expresamente determinado es su deber de suspender el trámite y elevar la consulta, para que sea la Corte Constitucional quien decida la cuestión constitucional (Masapanta, 2012).

### III. LAS CONSECUENCIAS DE LA OPCIÓN INTERPRETATIVA POR LA SUBSISTENCIA O POR LA ELIMINACIÓN DE LA POTESTAD DE “INAPLICACIÓN” DE LOS JUECES ORDINARIOS. EL MODELO KELSENIANO LUEGO DE LA SEGUNDA POSGUERRA

Quienes consideran que la actual Constitución ha eliminado el *control difuso* o desconcentrado<sup>11</sup> sostienen que “el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador recoge el sistema de control concentrado de constitucionalidad de modelo europeo, básicamente el español” (Aguirre Castro, 2013),<sup>12</sup> ya que aquel dispositivo establece que los tribunales ordinarios, en caso de considerar que una disposición normativa resulta inconstitucional, deben elevar la consulta a la Corte Constitucional, para que sea esta última quien se pronuncie al respecto con carácter definitivo.

Dentro de esta tesis, es interesante destacar que la autora citada explica que “al igual que el caso español, el artículo 428 de la Constitución de la República debe ser leído de manera integral con los principios y demás reglas contenidas en la Constitución” (Aguirre Castro, 2013). Esto significa que la *aparente contradicción* que Aguirre Castro plantea entre los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución y la obligatoriedad de elevar las consultas de norma, en realidad no es tal, sino que halló su fórmula de armonización en el del control de constitucionalidad surgido en la Europa continental de la postguerra.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Nos referimos a la facultad de cualquier juez ordinario de declarar la inconstitucionalidad de una norma en una causa e inaplicarla.

<sup>12</sup> La propia Corte Constitucional se encargó de destacar la especial similitud entre el esquema de control concreto del sistema español y el del sistema ecuatoriano de 2008 (Sent. 008-13-SCN-CC; Casos 0033-09-CN y acumulados).

<sup>13</sup> Es interesante hacer notar un principio de interpretación sistemática, entendiendo a las normas constitucionales no como disposiciones aisladas y carentes de relación entre sí, sino, como dice Francisco Díaz Revorio (1997), atribuyéndose un significado normativo teniendo en cuenta otros preceptos o normas que integran el contexto constitucional. Una Constitución configura un sistema que abarca principios relacionados entre sí en función de una idea política dominante, tal como afirma Badeni (2012); esta perspectiva de interpretación sistemática es

De esta forma, cabe preguntarse sobre el derrotero histórico que marcó los cambios en aquellos sistemas. En el origen del modelo kelseniano, la Constitución era concebida como una norma dirigida al legislador, y nunca como una norma invocable por el ciudadano ante los jueces, ya que el paradigma era que los derechos de estos nacían de la ley, y sólo por la ley estaban obligados los jueces. Este presupuesto conducía a la separación entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, según la cual la primera tenía “en exclusiva la competencia para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley” (Rubio Llorente, 1988). Mientras, que la competencia para determinar “cuál haya de ser la interpretación correcta de ésta” era exclusiva de la segunda (Rubio Llorente, 1988)

Este esquema se modifica luego con los cambios producidos por el constitucionalismo europeo post Segunda Guerra Mundial (García de Enterría y Martínez Carande, 1995), y la separación entre justicia constitucional y justicia ordinaria se diluye. Significando que la primera ya no tiene la potestad exclusiva de toda posible “aplicación e interpretación de la Constitución como norma” (Rubio Llorente, 1988), así como la segunda ya no se limita a aplicar única y exclusivamente la ley.<sup>14</sup>

---

la que permitiría superar la aparente contradicción irreconciliable que Pamela Aguirre Castro entiende. La interpretación sistemática ha sido muy utilizada por el tribunal constitucional español. Al respecto, véanse Alonso García (1984) y Díaz Revorio (1997).

<sup>14</sup> Es interesante hacer notar comparativamente como esta tesitura es abordada pacíficamente en el sistema constitucional español. Tal como la Constitución española de 1978, Eduardo García de Enterría y Martínez Carande (1995) destaca que ahora, en vista del “valor normativo directo y general de la Constitución”, esta pasa a ser una norma jurídica alegable ante los jueces ordinarios. No obstante, estas nuevas ideas exigen un esfuerzo de armonización con el incidente de inconstitucionalidad, llamado en España cuestión de inconstitucionalidad, y receptado en el artículo 163 de su Constitución, el cual, según la más destacada doctrina, contiene “el principio de interdicción a los jueces de inaplicar” las leyes.

En definitiva, se llegó a la conclusión que el monopolio que conserva el Tribunal Constitucional es sólo de rechazo, es decir, este tiene únicamente el “monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes”, mas ello no impide, por la propia fuerza normativa de la Constitución, que esta sea aplicada por los jueces. Incluso, se señala que estos últimos deben enjuiciar previamente la constitucionalidad de las leyes, antes de aplicarlas a los casos que tengan ante sus estrados (García de Enterría y Martínez-Carande, 1994). Conforme a la doctrina española, el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad previsto en el artículo 163 de la Constitución española, no impide concluir que los jueces ordinarios “*deben aplicar e interpretar la Constitución*” (García de Enterría y Martínez-Carande, 2006) y, lo que es más, solo deberán suspender y elevar la cuestión al Tribunal Constitucional cuando consideren que la ley es inconstitucional, mas, cuando el juicio constitucional de la ley llevado a cabo por el juez

Precisamente, quienes sostienen esta tesis entienden de modo similar al sistema ecuatoriano de fiscalización constitucional instaurado por la Constitución de Montecristi. En este sentido, cabe señalar que la doctrina ecuatoriana en general —invocando el numeral 5o. del artículo 11, los artículos 426, 429 y el numeral 1o. del 436 de la Constitución de Ecuador— considera que la Corte Constitucional, aun cuando haya sido consagrada como el máximo intérprete constitucional, no es la única intérprete de la Constitución. A esto se suma el hecho de que los jueces también deben aplicar la Constitución, sobre todo, los derechos que ella consagra (Ávila Santamaría et al., 2008). Es decir, en el Ecuador post Constitución de 2008, los jueces también deben ser garantes de la Constitución, sobre todo de los derechos constitucionales, y deben “interpretar y aplicar la ley en el sentido que resulte conforme con la Constitución” (Ávila Santamaría et al., 2008).

Sin perjuicio de ello, la doctrina que defiende la tesis de este apartado también encuentra el fundamento para armonizar la idea de la exclusividad de la magistratura constitucional del juicio de inconstitucionalidad definitivo, que, según entienden sus sostenedores, deriva del artículo 428 de la Constitución de Montecristi. En este sentido, aquí tampoco se observa contradicción entre aquella potestad y “los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución”, ya que se entiende que “la constitucionalización del ordenamiento jurídico no es una cualidad de todo o nada [...], sino que admite grados o intensidades”. Con esto se advierte que debe poder ser armonizada con otros principios igualmente importantes, también de rango constitucional.<sup>15</sup>

De todos modos, esta doctrina, a cargo de la Corte Constitucional, que reconoce el denominado *monopolio de rechazo*, admite que: “la regla contenida en el artículo 428 de la Constitución, no exime a los juzgadores de su obligación de confrontar siempre la validez (materialidad) de las disposiciones

---

resulte positivo, no requiere confirmación alguna por la magistratura constitucional. Por otra parte, la legislación española también les impone a los jueces el deber de interpretación conforme de las leyes (García de Enterría y Martínez-Carande, 1994), con lo cual, una cuestión de inconstitucionalidad sólo podría elevarse cuando los esfuerzos del juez en tal sentido hayan sido infructuosos.

<sup>15</sup> El principio *pro legislatore*, y los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, se opondrían a la posibilidad de que una disposición normativa sea “inaplicada en un caso por un juez y aplicada por otro juez”, y justificarían, por lo mismo, la inteligencia que conduce a concluir que sólo a la Corte Constitucional “le corresponde expulsar la norma con efectos erga omnes” (Aguirre Castro, 2013).

normativas con la Constitución, toda vez que sus decisiones necesariamente siempre están condicionadas por la Constitución (Aguirre Castro, 2013).

#### IV. LA DECISIÓN DE LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL QUE RESOLVIÓ POR EL SISTEMA DE CONTROL CONCENTRADO (SISTEMA DEL MODELO DE BASE KELSENIANA)<sup>16</sup>

Como bien apunta Aguirre Castro (2013), aquel “problema hermenéutico harto polémico”, consistente en determinar la subsistencia o no de la posibilidad del control difuso en Ecuador y su calificación como un sistema dual o paralelo —*sub specie* del modelo mixto— o como un sistema perteneciente al esquema kelseniano, fue zanjado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el período de transición.

Así es que la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, y luego la Primera Corte Constitucional, dejaron establecido el alcance de la consulta de norma previsto en el art. 428 de la Constitución y desarrollado en el Título IV de la LOGJCC. Asimismo, la Primera Corte Constitucional vinculó ese entendimiento con la caracterización que cabía darle al sistema de control de constitucionalidad establecido por la Constitución de 2008.

La Corte Constitucional para el Periodo de Transición, por intermedio de la Sentencia núm. 055-10-SEP-CC (2010), marcaría una doctrina judicial que ya no variaría. En esta instancia la Corte debía resolver una acción extraordinaria de protección interpuesta por una persona jurídica de derecho público, dirigida en contra de una sentencia dictada por una sala especializada de una Corte Provincial, que se había avocado, en vía de apelación, al conocimiento de una acción de protección iniciada por una persona jurídica privada que, en sede administrativa, había sido sancionada por la primera.

La Corte Constitucional consideró necesario abordar el problema relativo a la posibilidad de que, en el marco de una acción de protección, el juez

---

<sup>16</sup> Para esta consideración sólo se trata el análisis de sentencias de la Corte Constitucional para la transición, y luego de la Primera Corte Constitucional, que abordan la tensión interpretativa expuesta en relación con las características y al alcance del sistema de control de constitucionalidad. Ello, sin perjuicio de la existencia de otras sentencias y decisiones previas que reflejan otra perspectiva sobre el sistema de control de constitucionalidad en Ecuador pero que no se corresponden al periodo de estudio que, metodológicamente, corresponde al proyecto de investigación del cual se desprende esta publicación.

podiera declarar “la inaplicabilidad de un acto administrativo con efectos particulares” y/o “la inaplicabilidad de un acto normativo con efectos generales” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 11). Las directrices que orientaron la respuesta se encontraron, según la propia Corte, en el “principio de interpretación sistemática de la Constitución”<sup>17</sup> y en “el derecho a la seguridad jurídica en la activación y sustanciación de las garantías jurisdiccionales y normativas que reconoce la Constitución de la República vigente” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 11).

Al momento de analizar la pretensión del demandante de la acción de protección, la Corte sostuvo la total improcedencia de “la solicitud de inaplicabilidad a través de una acción de protección”, advirtiendo “el efecto de la concesión de una acción de protección”. De acuerdo con la regulación vigente, tanto constitucional como legal, sólo puede ser la declaratoria de vulneración del derecho en cuestión y la pertinente reparación, mas “no es la inaplicabilidad de un acto, en este caso, de un acto administrativo con efectos particulares y directos” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 16).

Más adelante, incluso, se reitera que “la inaplicabilidad de un acto administrativo con efectos individuales y directos [...] no es propia de esta garantía jurisdiccional de derechos constitucionales” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 17). Es decir, de la acción de protección, por cuanto el propio “término inaplicable [...] responde a un efecto que traía el control constitucional difuso bajo el régimen de la Constitución Política de 1998 (art. 274), y que no existe en la Constitución de la República vigente” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 17).

La Corte Constitucional, por intermedio de la sentencia que estamos analizando en este acápite, marca y divide el terreno del debate doctrinario. Como primer criterio esencial deja claro que la invalidación que sea consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad se tiene que entender como la anulación de la eficacia jurídica del acto normativo que sea materia de alguna acción constitucional. Provocando así “la expulsión del acto normativo con efecto general —o acto administrativo con efecto general— del ordenamiento jurídico ecuatoriano” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 17), lo cual la acción de protección como herramienta procesal no podría servir.

---

<sup>17</sup> Sobre la interpretación sistemática véase la nota al pie núm.13

Conforme a lo determinado en la LOGJCC, la acción de protección no procede “cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleve la vulneración de derechos constitucionales” (LOGJCC, 2023/12/01, art. 42, numeral 3). Con el establecimiento de esta norma se instaura una diferencia conceptual entre el control abstracto de constitucionalidad y la acción de protección.

Cuando un acto administrativo o normativo de alcance general infringe normas constitucionales, y se busca su eliminación o anulación del marco legal vigente en el país, el mecanismo apropiado es el control abstracto de constitucionalidad. Esta función es de competencia exclusiva de la Corte Constitucional, según lo establecido en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 436 de la Constitución de la República. Por otro lado, en situaciones donde una acción o inacción de cualquier entidad de la administración pública, una política pública o un comportamiento de un particular, infrinja derechos constitucionales, y se aspira a obtener un reconocimiento de esta vulnerabilidad y la correspondiente reparación, la acción de protección se presenta como la herramienta constitucional idónea para salvar y reparar los derechos afectados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 88 de la Constitución de la República (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 18).

De conformidad con esto, la Corte concluyó que la referida Sala de la Corte Provincial de Pichincha, al determinar “que el acto objeto de la acción, acto administrativo con efectos individuales y directos, carece de eficacia jurídica”, no solamente había “desnaturalizado a la acción de protección”, sino que había “efectuado un control de constitucionalidad inexistente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, control difuso y directo de un acto administrativo con efecto directo e individual” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 21).

En suma, la Corte insistió “con la utilización de un criterio sistemático de la Constitución”, y dejó sentado que la referenciada *disposición derogatoria* de la Constitución, que establece la derogación *ipso iure* de los instrumentos normativos que se opusieron a la nueva Constitución, debía “ser leído en armonía con el artículo 428 de la Carta Fundamental”. Mas, de todos modos, lo relevante es que la Corte Constitucional advirtió que esta última “regla constitucional es clara”, con lo cual se sostuvo que, al haber constatado la referida Sala de la Corte Provincial de Pichincha “una eventual contradicción de la norma respecto a la Constitución, debieron suspender la tramitación

de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 22).

La Corte advirtió, asimismo, que esta regla de proceder incluía también a aquellas hipótesis que cayeran en el ámbito de aplicación de la mencionada *disposición derogatoria* de la Constitución, ya que, en estos casos, igualmente, “para que una norma del ordenamiento jurídico sea contraria a la Constitución, deberá ser declarada como tal por parte de la Corte Constitucional”.

Sin embargo, el pasaje más trascendente de esta sentencia,<sup>18</sup> en el que se encuentra establecida la *doctrina judicial del precedente*, expresa que

esta Corte deja en claro que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República vigente, y a diferencia del control constitucional difuso previsto en la Constitución Política de 1998, los jueces están vedados para inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa, circunstancia que se ha generado en el caso *sub iudice*. Finalmente, a partir de la disposición constitucional citada, es evidente también que no existe la posibilidad de que un juez efectúe en la sustanciación de una causa, un control constitucional respecto a actos administrativos con efectos particulares e individuales por no encontrar sustento constitucional. (Sentencia No. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 22)

Esta línea jurisprudencial será continuada en los restantes pronunciamientos de la Corte Constitucional de la cual ya no se apartará de la senda adoptada por la Corte Constitucional para el Período de Transición.

La Primera Corte Constitucional puso de manifiesto la forma de armonizar el principio de aplicación directa de la Constitución<sup>19</sup> y el denominado *monopolio de rechazo* de la magistratura constitucional, del mismo modo que el nuevo sistema español lo había hecho, según las explicaciones de García de Enterría y Martínez-Carande.

---

<sup>18</sup> Es importante mencionar que la parte resolutive de la sentencia hizo lugar a la acción extraordinaria de protección interpuesta por el Superintendente de Telecomunicaciones y, en tal virtud, como consecuencia de haberse omitido la aplicación del art. 428, se resolvió “[D]eclarar la vulneración de los derechos a la seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva” y “[D]ejar sin efecto la sentencia [...] motivo de la presente acción extraordinaria de protección” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC; Caso núm. 0213-10-EP).

<sup>19</sup> Principio que, como se recuerda, apareció en los sistemas de control de constitucionalidad de aquellos países europeos continentales que habían adherido al modelo kelseniano original, con las modulaciones introducidas por el constitucionalismo de la segunda posguerra.

Así, en la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia del Caso núm. 0535-12-CN, señaló que, como principio general, los tribunales ordinarios debían aplicar “las normas constitucionales de modo directo y sin necesidad de que se encuentren desarrolladas” (Sentencia núm. 001-13-SCN-CC, 2013, p. 4). Advirtiendo que la interrupción de una causa para que será remitida como consulta a la Corte Constitucional es de forma excepcional.

Precisamente, y sobre la consulta de norma impone a los jueces ordinarios la obligación de elevar a la Corte Constitucional la consulta de cualquier disposición normativa que pueda ser aplicable a un caso que deban resolver y que consideren inconstitucional, para que sea el órgano de la magistratura constitucional quien resuelva sobre la inconstitucionalidad o no de tal disposición. El principio que inspira esta solución es el que establece que, en el sistema de control de constitucionalidad ecuatoriano que diseña la Constitución de Montecristi, “existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde sólo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez” (Sentencia núm. 001-13-SCN-CC, 2013, p. 4).

En esta instancia del análisis no debe pasarse por alto el hecho de que, a través de sus precedentes sobre el punto, la Corte Constitucional vino a solventar una posible antinomia entre el texto de la Constitución y el de la LOGJCC. Si bien los principios de supremacía constitucional, de la Constitución como norma vinculante para los jueces y de aplicación directa de la misma, todos ellos reconocidos en la nueva Constitución de 2008, pudieron haber generado alguna duda acerca del alcance de las facultades de la justicia ordinaria en cuanto a la cuestión constitucional, lo cierto es que el nodo del problema, en este sentido, fue la incorporación, en la LOGJCC, del término “duda” (artículo 142).

Ello dio pie para que una parte importante de la doctrina sostuviera que sólo aquella obligaba al juez a elevar la consulta, mientras que la certeza de la inconstitucionalidad de la norma aplicable, le permitiría a aquel declararla como tal por sí mismo e inaplicarla (Ávila Santamaría *et al.*, 2008).

Así fue, entonces, que este problema adicional que trae la redacción de la ley reglamentaria es advertido por la propia Corte Constitucional. El órgano constitucional luego de destacar que el artículo 428 de la Constitución prevé “expresamente que los jueces, cuando consideren que una norma es contraria a la Constitución, deben remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional”, pone de relieve que la LOGJCC, al incorporar en su artículo

142 el requisito de duda razonable y motivada, introduce una expresión que podría llevar a diversas interpretaciones, en el sentido que con la sola certeza del juez de instancia sobre alguna norma considerara que fuera inconstitucional podría inaplicarla para el caso concreto.

Así las cosas, la Corte reconoce que entre ambos dispositivos, el de la Constitución y el de la ley, podría observarse una “aparente contradicción”, y afirma, a su vez, que, ante semejante “problema jurídico”, fue su propia jurisprudencia la que estableció la solución (Sentencia núm. 036-13-SCN-CC, 2013).

Precisamente, abocándose a la solución de este aparente dilema, la Corte, luego de citar y transcribir uno de los pasajes más importantes de aquella sentencia que constituyó el punto de partida sobre el asunto, dictada por la Corte Constitucional para el Periodo de Transición (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010), advirtió que la misma habría *ratificado* “la regla establecida en el artículo 428 de la Constitución”, al tiempo que se estableció que tal regla implicaría que “los jueces siempre, en caso de considerar que una norma es contraria a la Constitución, deberán remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional” (Sentencia núm. 036-13-SCN-CC, 2013).

En síntesis, en el precedente citado, la Corte Constitucional resolvió la polémica al determinar que

la Constitución de la República, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional o Código Orgánico de la Función Judicial, no autorizan a las juezas y jueces a inaplicar una disposición normativa al tener “certeza” de su inconstitucionalidad, pues el único órgano con competencia para juzgar si una disposición normativa es contraria a la Constitución es la Corte Constitucional. (Sentencia núm. 036-13-SCN-CC, 2013, p. 9)

Sintetizadas las líneas fundamentales sentadas por la Corte Constitucional acerca del control de constitucionalidad es posible comprender la razón de la solución que la magistratura constitucional ecuatoriana adoptó respecto de la segunda de las cuestiones que se han planteado. Es que todas estas decisiones respecto del alcance que correspondía darle al artículo 142 de la LOGJCC, reglamentario del proceso constitucional de consulta de norma previsto en el artículo 428 de la Constitución, y sobre la cuestión relativa al modo de armonizar tal instituto con los principios de supremacía constitucional y de aplicación directa de la misma (artículos 9, 11, numeral 3,

425 y 426),<sup>20</sup> terminaron por decantar en otro tipo de decisión de la Corte Constitucional, esta vez sobre el tema tan polémico de la definición del sistema de control de constitucional ecuatoriano instaurado con la Constitución de 2008.

Así es que, en la Sentencia núm. 036-13-SCN-CC, se dijo que “el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador recoge el sistema de control concentrado de constitucionalidad del modelo europeo” (2013, p. 6). Es decir, la propia Corte se inclina por una de las posturas doctrinales acerca del debate sobre la clasificación del sistema ecuatoriano de control de constitucionalidad: o constituye una de las subespecies del modelo mixto, o corresponde a un modelo de base kelseniano, con mixturas que respondían a ideas propias del derecho constitucional estadounidense.

El órgano de la magistratura constitucional ecuatoriana decidió que es este último esquema el que comprende al sistema ecuatoriano, tal como lo sostiene una parte de la doctrina, al decir que “se observa que el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador recoge el sistema de control concentrado de constitucionalidad de modelo europeo, básicamente el español” (Aguirre Castro, 2013).

## V. LA NUEVA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA NUEVA INCERTIDUMBRE SOBRE LA “NATURALEZA” DEL SISTEMA

La tesis anterior parece haber sido dejada de lado por una nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional, surgida a partir del año 2019. Como señalan Storini *et al.* (2022), en aquel año la Corte dictó dos sentencias a propósito del matrimonio igualitario, de las que surge un panorama confuso, ya que, al tiempo que en una de ellas se reafirmaba la tesis de que el sistema ecuatoriano era un sistema concentrado,<sup>21</sup> en la otra se daba a entender, aunque no de manera explícita, que en el sistema de la Constitución de Montecristi, el juez ordinario estaba autorizado a realizar el denominado control difuso,

---

<sup>20</sup> Que llevaron a sostener la exclusividad de la facultad de emitir juicios negativos *definitivos* sobre la constitucionalidad de las diversas disposiciones normativas en cabeza de la magistratura constitucional —o monopolio de rechazo—.

<sup>21</sup> Sentencia 010-18-CN/19.

esto es, aplicar la Constitución incluso frente a normativa infraconstitucional que se le opusiera.<sup>22</sup>

Como cierre, en el año 2020, la Corte Constitucional dicta una sentencia en la que parece reafirmar, esta vez, la tesis de que, en el Ecuador, los jueces son titulares de la atribución de inaplicar normativa infraconstitucional que se encuentre en pugna con la Constitución y que sea aplicable al caso.<sup>23</sup>

De todos modos, en su voto concurrente, el juez Hernán Salgado Pesantes disiente de la tesis del voto de la mayoría en cuanto al punto, y sostiene que en el sistema de control de constitucionalidad instaurado por la Constitución de 2008 sólo es posible el control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional.

En vista de este panorama, la incertidumbre de la que se habla en el título de este apartado deriva del hecho de que, según advirtiera la doctrina, los precedentes que habían consolidado la jurisprudencia que establecía la interdicción del control difuso y la exclusividad de la Corte Constitucional en la atribución de la declaración de inconstitucionalidad (control concentrado) no fueron dejados de lado expresamente, sino que conviven con la reciente jurisprudencia que autoriza tal control difuso, dando lugar, de tal modo, a dos líneas jurisprudenciales claramente contradictorias (Storini *et al.*, 2022).

## VI. CONCLUSIÓN

Habíamos señalado que uno de los presupuestos del que partía el modelo kelseniano, y que denominamos *estabilidad*, suponía que las reglas de funcionamiento de los sistemas de control de constitucionalidad que lo siguieran estarían preestablecidas por la ley —constitucional u ordinaria— y fuera del alcance del poder creador de la jurisprudencia. Este presupuesto se enmarcaba en la pretensión de racionalización de toda la vida política que gobernaba los procesos constituyentes de la época, es decir, aquel periodo de entreguerras signado por el positivismo como ideología.

No obstante, al igual que sucedía en algunos países de la Europa continental en los que los *aggiornamenti* de los caracteres de sus sistemas de control de constitucionalidad, de matriz kelseniana, se habían logrado, en parte

---

<sup>22</sup> Sentencia 011-18-CN/19.

<sup>23</sup> Sentencia 1116-13-EP/20.

por las nuevas regulaciones constitucionales, pero también por la acción de la jurisprudencia constitucional, en el sistema ecuatoriano de la Constitución de Montecristi, la Corte Constitucional tendría, también, un papel sumamente relevante en el bosquejo de los detalles de dicho esquema.

Se ha adoptado como ejemplo la polémica suscitada en torno a la subsistencia o no, luego de la sanción de la Constitución de 2008, del denominado control difuso, y su derivación necesaria, el dilema sobre la clasificación del sistema de control de constitucionalidad diseñado por aquella.

Los principios de fuerza normativa vinculante y de aplicación directa de la Constitución, por una parte, y el principio implícito en el incidente o cuestión de inconstitucionalidad, por otro, fueron balanceados. En los sistemas del *viejo continente*, a través de la elucubración teórica de un derivado del modelo originario (el austriaco), en el que la separación fundamental entre magistratura constitucional y magistratura ordinaria se flexibiliza, y en donde, por *mor* de esto, los jueces ordinarios pueden y deben aplicar e interpretar la Constitución, en los litigios que debieran resolver, pero hasta el límite de tener que emitir una declaración de inconstitucionalidad de las leyes aplicables al caso. Es decir que, aun a pesar de lo anterior, esta última potestad sigue siendo exclusiva del Tribunal Constitucional, al menos si de dictar un pronunciamiento definitivo se trata.

En esta línea, cabe advertir que, aun cuando los principios fueron receptados de un modo semejante por la Constitución de Montecristi, la doctrina ecuatoriana no abrazó la teoría europea, al menos no en forma unánime. Vimos que hubo un sector de esta que propuso un entendimiento diferente, en el que coexistirían el control abstracto, con todas sus peculiaridades, en cabeza de la magistratura constitucional, y el control concreto en cabeza de todos los jueces.

Se ha expuesto también que el debate original se profundiza cuando se sanciona la LOGJCC, cuya disciplina del instituto de la *consulta de norma* está caracterizada por una redacción confusa.

Así las cosas, la importancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha relevado viene dada por el hecho de que, ante las posturas encontradas que surgieron en la doctrina al momento de responder a los mencionados interrogantes, aquella terminó dirimiendo la controversia, con el significado especial que ello tiene en el esquema teórico del modelo. En cierto modo, termina por “crear” el sistema, de una manera similar a una *Supreme Court* o, al menos, “crear” en algún sentido relevante.

En tal sentido, y más allá de que existan fundadas razones para creer que la decisión adoptada sobre la polémica es la más adecuada, eso no quita que se haya tratado del establecimiento de una serie de reglas de funcionamiento por parte de la jurisprudencia de la magistratura constitucional, es decir, crear el propio sistema.

Es que el hecho de que, entre la comunidad de intérpretes relevantes, las disposiciones constitucionales que receptaban los principios mencionados dieron lugar a interpretaciones diversas, significa que de tales disposiciones normativas se extrajeron normas diversas, con lo cual, a partir de los mismos textos legales se construyeron diversos sistemas normativos.

La Corte Constitucional, al decidir las cuestiones aludidas como lo hizo, optó por reconducir el sistema de control de constitucionalidad de Ecuador hacia uno de los sistemas normativos propuestos, y ello, claro está, no puede ser entendido como el seguimiento de reglas preestablecidas por el legislador, sino que implica el propio establecimiento de las reglas.

Esto último queda de manifiesto, en la Sentencia núm. 001-13-SCN-CC (2013), en donde la Corte da a entender, que dejará sentada una regla general para los casos subsiguientes, la cual, incluso, se incluye en la parte resolutive de la misma.

En efecto, en la resolución mencionada, luego de reconocer la problemática originada en cuanto a los distintos casos de presentación de consultas de normas dentro del control concreto de constitucionalidad, encontró como un ensayo de solución la fijación de algunos criterios que los jueces deberán seguir para estos fines.

El establecimiento de estos criterios fortalece la importancia del control concreto de constitucionalidad en el mantenimiento de un sistema jurídico coherente y concordante con los cánones constitucionales. Así mismo, se ratifica el papel que tienen los jueces ordinarios que actúan como jueces constitucionales en el deber que tienen de identificar posibles inconstitucionalidades durante sus procedimientos, enfatizando la necesidad de una argumentación detallada y fundamentada para dicha caracterización.

La Corte, al emitir estos criterios, ha dotado de claridad y estandarización al proceso, respondiendo a problemas recurrentes en la presentación de consultas, lo que sugiere un esfuerzo por mejorar la eficiencia y efectividad del control constitucional.

Esto nos lleva a reflexionar si las definiciones de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador sobre el procedimiento de consulta de norma constituyen una interpretación o una creación de reglas.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre Castro, P. (2013). Consulta de norma: Garantía de la tutela judicial efectiva. En J. Benavides Ordóñez y J. Escudero Solis (Eds.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (pp. 294-318). Corte Constitucional del Ecuador, CEDEC. [https://repositorio.consejodecomunicacion.gob.ec/bitstream/CONSEJO\\_REP/3784/1/Manual\\_de\\_justicia\\_constitucional%20CCE.pdf](https://repositorio.consejodecomunicacion.gob.ec/bitstream/CONSEJO_REP/3784/1/Manual_de_justicia_constitucional%20CCE.pdf)
- Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Ávila Santamaría, R., Grijalva Jimenez, A., y Martínez Dalmau, R. (2008). *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=397863>
- Badeni, G. (2012). *Tratado de derecho constitucional* (7a. ed.). La Ley.
- Brewer-Carías, A. R. (1996). La justicia constitucional en América Latina. En *Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio* (pp. 466-516). Universidad Externado de Colombia.
- Calamandrei, P. (1996). *Instituciones de Derecho procesal civil* (1-3). Librería El Foro.
- Cruz Villalón, P. (1982). Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936). *Revista española de derecho constitucional*, 2(5), 115-146. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1219>
- De Vega, P. (1979). *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*. En P. De Vega García, *Estudios político-constitucionales* (pp. 283-309). Universidad Nacional Autónoma de México; Universidad Complutense de Madrid.
- Díaz Revorio, F. J. (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fernández Segado, F. (2013). *La evolución de la justicia constitucional*. Dykinson.
- Fernández Segado, F. (1997). Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad. *Pensamiento Constitucional*, 4(4), 167-216.

- Fernández Segado, F. (2005). La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano (extracto del libro: *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Editor: Francisco Fernández Segado). *Pensamiento Constitucional*, 11(11), 19-75. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>
- García Belaunde, D. (1991). La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado. *Lecturas Constitucionales Andinas, Urna: CAJ*, (1), 161-173. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2187/13.pdf>
- García Belaunde, D. y Fernández Segado, F. (Coords.) (1997). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dykinson; Ediciones Jurídicas Lima; Editorial Jurídica E. Esteva; Editorial Jurídica Venezolana.
- García de Enterría y Martínez Carande, E. (1995). *La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Alianza Editorial.
- Grijalva Jiménez, A. (2011). *Constitucionalismo en el Ecuador*. Corte Constitucional para el Período de Transición. [http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/Constitucionalismo/Constitucionalismo en Ecuador.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/Constitucionalismo/Constitucionalismo%20en%20Ecuador.pdf)
- Gutiérrez Godoy, Á. (2009). El control constitucional en Ecuador y Colombia: Un análisis comparado. *Iuris Dictio*, 8(12), artículo 12. <https://doi.org/10.18272/iu.v8i12.687>
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Pub. L. No. Ley s/n (Segundo Suplemento del Registro Oficial 52, 22-X-2009) (2009).
- Martínez Dalmau, R. (2008). Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional. En R. Ávila Santamaría, A. Grijalva, & R. Martínez Dalmau (Eds.), *Desafíos constitucionales: La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (pp. 279-290). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. [https://agustingrijalva.com/wp-content/uploads/2016/06/2\\_Desafios\\_Constitucionales.pdf](https://agustingrijalva.com/wp-content/uploads/2016/06/2_Desafios_Constitucionales.pdf)
- Masapanta, C. (2012). *Jueces y control difuso de constitucionalidad: Análisis de la realidad ecuatoriana*. Corporación Editora Nacional. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3329/1/SM114-Masapanta-Jueces.pdf>
- Mezzetti, L. (2009). Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 281-300. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002009000200011>

- Mirkine-Guetzévitch, B. (2011). *Modernas tendencias del derecho constitucional*. (S. Álvarez-Gendin, Trad.). Editorial Reus. <https://www.iberlibro.com/9788429016796/Modernas-tendencias-derecho-constitucional-Mirkine-Guetz%C3%A9vitch-8429016791/plp>
- Munné, G. (2006). Racionalidades del Derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico. *Isonomía*, (25), 69-100. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S1405-02182006000200005&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1405-02182006000200005&lng=es&nrm=iso&tlng=es)
- Pegoraro, L. (2002). La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (6), 393-416. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=398&IDA=1432>.
- Prieto Sanchís, L. (2006). Insnaturalismo, positivismo y control de ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de jurisdicción constitutiva. En J. L. Requejo Pagés, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional* (pp. 27-107). Junta General del Principado de Asturias. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2060245>
- Rubio Llorente, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho. *Revista española de derecho constitucional*, 8(22), 9-52. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79367>
- Sagüés, N. (2016). *La Constitución bajo tensión* (Primera edición). Instituto de Estudios Constitucionales de Estado de Querétaro.
- Salgado Pesantes, H. (2013). ¿Guardianes o sepultureros de la Constitución 2008? Primer balance de la «Corte Constitucional en transición». *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (17), 311-324. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4522000>
- Sentencia núm. 001-13-SCN-CC, Caso núm. 0535-12-CN (6 de febrero de 2013). <https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal/fichaSentencia?numero=001-13-SCN-CC>
- Sentencia núm. 036-13-SCN-CC, Caso núm. 0047-11-CN (7 de junio de 2013). <https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal/fichaSentencia?numero=036-13-SCN-CC>
- Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, Caso núm. 0213-10-EP (18 de noviembre de 2010). <https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal/fichaSentencia?numero=055-10-SEP-CC>

- Storini, C., Gallegos, C. R. M., y Coronel, M. A. G. (2022). Control de constitucionalidad en Ecuador: Muchas alforjas para tan corto viaje. *Foro: Revista de Derecho*, (38), 7-27. <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.1>
- Tocqueville, A. de. (2017). *La democracia en América*, 1. El Cid Editor.
- Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. (J. Joachim Winckelmann, Ed.; J. Medina Echavarría, J. Roura Farella, E. Ímaz, E. García Maynez, & J. Ferrater Mora, Trads.). Fondo de Cultura Económica de España. <https://www.agapea.com/libros/Economia-y-sociedad-Esbozo-de-sociologia-comprensiva--9788437503745-i.htm>

