

BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 169

Nueva Época Vol. 57 Núm. 169 Enero-Abril 2024

ISSN versión electrónica: 2448-4873

ISSN versión impresa: 0041-8633

<https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169>

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

Coordinación de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 57, número 169, enero-abril de 2024, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 55 5622 7474, correo electrónico: *bmdc.ij@unam.mx*. Editor responsable: Camilo Saavedra Herrera. 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.

Diseño de interiores y formación en computadora:

Ricardo Hernández Montes de Oca

Cuidado de la edición:

Celia Carreón Trujillo

Ricardo Hernández Montes de Oca

Alejandro Montiel Velázquez

Enrique Rodríguez Trujano

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Directores

Karina Ansolabehere
Francisco Alberto Ibarra Palafox
Andrea Pozas Loyo
Camilo Emiliano Saavedra Herrera

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); 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 Ortiz 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 Alborno (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 Ruiz (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 4.0 Internacional* (CC BY-NC 4.0).

Primera edición: 9 de septiembre de 2024

Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo 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

Review of the new facts or new news contained in article 321 of the Chilean Civil Procedure Code	3
Carlos Alarcón Machuca	
Actos complementarios necesarios para conservar la adquisición por transferencia de predios inscritos en el registro de la propiedad de Perú	33
Gino Alexis Condori Quispe	
Las secretarías ejecutivas de los sistemas anticorrupción de México. Naturaleza jurídica y sus efectos en el control de la corrupción	67
Aimée Figueroa Neri	
Regulación del derecho del patrimonio cultural: derecho comparado entre México y España	105
Erika Flores Déleon	
Un nuevo enfoque de las facultades regulatorias de la Comisión Federal de Competencia Económica: el concepto de restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados	141
Héctor Dedrick Guerrero	
Aplicación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia en la participación política de adolescentes de Lima Metropolitana	177
Lesly Paola Díaz Aguilar	
Jorge Antonio Machuca Vélchez	
Mary Carmen Cecilia Rodríguez García	

Problemas prácticos que se plantean en el reconocimiento de los divorcios notariales latinoamericanos en España.	211
Nuria Marchal Escalona	
Las soluciones del derecho internacional privado español frente a la violencia de género.	245
Ana Moreno Sánchez-Moraleda	
Neuroderechos y transhumanismo: análisis sobre el acceso equitativo al aumento mental y la identidad personal.	277
Diana Vanessa Sánchez Salazar Jairo Esteban Rivera Estrada	
Constitución y poder	307
Diego Valadés Ríos	

ARTÍCULOS

Review of the new facts or new news contained in article 321 of the Chilean Civil Procedure Code¹

Revisión de los hechos nuevos o de nueva noticia recogidos en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil Chileno

Carlos Alarcón Machuca

 <https://orcid.org/0009-0004-9631-4318>

Universidad Católica del Norte. Chile

Correo electrónico: calarcon02@ucn.cl

Recepción: 25 de noviembre de 2023 | **Aceptación:** 25 de julio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18747>

Abstract: This paper aims to address the procedural figure of new facts or newly discovered events, recognized in some continental Procedure Codes. In this context, we will examine certain historical sources that influenced its modern legislative reception, intending to understand the institution's meaning, which is usually studied from an evidentiary perspective, with Chilean Civil Procedural Law serving as an example. In contrast to the above, our manuscript will assert that the new facts or newly discovered events, contained in article 321 of the Chilean Código de Procedimiento Civil, operate as a legislative mechanism aimed at incorporating new factual background, expanding the subject matter of the trial, and breaking the fiction of immutability of the process derived from the general principle of the doctrine of *lis pendens*, which justifies the application of the institution to the Chilean labour process.

Keywords: new facts, general principle of *lis pendens*, subject matter of the trial, supervening facts, extension of evidence.

Resumen: El presente trabajo pretende abordar la figura procesal de los hechos nuevos o de nueva noticia, reconocida en algunos Códigos de Procedimiento continentales. En esta línea, se examinarán algunas fuentes históricas que influyeron en su recepción legislativa moderna, pretendiendo reconocer el sentido de la institución, la que usualmente se estudia desde la perspectiva probatoria, siendo ejemplo de aquello, el derecho procesal civil chileno. En contraste con lo indicado, nuestro manuscrito afirmará que los hechos nuevos o de nueva noticia, insertos en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil chileno, operan como un mecanismo legislativo orientado a sumar nuevos antecedentes fácticos, ampliando el objeto del juicio, rompiendo la ficción de inmutabilidad del proceso derivada del principio general de *litispendencia*, lo que justifica la aplicación de la institución al proceso laboral chileno.

Palabras clave: hechos nuevos o de nueva noticia, principio general de *litis pendencia*, objeto del juicio, hechos sobrevinientes, ampliación de prueba.

¹ I would like to express my gratitude to Mr. Felipe Ortíz Díaz, for his important collaboration in the edition of this work.

Summary: I. Introduction. II. *The possibility of the judge to appreciate supervening facts, incorporated by the passive subject, in the historical sources that influenced the Chilean civil procedural codifier.* III. *The possibility of the judge to assess supervening facts in Chilean civil procedure.* IV. Conclusions. V. References.

I. Introduction

The procedural concept of new facts or of newly discovered events, recognized in some continental Procedure Codes —also known as Adjective Codes—,² is not a modern legislative creation but rather the result of the institution's gradual evolution within various procedural models, with roots in the post-classical Roman procedure of the Justinian era. However, the direct transmission of this legal figure to modern law comes from medieval Castilian legislation. In this sense, the Hispanic legislator established a tool that allows the judge to appreciate supervening facts throughout the process, mitigating the consequences of fatal deadlines. Bearing this in mind, we will observe the close relationship between the defendant's opportunity for defense and the institution under consideration, which operates as an element that mitigates the effects of the general principle of the doctrine of *lis pendens*, allowing the judge to appreciate the factual substratum that has arisen during the process, thereby broadening the subject matter of the trial. In contrast to the above and considering the location assigned to the institution in some procedural codes, new or newly discovered evidence are addressed with from an evidentiary perspective,³ which causes some inconsistencies or difficulties in the application of the institution.

An example of this is Chilean Civil Procedural Law, in which the legislator establishes the institution in article 321 of the Código de Procedimiento Civil, causing procedural doctrine to study the matter from an evidentiary

² In this sense, we can mention Article 321 of the Chilean Código de Procedimiento Civil; Article 365 of the Argentinean Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; or Article 286 of the Spanish Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

³ In the Chilean Código de Procedimiento Civil, in the Argentinean Código Procesal Civil y Comercial de la Nación and in the Spanish Ley de Enjuiciamiento Civil, the subject is dealt with in relation to evidence.

perspective, consistent with the rule's within the title "De la prueba en general" of the Código de Procedimiento Civil. In this scenario, at first glance, there is no conscious relationship between the concept and the subject matter of the trial perhaps, as a possible mechanism to avoid the effects of the general principle of *lis pendens*.⁴ In this aspect, for some authors, the procedural figure operates in response to the occurrence of controversial facts during the evidentiary phase, perhaps motivated by the terms used by the legislator; that is to say, "[...] cuando dentro del término probatorio ocurre algún hecho substancialmente relacionado con el asunto que se ventila" (Casarino, 2009; Ramírez, 2019; Orellana, 2009). Similarly, the rule applies to the existence of disputed facts that arose previously, but were not alleged in a timely manner, due to ignorance of them (Anabalón, 2015; Rodríguez, 2010). The relevant aspect, from the perspective under examination are the disputed facts; in broad terms, adding elements to the judicial resolution that admits the case to its evidentiary phase. In a slightly different sense, Diego Palomo, an author who considers that after the judicial resolution that admits the case to the evidentiary stage, facts may occur or become known that are relevant (substantially related) to the object of the judicial process (Bordalí *et al.*, 2014, p. 267). As we have pointed out, there is no counterpoint with relevant aspects such as the general principle of *lis pendens*,⁵ or the restrictions related to the definition of the subject matter of the trial. Moreover, does the Chilean rule allow the allegation of any disputed fact, or is it relevant if this factual element con-

⁴ "Constituye lugar común la afirmación de que, con los escritos de demanda y contestación, precluye —con carácter general— la oportunidad de alegar hechos en el proceso civil declarativo. Sin embargo, la necesidad de que el juez resuelva la controversia de conformidad con el estado de la realidad material al momento de dictar sentencia, comporta la atenuación de la severa regla de preclusión, a la que me acabo de referir. Es de todo punto razonable que la decisión judicial atienda a las circunstancias fácticas que surjan o que se conozcan en el transcurso del proceso, a pesar de que tal ocurrencia o su noticia se produzcan una vez superado el aludido momento preclusivo" (Miranda, 2017, p. 28).

⁵ "La litispendencia significa juicio pendiente y su razón de ser radica en la constatación de que el proceso no es instantáneo, sino que requiere tiempo para llegar a su conclusión y en la necesidad de prevenir cualquier modificación que pueda acontecer durante el lapso intermedio que va desde la demanda hasta la sentencia. Para que la sentencia se pronuncie sobre el statu quo existente al momento de la demanda, es preciso asegurar que la realidad a que se refiere la demanda permanezca inmóvil, fija, desde el momento mismo en que es incoada" (Cortez, 2022, p. 163).

tributes to the resolution of the matter in dispute, or can the judge appreciate new factual background, despite the general principle of *lis pendens*, and procedural preclusion?

In contrast to the above, Sophia Romero considers that the procedural figure established in the cited article 321 (Romero, 2021, pp. 118-119), is one of the hypotheses that allows for the introduction of factual judgements that are relevant to the prosecution, which have occurred during the trial, either to alter the petitions or the grounds for them in the way they were originally formulated, or to highlight the lack of action in the process (Romero, 2021, p. 115).

According to the author, these facts usually occur outside the discussion phase, once it has been exhausted, which requires the parties and the judge to be attentive to the phenomenon of *mutatio libelli*, which is generally prohibited according to the effect of preclusion (Romero, 2021, p. 116).

The outlined difficulties become more complex in the Chilean labour courts, a judicial process in which the institution's applicability (Cortez *et al.*, 2021; Utman, 2011) is the subject of lengthy debate, considering the legislative silence on the matter. It is noteworthy that in the reflections made by those who defend its applicability, some justify the incorporation of new means of evidence into the process by applying the aforementioned article 321 in a supplementary manner, ruling out the possibility of incorporating new facts based on the strict application of procedural preclusion (Fernández, 2020, p. 493), departing from the wording of the aforementioned legal text (Fernández, 2020, p. 411). Similarly, Chilean case law addresses the issue diffusely, lacking uniformity. This has led to interpretations that allow the incorporation, based on the adjective norm, of new means of evidence aimed at proving facts that are already part of the subject matter of the trial (Bordalí *et al.*, 2014, pp. 269 a 270). On other occasions, article 321 is interpreted restrictively, maintaining that this procedural figure, even in civil trials, is only applicable to witness evidence (Bordalí *et al.*, 2014, p. 270).

In this scenario, it seems relevant to us to examine the new facts or newly discovered events, as a possible mechanism that allows the judge to appreciate supervening facts, considering the material reality relevant to resolve the conflict that is the object of the process, attempting to reconcile this idea with the general principle of *lis pendens* and procedural preclusion. In turn, once the above has been determined, perhaps we can contribute elements to the prob-

lem of the possible supplementary application of the Chilean adjective norm to the process developed in the labour courts in that country.

II. The possibility of the judge to appreciate supervening facts, incorporated by the passive subject, in the historical sources that influenced the Chilean civil procedural codifier

1. *Roman law*

The possibility for the defendant to allege supervening facts during the civil process is not an original creation of modern codifiers, but rather the product of a progressive evolution of various procedural models that influenced the legislative reception of some continental civil processes, such as the Chilean one. At first glance, this procedural system shows elements inherited from the medieval canonical Roman procedure, which transmitted the tradition of the post-classical Roman cognition procedure, departing from the rigidity of the formulary procedure. By way of contrast, in the formulary procedure, exceptions had to be incorporated into the *formula* at a defined procedural moment, the *in iure* stage, which prevented the judge from appreciating supervening facts that arose after this stage had been exhausted. This was the case, except in *bona fides iudiciae*, where the defendant exercised the *in integrum restitutio* (Arangio-Ruiz, 1986, p. 152; Kaser, 1982, p. 363; Scialoja, 1954, p. 382), or if the defendant opted to allege a mere defense, which could be raised later, without the need to include it in the *formula* (Palermo, 1956, p. 87).

In contrast, in the Justinian model, the *formula* disappears, impacting the classical notion of *exceptio*, (Savigny, 1879, p. 111; Lenel, 2007, p. 60) which departs from a technical conception based on the conditions of condemnation or that type of defense founded on an independent right belonging to the defendant (Savigny, 1879, pp. 108-109). This new conception is broad, encompassing everything that serves the defense of the defendant (Kaser, 1982, pp. 386 a 389; Savigny, 1879, p. 111; Arangio-Ruiz, 1986; D'Ors, 2008, p. 132; Alsina, 2018, p. 15).

In this context, with the disappearance of the *formula*, it was no longer necessary to incorporate exception in the *in iure stage*, expanding the opportunity to raise exceptions, primarily peremptory, and the facts on which they are based, which may be supervening (Scialoja, 1954, pp. 383 a 384). In this context, the defendant is enabled to raise peremptory exceptions beyond the *litis contestatio* without preclusion of the defendant's rights. This allows the judge to appreciate supervening facts that support a mere defense or a peremptory exception, even if they are presented at the appeal stage (Scialoja, 1954, p. 385).

The substantive basis for the expansion of the objective of the trial is related to the primacy of the substantive aspects of the obligation over formal aspects, with the focus being more on the debtor satisfying the creditor, regardless of when this occurs. This allows the debtor to fulfill the obligation during the course of the process, before the final judgment is issued (Cannata, 2001, pp. 67-68).

2. Castilian legislation

The post-classical Roman cognition procedure influenced the medieval Castilian procedural design, as reflected in various Alfonsine legislative sources. Thus, the Fuero Real establishes the defences that conclude the entire lawsuit (De Castilla, 1781, pp. 269-273), inspired by the Roman peremptory exceptions. Regarding the defendant's defense, this source chooses to establish the response to the claim, without setting formal requirements for its submission or the timing for doing so.⁶ This allows us to argue that the defendant, in this model, had the freedom and flexibility to raise substantive exceptions at any stage of the trial, being able to base his defense on supervening facts.

The Espéculo, like the Fuero Real, distinguishes between defenses that delay the proceedings and those that completely resolve the lawsuit (Pérez, 2018, p. 307). Regarding the opportunity to assert the latter, Law 9^o states:

⁶ States in law II “Todo home, à quien demandaren en juicio, después (a) que oyere la demanda que le demanda su contendor, debe responder à aquello que le demandan, si, ò no, si no (b) paràre ante si algun defendimiento (c) con derecho porque no le deba responder” (De Castilla, 1781, p. 220).

Quales defensiones otras pueden poner despues que el pleito es contestado fasta que el juyzio sea dado, e como aquel que se alza puede mejorar en su defension antel juez del alzada, e poner otra de nuevo maguer non la aya primero puesto (Pérez, 2018, pp. 312-313).

From the transcribed passage we can highlight that substantive defenses can be asserted throughout the entire process, just as in the *Fuero Real*. Specifically, the opportunity extends from the beginning of the lawsuit with the response until before the judge issues a ruling, and it can even be asserted before the Court of Appeals. This allows the judge to consider the factual background that has arisen during the process. From a substantive perspective, the model is fully compatible with the defendant's late compliance, allowing the avoidance of a fulfilment process with an uncertain outcome, which is also reflected in the *Partidas*, as we will see below.

Thirdly, *Las Siete Partidas*, while retaining the term *defensiones*, resort to Roman terminology, distinguishing between dilatory and peremptory defenses (De Castilla, 1843, pp. 78-80). Regarding the opportunity to assert substantive exceptions, Law 8^o states:

Conocen a las vegadas los demandados, lo que les demandan en juyzio. Pero ponen luego defensiones ante si, que han pagado, o fecho aquello que les demandan, o que los demandadores les fizieron pleyto, que nunca gelo demandasen. E porende dezimos, que en tales razones como estas, o en otras semejantes dellas, que deue el Julgador dar plazo al demandado, a que prueue la defension, que ouiero puesta ante si. E si la prouare, deuel dar por quito de la demanda, e fazer que el demandador peche las costas, que ouiesse fecho el demandado en esta razon. E si al plazo que fuere puesto, non pudiere prouar la defension, denel dar por vencido de la demanda. (De Castilla, 1843, pp. 73-74)

Thus, like the previous sources under examination, the aforementioned law allows for the assertion of substantive exceptions at any stage of the process, with the judge bearing the duty to give the defendant time to prove such a defence, which can be based on supervening facts. We believe that this construction was aimed at achieving the defendant's acquittal, intending to fully

satisfy the claimant, thereby creating a mechanism to avoid the negative consequences of a slow and uncertain subsequent executory proceedings.

The defendant's freedom to raise peremptory defences is restricted starting with the Ordenamiento de las Leyes de las Cortes de Alcalá de Henares —Ordenamiento de Alcalá de Henares, from now on—. ⁷ This legal text, without altering the substantive aspects established in the Partidas, specified the procedural opportunity to respond to the lawsuit and to allege peremptory defenses. Regarding the latter, from Title 8, the sole law of the aforementioned Ordenamiento, is clear that the Castilian legislator limited the procedural opportunity to assert peremptory defences. Such defences must be alleged within 20 days following the response to the law suit and cannot be asserted afterward. This limitation is not absolute, allowing the legislator to assert them later if the said defense for some reason once again belongs to one of the parties, or if they have newly come to the attention of the one asserting them, making an oath that they were not known during those twenty days or earlier (De Castilla, 1847, p. 11).

This restriction is one of the measures adopted by the Castilian legislator, aimed at curbing the delay in processes, caused by the malpractice of litigating lawyers. ⁸ Nevertheless, the legislator preserved a tool that allowed the judge to consider substantive exceptions based on real supervening facts, enabling the judge to acquit the defendant, on the basis of the examination of new factual backgrounds.

The laws of the Recopilación and Novísima Recopilación maintain the idea of limiting the procedural opportunity to assert substantive exceptions, although they broaden the cases of exception, defining a competent body to grant extensions of the aforementioned deadline.

⁷ In this regard De Castilla, 1847, pp. 5-6.

⁸ María Paz Alonso (2001), According to the author, the Castilian legislator, and specifically the Catholic Monarchs, adopted some procedural measures to solve the problem derived from the slowness of the processes. Among those measures: "1.º Estricta fijación de plazos y términos procesales, algo en lo que fallaban las Partidas, que incluso para algunas cuestiones, como el recurso de nulidad, no habían contemplado previsión de plazos. Fue uno de los primeros retoques a su regulación, destacando en esto las disposiciones adoptadas en las Cortes de Alcalá de 1348 y en las de Briviesca, 1387 [...]".

Regarding this point, it follows from Law 1 of the Recopilación that peremptory exceptions will always be admitted if the defendant swears that they are asserted without malice. In this respect, the deadline will be extended by the Consejo or Oidores whenever, considering the quality of the case and the persons involved, or for any other reason, the justice for the defendant might otherwise perish (España, 1775, p. 573). This allowed the judge to consider supervening facts that support a substantive exception raised at any stage of the trial.

The examined model, oriented towards the expansion of the subject matter of the trial and compatible with the debtor's late satisfaction of the claimant, does not change with the imposition of fatal deadlines. The legislative restrictions aimed to prevent the delay of processes caused by the abuses of judges and lawyers, although always preserving a mechanism that allowed the judge to consider supervening facts.

The Castilian model under examination is replicated by various forensic literary sources, such as the Curia Philipica or Febrero Novísimo, texts that guided the learning of the first South American jurists (Guzmán, 2005, pp. 362 a 363; González, 1954, pp. 171 y 172). Regarding the first text, by Juan de Hevia y Bolaños, it merges the ideas of the Ordenamiento de Alcalá and the laws of the Recopilación, estimating that peremptory exceptions must be raised within the 20 days that run after the nine days to respond to the claim, and not later, except if it is with an oath that they have newly come to the attention of the one who asserting them. In this case, the judge may admit them if they are asserted without malice, just as the same judge may order the party who asserting a peremptory exception in the specified case to pay costs if the said exception is not proven within the pertinent term (De Hevia, 1790, p. 74).

José Febrero, echoes the same ideas held by de Hevia, without major innovations (Febrero, 1829, p. 200).

3. The opinion of José Bernardo Lira

The Chilean jurist, who was the drafter of the 2nd, 3rd and 4th books of the draft Código de Procedimiento Civil of his country (Guzmán, 1991, pp. 347-348), expressed his opinion on the procedural opportunity to raise substan-

tive exceptions. At first glance, the Chilean author breaks with the Castilian tradition, allowing peremptory exceptions to be raised only in the response to the lawsuit or within the following 20 days. If they are not raised within the specified time, the exceptions expire (Lira, 1895, pp. 143 y 144). However, the jurist retains a tool that makes his model more flexible, stating:

Las excepciones perentorias deben proponerse en la contestación misma de la demanda, como ordinariamente se hace, o hasta veinte días después de ella. Pero, si bien, pasado este término, no pueden ya oponerse formalmente, todavía es permitido, antes de la sentencia definitiva, aducir hechos nuevos que extingan el derecho del actor y justificarlos con la confesión del mismo o con documentos presentados en la forma legal y aun con testigos, si este medio de prueba es admisible en el juicio y no ha pasado todavía su período. Así lo exigen la justicia y la equidad; así lo practican también los tribunales, siguiendo el precepto de la ley, que anteponiendo el fondo a la forma del juicio, les manda atender en la decisión de los pleitos más a la verdad probada en autos que a las meras formalidades del Derecho.

Pueden también reservarse estas excepciones para aducirlas en segunda instancia (Lira, 1895, pp. 210-211).

In other words, Lira preserves the spirit of the rule that allows the defendant to present his peremptory exceptions, even after the specified deadline, before the final judgment is issued, provided a new fact arises that extinguishes the claimant's right. This can even be materialized at the appellate stage appeal. In this case, the jurist explicitly mentions new facts as the basis for a new substantive defense aimed at extinguishing the plaintiff's right.

From the sources examined, we can see that in the historical procedural models, which influenced some procedural codifiers, such as the Chilean one, the opportunity to oppose substantive defenses was broad, and could be justified by supervening facts. Despite the legislative restrictions on the said opportunity, the Castilian legislator retained a suitable mechanism for the defendant to incorporate new factual backgrounds that would justify a substantive defense aimed at extinguishing the claimant's right, consolidated in an acquittal judgement. This conception, transmitted by forensic sources and recognized by José Bernardo Lira himself, influences the reception of ar-

ticle 321 of the Chilean Código de Procedimiento Civil, a text which, despite its location, retains the Castilian tradition, conceiving new facts or newly discovered facts as a mechanism to add factual background that support a new substantive defense, expanding the institution, adding the plaintiff of the trial as the petitioner. From a substantive perspective, the tradition inherited from post-classical Roman law is preserved, retaining a mechanism within the process that allows the debtor to satisfy the creditor. In this way, it avoids reaching an executory process, which is slow and uncertain in its outcome.

III. The possibility of the judge to assess supervening facts in Chilean civil procedure

1. *The general principle of lis pendens, and the immutability of the subject matter of the trial*

The judge's ability to assess supervening facts must be studied from the perspective of the general principle of *lis pendens*. This principle creates a fiction of immutability of the trial once the discussion period has been exhausted. In this scenario, the parties cannot alter the subject matter of the trial afterward, and the sentencing judge is prevented from assessing facts that have subsequently arisen. By virtue of the above, the judge must limit his assessment only to the facts debated by the litigants in the discussion period, with the aim of resolving the conflict;⁹ an idea taken up by the adagio *lite pendete nihil innovetur*.¹⁰

⁹ Cortéz (2022) notes that “La litispendencia significa juicio pendiente y su razón de ser radica en la constatación de que el proceso no es instantáneo, sino que requiere tiempo para llegar a su conclusión y en la necesidad de prevenir cualquier modificación que pueda acontecer durante el lapso intermedio que va desde la demanda hasta la sentencia. Para que la sentencia se pronuncie sobre el statu quo existente al momento de la demanda, es preciso asegurar que la realidad a que se refiere la demanda permanezca inmóvil, fija, desde el momento mismo en que es incoada”.

¹⁰ Juan Montero *et al.* (2000) states that “La litispendencia, pues, marca el hito del inicio del proceso, y el derecho aspira a que a situación subjetiva y objetiva con que se inició el mismo se mantenga a lo largo de él. Los efectos se refieren, en parte, a un intento jurídico de que durante la pendencia del proceso no se altere la situación. El artículo 412.1 LEC es una ma-

In this context, one of the effects of this immutability is the *perpetuatio obiectus*, which requires the invariability of the factual account provided by the litigants, thus preventing the process from failing due to extra-procedural changes avoiding possible violations of the right to defense as a result of such alterations.¹¹

This immutability is not rigid and insurmountable, as the legislator retains certain mechanisms that allow the judge to assess supervening facts. In this regard, Giuseppe Chiovenda posits that in modern law, the judge not only evaluates the extinctive or impeding facts existing at the time of the filing of the lawsuit but also considers the facts that have arisen subsequently. Accordingly, the judge must acquit the defendant if the plaintiff's right has been extinguished during the litigation, basing this solution on the Roman adage *omnia iudicia absolutoria esse* (Chiovenda, 2005, p. 171).

Despite the absence of Chilean legislation that explicitly includes the principle of *lis pendens*, there are certain rules that embody the concept of process immutability (Gonzalo Cortéz, 2022, p. 165). In this context, according to the Adjective Code, the parties present the factual substrate that define the subject matter of the trial during the discussion period.¹² The leg-

nifestación expresa del brocardo *lite pendente nihil innovetur*, referida a su aspecto objetivo, pero existen además toda una serie de normas que van a pretender aplicar ese principio a los casos particulares”.

¹¹ “*Perpetuatio obiectus*: iniciado el proceso, se congela el relato fáctico que las partes sometieron al juez, como si se tratase de una fotografía. Nuevamente, el propósito del legislador es que el proceso iniciado no se frustre por cambios extraprocerales, ni que tampoco se produzcan vulneraciones del derecho de defensa por este motivo, como recuerda la jurisprudencia. Se refieren a esta cuestión los arts. 412 y 413, asumiendo, de manera muy acertada, que el objeto del proceso se conforma en la demanda, contestación, reconvencción y en las alegaciones complementarias de la audiencia previa, y manteniendo que una vez fijado el objeto del juicio en esos momentos, ya no se modificará a efectos procesales. Obviamente con la misma excepción de antes, es decir, que no sucedan acontecimientos que hagan perder al litigante su interés, como una satisfacción extraprocerales” (Nieva, 2019, p. 151).

¹² Romero (2021) states “Las partes, en las distintas etapas del proceso, a través de distintas actuaciones —principales o accesorias—, efectúan afirmaciones o juicios sobre hechos que se han verificado con anterioridad o coetáneamente a la existencia del proceso. La regla general es que los hechos invocados por las partes como fundamento de sus actos de postulación hayan ocurrido con anterioridad a la presentación de la demanda, ya que dichos elementos fijan la competencia del órgano judicial y el objeto procesal. Sin embargo, como se verá, existen posibilidades para introducir juicios de hecho que sean relevantes para el

islator restricts the possibility of subsequently altering the principal facts of the trial, in accordance with the principle of *lis pendens* and the prohibition of *mutatio libelli*, a rule that is implemented in the process through the effect of preclusion, as established in article 64 of the aforementioned legal body.¹³

2. *Exceptions to the immutability of litigation or dispute. The role of article 321 of the Adjective Code*

The aforementioned immutability is not rigidly enforced in Chile. Similar to the Castilian legislator, the Chilean procedural legislator retains mechanisms that allow the parties to introduce supervening factual elements into the process, thereby expanding the scope of the trial. Among the exceptions

enjuiciamiento, que hayan ocurrido durante la tramitación del juicio, ya sea para alterar las peticiones o los fundamentos de éstas en la forma en que originalmente se formularon o para poner en evidencia la falta de acción en el proceso.

Esta cuestión debe ser considerada con cuidado, ya que normalmente estos actos se producen fuera de la fase de discusión, que es aquella que está concebida naturalmente para la introducción de los hechos que serán objeto del debate, por lo que tanto partes como juez deben estar atentos al fenómeno de *mutatio libelli*, la que se encuentra proscrita por regla general conforme el efecto de la preclusión” (CPC, art. 64).

¹³ Romero (2021) indicates that “Como hemos advertido, los hechos iniciales pueden ser alterados tanto por el actor como por el demandado en etapas posteriores, sea en actos procesales de postulación —en todas sus modalidades—, y de causación, actuaciones que están igualmente limitadas legalmente a actos procesales específicos dentro de etapas también específicas.

Para lograr la limitación de la discusión y la introducción de los hechos del objeto del juicio, se han utilizado dos técnicas procesales: la primera, asociada a la imposibilidad de modificar los hechos principales del juicio —los que configuran su objeto—, llamada prohibición de *mutatio libelli*; y la segunda, que hace operativa esta prohibición también, es la preclusión, la que ha sido definida como “[...] la extinción en un concreto proceso de los poderes jurídico-procesales no ejercitados por los sujetos que intervienen o pueden intervenir en ese proceso” (Couture, 2010, p. 174), indicas “El principio de preclusión está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la cláusula definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados”. “Si no se hacen valer dentro del momento procesal oportuno, opera la preclusión, es decir, la oportunidad se cierra y ya se desecha por extemporáneo y se ha perdido el derecho procesal correspondiente. De esta forma se impide a las partes modificar en cualquier momento tanto el objeto del proceso, como el «*thema decidendi*»” (Castillejo, 2006, p. 60).

to the principle of *lis pendens* is the rule established in Article 321 of the Código de Procedimiento Civil, which states:

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, es admisible la ampliación de la prueba cuando dentro del término probatorio ocurre algún hecho substancialmente relacionado con el asunto que se ventila.

Será también admisible la ampliación a hechos verificados y no alegados antes de recibirse a prueba la causa, con tal que jure el que los aduce que sólo entonces han llegado a su conocimiento.

The transcribed rule, which applies to the written procedural model of extensive knowledge, determines that when facts substantially related to the matter in dispute arise, the judge shall decree a special evidentiary term, allowing the judge to evaluate supervening facts. In this case, the legislator establishes two categories of facts, recognisable from the Ordenamiento de Alcalá de Henares, new facts and newly discovered facts.¹⁴ The first category of facts¹⁵ arises after the discussion period has closed, within the evidentiary term. If these factual elements are substantially related to the main issue, the judge may consider them, thus expanding the scope of the trial. Newly discovered facts, on the other hand, are not new factual elements, although they were unknown to the party alleging them during the process. In this sce-

¹⁴ Romero (2021).

¹⁵ Castillejo (2006). The author, from the perspective of Spanish law, indicates on the new facts “En primer lugar, los hechos que han ocurrido con posterioridad a los escritos de las partes: son los hechos nuevos. Aunque nacen con posterioridad a la delimitación del objeto del proceso, han de ser admitidos en el proceso por ser relevantes para fundamentar la pretensión de la parte que los alega en el pleito. Del demandante, no en cuanto provocan un cambio de petición, sino una alteración o apoyo a la fundamentación de la misma. Por tanto, se trata de aportar a través de la alegación de hechos nuevos, por un lado, los hechos constitutivos de la fundamentación de una petición ya introducida, esto es, los hechos individualizadores de la petición ya se han alegado y tan sólo se alegan hechos que sirvan para obtener una sentencia favorable. Pero también, se puede, por otro, aportar hechos individualizadores, pues cabe que, alegada una determinada fundamentación, esto es, una determinada causa petendi, se introduzca otra, respetando el mismo *petitum*.

Si es el demandado quien los alega, han de servir para apoyar una excepción ya planteada, debiendo servir para obtener una sentencia favorable; o introducir una nueva, distinta a la ya formulada en su escrito de contestación”.

nario, although these factual elements were not alleged before the case was admitted for evidence, the judge may assess them, if the party alleging them swears that they only then came to their knowledge.¹⁶ In both cases, the preclusive effect does not apply.

In Spain, the *mutatio libelli* does not operate with absolute rigidity in civil proceedings, allowing new or newly discovered facts to be alleged in accordance with article 286 of the LEC. In this regard, Castillejo notes:

Hoy la *mutatio libelli* no rige en el proceso civil con una rigidez absoluta. Ya fue excepcionada durante la vigencia de la derogada LEC, que permitía en el procedimiento civil ordinario la alegación de hechos nuevos en la comparecencia del juicio declarativo de menor cuantía —artículo 691.2.º—. Por su parte, el legislador de 2000 introduce la posibilidad de alegar hechos que no pudieron ser aducidos en la demanda o en la contestación, bien por tratarse de hechos nuevos, es decir, hechos acaecidos con posterioridad al momento procesal oportuno para introducir la pretensión, o bien por tratarse de hechos anteriores de los que las partes no habían tenido noticia en el momento de formular sus pretensiones en la demanda o contestación. (Castillejo, 2006, p. 62; De Miranda, 2017, pp. 28-30)

In Chile, the rule under examination expands the scope of the process, allowing for the inclusion of new factual elements that the judge can assess in the final judgment, despite the exhaustion of the discussion period, thereby mitigating the rigidity of the general principle of *lis pendens*. This allows

¹⁶ Castillejo (2006) indicates about the newly reported events “En segundo lugar, los que aun cuando no son nuevos, lo son para la parte, en tanto los desconocía: son los hechos de nueva noticia. Con la alegación de los mismos se excepciona el efecto de la preclusión, pues no opera su efecto extintivo que afecta a la facultad de hacer valer la alegación de los hechos. En este sentido si fue imposible conocer el hecho al tiempo de formular los actos de alegación podrán eludirse los efectos de la preclusión de la facultad de alegarlo y hacerlo valer. Pues bien, los hechos de nueva noticia requieren de justificación por quien los alegue, esto es, la parte que pretende incluirlos en el proceso ha de justificar que el hecho no pudo alegarse en el momento procesal oportuno, en la demanda o contestación, pues de otro modo el Juez podrá inadmitirlos. La justificación al menos exige que se razone, que se argumente en forma alguna la afirmación vertida por la parte en relación con el desconocimiento del hecho”.

for the incorporation of new facts into the process that are relevant to the resolution of the conflict. This approach is compatible with the debtor's late fulfillment of an obligation, preventing such facts from forming the basis for a future exception in a subsequent enforcement process, thereby making the declaratory process, despite its slow pace, more efficient. Furthermore, despite the location of the provision under examination, given the supplementary nature of the ordinary trial of major claims, this mechanism allows for the expansion of the scope of the trial in other proceedings, enabling the inclusion of new factual elements, particularly in trials with reduced timelines for raising substantive defenses.

3. *The factual substrate that the defendant can introduce into the process under article 321 of the Adjective Code*

Considering the role of Article 321, which operates as one of the hypotheses of exception to the principle of *lis pendens*, allowing the judge to assess new factual backgrounds relevant to resolving the conflict, what type of supervening facts can the court consider under article 321? From the defendant's perspective, we believe that the legally relevant facts for resolving the conflict are the extinctive facts,¹⁷ which are typically studied by procedural doctrine concerning the subject and burden of proof. De la Oliva, Díez-Picazo and Vegas address this category of facts as follows: “C) *Hechos extintivos son aquellos que, acaecidos con posterioridad a los hechos constitutivos, suprimen o extinguen la eficacia jurídica de éstos. Por ejemplo, el pago de la deuda*” (De la Oliva *et al.*, 2021, p. 69).¹⁸

In the Chilean legal system, both constitutive and extinctive facts are contemplated in article 1698 of the Chilean Civil Code —also known as Substantive Code— (Bravo, 2013, p. 37), which establishes that the burden

¹⁷ Chioyenda (2005) indicates “[...]2º Hechos extintivos: que hacen cesar una voluntad concreta de ley y la consecuente expectativa de un bien. Por ejemplo: pago, remisión de deuda, pérdida de la cosa debida. Los hechos extintivos pueden ser connaturales al derecho o sucesivos si un derecho se da para un cierto termino, el cumplimiento del término obra como hecho extintivo connatural al derecho. Puede, sin embargo, sobrevenir un hecho nuevo y reforzar el hecho constitutivo (interrupción del término)”.

¹⁸ In a similar line, recognising the categories of facts are several authors (Carnelutti, 1997, p. 428; Ducci, 2010, pp. 393-394).

of proving the existence of obligations or their extinction falls on the party alleging them. Another category of facts, such as impeditive or modificatory facts, lack legal recognition, notwithstanding their penetration through the work of jurisprudence.¹⁹

This factual substrate determines the content of substantive defenses, a category of defense that may include extinctive, impeditive, or excluding facts.²⁰ Given the above, and once the opportunity to raise substantive defenses has been exhausted, can we introduce new or newly discovered extinctive facts under article 321 of the Adjective Code?

¹⁹ Bravo (2013) indicates “Los países con Códigos Civiles más recientes, como Brasil o Italia, sí formulan la regla de carga sobre la base de estas cuatro categorías. A la inversa, en los países con mayor resistencia a reformar sus Códigos Civiles por su tradición, como Francia y Chile, en vez de motivar un cambio legislativo en la formulación de la regla original de carga —para incluir esta tercera y cuarta categoría— la doctrina de los hechos impeditivos y modificatorios terminó siendo abiertamente tolerada por la jurisprudencia, haciendo caso omiso que, en rigor, la regla original del Código no la contemplaba”. Likewise Romero (2023) indicates “Conforme a la descripción jurisprudencial consolidada, los hechos de naturaleza constitutiva son aquellos que configuran una determinada situación jurídica; los hechos impeditivos son los que obstan a la existencia o validez de la situación jurídica; los hechos modificatorios son los que alteran o reforman su contenido o efectos y los hechos extintivos, aquéllos que hacen desaparecer o eliminan sus efectos, según las proposiciones de alegaciones y excepciones que se hayan hecho valer por el demandado. El segundo, que si bien no lo señala expresamente y la norma pareciera contemplar sólo los hechos constitutivos y los extintivos, la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la regla ha coincidido en considerar cubiertos también los hechos impeditivos y excluyentes, y que a partir de allí se ha precisado que la carga de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión corresponde al actor y es carga del demandado la prueba de los hechos extintivos, impeditivos o excluyentes de la relación jurídica en discusión”.

²⁰ De la Oliva *et al.* (2021) indicates: “Pues bien, toda excepción material consiste en la alegación de un hecho impeditivo, extintivo o excluyente”. Fernández (2006) notes that “Los hechos extintivos, por su parte, evitan que la relación jurídica perdure en el tiempo. Esto es, no impiden que nazca normalmente, pero, llegado un determinado momento, hacen que aquella, que durante un tiempo tuvo plena eficacia, deje de surtir efectos. Este, por ejemplo, es el caso del pago en aquellos contratos en los que una de las partes adeuda cierta cantidad. Una vez que se ha producido el pago, la relación queda extinguida. El pago no es más que un ejemplo, pero, en general, todas las causas de extinción de las obligaciones actúan como hechos extintivos del derecho que el actor pretende hacer valer en el pleito. Al igual que ocurre con los hechos impeditivos, éstos también han de ser probados por el demandado” (Alessandri *et al.*, 1998, p. 421).

As we have stated, the invariability of the factual substrate of the subject matter of the trial is not absolute; the legislator establishes some exceptions that allow the judge to consider supervening facts (Romero, 2021, p. 117). In this context, article 321 of the Código de Procedimiento Civil permits the incorporation of new facts or newly discovered facts, provided they are substantially related to the main issue, thus excluding the possibility of incorporating facts that justify a procedural exception or merely accessory matters. Conversely, we believe that extinctive or excluding facts that are substantially related to the matter at hand²¹ can indeed be alleged by the defendant under the aforementioned rule. If we deny this possibility,²² and strictly apply the principle of *lis pendens*, the court, by virtue of a legal fiction, cannot evaluate the new factual substrate, thereby upholding a claim whose basis²³ has been extinguished during the course of the proceedings due to the loss of its objective element,²⁴ causing the material essence of the claim to dissipate and leading to an unjust outcome.

²¹ Castillejo (2006). The author, from the point of view of Spanish law, points out the new or new facts that justify the defendant's opposition. "Con posterioridad a la contestación, el demandado sólo podrá alegar hechos nuevos o de nueva noticia siempre que resulten relevantes para la decisión del pleito. Será necesario que con ellos se entre en el fondo del asunto, se trata, por tanto, de hechos que conforman las excepciones materiales.

Así pues, son relevantes para la decisión del pleito porque con ellos se fija el objeto del debate. En este sentido, si bien es cierto que con ellas no se persigue obtener una tutela concreta, también lo es que no deben ser distintos los efectos jurídico-procesales en que consiste la fuerza de cosa juzgada, pues las excepciones se enjuician como cuestiones que ponen en tela de juicio el objeto esencial del proceso, el introducido por el actor".

²² Several authors Chioyenda (2005) y Castillejo (2006) conclude that the fiction of immutability is not absolute, as justice can always assess the facts that may occur during the development of the trial.

²³ Guasp (1952), Silva (2017), the author, identifying the elements of the claim, states "Sus elementos identificadores son las partes que intervienen, una determinada petición y el fundamento en virtud del cual ello se pide. A tales elementos agregamos el interés procesal, que es la necesidad que se tiene de la actividad jurisdiccional para la adecuada protección que se requiere.

Así entendida la pretensión, es lo que mantiene funcionalmente con vida al proceso, y constituye además su objeto. Al desaparecer la pretensión —por verse afectado alguno de sus elementos—, el proceso queda sin razón de ser".

²⁴ Guasp (1952), indicates with regard to the objective element of the trial: "en lo que toca al objeto, ha de existir forzosamente en toda pretensión procesal como antes se indicó, un *quid material* al que se refieran los sujetos y las actividades que la pretensión encierra. Se

4. *The projection of article 321 of the Adjective Code in Chilean labour courts*

The Chilean Código del Trabajo —also known as Labour Code— lacks specific regulation regarding the judge’s authority to assess new factual elements that emerge after the discussion period has ended. In this regard, Raúl Fernández rejects this possibility, arguing that the assertion of facts requiring evidence must be made at the appropriate time as established by the legislator, in accordance with procedural preclusion (Fernández, 2020, p. 411). From an evidentiary perspective, the few Chilean authors who have addressed this issue focus on a different approach, omitting explicit references to the Adjective Code and opting to conduct a comparative exercise with the Código Procesal Penal or Law no. 19.968, texts that, while adopting a similar procedural design by hearings, are not a supplementary normative sources for the Código del Trabajo. Following this line of argument, the doctrine highlights the problems arising from rebuttal evidence (Cortez *et al.*, 2021, p. 247), and new or newly discovered events, scenarios that lack labour regulation, this latter institution is understood in a different sense than previously examined, “entendiendo por tal a aquella que no pudo ofrecerse en la oportunidad procesal pertinente por ignorarse su existencia por las partes”.²⁵

desprende también de la significación de la pretensión como materia sociológica elaborada jurídicamente el que este objeto venga constituido por un bien de la vida, es decir, una materia apta por su naturaleza para satisfacer las necesidades o conveniencias objetivamente determinables de los sujetos. Este bien de la vida, o bien litigioso, si se quiere darle el nombre que técnicamente le corresponde, aunque obedezca a una idea asimiladora entre el proceso y el litigio, constituye, pues, el objeto de la pretensión procesal, no, como antes se vio, el objeto del proceso a no ser que la expresión: objeto del proceso, se entienda en un sentido mediato e indirecto. Pero como un bien de la vida puede ser, a los efectos de su tratamiento jurídico, una cosa corporal o una conducta de otra persona, es evidente que el objeto de la pretensión procesal puede estar respectivamente constituido por una cosa o por una conducta de tal carácter”.

²⁵ Cortez *et al.* (2021). In this sense, he states : “Así, el artículo 366 inc. 1° CPP establece que, a petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento. El inciso 2° del artículo 63 bis de la ley 19.968 requiere, además, que el juez considere que estas pruebas resulten esenciales para la resolución del asunto”. The focus on evidence against evidence and new evidence, considered as the possibility of submitting evidence, not offered in a timely manner, can be seen in the report of the

In other words, in this case, the focus is on the means of evidence not timely presented, which differs from the meaning established by the Adjective Code, which allows the judge to assess supervening factual backgrounds.

Regarding the possibility of admitting evidence not timely offered, there are authors who support the affirmative thesis. On this point, Felipe Utman believes that new evidence is admissible in cases of the parties' unawareness of facts, as well as in the case of unawareness of the means of evidence, operating only in the context of serious and exceptional cases, in accordance with Articles 429 paragraph 1, 454 No. 9 paragraph 2 of the Labour Code, and Article 432 of the same text, which refers to Articles 321, 322, and 326 paragraph 2 of the Adjective Code on new evidence, as well as Article 159 of the same Code on measures to better resolve, among others (Utman, 2011, p. 643). In this line of reasoning, Diego Palomo believes that denying the possibility of incorporating evidence not timely requested, when its existence was unknown to the party seeking its incorporation, hinders the effective exercise of the right to evidence as part of due process. Therefore, he considers it necessary for the legislator to fill the aforementioned legislative gap (Cortez *et al.*, 2021, p. 248). Raúl Fernández, an author who rejects the option of the judge assessing supervening facts in the labour court, uses article 321 of the Adjective Code to justify the incorporation of new means of evidence, thereby distorting the institution under examination (Fernández, 2020, p. 493).

Conversely, it has been argued by some that the amendment to Law N° 20.260, which addresses specific cases in which evidence is admitted out of the hearing, excludes the possibility of admitting evidence other than that offered at the appropriate procedural moment (Cortez *et al.*, 2021, p. 248). Similarly, the issue related to the procedural model by hearings is highlighted, which aims for both parties to be able to refute the evidence presented and properly exhibited, a capability that is compromised if new evidence is admitted during the process (Corte Suprema, 2011, p. 12). In this line of reasoning, non-uniform jurisprudence has rejected the admissibility of ev-

Directorate of Studies, Analysis and Evaluation of the Supreme Court. In this sense, Corte Suprema (2011) indicates: “En primer término, existe prueba nueva cuando alguna de las partes en el proceso intenta agregar medios probatorios, en la respectiva audiencia de juicio, aun cuando estos medios no fueron presentados en la respectiva audiencia preparatoria”.

idence not timely offered, as it is not provided for by law. Additionally, it is considered impossible to apply the rules of the Adjective Code supplementarily, as they are deemed contrary to the principles governing labor proceedings (Cortez *et al.*, 2021, p. 248). Corte de Apelaciones de Valparaíso has indicated on the matter:

Sexto: Que, en este marco, el legislador dispuso que la prueba en estos procedimientos judiciales debería ofrecerse en la audiencia preparatoria (Código del Trabajo, artículo 453), precluyendo el derecho de la parte si no se ofrece en esa oportunidad, sin disponer de otra instancia para ello.

Ello es, evidentemente, contrario a lo que ocurre en otros procedimientos judiciales, por ejemplo, en materia penal, en que el legislador estableció esa posibilidad en ciertas circunstancias especiales (Código Procesal Penal, artículos 278 y 336).

Séptimo: Que, lo anterior no se controvierte por lo dispuesto en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, ya que, si bien el artículo 432 del Código del Trabajo establece la supletoriedad de las normas dispuestas en los Libros I y II de aquel Código, ello se sujeta, evidentemente, a la compatibilidad de los principios de éstas a aquellas, cuestión que evidentemente en este caso no acontece. Aún más, lo dispuesto en el artículo 321 se refiere a una cuestión diversa de lo planteado por la recurrente en este caso, ya que esta norma regula los supuestos de ampliación de la prueba, en el marco de un procedimiento escrito, rigido y de doble instancia, elementos que no concurren en la especie.²⁶

The Court of Appeals of Valparaíso itself, citing Felipe Utman, has resolved in the opposite direction, stating:

3°) Que, para dilucidar el problema planteado, en primer término, cabe consignar la seguidilla de errores jurídicos contenidos en la resolución trascrita.

En primer lugar, yerra el tribunal al señalar que el Código del Trabajo no permite la incorporación de la institución de la prueba nueva al no estar consignada en dicho cuerpo normativo, olvidando lo dispuesto en el artículo 432 del

²⁶ Cortez *et al.* (2021). The authors cite the judgment of the Corte de Apelaciones de Valparaíso, judgment of 25 January 2016, rol N° 435-2015.

referido código, que expresa “En todo lo no regulado en este Código o en leyes especiales, serán aplicables supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas sean contrarias a los principios que informan este procedimiento”.

La prueba nueva se encuentra consagrada en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil que asienta “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, es admisible la ampliación de la prueba cuando dentro del término probatorio ocurre algún hecho substancialmente relacionado con el asunto que se ventila”, disposición que se encuentra ubicada precisamente en el Libro II del referido cuerpo normativo y, consecuentemente, de aplicación directa a los supuestos fácticos que nos convocan, debiendo colacionarse, además, los artículos 322 y 326 inciso segundo del mismo cuerpo normativo.

Por otra parte, no se advierte de qué manera la aplicación de la institución en examen podría vulnerar los principios formativos de la jurisdicción laboral puesto que, si existen antecedentes que permiten a una de las partes probar sus pretensiones, resulta inadmisibles que se le impida ejercer sus derechos, máxime si el ordenamiento jurídico lo ampara.²⁷

To resolve this issue, we believe it is necessary to refer to the meaning of Article 321 of the Adjective Code, distinguishing between the essential and accessory aspects of the provision. As we have argued, the provision in question is one of the legislator’s corrective mechanisms, allowing the judge to assess new facts relevant to resolving the conflict, thereby escaping the strictness of the principle of *lis pendens* and the preclusive effect established in Article 64 of the Chilean Código de Procedimiento Civil. In other words, the primary purpose of the text is related to expanding the scope of the trial, with the emergence of a special evidentiary term being accessory. Based on the preceding assertion, we first discard the possibility that the institution under examination can be used as a legal basis to justify the late admission of evidence in the labour process, unless such evidence aims to prove a supervening fact. It must be noted that the institution under study, unlike Article 336 of the Código Procesal Penal and Article 63 bis of Law

²⁷ Asesorías y Servicios Integrales San Luis SpA con Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar (2022).

19.968, requires the emergence of new facts or newly discovered facts, with the means of proof to substantiate them being accessory. In contrast, the cited criminal and family regulations do not address the emergence of supervening facts; for their operability, the existence of previously unknown evidence is relevant, a situation not regulated in Article 321 of the Adjective Code. Secondly, we believe that the Chilean labour court can indeed assess new or newly discovered facts, supplementarily applying Article 321 of the Adjective Code, by virtue of the referral in Article 432 of the Labour Code. In this regard, it has been argued that it is impossible to apply the norms of the Adjective Code supplementarily, as they are considered contrary to the principles governing the Chilean labour procedure (Cortez *et al.*, 2021, p. 248). The incompatibility lies in the supposed irreconcilable differences between procedural systems regarding the presentation of evidence, ignoring the essence of the institution established in Article 321 of the Adjective Code. This rule functions as a legislative tool aimed at overcoming the fiction of process immutability. This mechanism allows the addition of new factual backgrounds to the trial, which will be assessed by the judge in the final judgment, with the means of evidence and the manner of presenting the evidence being accessory.²⁸ Otherwise, from the defendant's perspective, the court, by virtue of a legal fiction, would be unable to assess the new factual substrate provided by the defendant, which might contain new extinctive or excluding facts aimed at extinguishing the claimant's right. In this case, the judge would uphold a claim whose basis was extinguished during the proceedings due to the loss of its objective element (Guasp, 1952, p. 41; Silva, 2017, p. 172), causing the material essence of the procedural claim to dissipate and resulting in an unjust outcome (Guasp, 1952, p. 43). This is similarly applicable to the plaintiff, who can introduce new or newly discovered facts, provided their actions remain within the boundaries of the prohibition of *mutatio libelli*.²⁹ In this scenario, we believe that the parties can allege new or newly dis-

²⁸ Thus, for example, in a process for the collection of labour benefits, and in the face of late compliance by the defendant, after the preparatory hearing, the judge can assess and pronounce on those new extinctive facts in the final judgement, avoiding going to a subsequent enforcement procedure.

²⁹ Aguirrezabal (2017) indicates: "En consecuencia, no pudiendo el actor modificar en términos sustanciales su demanda, por impedirlo el efecto de litispendencia y la prohibición de

covered facts in labour proceedings, although not in identical terms to those established in the Adjective Code, considering the differences related to the handling of incidents and the presentation of evidence, derived from the obvious discrepancies between a written procedural model and one conducted in hearings. These matters, unlike the evidence of supervening facts, are expressly regulated in the Código del Trabajo, governing the implementation of the aforementioned institution; the judge must determine the manner in which the pertinent action will be carried out, in accordance with the said labour regulation. In this sense, and according to Article 443 of the Código del Trabajo, the party seeking to introduce a new or newly discovered fact into the process must preferably raise the matter during a hearing, including the trial hearing. In such a case, the judge must give notice to the opposing party and immediately resolve the incident. Subsequently, if the petition is granted, we consider it necessary for the court to schedule a new hearing to allow the parties to offer and present the means of evidence aimed at substantiating the new or newly discovered facts. This is intended to preserve each party's ability to refute the evidence presented by the opposing party in the trial.

IV. Conclusions

1. Based on the examined evidence, we consider that the possibility for the judge to assess new or newly discovered facts is, from its origin, closely related to the defendant's defense, allowing the court to consider facts that justify a substantive exception aimed at extinguishing the plaintiff's right and pronouncing an acquittal.

mutatio libelli, el juez es libre para ejercer su poder de rechazo in limine cuando los hechos aparezcan, de forma manifiesta, mal calificados jurídicamente.

Ese momento, en nuestro ordenamiento procesal, es la primera instancia en la que debe quedar plasmada la concreta petición del actor y, en su caso, la oposición del demandado. Por ello, en virtud de la prohibición de la denominada mutatio libelli, luego de trabada la litis no pueden introducirse nuevas peticiones distintas a las alegadas y concretadas por las partes en la fase de discusión, porque conduciría a un nuevo proceso y crearía una situación de indefensión en todos aquellos que, confiando en las peticiones iniciales de sus oponentes, así prepararon su defensa”.

2. This conception, transmitted by forensic sources and recognized by José Bernardo Lira, the drafter of Books 2, 3, and 4 of the draft Código de Procedimiento Civil Chileno, influences the reception of Article 321 of the Adjective Code. Despite its location in the title of general evidence, this text preserves the Castilian tradition, which conceives new or newly discovered facts as a mechanism for adding factual backgrounds that support a new substantive defense. The legislator expands the institution by including the plaintiff of the trial as a petitioner.

3. The immutability of the process, derived from the general principle of *lis pendens*, is not absolute. The concept of new or newly discovered facts operates as a tool for adding new factual substrates, thereby expanding the scope of the trial. From the defendant's perspective, the nature of these facts includes extinctive or excluding facts that are substantially related to the matter in dispute.

4. The aforementioned points are compatible with the late fulfilment of an obligation by the debtor, preventing such facts from supporting a future exception in a subsequent enforcement process, thereby making the declaratory process more efficient. Furthermore, the mechanism provided in the aforementioned Article 321, considering the supplementary nature of the ordinary trial of major claims, allows for the expansion of the subject matter of the trial in other proceedings, enabling the incorporation of new factual elements, especially in trials with reduced timelines for raising substantive defenses.

5. In Chilean labour courts, we believe that the judge can indeed assess new or newly discovered facts, supplementarily applying Article 321 of the Adjective Code, by virtue of the referral in Article 432 of the Código del Trabajo. In this context, considering the purpose of the aforementioned Article 321, a provision that functions as a legislative tool aimed at overcoming the fiction of process immutability by adding new factual backgrounds to the process that are relevant to resolving the conflict, we do not perceive any incompatibility with the formative principles of labour proceedings. In this regard, we believe that the judge, in accordance with Article 432 of the Código del Trabajo, can determine the manner in which the pertinent action will be carried out, adapting the method and timing of presenting

the evidence to the rules established in the Código del Trabajo, in conformity with a process conducted through hearings.

V. References

- Alessandri, R. A., Somarriva, M., y Vodanovich, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Editorial Jurídica de Chile.
- Aguirrezabal Grünstein, M. (2017). El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno. *Revista de Derecho Privado*, (32), 423-441.
- Alonso Romero, M. P. (2001). El solemne Orden de los Juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (5), 23-54.
- Alsina, H. (2018). *Defensas y excepciones*. Ediciones Olejnik.
- Anabalón Sandersón, C. (2015). *El juicio ordinario de mayor cuantía*. Editorial el Jurista.
- Arangio-Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. (J. M. Caramés, trad.). Ediciones Depalma.
- Aesorías y Servicios Integrales San Luis SpA con Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar*. (26 de septiembre de 2022). Corte de Apelaciones de Valparaíso.
- Bordalí Salamanca, A., Cortez Matcovich, G., y Palomo Vélez, D. (2014). *Proceso Civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*. Thomson Reuters.
- Bravo Hurtado, P. (2013). Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (21), 13-46.
- Cannata, C. A. (2001). Omnia Iudicia Absolutoria Esse. *Rivista di Diritto Romano - Atti del Convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico"*, 24, 67-69.
- Carnelutti, F. (1997). *Instituciones del Proceso Civil*. (S. Sentis Melendo, trad.). Librería el Foro.
- Casarino Viterbo, M. (2009). *Manual de Derecho Procesal: Derecho Procesal Civil*. Editorial Jurídica de Chile.

- Chioyenda, G. (2005). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. (E. Gomez Orbaneja y R. Greco, trad.). Valleta Ediciones.
- Corte Suprema (2011). *Informe 81 de la Dirección de estudio, análisis y evaluación que contiene las conclusiones mesa laboral, jornada de dudas y dificultades*. Corte de Apelaciones del país.
- Cortez Matcovich, G., Delgado Castro, J., y Palomo Vélez, D. (2021). *Proceso Laboral*. Thomson Reuters.
- Cortez Matcovich, G. (2022). Concepto, fundamento y tiempo de la litispendencia en el proceso civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 49(2), 163-192.
- Couture, E. (2010): *Fundamentos del derecho procesal civil*. Editorial Thomson Reuters Punto Lex.
- De Hevia Bolaños, J. (1790). *Curia Philípica*. Imprenta Ulloa con las licencias necesarias.
- De La Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I., y Vegas Torres, J. (2021). *Curso de Derecho Procesal Civil II* (4a. ed.). Editorial Universitaria Ramón Areces.
- De Castilla, A. X. (1781). *Fuero Real de España: glosado por el egregio doctor Alonso Díaz de Montalvo*. Oficina de Pantaleón Aznar.
- De Castilla, A. X (1843). *Las siete partidas del Sabio rey d. Alonso el IX* (I. Sanponsts, trad.). Imprenta de Antonio Bergnes.
- De Castilla, A. XI (1847). *Ordenamiento de Alcalá de Henares*. Librería de los señores viudas e hijos de Antonio Calleja.
- De Miranda Vázquez, C. (2017). Los hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil, a examen. *Revista Jurídica Da Universidade De Santiago De Compostela*, 26(1), 27-51.
- D'Ors Lois, J. (2008). *Derecho privado romano*. Ediciones Universidad de Navarra.
- Ducci Claro, C. (2010). *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile.
- España (1775). *Las Leyes de Recopilación*. Imprenta Pedro Marín.
- Febrero, J. (1829). *Librería de escribanos, abogados y jueces*. Imprenta de Villalpando.
- Fernández López, M. (2006). *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Editorial la Ley.
- Fernández Toledo, R. (2020). *La prueba en el proceso laboral*. Tirant lo Blanch.
- González Echeñique, J. (1954). Los Estudios Jurídicos y la abogacía en el reino de Chile. *Estudios de Historia del Derecho Chileno*, (2).
- Guasp, J. (1952). La pretensión procesal. *Anuario de derecho civil*, 5(1), 7-61.

- Guzmán Brito, A. (1991). Bibliografía de las primeras ediciones de los proyectos de códigos para Chile, de las actas de sesiones de sus comisiones rectoras o revisoras y de los códigos promulgados hasta 1906. *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, (14).
- Guzmán Brito, A. (2006). La Enseñanza del Derecho. Historia y perspectiva. *Anales del Instituto de Chile*, (25).
- Kaser, M. (1982). *Derecho Romano Privado* (2ª. ed.). (J. Santa Cruz Teijero, trad.). Editorial Reus.
- Lenel, O. (2007). *Über ursprung und wirkung der exceptionem*. VDM Verlag Dr. Müller.
- Lira Argomedo, J. (1895). *Prontuario de los Juicios o Tratado de Procedimientos Judiciales i Administrativos con arreglo a la legislación chilena* (5a. ed.). Librería Central de Mariano Servat.
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J., Montón Redondo, A., y Barona Villar, S. (2000). *Derecho Jurisdiccional II*. Tirant lo Blanch.
- Nieva Fenoll, J. (2019). *Derecho Procesal II: Proceso Civil*. Tirant Lo Blanch.
- Orellana Torres, F. (2009). *Manual de derecho procesal: Procedimientos civiles y especiales*. Librotecnia.
- Palermo, A. (1956). *Studi sulla «Exceptio» nel Diritto Classico*. Dott. A. Giuffrè Editore.
- Palomo Vélez, D. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?. *Ius et Praxis*, 19(2). No es citado en el texto
- Pérez Martín, A. (2018). *Opúsculos del Rey Sabio: El Espéculo*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Picó i Junoy, J. (2006). *La modificación de la demanda en el proceso civil. Reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli*. Tirant Lo Blanch.
- Ramírez Tagle, C. (2019). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Editorial El Jurista.
- Rodríguez Papić, I. (2010). *Procedimiento Civil: Juicio ordinario de mayor cuantía*. Editorial Jurídica de Chile.
- Romero Rodríguez, S. (2021). *Los hechos del proceso civil. Alegación y utilización de los enunciados fácticos jurídicamente relevantes para la dictación de la decisión de fondo*. Thomson Reuters.
- Romero Seguel, A. (2023). *Cuestiones Procesales Cíviles 2*. Tirant Lo Blanch.
- Savigny, F. Carl Von (1879). *Sistema del derecho romano actual* (trad. J. Mesía y M. Poley). F. Góngora y Compañía Editores.

- Scialoja, V. (1954). *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de derechos* (trad. S. Sentis Meleno y M. Ayerra Redin). Ediciones jurídicas Europea-Americana.
- Silva Hanisch, M. (2017). La terminación anticipada del proceso por la desaparición sobrevenida del interés en el proceso civil chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1(48), 167- 198.
- Utman Suárez, F. (2011). Oportunidades probatorias no reglamentadas explícitamente en los nuevos procedimientos laborales. *Revista Chilena de Derecho*, 38(3), 639-644.

Cómo citar

IJ-UNAM

Alarcón Machuca, Carlos, “Review of the new facts or new news contained in article 321 of the Chilean Civil Procedure Code”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 169, 2024, pp. 3-31. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18747>

APA

Alarcón Machuca, C. (2024). Review of the new facts or new news contained in article 321 of the Chilean Civil Procedure Code. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(169), 3-31. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18747>

Actos complementarios necesarios para conservar la adquisición por transferencia de predios inscritos en el registro de la propiedad de Perú

Complementary acts necessary to preserve the acquisition by transfer of properties registered in the property registry of Peru

Gino Alexis Condori Quispe

 <https://orcid.org/0000-0001-7210-6937>

Universidad Privada de Tacna, Perú

Correo electrónico: abogadoginocondori@gmail.com

Recepción: 7 de abril de 2024 | Aceptación: 13 de agosto de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.19044>

Resumen: La propiedad predial inscrita en el registro de la propiedad inmueble cumple un rol muy importante en la sociedad peruana. Esta se puede adquirir por el simple consenso entre el comprador y el vendedor, sin la necesidad de realizar algún acto complementario. No obstante, si el adquirente no inscribe su derecho en el registro, podría verse despojado de su derecho por otro adquirente. Ante esta realidad, se tiene como objetivo determinar las acciones que debe realizar todo adquirente para conservar su derecho frente a otros posibles propietarios.

La investigación es de tipo documental, y se ha utilizado principalmente el método argumentativo jurídico. Se concluye que para conservar la propiedad de un predio inscrito es necesario realizar las actividades complementarias señaladas en los artículos 2014 o 2022 del Código Civil. Estas actividades deberán ser complementadas con las obligaciones señaladas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia 207/2020 del Tribunal Constitucional peruano, siendo el requisito fundamental que la inscripción registral sea inscrita de buena fe con base en un actuar diligente y prudente.

Palabras claves: seguridad jurídica, compraventa inmueble, protección adquisición inmueble, registros públicos.

Abstract: Property registered in the real estate registry plays a very important role in Peruvian society; it can be acquired by simple consensus between the buyer and the seller, without the need to carry out any complementary act. However, if the acquirer does not register his right in the registry, he could be stripped of his right by another acquirer. Given this reality, the objective is to determine the actions that every acquirer must take to preserve their rights against other possible owners.

The research is documentary type, the legal argumentative method has been mainly used. It is concluded that, to preserve ownership of a registered property, it is necessary to carry out

the complementary activities indicated in article 2014 or article 2022 of the Civil Code. These activities must be complemented with the obligations indicated by the jurisprudence of the Supreme Court of Justice and in the ruling 207/2020 of the Peruvian Constitutional Court, the fundamental requirement being that the registration be registered in good faith based on diligent and prudent action.

Keywords: legal security, real estate purchase and sale, real estate acquisition protection, public records.

Sumario: I. *Introducción*. II. *La propiedad*. III. *Importancia social de la propiedad*. IV. *El procedimiento de adquisición por transferencia*. V. *La función del Registro de la Propiedad*. VI. *La sentencia 207/2020 del Tribunal Constitucional*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias*.

I. Introducción

El aseguramiento de la propiedad, en el sentido de garantizar la titularidad, contenido y ejercicio, tiene diferentes formas de ser materializadas, como la posesión, la inscripción registral o el seguro de títulos. Esta protección de la propiedad no sólo es importante por su estrecha relación con la economía, sino también porque otorga seguridad jurídica a todo propietario y genera un ambiente social con menos conflictos jurídicos inmobiliarios (Hernández, 2022).

En el Perú la adquisición de la propiedad de un predio, que se encuentra inscrita en el registro de la propiedad inmueble de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos¹ (Sunarp), está regulada en el artículo 949 del Código Civil (CC), el cual prescribe “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”. Es decir, para la transferencia de un predio inscrito es suficiente la simple manifestación de voluntad de las partes, sin que exista la necesidad de que el adquirente tome posesión, pague el precio, inscriba en el registro o realice cualquier acto complementario.

¹ En el Perú se puede hablar de la existencia de los registros públicos desde 1888, pero con la Ley 26366 de 1994, es que se crea la Sunarp y el Sistema Nacional de los Registros Públicos. Esta norma significó un paso crucial en la modernización de los registros públicos y con esto una mayor seguridad jurídica en el tráfico jurídico.

Si bien se sabe que para adquirir la propiedad es suficiente el artículo 949 del CC, deberíamos preguntarnos si es suficiente para poder conservarla. En la actualidad, la adquisición de los derechos reales se encuentra muy relacionada con la publicidad registral, en mérito a la presunción de veracidad, eficacia y cognoscibilidad que esta goza. En este sentido, si una persona adquiere la propiedad de un predio inscrito, pero no inscribe su adquisición, creará la apariencia de que el titular registral aún conserva el derecho de propiedad, generando que esta persona pueda disponer nuevamente del predio y exista la posibilidad de que uno de estos nuevos propietarios pueda despojar de la propiedad al primer adquirente. Ante este hecho, se presentará la información más relevante y actual sobre los actos que debe realizar toda persona que quiera adquirir y conservar su derecho de propiedad.

II. La propiedad

La definición de propiedad es bastante diversa, pues esta figura ha sido analizada desde diferentes perspectivas, tales como la filosofía, antropología, sociología, economía, etcétera. Desde el derecho, las escuelas jurídicas también presentan diferentes definiciones, aunque dentro de estas diferencias podemos encontrar ideas similares. Estas se concretizan en definir a la propiedad como el derecho real más relevante, aquel que otorga a su titular las más amplias facultades que el derecho reconoce a una persona sobre un bien. Por su parte, Zambon (2020) menciona que la propiedad tiene diferentes formas de ser definida, pero la idea común de la mayoría de definiciones es conceptualizarla como un conjunto de modalidades deónticas que regulan las relaciones de las personas en referencia a los bienes.

Un hecho histórico que desencadenó nuevas ideas sobre cómo concebir a la propiedad fue la Revolución francesa, debido a que primero introdujo una concepción liberal, la cual posteriormente generaría una reacción con una concepción social. Monje Mayorca y Woolcott Oyague (2019) expresan que la Revolución francesa trajo consigo ideas liberales e individualistas de la propiedad, percibiéndola como parte de la naturaleza humana y, en consecuencia, se le consideraba como un derecho subjetivo absoluto con potencial a convertirse en un derecho fundamental. Este pensamiento

posteriormente evolucionó hacia una concepción solidarista de la propiedad, que sustituyó el pensamiento individualista. Conforme la tesis de León Duguít, en efecto, la propiedad debía cumplir con una función social; el interés social se impone al individual. Por lo tanto, esta forma de comprender la propiedad es la que actualmente se presenta en el constitucionalismo contemporáneo.

Debemos recordar que la función social de la propiedad se basa en el principio de solidaridad. Uribe Piedrahita, Contreras Jaramillo y Arbouin Gómez (2019) mencionan que el principio de solidaridad establece pautas de cómo los particulares deben ejercer su rol en la sociedad. En primer orden, los titulares de derecho subjetivos deben ejercerlos conforme a su propio interés; en segundo orden, este ejercicio debe estar de acuerdo con el cumplimiento de los fines de la colectividad. De este principio se desprende la función social de la propiedad, la cual logra redefinir el concepto de propiedad, introduciéndose en esta y formando parte de su esencia.

Desde una perspectiva más contemporánea, Ferrajoli (2014) desarrolla que el derecho de propiedad tiene un carácter polisémico. Este puede entenderse como un derecho fundamental o un derecho patrimonial. Es un derecho fundamental, que proviene de los derechos civiles, cuando se entiende como una capacidad de adquirir y disponer los bienes que son objetos de propiedad, en razón de que gozan de universalidad, indisponibilidad, ser norma y establecer una relación vertical entre el Estado y los particulares. Por otro lado, es un derecho patrimonial cuando el derecho de propiedad se entiende como un derecho real, al ser singular, disponible, predispuesto por norma y establecer una relación horizontal entre particulares.

La propiedad tiene dos enfoques tradicionales: *a)* el liberal, donde la propiedad es inherente al hombre, pues este la obtiene mediante su trabajo y la apropiación de las cosas que Dios ha dejado en el mundo y, *b)* el social republicano, donde la propiedad nace con la conformación de una comunidad política, generando así que esta sólo nazca desde una norma positiva. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no adopta de forma definitiva alguno de estos enfoques, pues, de acuerdo con el caso y calidad del sujeto, habrá ocasiones donde se prefiera aplicar la función social de la propiedad, a fin de maximizar los beneficios hacia la sociedad; y en otros casos aplicará la teoría de los derechos adquiridos, prohibiendo que se

restrinja el aprovechamiento individual de la propiedad por leyes posteriores (Fuenzalida Bascuñán, 2020).

1. *El derecho de propiedad en el Perú*

El derecho de propiedad se encuentra regulado en la Constitución Política del Perú de 1993 y el Código Civil de 1984. La Constitución establece su marco general, prescribiendo que toda persona tiene derecho a la propiedad y que esta es inviolable, mientras el Código Civil regula de forma específica este derecho real. Gonzales Barrón (2018) explica que, para entender correctamente el derecho de propiedad, resulta necesario entenderla desde un punto de vista constitucional y legal. En ese mismo sentido, procederemos a desarrollar los aspectos más relevantes de estas dos dimensiones de la propiedad.

2. *El derecho de propiedad en la Constitución Política del Perú de 1993*

La propiedad tiene tanta relevancia que su regulación debe estar en la norma más importante de un Estado, aunque esta comúnmente se presenta en términos generales (Mejorada Chauca, 2015). En la Constitución, la propiedad se encuentra regulada como un derecho fundamental en el artículo 2o., inciso 16, el cual señala que “Toda persona tiene derecho: [...] 16. A la propiedad...”; mientras que el artículo 70 prescribe que “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley[...]”. Por lo cual, podemos señalar que toda persona tiene el derecho a acceder a la propiedad y, una vez ostente este derecho, se vuelve inviolable, aspecto que no debe confundirse como un derecho absoluto debido a que se debe ejercer conforme al bien común² y se encuentra limitado por el marco normativo.

Se debe tener presente que la propiedad a nivel constitucional tiene una percepción más amplia que la civilista, debido a que esta incumbe a todo el patrimonio de una persona. Esto se aprecia de forma clara en la sentencia

² En la doctrina peruana se entiende que el término “bien común” es una clara referencia a la adopción de la teoría de la función social de la propiedad.

del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N 0008-2003-AI/TC, fundamento 26, donde recoge el histórico *Caso Campbell vs. Holt*, señalando que la propiedad es un derecho fundamental que incumbe a todo el patrimonio de una persona y no se limita a la concepción civilista que sólo la circunscribe al dominio y los derechos reales. En similar sentido, Calderón Palacios (2022) menciona que la propiedad tiene un contenido constitucional más amplio y general que el señalado en el Código Civil, en mérito que no se limita al ámbito de los derechos reales, sino que este se expande a cualquier activo económico que conforme el patrimonio de una persona.

Respecto a la transferencia de la propiedad, la Constitución no señala algo al respecto, lo más cercano es lo que expresa en el artículo 70: “A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, y previo pago[...]”. En ese sentido, ninguna persona podría ser despojada de la propiedad, salvo los supuestos antes señalados. Pero veremos que el Código Civil establece algunos supuestos adicionales donde un propietario sí puede ser privado de su derecho, aspecto que ha generado más de un cuestionamiento de la constitucionalidad de estos supuestos normativos.

3. *El derecho de propiedad en el Código Civil de 1984*

La propiedad en el Código Civil se encuentra regulada en el libro V, denominado “Derechos reales”, específicamente desde el artículo 923 hasta el 998. Si bien el Código no establece una definición de la propiedad, en el artículo 923 señala sus principales características y realiza una alusión directa a su función social, tal como se aprecia de su redacción “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”. En los posteriores artículos desarrolla su forma de adquisición, la propiedad predial, formas de extinción y otros elementos normativos.

La propiedad es considerada el derecho real más importante y completo de todos, debido a que otorga las más amplias facultades a su titular. En ese sentido, Avendaño Valdez y Avendaño Arana (2017) mencionan que la propiedad es el poder jurídico más completo de una persona sobre un bien; sus facultades no se limitan a usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, estas

se extienden a todas las posibles, sólo está limitada por la ley y por convención de las partes. Por su parte, Varsi Rospigliosi (2019) señala que sería más fácil mencionar qué cosas no puede hacer el propietario de las que efectivamente sí puede.

La propiedad, como derecho real, también presenta diferentes características. Avendaño Valdez y Avendaño Arana (2017) señalan las siguientes: *a)* es un derecho real; *b)* es un derecho absoluto; *c)* es un derecho exclusivo y, *d)* es un derecho perpetuo. Por su parte, Varsi Rospigliosi (2019) menciona: *a)* derecho real; *b)* exclusiva; *c)* absoluta; *d)* inviolable; *e)* perpetua; *f)* abstracción y, *g)* elasticidad. Dentro de estas características, las más relevantes para el presente estudio son las características de exclusividad, debido a que la propiedad sólo admite que una persona sea el titular, y perpetuidad, debido a que el propietario no perderá su derecho por el simple paso del tiempo, es decir, no está sujeto a una prescripción extintiva de dominio.

III. Importancia social de la propiedad

La propiedad predial, sin lugar a duda, desempeña un rol fundamental en la sociedad, debido a que establece la situación jurídica de un sujeto con un predio. El predio es el lugar por excelencia donde se realizan las actividades básicas, y también constituye un activo muy importante dentro del patrimonio de cada persona, teniendo presente que por regla general el valor del suelo tiene un considerable valor económico y que este aumenta con el paso del tiempo.

En el Perú la necesidad de viviendas está en constante crecimiento por la inmigración,³ la migración interna hacia las grandes ciudades,⁴ la capacidad adquisitiva de su población, entre otros factores. Ante este panorama

³ La migración más importante hacia el Perú la representa la población venezolana, que alcanzó la cifra de 1.2 millones de personas en 2022 (Dedios y Ruiz, 2022).

⁴ Las ciudades que cuentan con mejores servicios estatales de electricidad, agua y desagüe vienen recibiendo constantemente más población que las ciudades que no cuentan con esta misma cantidad y calidad de servicios. Estas ciudades se encuentran en la costa peruana y vienen recibiendo el 80% del total del flujo migratorio interno (Huarancca, Alanya y Castellares, 2022).

el Estado se encuentra en la obligación de regular adecuadamente el acceso a la propiedad. Sánchez Coronado (2022) menciona que el Estado cumple una función de racionalización de los bienes, ya que estos son limitados, a fin de que exista una repartición más justa y que esta pueda cubrir en mejor medida las ilimitadas necesidades de las personas. Incluso hay propuestas, como la de Rojas Ulloa (2022), sobre la regulación de la multipropiedad como una forma de satisfacción de vivienda recreacional por temporadas de las familias peruanas.

La existencia de normas jurídicas es básica para la organización y funcionamiento de un Estado. Pero más importante es que estas normas se cumplan, para lo cual estas deben ser claras, debidamente publicitadas y aplicadas de forma coherente, generando así certeza en las relaciones del Estado con los individuos y entre los mismos particulares. Es decir, que un Estado otorgará seguridad jurídica si respeta las leyes y la Constitución, teniendo presente que la seguridad jurídica es una de las garantías mínimas que debe brindar todo Estado constitucional de derecho (Gavilánez, Nevárez y Cleonares, 2020).

El Perú ha demostrado un avance en la titulación de predios; pero no ha avanzado en la misma medida en la habitabilidad de estos predios. Ante esta omisión del Estado, muchas veces son los mismos propietarios quienes se organizan y realizan acciones concretas para lograr la consolidación urbana. Además, se debe tener presente que la necesidad de vivienda es mayor a los programas de titulación estatales, aspecto que genera que se presente el fenómeno de la posesión informal de tierras, invasión de predios estatales o privados, generando que exista un mercado informal inmobiliario, el cual muchas veces está dominado por mafias organizadas (Torres y Ruiz-Tagle, 2019).

En las invasiones de tierras o barrios irregulares se emiten documentos de adquisición que carecen de efectos jurídicos. Pero la sociología jurídica ha demostrado que, pese a esto, estos documentos sí llegan a tener efectos sociales, gracias a que el mismo grupo social así lo ha decidido (Silva, 2022). Este fenómeno también ocurre en el Perú: los invasores se posesionan en un predio del Estado, y después proceden a lotizar y construir; todo esto de forma ilegal. Entre ellos mismos eligen sus autoridades y aprueban sus normas internas. Posteriormente, esperan que el gobierno emita una norma que legalice sus posesiones y les brinde facilidades para adquirir la propiedad, tal como

ha ocurrido con la Ley 28687⁵ y la Ley 31056.⁶ En la actualidad en el Congreso existen varios proyectos que buscan seguir ampliando los plazos de formalización de las nuevas invasiones, creando un círculo vicioso.

Si bien el Estado peruano no viene satisfaciendo a plenitud la necesidad de vivienda de la población. Los pocos casos de programas estatales de vivienda sólo cumplen con otorgar títulos de propiedad, pero no entregan los servicios básicos como agua, desagüe, electricidad y vías asfaltadas.⁷ Pese a todo esto, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018) señala que la mayor cantidad de predios se encuentran registrados en la Sunarp, tal como se desprende de la Encuesta Nacional de Programas Presupuestales 2012-2017, donde se señala que en 2017 el 88.4% de viviendas se encuentran inscritas en la Sunarp.

Otro aspecto social bastante relevante es considerar a la propiedad predial como un activo económico muy importante. Un predio por sí mismo tiene un alto valor económico, el cual aumenta considerablemente si cuenta con los servicios básicos. Tal como lo mencionan Munévar Quintero y Hernández Gómez (2017), la plusvalía urbana se aprecia mediante el incremento del valor de los predios privados en mérito al proceso realizado por el Estado en la urbanización del suelo.

Si bien los predios constituyen un importante valor económico, uno de los problemas del mercado inmobiliario es la falta de información confiable. Ante esto, Fernández-Valderrama, Méndez Alonso y Antuña García (2023) manifiestan que el sector inmobiliario es calificado como poco transparente. Esto se debe a la poca disponibilidad de datos, teniendo presente que este sector es un refugio en tiempos de incertidumbre e inflación. En España se viene mejorando esta problemática, mediante la utilización de nuevas tecnologías

⁵ Ley que regulariza las posesiones informales ocurridas hasta antes del 31 de diciembre del 2004.

⁶ Ley que amplía el plazo de las posesiones informales hasta el 31 de diciembre del 2015.

⁷ La Política Nacional de Vivienda y Urbanismo al 2030 ha determinado que las inadecuadas condiciones de habitabilidad de la población se debe a: *a)* el bajo impacto de planificación urbano territorial y su supervisión; *b)* la ocupación ineficiente del suelo y, *c)* la limitada e inequitativa soluciones habitacionales (Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento, 2022).

y la digitalización de datos, además de la progresiva implementación del *big data* y la inteligencia artificial.

En el caso peruano, el mercado inmobiliario es más transparente, pues existen entidades estatales —tales como el Banco Central de Reserva, Superintendencia Nacional de Banca y Seguros, Instituto Nacional de Informática y Sistema, Sunarp, entre otras— que brindan información confiable, las cuales no se limitan a simplemente presentar datos, sino también presentan información trabajada referente a la demanda, el precio y las tendencias de los predios, en especial sobre los departamentos. Dentro de las principales cifras relacionadas al tema, presentamos la cantidad de transferencias de propiedad de predio por compraventa inscritos en la Sunarp de los últimos cinco años.

Tabla 1.
Cantidad de transferencias por compraventa inscritas en la Sunarp, periodo 2019-2023

Año	Transferencias mediante el SID	Transferencia mediante documentos físicos	Total de transferencias
2019	6240	189,933	196,173
2020	78,145	135,994	214,139
2021	165,350	215,422	380,772
2022	358,113	238,425	596,538
2023	422,482	228,925	651,407

FUENTE: elaboración propia, con datos de la Oficina de Planeamiento, Presupuesto y Modernización (OPPM), Estadística Sunarp (2024).

Estas cifras demuestran que en el Perú la compraventa de predios inscritos supera con creces el medio millón, y que está en constante aumento, tendencia que seguramente se mantendrá, debido a que cada vez es más frecuente la matriculación de nuevos predios, producto de proyectos inmobiliarios privados y públicos, e incluso de aquellos predios que se originaron de una invasión, pero que ahora son totalmente legales e inscritos en la Sunarp. Ante este panorama, es necesario determinar con exactitud las accio-

nes necesarias para adquirir adecuadamente la propiedad de un predio y así poder mantenerla en el tiempo.

IV. El procedimiento de adquisición por transferencia

1. *La adquisición por transferencia*

Los sistemas de adquisición de la propiedad son diversos, pero dentro de ellos los más populares que encontramos en el *civil law* son: *a)* la teoría del título y modo, donde la transferencia requiere de un título y modo; *b)* la teoría consensualista, según la cual la adquisición sólo requiere el consenso de voluntades de las partes y, *c)* la teoría de la separación de contrato, donde la adquisición se realiza mediante la celebración de un contrato con sólo efectos obligatorios y otro con efectos reales, el cual se abstrae del primer contrato.

En la actualidad estas teorías no se encuentran en forma pura en ningún país, debido a que cada uno las adapta de acuerdo con su realidad social. Pero igualmente a cada país se le reconoce como adoptante de alguna de estas teorías. Horvath y Pérez Velázquez (2021) explican que la transferencia de la propiedad en España obedece a la teoría del título y modo. Es decir, se necesita un contrato (causa) y la tradición del bien (modo) para efectivamente transferir la propiedad, mientras en Alemania se emplea la teoría de separación y abstracción. Primero se realiza el contrato, que sólo genera efectos obligatorios (causa), para posteriormente realizarse el acuerdo real y la transferencia del bien, teniendo presente que la transferencia se desconecta de la causa. Es decir, se abstrae de la causa, originando que cualquier patología de la causa no afecte la transferencia del bien.

En el Perú se ha adoptado la teoría consensualista; esto se deduce del artículo 949 del CC. Esta norma se aplica por igual a predios inscritos y no inscritos en la Sunarp. Mediante esta fórmula el comprador se vuelve en el nuevo propietario por el sólo acuerdo de voluntades con el anterior propietario, sin necesidad de realizar algún acto complementario, como sería el pago del precio, la toma de posesión, la inscripción registral o cualquier otro acto complementario. En ese mismo sentido, Torres Vásquez (2019) y Ramírez Cruz (2017) mencionan que el artículo 949 del CC establece de forma cla-

ra que el contrato de compraventa transmite la propiedad, por el sólo hecho que el vendedor se obligue a transferir el inmueble, sin necesidad de realizar la tradición o el pago del precio. Es decir, el contrato es a la vez título y modo.

En ese sentido, todo comprador debe verificar que el vendedor del predio sea efectivamente el legítimo propietario; un aspecto que, gracias a las normas registrales, se simplifica con la revisión de la publicidad registral. Si esta información convence al comprador, realizará la compra del predio en razón del artículo 949 del CC. Sin embargo, esta forma de adquisición genera consecuencias negativas en la relación con el registro, debido a que no es necesaria la inscripción registral de la transferencia. Pérez Pérez (2019) menciona que dentro de los principales problemas relacionados a la compraventa de predios se encuentran la falta de cultura registral, la creencia de la suficiencia de la escritura pública y el sistema de transferencia consensual.⁸

Frente a esta realidad peruana, se debe tener presente que la inscripción como acto constitutivo de la adquisición de la propiedad viene ganando terreno en Latinoamérica. Sánchez López (2016) señala que en los códigos civiles de varios países latinoamericanos se viene realizando la inscripción registral como forma de tradición del predio, siendo los casos de Chile (artículo 686), Colombia (artículo 756) y Ecuador (artículo 721). En similar sentido, Otárola Espinoza (2022) describe que en Chile la transferencia de la propiedad inmueble obedece a la teoría del título y modo, donde este último se realiza mediante la tradición jurídica, es decir, mediante la inscripción registral de la transferencia. Esta característica coloca al sistema registral chileno como uno de tipo constitutivo, ya que con la inscripción nace el derecho, presumiéndose la existencia del derecho y la titularidad del mismo.

2. El problema de adquirir sin inscribir

El artículo 949 del CC es una clara manifestación del sistema consensual francés de transferencia de la propiedad. Este sistema tiene como principal virtud la facilidad de transferir la propiedad, pero tiene como principal defecto

⁸ Estos problemas se presentan principalmente en las provincias alejadas a las ciudades principales, donde el Estado no tiene mucha presencia. Otros problemas relacionados a la no inscripción lo veremos más adelante.

la poca o nula publicidad de esta transferencia. En ese sentido, Torres Maldonado (2020) menciona que el sistema consensualista es un sistema vulnerable, debido a que permite la venta de un predio por alguien que no es su legítimo propietario. Ramírez Cruz (2017) expresa que este sistema permite que se venda más de una vez el mismo predio, realidad que genera un problema de acreencias de la propiedad. Tantaleán Odar (2019) manifiesta que este sistema espiritualista genera problemas en la transferencia de la propiedad predial.

El comprador, en mérito al artículo 949 del CC, se ha vuelto el legítimo propietario, realidad jurídica que nadie podría discutir. Así, teniendo presente que en el Perú la inscripción es facultativa, el adquirente podría no inscribir su derecho, ya que confía que su propiedad es inviolable, exclusiva y perpetua, tal como se explicó líneas arriba. Pero la realidad demuestra que corre un gran riesgo de perder su derecho, debido a la coexistencia del sistema consensual y del sistema registral. Mediante esta coexistencia de sistemas se puede distinguir dos calidades jurídicas: *a)* el legítimo propietario, aquel que ostenta la propiedad civil, y *b)* el titular registral, aquella persona que figura en el registro como titular del derecho de propiedad. Lo normal es que ambas situaciones jurídicas recaigan en una misma persona, pero puede ocurrir que esto no sea así, debido a que existen adquirentes que no inscriben su derecho en el registro.⁹

Imaginemos que un comprador no inscriba su derecho de propiedad adquirido. Esto generaría que el registro publicite y genere la falsa apariencia que el titular registral aún es propietario civil, debido a que el artículo 2012 del CC señala la presunción *iure et iure* de que nadie puede alegar ignorancia del contenido de los asientos registrales, mientras que el artículo 2013 del CC establece la presunción *iuris tantum* de que los asientos registrales son ciertos y producen todos los efectos, siempre y cuando no sean modificados o cancelados.

Teniendo presente este panorama, el no propietario —pero aún titular registral— goza de la apariencia que le otorga el registro, generando que esta persona pueda volver a vender el predio a diferentes personas. Si uno de es-

⁹ La no inscripción del derecho adquirido puede obedecer a distintos factores jurídicos y sociales: el deudor que quiere evitar el embargo de sus bienes, el ciudadano que quiere mantener beneficios estatales por no tener una vivienda propia, el cónyuge o conviviente que quiere evitar que adquirió una vivienda con otra persona, etcétera.

tos nuevos adquirentes logra inscribir de buena fe su derecho, puede que sea preferido en la entrega del bien y el otorgamiento de la propiedad, incluso sobre el primer adquirente. Así lo establecen los artículos del CC 1135: “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito”, y 2022, el cual prescribe que “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone”.

En ese sentido, queda claro que una persona que adquiere un predio inscrito mediante el artículo 949 del CC, pero no realiza la inscripción registral, corre el riesgo de perder su derecho frente a otro adquirente que sí haya inscrito su derecho de buena fe, tal como lo prescriben los artículos 1135 y 2022 del CC. Ante esto, todo adquirente que busque tener más seguridad en la conservación de su propiedad debe inscribir su adquisición en el registro. Este aspecto lo complementaremos al analizar la sentencia 207/2020 del Tribunal Constitucional.

La falta de inscripción registral puede originar distintos problemas judiciales, siendo los más comunes los de nulidad del acto jurídico, mejor derecho de propiedad, tercerías de propiedad y reivindicación. Ni el Poder Judicial ni otra institución trabaja con estadística exacta de cuántas demandas por este tema se presentan cada año. Pero desde la práctica profesional y la revisión de literatura jurídica se aprecia que es un problema recurrente. Desde el sistema de Jurisprudencia Nacional Sintetizada se podría obtener algún indicio; pero esta información aún es muy genérica, confusa y sólo presenta datos de la Corte Suprema y cortes superiores, mas no de las cortes de primera instancia, donde efectivamente se presentan las demandas.

V. La función del registro de la propiedad

1. *La publicidad registral*

Desde la antigua Roma uno de los principales problemas en la adquisición de la propiedad predial provenía en determinar quién era la persona que po-

día transmitir la propiedad y con qué cargas o gravámenes estaba afectado el predio. Ante este problema, nació el registro como un medio para publicar la verdadera situación jurídica del predio. Desde que apareció el registro, los compradores reducían gastos y riesgos en adquirir un predio, ya que se confiaba en la publicidad que el registro emita. Espinoza Arias (2020) explica que la publicidad registral genera mayor protección de la propiedad, debido a que otorga un mejor grado de publicidad. Para Anaya Castillo (2015), la publicidad registral disminuye los costos de transacción inmobiliaria, provocando un ambiente más adecuado para las transacciones.

El registro tiene como principales funciones la inscripción y la publicidad, con el fin de dar seguridad jurídica a los contratantes (Esquivel, 2020). La publicidad registral elimina la prueba diabólica de averiguación y revisión de la cadena de anteriores propietarios; esta otorga certeza y seguridad jurídica (Saborido, 2021b). La publicidad registral tiene tres aspectos importantes: es otorgada por una institución estatal, es cognoscible y en ocasiones se impone a la realidad extra registral (Martínez, 2021). El objeto y función del registro es otorgar publicidad registral, conforme a la información que se aprecie en los asientos registrales y así crear certeza jurídica en los contratantes (Almenara, 2017).

El Código Civil no señala una definición de publicidad registral, pero en el artículo 2012 establece una de sus principales características, donde prescribe que “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”. Este principio señala de forma clara que ninguna persona puede alegar ignorancia del contenido de los asientos registrales; en consecuencia, ningún comprador podría alegar que desconocía quién era el titular registral y, en consecuencia, presumir de que se trate del legítimo propietario.

Tal como lo menciona Gonzales Barrón (2015), este principio es claramente una ficción legal que no llegaría a ser justo si el Estado no implementa las herramientas necesarias para hacerlo efectivo. En caso contrario, esta norma llegaría a ser arbitraria. Por su parte, Mejorada Chauca (2019) menciona que mientras más eficiente demuestre ser el servicio de publicidad registral, se obtendrá una mayor seguridad jurídica y, en consecuencia, un tráfico jurídico menos conflictivo.

En la actualidad, la posibilidad de conocer efectivamente el contenido de los asientos registrales es muy real, debido a que la Sunarp ha implementado mediante su página web servicios virtuales de acceso gratuito y en tiempo real sobre el contenido de los asientos registrales, e incluso a la base gráfica registral mediante las plataformas denominadas “Conoce aquí” y “Visor BGR”, respectivamente. Es decir, los ciudadanos tienen la posibilidad efectiva de conocer la ubicación exacta de los predios inscritos, y así mismo conocer el contenido de los asientos registrales, aspecto que claramente optimiza el principio de publicidad.

2. La legitimación registral

Este principio se encuentra regulado en el artículo 2013 del CC, donde prescribe que “El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez”. Este principio resulta ser fundamental para el funcionamiento del sistema registral peruano, ya que, mediante este, los particulares pueden confiar en que la información registral contenida en los asientos registrales es cierta y eficaz; una presunción que, tal como lo dice Bazán Carranza (2021), sólo alcanza a los asientos registrales y no a los títulos archivados.

Gracias a este principio, los compradores pueden confiar en la información registral y celebrar el contrato de compraventa, debido a la presunción *iuris tantum* de que el titular registral tiene las facultades de transferir el predio. Este principio se fundamenta en el principio de legalidad, mediante el cual el registrador público califica el fondo y forma de todos los títulos que traten de ingresar al registro. Respecto a esto, Ortiz Pasco (2021) explica que mediante la calificación registral se examina la legalidad de los títulos, a fin de constituir un registro fuerte que garantice la seguridad jurídica y el tráfico inmobiliario.

Si bien un país puede tener un sistema registral que se base en la certeza y/o presunción de validez de la información registral, ocurre que esta pueda tener deficiencias. Tal como lo explica Enríquez Sordo (2019), en el caso de Cuba el sistema de transferencia predial presenta un serio problema, debido a que los derechos reales que pueda tener el conviviente del titular registral no pueden acceder al Registro de la Propiedad. Esto genera que los compra-

dores tengan que realizar investigaciones extrajurídicas, a fin de determinar la verdadera situación jurídica del predio y evitar posibles demandas de nulidad de acto jurídico.

El sistema registral peruano tampoco es perfecto. Como lo mencionamos, este se basa en la inscripción facultativa; es decir, las partes no están obligadas a inscribir sus derechos, por lo que es posible que la información registral sea diferente a la información extra registral. Frente a esta realidad, existen diferentes propuestas modificatorias: algunas extremistas, que buscan cambiar de sistema registral; y otras, que buscan hacer más funcional el actual sistema. En este último caso, Pérez Pérez (2019) propone la necesidad de agregar el artículo 2022-A al Código Civil, a fin de que las notarías, al emitir escrituras públicas, tengan la obligación de emitir dicha información a los registros públicos con el propósito que se inscriban. Por tal motivo, ya no sería elección del comprador si remite o no la información de su adquisición al registro.

3. *La fe pública registral*

Una de las formas de protección de la adquisición es mediante la constitución del denominado tercero registral de buena fe del artículo 2014 del CC, también conocido como tercero alemán. Esta figura protege el derecho de propiedad del adquirente, aunque el derecho de su transferente presente alguna patología de ineficacia, anulabilidad y/o nulidad. Condori Quispe (2023) señala que esta protección sólo se otorgará al adquirente que cumpla con los siguientes requisitos: *a)* ser un tercero; *b)* contrato válido; *c)* título oneroso; *d)* revisión de información registral; *e)* buena fe, *y f)* inscripción registral.

Como se aprecia, la constitución del tercero alemán significa para el adquirente una protección muy fuerte, pues conservará su adquisición, aunque se declare la nulidad del contrato de adquisición de su transferente. En ese sentido, el tercero adquirente tendrá la seguridad de que su adquisición no podrá ser atacada por patologías que presenten los contratos de compra-venta anteriores. Referente a este principio tenemos las siguientes opiniones: tiene como objetivo la protección del tercero adquirente frente a cualquier otro derecho que sea incompatible con el suyo (Garazatua, 2020). Es un principio esencial del sistema registral, debido a que otorga protección a los adquirentes que han confiado en la publicidad registral (Rimascca, 2015).

El tercero alemán es preferido sobre otros adquirentes en mérito al cumplimiento de los requisitos antes señalados. Pero esta protección se fundamenta en la confianza que los particulares deben tener sobre la información que presentan los registros públicos y la seguridad de los adquirentes de predios. En caso contrario, ninguna persona tomaría el riesgo de adquirir un predio, ya que tendría el temor de que posteriormente aparezca una persona que diga ser el legítimo propietario y lo despoje de su propiedad. Hernández Guzmán (2022) señala que, dentro de los principales fundamentos de este principio, se encuentra la protección de la confianza en la apariencia y la seguridad jurídicas del tráfico inmobiliario.

A. *La adquisición a non domino*

El sistema registral peruano, al emitir publicidad registral, genera la apariencia jurídica de que el titular registral de un predio es el legítimo propietario. Ante esto, dicho titular podría vender tal predio las veces que quiera hasta que alguno de los adquirentes inscriba su derecho en el registro. Desde un punto de vista civilista esto no debería ocurrir, puesto que sólo el primer comprador adquiere efectivamente el derecho de propiedad, mientras los posteriores compradores sólo adquieren en apariencia tal derecho. Frente a esto, el derecho podría preferir como legítimo propietario a alguno de los posteriores adquirentes y no necesariamente al primer adquirente.

De todo lo mencionado nace una pregunta: ¿cómo es que alguno de los posteriores compradores puede adquirir la propiedad de una persona que no era propietario? Debido a que el vendedor al realizar la primera venta trasladó el derecho que tenía, y, en consecuencia, no tiene algún derecho que transferir posteriormente. Teniendo en cuenta una de las máximas del derecho civil que hace mención a que “nadie puede transferir más derecho que el que tiene”; sin embargo, en casos excepcionales, esta máxima es dejada de lado, en razón de que una persona podrá adquirir un derecho de una persona que no lo tenía. A este tipo de adquisiciones se les denomina *a non domino*.

Las adquisiciones *a non domino* son una clara excepción a las adquisiciones regulares, es decir, de un propietario a un nuevo propietario. Pero en este caso quien transfiere es una persona que no tiene facultades de disposición. Mediante este tipo de adquisición se busca proteger al adquirente, quien,

en cumplimiento de determinados requisitos, podrá conservar la propiedad. Este tipo de adquisición sirve de fundamento para la conservación del derecho por parte del tercero alemán.

Las adquisiciones a *non domino* son excepcionales. El Código Civil pocas veces protege la confianza en la apariencia, debido a que no es un principio general, como sí lo viene a ser la buena fe (Campos, 2020). La adquisición a *non domino* tiene como elemento esencial la buena fe del adquirente y se fundamenta en la seguridad jurídica del tráfico (Varsi, 2019). Las adquisiciones a *non domino* son la excepción a la regla; esta busca proteger a los adquirentes que han actuado con buena fe (Gonzales, 2016). En ese sentido, el comprador conservará el derecho de propiedad pese a que no fue el legítimo propietario quien le haya transferido tal derecho.

4. La oponibilidad o inoponibilidad de derechos

Otra forma de protección que otorga el registro es la constitución del tercero registral del artículo 2022 del CC, también conocido como *tercero latino*. Mediante este tipo de tercero, el adquirente que haya inscrito su derecho en el registro podrá oponer tal derecho a cualquier otra persona que alegue también ser propietario, aunque su título sea de fecha anterior. Este artículo no menciona qué requisitos debe cumplir el adquirente para beneficiarse de esta protección, salvo que el derecho se encuentre inscrito. Ante esta omisión, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de establecer, de forma casi unánime, que dicha inscripción debe ser realizada de buena fe, y en menor grado también se le exige los mismos requisitos del artículo 2014 del CC.

Mediante la oponibilidad cualquier particular puede imponer su derecho frente a los demás y, en consecuencia, puede excluirlos del uso o cualquier otro aprovechamiento sobre un bien que sea de su propiedad. La doctrina tradicional ha desarrollado como una característica inherente a la propiedad que su titular tiene la capacidad de oponer su derecho *erga omnes*, incluso sin la necesidad de su inscripción. Pero con el nacimiento del registro, la oponibilidad obtuvo un mayor nivel de eficiencia, ya que ahora toda persona conoce al propietario de cada predio. En ese sentido, nadie puede alegar desconocimiento de la titularidad o cualquier otro derecho inscrito sobre el predio, debiendo respetar la información que publicite el registro.

Cuando se hace mención del tercero registral, se debe tener presente que el tercero regulado en el artículo 2022 del CC (tercero latino) opera cuando existen transferencias paralelas, originadas por un mismo transferente y diferentes adquirentes. Mientras que el tercero del artículo 2014 del CC (tercero alemán) opera cuando existen transferencias lineales, originada por el transferente que en el anterior contrato fue el adquirente. Esta diferencia resulta fundamental, ya que cada tercero se aplica en casos diferentes y requieren requisitos diferentes (Pasco, 2020).

Ahora se debe tener presente que la oponibilidad y la inoponibilidad son figuras jurídicas que tienen el mismo fin, pero desde un diferente fundamento. Mientras la oponibilidad, término utilizado en Perú, se entiende como un premio a la persona que inscribe su derecho, la inoponibilidad es una especie de sanción a la persona negligente que no inscribió su derecho. Sin embargo, ambas figuras protegen en la práctica los derechos inscritos frente a los no inscritos. Valero Fernandez-Reyes (2015) expresa que la inoponibilidad está prescrita en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria de España, donde señala que los derechos no inscritos no podrán afectar a los titulares de derecho inscritos. Saborido Sánchez (2021a) desarrolla que los derechos no inscritos conservan su derecho de oponibilidad, pero este derecho no podrá ser opuesto a la persona que tenga su derecho inscrito de buena fe.

A. *La buena fe en la inscripción*

Como se ha mencionado, el principio de oponibilidad no señala expresamente que la inscripción registral deba ser realizada de buena fe, tal como sí se aprecia en los artículos 1135 y 2014 del CC. Pero este aspecto ha sido llenado por la doctrina y la jurisprudencia, la cual en su gran mayoría señala que la buena fe debe estar presente en toda inscripción registral. Similar problema se presenta en la legislación boliviana, donde Barea Medrano (2015) menciona que el artículo 1545 del Código Civil utiliza la inscripción registral como un criterio de preferencia ante la presencia de varios propietarios, pese a que no se hace mención si dicha inscripción debe ser realizada de buena fe. El autor concluye que es necesaria la buena fe como un elemento integrador; su exigencia es fundamental en los casos de adquisición *a non domino* y/o venta

múltiple. En caso contrario, se afectaría la convivencia en sociedad y la justicia como finalidad del derecho.

5. *La realidad extra registral y su influencia en la Corte Suprema de Justicia*

Desde la sociología jurídica se dice que conocer el derecho de una sociedad significa conocer gran parte de esta (Sánchez, 2023). Esta afirmación encaja con el sistema de adquisición de la propiedad peruano. Como hemos podido apreciar, si bien el registro se constituye como una herramienta que otorga una protección muy fuerte a los propietarios inscritos, esta no es absoluta, ya que puede decaer frente a la realidad fáctica. Esto obedece a que la sociedad peruana otorga un rol muy importante a la posesión, pese a que esta no constituye un requisito legal en la transferencia ni en la inscripción registral.

De la revisión de 42 sentencias casatorias, entre los años 2017 a 2022, se aprecia que la Corte Suprema de Justicia peruana ha atribuido gran valor a comportamientos sociales y los ha establecido como requisitos de buena fe. Estos principalmente son: *a)* la toma de posesión; *b)* la revisión fáctica, y *c)* otros actos que puedan sustentar una actuación diligente y prudente, los cuales se verán en cada caso en específico (Condori Quispe, 2023). Como veremos a continuación, esta jurisprudencia suprema ha servido de base para la sentencia 207/2020 del Tribunal Constitucional.

VI. La Sentencia 207/2020 del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional peruano, en el expediente 0018-2015-PI/TC, emitió la sentencia 207/2020 del 5 de marzo de 2020, donde afianzó su propia jurisprudencia sobre la propiedad y estableció nuevos deberes de los propietarios. Estos deberes se pueden sintetizar en: *a)* el deber de actuar con buena fe con base en una actuación diligente y prudente, y *b)* el deber de verificar si el transferente del transferente contaba con alguna condición

de especial vulnerabilidad.¹⁰ Si bien esta sentencia se dictó pensando en los casos de falsificación de documentos o suplantación de identidad, la interpretación jurisprudencial de la buena fe del artículo 2014 del CC puede ser aplicado a cualquier caso de adquisición por transferencia.

1. *Las cargas de la propiedad*

El derecho de propiedad otorga las más amplias facultades a su titular, pero sin llegar a ser un derecho absoluto, debido a que esta se encuentra limitada por la Constitución y/o las leyes. Espinosa-Saldaña Barrera (2018) menciona que las disposiciones que limiten derechos fundamentales deben ser interpretadas de forma restrictiva, mientras las que otorguen derechos de forma amplia. En ese sentido, la propiedad, al ser un derecho fundamental, no puede ser limitada más allá de lo que estrictamente ha señalado el legislador. Por su parte, Calderón Palacios (2022) menciona que estas limitaciones no pueden afectar el contenido mínimo del derecho de propiedad; si esto ocurre, tal derecho se volvería inútil o estaría siendo desnaturalizado.

En ese sentido, la propiedad sólo debería admitir limitaciones expresamente señaladas en una norma imperativa. Pero resulta curioso que el Tribunal Constitucional peruano, mediante la emisión de la mencionada sentencia, haya establecido nuevas limitaciones a los propietarios sin contar con la base legal respectiva, pues simplemente fueron establecidas con el argumento de que estas obligaciones obedecen a una interpretación que se encuentra acorde a la Constitución y la función social de la propiedad.

La propiedad necesita límites; esta no puede ser absoluta, debido a que el propietario, en el ejercicio de sus atribuciones, puede afectar a un pequeño grupo de personas o a toda la sociedad —claro está, de acuerdo con el tipo de bien y modo de ejercicio—. En ese sentido, estos límites —también llamadas “cargas públicas”— necesitan ser establecidos de forma expresa en el ordenamiento jurídico de un país; pero siempre teniendo en cuenta que no se puede afectar su núcleo duro, ya que esto podría generar que el derecho se vuelva inútil o en todo caso se vuelva otro derecho. El establecimiento de estas cargas

¹⁰ Incisos 2 y 3 del fallo de la sentencia 207/2020 del Tribunal Constitucional.

comúnmente se ha dejado a las normas de más alta jerarquía, es decir, a la Constitución o una ley.

Las cargas públicas de la propiedad deben ser soportadas en igualdad por la colectividad y el propietario. No se pueden limitar los derechos del propietario por la simple mención del cumplimiento de la función social de la propiedad. De modo que, cuando se impongan limitaciones, estas deben estar sujetas a estrictos criterios que deben ser cumplidos; en caso contrario, se estaría violando el derecho de propiedad. Estas cargas públicas han sido desarrolladas por importantes tribunales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos menciona que la carga pública será legal siempre y cuando no implique una carga excesiva al afectado; es decir, se busca el equilibrio del interés de la colectividad y el del propietario. El Tribunal Constitucional alemán también hace mención del justo equilibrio, la relación equitativa, razonabilidad e igualdad ante la ley. La Corte Suprema de Estados Unidos no presenta un criterio uniforme como los anteriores tribunales, pero se puede identificar el criterio de que la propiedad no será afectada sin una justa compensación. Dicho criterio opera como una garantía de los propietarios frente al Estado (Covarrubias y Díaz, 2021).

Pese a que el Tribunal Constitucional ha establecido estos nuevos deberes sin contar con una base legal ni con una adecuada fundamentación, la gran mayoría de los juristas civilistas peruanos ha tomado con agrado el establecimiento del deber de actuación diligente y prudente. Por otro lado, críticas negativas ha recibido la obligación que establece la averiguación de si el propietario originario contaba con una condición de especial vulnerabilidad.

2. La buena fe diligencia

Hemos mencionado que toda inscripción registral tiene que ser realizada de buena fe, pero este término es ampliamente utilizado en el Código Civil y tienen diferentes formas de ser interpretado. Asimismo, este hecho generó que la buena fe del artículo 2014 del CC tuviese diferentes interpretaciones. Sin embargo, con la emisión de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, se estableció de forma clara que esta buena fe se basa en un criterio de diligencia y prudencia, por lo cual se aleja de todo criterio de ignorancia voluntaria del adquirente.

A. *El deber de actuación diligente y prudente*

Esta obligación involucra en sí todas las actuaciones y omisiones que realice el adquirente, desde las tratativas iniciales hasta la inscripción registral. Como se puede apreciar, esta exigencia abre todo un abanico de posibilidades que podrían ser diferentes de acuerdo a cada caso en específico. Pero en todos los casos el nivel de actuación diligente y prudente que se exigirá será uno estándar, es decir, como el común de las personas,¹¹ por lo cual no se deberá tener un cuidado extremo o hasta agotar todas las vías posibles.

De igual manera, el Tribunal Constitucional exige que los adquirentes desplieguen una conducta diligente y prudente, mediante una inspección de campo con un nivel de exigencia ordinario, es decir, como cualquier otra persona lo haría (Ninamancco, 2020). El deber de diligencia y prudencia es una exigencia lógica que se venía pidiendo; resulta un acierto del Tribunal Constitucional su mención expresa. Lastimosamente no se han señalado cuáles son los criterios de valorización de esta conducta; esto se ha dejado a criterio de los jueces (Mendoza, 2020).

a. El deber de revisión física del predio y de la posesión

Este deber involucra que el comprador deba realizar tres actividades mínimas que necesitan su presencia: *a)* averiguar el estado físico del predio (se debe revisar dónde está ubicado el predio, verificar si existe construcción, determinar la habitabilidad, etcétera); *b)* averiguar quién ostenta la posesión del predio (se debe verificar si el vendedor es el posesionario o existen más poseedores y bajo qué título poseen), y finalmente *c)* tomar la posesión del predio (se debe realizar actos mínimos de posesión, tal como cercar el terreno, cambiar la cerradura de ingreso, etcétera).¹²

Por otro lado, pese a que la propiedad es el derecho real con más amplias facultades, la posesión tiene la característica de también ser un hecho que puede ser apreciable a simple vista. En ese sentido, es un medio de publicidad natural de la propiedad, hasta incluso existen autores que hacen men-

¹¹ Fundamentos 52, 54, 60 y 62 de la sentencia 207/2020 del Tribunal Constitucional.

¹² Fundamentos 58, 59, 60 y 61 de la sentencia 207/2020 del Tribunal Constitucional

ción de que la posesión tiene una función social mayor a la de la propiedad. Lama More (2015) expresa que, la propiedad sin posesión es un derecho vacío, que incluso sólo puede llegar a servir como un medio de especulación y tráfico económico. Por su parte, Gonzales Barrón (2016) manifiesta que, la propiedad sin posesión es absurda, por otro lado, la posesión sin propiedad conserva lógica, siendo la posesión un fin y la propiedad un medio.

b. El deber de inscripción registral y suscripción al sistema de alerta registral

Una vez culminada la celebración del contrato de compraventa, el adquirente tiene que realizar todos los actos necesarios para que la misma sea elevada a escritura pública y posteriormente se envíe el parte notarial a los Registros Públicos. Samaniego Cornelio (2020) y Campos Salazar (2020) manifiestan que el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia N 207/2020, ha señalado que toda persona, después de la adquisición de un predio inscrito, debe inscribir su derecho en el registro; así mismo, debe suscribirse a los servicios gratuitos de alerta registral de inscripción y publicidad.

Como se viene señalando, la inscripción registral no es obligatoria en el Perú. Sin embargo, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, el comprador, dentro de su actuar diligente y prudente, tiene que velar porque su adquisición sea inscrita en el registro de la propiedad inmueble y suscribirse a los servicios gratuitos de alerta registral, a fin de que tome conocimiento si alguna persona ingresa o realiza cualquier inscripción en la partida registral donde se encuentra inscrito su predio.¹³

Una de las principales críticas a esta nueva obligación parte del hecho que no ha sido impuesta por una norma legal. En ese sentido, Garazatua Nuñovero (2020) expresa que la implementación de este nuevo deber no tiene fundamento legal, además de que convierte una herramienta que fue diseñada para que los titulares protejan sus derechos, a una que busca trasladarles la responsabilidad frente a actos ilícitos que lleguen a inscribirse.

¹³ Fundamentos 41 y 47 de la sentencia 207/2020 del Tribunal Constitucional.

3. La revisión de la existencia de alguna condición especial de vulnerabilidad

La transferencia de la propiedad se produce en mérito a la celebración de un contrato de compraventa, la cual se entiende que es realizada por una persona capaz, cuya manifestación de voluntad reúne los requisitos de discernimiento, intención y libertad. En ese sentido, dicha transferencia no presentaría ninguna patología en su formación. La sentencia bajo análisis se coloca en una situación un poco diferente, ya que hace mención sobre sujetos que presentan una especial condición de vulnerabilidad, tal como su nivel social, económico, cultural, educativo. Es decir, que presente circunstancias especiales que puedan provocar que sean víctimas de algún fraude jurídico o sean inducidos a declarar una manifestación de voluntad no deseada.

Bajo este supuesto, el Tribunal Constitucional ha establecido la obligación de que el comprador deba indagar si el propietario originario presentaba alguna condición de especial vulnerabilidad.¹⁴ Sin lugar a dudas, esta obligación busca la protección de este tipo de personas, a fin de que no sean despojadas de su propiedad; sin embargo, también parece imponer una gran carga a los compradores, ya que indagar sobre aspectos personales de otra persona puede ser realmente un trabajo muy difícil. Por fortuna el mismo Tribunal aclara que esta indagación no necesita ser realizada a profundidad; sólo debe ser realizada con una diligencia regular, como cualquier otra persona lo hubiese hecho. Naturalmente, si se exigiera una indagación a profundidad, el proceso de compraventa sería muy complicado y, sobre todo, no se llegaría a tener certeza sobre la conservación de la propiedad.

Este nuevo deber, en su interpretación restrictiva, se encuentra conforme a las exigencias de la función social de la propiedad y de los altos tribunales internacionales antes citados, debido a que se busca proteger a personas vulnerables, las cuales por su especial condición son afectadas en mayor medida con el despojo de su propiedad. En similar sentido, Fuenzalida Bascuñán (2020) menciona que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la afectación de la propiedad de personas en condiciones de vulnerabilidad es mucho mayor que si no tuvieran esas circunstancias adversas,

¹⁴ Fundamentos 64 y 65 de la sentencia 207/2020 del Tribunal Constitucional.

debido a que se afecta de forma directa la subsistencia de la persona y su familia.

Como se mencionó en el apartado de la propiedad, el Código Civil peruano no tiene ningún artículo que desarrolle expresamente dicha obligación; sólo cuenta con un artículo general que menciona la función social de la propiedad. Ante este hecho, surge la interrogante de si es necesario positivizar esta obligación o dejarla tal como está. Ante esta duda, creemos que lo más adecuado sería su positivización; claro está, sin que se establezca una carga muy grande a los compradores. En ese sentido, estamos de acuerdo con Salah Abusleme (2022) quien menciona que en ocasiones la neutralidad del Código Civil puede generar un trato desigual a poblaciones vulnerables.

VII. Conclusiones

En el Perú la propiedad debe ser entendida desde una dimensión constitucional y legal, la primera la reconoce expresamente como un derecho inviolable y la segunda le reconoce las facultades de uso, disfrute, disposición y reivindicación. El derecho de propiedad otorga las más amplias facultades a su titular, pero se encuentra limitada por la Constitución Política de 1993 y el Código Civil de 1984, debiendo ser su ejercicio conforme al bien común y el marco jurídico. Cuando este derecho recae sobre un predio se constituye la propiedad predial, la cual cumple un rol social muy importante, ya que otorga seguridad jurídica a sus titulares para que puedan desarrollar sus actividades básicas; así mismo también constituye un importante activo económico. En estos últimos cinco años, la cantidad promedio de transferencias de la propiedad predial inscrita en la Sunarp asciende a medio millón, cifra que demuestra la gran importancia de esta actividad.

La coexistencia del sistema de transferencia consensual y el sistema de inscripción declarativa, genera las calidades jurídicas de legítimo propietario y titular registral, respectivamente. Lo regular es que estas calidades recaigan sobre la misma persona, pero en situaciones extraordinarias no ocurre esto, tal es el caso de los adquirentes de un predio inscrito que no inscriben su derecho en el registro, generando que se mantenga como titular registral al antiguo propietario. Esta situación podría generar que el titular registral

no propietario venda nuevamente el predio y que alguno de estos posteriores adquirentes inscriba su adquisición de buena fe, generando que en un conflicto judicial sea preferido como propietario, incluso sobre el primer adquirente.

Adquirir la propiedad de un predio inscrito resulta una tarea poco compleja, ya que sólo se necesita el acuerdo de voluntades entre el comprador y el vendedor, conforme el artículo 949 del Código Civil. En caso contrario, se requiere conservar la propiedad adquirida, debido a que el propietario deberá realizar distintas actividades complementarias expresamente señaladas en el artículo 2014 o 2022 del Código Civil. Además, deberá realizar actividades no recogidas en una norma legal, pero sí señaladas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tales como la toma de posesión, revisión fáctica del predio y demás actos que puedan sustentar una actuación diligente y prudente.

El Tribunal Constitucional peruano, mediante la sentencia 207/2020, ha establecido nuevos límites al derecho de propiedad, sin que estos se basen en una norma legal positiva. Estos límites se manifiestan en la imposición de nuevos deberes a los propietarios que se sintetizan en: *a)* el deber de actuar con buena fe a partir de una actuación diligente y prudente y, *b)* el deber de verificar si el propietario originario contaba con alguna condición de especial vulnerabilidad. Si el adquirente omite cualquiera de estas nuevas obligaciones, en un conflicto judicial puede perder su derecho de propiedad frente a otro adquirente.

VIII. Referencias

- Almenara Sandoval, J. L. (2017). Modificación del artículo 2014 del Código Civil: ¿muerte anunciada del sistema registral? *Revista de Postgrado SCIENTIARVM*, 3(2), 25-30. <https://doi.org/10.26696/sci.epg.0055>
- Anaya Castillo, J. (2015). Límites a la función calificadora del registrador. *Actualidad Civil*, 14, 352-381.
- Avendaño Valdez, J. y Avendaño Arana, F. (2017). *Derechos reales*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170673>

- Barea Medrano, E. (2015). La buena fe como requisito *sine qua non* en la preferencia registral inmobiliaria. *Revista Ciencia y Cultura*, 19(35), 9-32. <https://cienciaycultura.ucb.edu.bo/a/article/view/285>
- Bazán Carranza, V. A. (2021). ¿Existe la buena fe pública registral en el Perú? A propósito de la Ley núm. 30313. *Actualidad Civil*, 82, 209-237.
- Calderón Palacios, A. F. (2022). Derecho fundamental de propiedad y expropiación regulatoria. *Actualidad Civil*, 94, 31-49.
- Campos Salazar, Y. del C. (2020). Una aproximación a los deberes de diligencia en la adquisición y conservación de la propiedad desde el título formal inscrito. *Actualidad Civil*, 74, 21-34.
- Condori Quispe, G. A. (2023). *Principio de buena fe pública registral y el sistema registral en la adquisición de la propiedad predial inscrita en la Sunarp* [Tesis Doctoral, Universidad Privada de Tacna]. <http://hdl.handle.net/20.500.12969/3254>
- Covarrubias Cuevas, I. y Díaz de Valdés, J. M. (2021). La igualdad ante las cargas públicas como criterio para evaluar la constitucionalidad de limitaciones al Derecho de Propiedad. *Revista Chilena de Derecho*, 48(1), 1-28. <https://doi.org/10.7764/R.481.1>
- Dedios, M. C. y Ruiz, F. (2022). Migración reciente hacia el Perú: situación, respuestas de políticas y oportunidades. *PNUD América Latina y El Caribe. Serie de Documentos de Política Pública*, 1-28.
- Enríquez Sordo, J. (2019). Los derechos reales y la publicidad registral como alternativas de tutela ante la deficiente protección a las uniones de hecho en el contexto jurídico cubano. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 11, 294-319. <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/09/294-319.pdf>
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2018). *En defensa de la Constitución. Código procesal constitucional y tutela del ciudadano*. Gaceta Jurídica.
- Espinoza Arias, V. A. (2020). El sistema de transferencia y la protección de la propiedad inmueble. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la fe pública registral. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 87, 59-68.
- Esquivel Oviedo, J. C. (2020). Artículo 2012. En M. Muro Rojo y M. A. Torres Carrasco (Eds.), *Código Civil comentado. Tomo X* (4a. ed.) (pp. 341-349). Gaceta Jurídica.
- Fernández-Valderrama, P., Méndez Alonso, J. J. y Antuña García, R. (2023). La terminal de rating inmobiliario como sistema de mejora de la trans-

- parencia en el sector inmobiliario. En *27th International Congress on Project Management and Engineering Donostia-San Sebastián, 10th-13th July 2023* (pp. 339-349). <https://idus.us.es/handle/11441/150546>
- Ferrajoli, L. (2014). *Derechos y garantías: la ley del más débil* (7a. ed.). Trotta.
- Fuenzalida Bascuñán, S. (2020). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la propiedad, ¿concepción liberal o republicana? *Estudios Constitucionales*, 18(1), 259-308. <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/636>
- Garazatua Nuñovero, J. J. (2020). La ensombrecida protección del tercero registral ¿Crisis de identidad o simple agotamiento? *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 86, 103-126.
- Gavilán Villamarín, S. M., Nevárez Moncayo, J. C. y Cleonares Borbor, A. M. (2020). La seguridad jurídica y los paradigmas del estado constitucional de derechos. *Universidad y Sociedad*, 12(S1), 346-355. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1798>
- Gonzales Barrón, G. H. (2015). *Los derechos reales y su inscripción registral* (2a. ed.). Gaceta Jurídica.
- Gonzales Barrón, G. H. (2016). *Los principios registrales en el conflicto judicial* (2a. ed.). Gaceta Jurídica.
- Gonzales Barrón, G. H. (2018). *Teoría general de la propiedad y del derecho real*. Gaceta Jurídica.
- Hernández Guzmán, S. (2022). El aseguramiento del derecho de propiedad. Notas para una efectiva protección a los terceros adquirentes de inmuebles. *Revista de Derecho Privado*, 42, 147-177. <https://doi.org/10.18601/01234366.42.07>
- Horvath, A. V. y Pérez Velázquez, J. P. (2021). Análisis comparado de los registros de la propiedad alemán y español: ¿sería posible un registro de la propiedad común europeo? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 256-288. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6267>
- Huaranca, M., Alanya, W. y Castellares, R. (2022). La migración interna en el Perú, 2012-2017. *Revista de Estudios Económicos*, 40, 35-58. www.bcrp.gob.pe/publicaciones/revista-estudios-economicos.html
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2018). *Encuesta Nacional de Programas Presupuestales 2011-2017*. https://www.inei.gob.pe/media/Menu-Recursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1520/cap05.pdf

- Lama More, H. E. (2015). La posesión en la propiedad y en el registro. Problemática en la transmisión inmobiliaria. En *Derecho civil patrimonial* (pp. 105-134). Gaceta Jurídica.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2021). La publicidad registral I: la legitimación registral, consecuencias sustantivas. En A. Andrades Navarro (Ed.), *Tratado de derecho inmobiliario registral. Tomo I* (pp. 465-511). Tirant to Blanch.
- Mejorada Chauca, M. (2015). Propiedad constitucional, a proposito de la fe pública registral. *Themis*, 67, 233-237.
- Mejorada Chauca, M. (2019). Dos artículos que hacen la diferencia. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 78, 15-21.
- Mendoza del Maestro, G. (2020). El TC ha precisado que un propietario diligente debe utilizar todos los medios que brinda la Sunarp para evitar situaciones perjudiciales. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 86, 11-22.
- Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento. (2022). *Política Nacional de Vivienda y Urbanismo al 2030. Informe de evaluación de resultados 2021*. <https://ww3.vivienda.gob.pe/transparencia/documentos/Informe-Anual-Seguimiento-PNVU-2021.pdf>
- Monje Mayorca, D. F. y Woolcott Oyague, O. (2019). El derecho fundamental de propiedad en la ideología de la teoría “consensualista” francesa. *Opción*, 35, 1015-1046. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32332>
- Munévar Quintero, C. A. y Hernández Gómez, N. (2017). La naturaleza jurídica de la plusvalía urbana. Un análisis desde los derechos colectivos y la función social de la propiedad. *Opción*, 33(82), 280-297. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/22847>
- Ninamanco Córdova, F. (2020). ¿Dos caras de la fe pública registral? *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 86, 23-34.
- Oficina de Planeamiento Presupuesto y Modernización (OPPM), Estadística Sunarp. (2024). *Registro de propiedad inmueble - Sunarp*. <https://www.gob.pe/institucion/sunarp/informes-publicaciones/1433948-registro-de-propiedad-inmueble-sunarp>
- Ortiz Pasco, J. (2021). *La calificación registral de documentos judiciales, administrativos y arbitrales*. Instituto Pacífico S. A. C.

- Otárola Espinoza, Y. E. (2022). El valor de la inscripción de inmuebles en el registro chileno: una visión comparada. *Revista Direito GV*, 18(3), 1-40. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202229>
- Pasco Arauco, A. (2020). *Fe pública registral. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.
- Pérez Pérez, K. R. (2019). Proyecto legislativo para adicionar al artículo 2022, el artículo 2022 a) Código Civil, en registro público de las escrituras notariales de transferencia de propiedad inmueble. *Revista Científica Epistemia*, 3(2), 63-69. <https://doi.org/10.26495/re.vli2.1124>
- Ramírez Cruz, E. M. (2017a). Propuestas de cambio al Libro de Derechos Reales. *Gaceta Civil*, 50, 241-248.
- Ramírez Cruz, E. M. (2017b). *Tratado de derechos reales. Teoría general de los derechos reales. Bienes – posesión. Tomo I* (4a ed.). Gaceta Jurídica.
- Rimascca Huaranca, Á. (2015). *El derecho registral en la jurisprudencia del Tribunal Registral*. Gaceta Jurídica.
- Saborido Sánchez, P. (2021a). Eficacia ofensiva del registro: la fe pública registral. En R. Diéguez Oliva y P. Saborido Sánchez (Eds.), *Lecciones de derecho inmobiliario registral* (pp. 141-155). Tirant lo Blanch.
- Saborido Sánchez, P. (2021b). La transmisión de la propiedad de los inmuebles y su publicidad. El registro de la propiedad. En R. Diéguez Oliva y P. Saborido Sánchez (Eds.), *Lecciones de derecho inmobiliario registral* (pp. 17-25). Tirant to Blanch.
- Salah Abusleme, M. A. (2022). La adquisición de bienes inmuebles en Chile: una mirada desde el género. *Revista Chilena de Derecho*, 48(3), 181-203. <https://doi.org/10.7764/R.483.8>
- Samaniego Cornelio, L. M. (2020). El principio de fe pública registral según el Tribunal Constitucional peruano. *Actualidad Civil*, 74, 35-58.
- Sánchez Coronado, C. A. (2022). Expropiación indirecta: cuando se vulnera el derecho de propiedad mediante la privación de su ejercicio. *Actualidad Civil*, 94, 13-29.
- Sánchez López, L. A. (2016). La inseguridad jurídica del actual sistema registral peruano en la inscripción facultativa. *Actualidad Civil*, 23, 268-284.
- Sánchez, M. (2023). Sociología jurídica: introducción y principales enfoques teóricos. *Oñati Socio-Legal Series*, 13(2), 536-562. <https://doi.org/10.35295/ols.iisl/0000-0000-0000-1359>

- Silva García, G. (2022). ¿El derecho es puro cuento? Análisis crítico de la sociología jurídica integral. *Novum Jus*, 16(2), 49-75. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.3>
- Tantaleán Odar, R. M. (2019). *La nulidad de acto jurídico y las incoherencias en su tratamiento* (2a. ed.). Instituto Pacífico.
- Torres, D. y Ruiz-Tagle, J. (2019). ¿Derecho a la vivienda o la propiedad privada? De la política pública a la informalidad urbana en el Área Metropolitana de Lima (1996-2015). *Revista de Estudios Urbano Regionales*, 45(136), 5-29. <https://www.eure.cl/index.php/eure/article/view/2833>
- Torres Maldonado, M. A. (2020). *La responsabilidad civil en los derechos reales. Inmisiones en las relaciones de vecindad, doble venta, ruina de edificio y otros*. Gaceta Jurídica.
- Torres Vásquez, A. (2019). *Formas de adquisición de la propiedad y propiedad predial*. Instituto Pacífico.
- Uribe Piedrahíta, C. A., Contreras Jaramillo, J. C. y Arbouin Gómez, F. (2019). La aplicación de la función social de la propiedad intelectual a través del abuso del derecho: Un análisis necesario para el sistema de derecho civil. *Vniversitas*, 68(139). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj139.afsp>
- Valero Fernandez-Reyes, A. (2015). Los principios de legitimación y fe pública registral en el Derecho español. *Actualidad Civil*, 12, 360-394.
- Varsi Rospigliosi, E. (2019). *Tratado de derecho reales. Posesión y Propiedad (tomo 2)*. Universidad de Lima.
- Zambon, A. (2020). Propiedad: un análisis conceptual. *Revus*, 41. <https://doi.org/10.4000/revus.5751>

Cómo citar

IJ-UNAM

Condori Quispe, Gino Alexis, “Actos complementarios necesarios para conservar la adquisición por transferencia de predios inscritos en el registro de la propiedad de Perú”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 169, 2024, pp. 33-66. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.19044>

APA

Condori Quispe, G. A. (2024). Actos complementarios necesarios para conservar la adquisición por transferencia de predios inscritos en el registro de la propiedad de Perú. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(169), 33-66. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.19044>

Las secretarías ejecutivas de los sistemas anticorrupción de México. Naturaleza jurídica y sus efectos en el control de la corrupción

The executive secretariats of Mexico's anti-corruption systems. Legal nature and its effects on the control of corruption

Aimée Figueroa Neri

 <https://orcid.org/0009-0006-8215-4370>

Universidad de Guadalajara. México

Correo electrónico: aimeefn@cucea.udg.mx

Recepción: 9 de octubre de 2023 | Aceptación: 20 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18626>

Resumen: En 2015 fue creado constitucionalmente el Sistema Nacional Anticorrupción de México y diversos trabajos han analizado su novedoso diseño que incorpora protagónicamente a la participación ciudadana, así como los retos que enfrenta. Pero poco se ha escrito sobre la Secretaría Ejecutiva de ese sistema y las homólogas estatales. El presente trabajo analiza la naturaleza jurídica de dichas secretarías ejecutivas y la caracterización atípica que les da la ley de la materia a estos organismos públicos descentralizados y las consecuencias de ello tanto en su gestión interna como en la eficacia de sus labores. El texto no analiza a todas las instituciones que integran a los sistemas anticorrupción, pero resalta las relaciones que las secretarías ejecutivas tienen con ellas, así como las interacciones con otros entes públicos. Se concluye que la configuración jurídica de las secretarías ejecutivas causa problemas y efectos que ponen en riesgo la consecución de los objetivos para los cuales fueron creadas.

Palabras clave: anticorrupción, entidades atípicas, organismos públicos descentralizados, coordinación institucional.

Abstract: In 2015 the National Anticorruption System was created in the Mexican Constitution. Several works have analyzed its novel design, which places citizen participation in the spotlight, as well as the challenges the system faces. However, little has been written about the system's Executive Secretariat or the similar executive secretariats of the anticorruption systems at the state level. This paper analyzes the legal nature of these executive secretariats focusing on their atypical characterization as decentralized public agency that the legislation established and the consequences for their internal management and the effectiveness of their work. The paper does not analyze all the institutions that make up the anticorruption systems, but it highlights the relationship they keep with their local anticorruption systems and their interactions with other public entities. The paper concludes that the legal configuration of the

executive secretariats produces several problems and effects that jeopardize the achievement of their intended goals and objectives.

Keywords: anticorruption, atypical entities, decentralized public agencies, institutional coordination.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Los sistemas anticorrupción en México.* III. *Los organismos públicos descentralizados.* IV. *Concepto y características de las secretarías ejecutivas.* V. *La estructura y gestión interna de las secretarías ejecutivas.* VI. *Las funciones de las secretarías ejecutivas.* VII. *La coordinación institucional anticorrupción.* VIII. *Los efectos y riesgos.* IX. *Conclusiones y propuestas.* X. *Bibliografía.*

I. Introducción

La corrupción es un problema público que se intenta controlar desde los gobiernos y sus administraciones públicas en formas diversas. Las normas jurídicas que sostienen los diferentes modelos del control de la corrupción pertenecen a varias disciplinas del derecho, desde la configuración de delitos hasta las figuras del derecho disciplinario y del derecho administrativo lo que aumenta el grado de dificultad del análisis jurídico. El caso mexicano no es la excepción a esta problemática, así, en 2015 surgió el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) establecido en el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], 06/06/2023, artículo 113) y cuya reglamentación está en la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (LGSNA, 20/05/2021). Derivado de ello, las entidades federativas también reformaron sus Constituciones políticas y expidieron leyes para crear los sistemas estatales anticorrupción.

A su vez, la configuración de los sistemas anticorrupción en sí misma es compleja ya que sus comités coordinadores se integran por instituciones de los tres poderes públicos, organismos constitucionales autónomos y la participación ciudadana, mediante una figura muy novedosa denominada “Comité de Participación Ciudadana” (CPC).

La gran cantidad de leyes y otro tipo de cuerpos normativos que regulan a los sistemas anticorrupción y a los entes que lo integran, generan

un entramado jurídico que, en el marco del federalismo mexicano, requiere un análisis pormenorizado para que se pueda cumplir con la finalidad de dichos sistemas consistente en la “coordinación entre las autoridades competentes de todos los órdenes de gobierno, en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos” (CPEUM, 06/06/2023, artículo 113).

En ese sentido, para materializar las funciones de los sistemas anticorrupción, tanto la LGSNA como las leyes estatales homólogas, establecieron que habrá una secretaría ejecutiva como el órgano de apoyo técnico de los comités coordinadores. A estas secretarías ejecutivas se les dio la naturaleza de un organismo público descentralizado no sectorizado y dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía técnica y de gestión (LGSNA, 20/05/2021, artículo 24) lo que genera una atipicidad del común de organismos públicos descentralizados.

En el contexto de los diseños jurídico-institucionales mencionados, surge la hipótesis de que la configuración jurídica de las secretarías ejecutivas es inadecuada para cumplir con el papel que se les atribuye en los sistemas anticorrupción. Así, este texto estudia a las secretarías ejecutivas de los sistemas anticorrupción mexicanos, comienza por contextualizar el surgimiento de tales sistemas y describe sus funciones principales. Después se analizan las características de los organismos públicos descentralizados y las particularidades de las secretarías ejecutivas en cuestión; posteriormente se revisa mediante la comparación de tres casos (el nacional y dos estatales) cómo es la gestión interna y funciones de dichas secretarías, haciendo énfasis en los problemas que surgen al aplicar las normas jurídicas que les corresponderían. El papel de las secretarías ejecutivas en la coordinación institucional de los sistemas anticorrupción junto con los efectos y riesgos que pueden surgir son los siguientes apartados, y finalmente, se ofrecen algunas conclusiones y propuestas de solución a los problemas detectados.

II. Los sistemas anticorrupción en México

La coordinación entre los gobiernos y sus instituciones públicas ha sido vista como un mecanismo deseable por los estudiosos del federalismo¹ y de las políticas públicas. En el caso de México, como señala Serna de la Garza (2022):

El sistema federal mexicano ha evolucionado por la vía de un federalismo de concurrencia, de leyes generales y nacionales, de regímenes de coordinación y de sistemas nacionales, alejándose de la lógica del federalismo dual. Sin embargo, dicha evolución se ha dado de manera desordenada, confusa, ambigua, reactiva y coyuntural (p. X).

En ese mismo sentido, Chaires Zaragoza (2018) advierte que hemos pasado de un federalismo dual a un federalismo nacional. El SNA es un buen ejemplo de lo apuntado por el profesor Serna de la Garza como se describe a continuación.

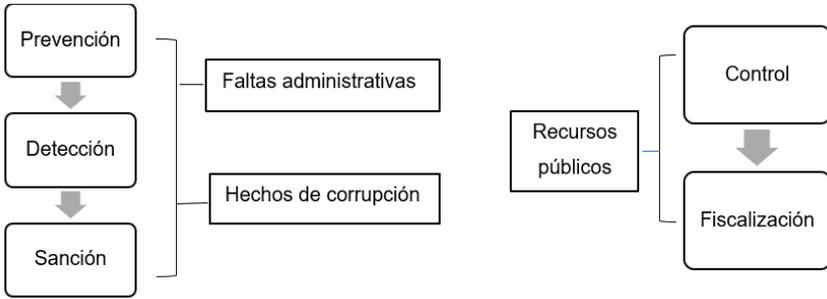
A finales de 2012, el recién electo presidente de la República, Enrique Peña Nieto, asumió un “Compromiso” mediante la firma con varios partidos políticos, del Pacto por México con Acuerdos para la Transparencia, Rendición de Cuentas y Combate a la Corrupción para crear “Comisiones” que combatieran la corrupción. Pero fue tras diversos escándalos de corrupción y bajo una presión social muy intensa que entre 2014 y 2015 diversas organizaciones de la sociedad civil propusieron un “modelo” de sistema anticorrupción en el que la participación ciudadana sea protagónica (Galindo y Olvera, 2020, p. 8; Monsiváis-Carrillo, 2019, pp. 58-61).

Como resultado de lo anterior, en 2015 se reforma el artículo 113 constitucional para crear el SNA y para ordenar que las entidades federativas establecieran los sistemas locales anticorrupción (CPEUM, 06/06/2023). El SNA, señala este precepto legal, es una instancia de coordinación omnicompreensiva de autoridades competentes de todos los órdenes de gobierno,

¹ Por razones de espacio es imposible mencionar a todos los autores del federalismo, pero además de los autores expresamente citados, las compilaciones recientes coordinadas por Serna de la Garza (2022), y el Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República (2022), dan cuenta sobre los puntos cruciales del federalismo mexicano, entre ellos, la coordinación intergubernamental e interinstitucional a la que se alude en este texto.

en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos. Salta a la vista la complejidad que implica identificar cuáles son las autoridades competentes a las que se refiere la norma, en todos los órdenes de gobierno, de esas tres grandes áreas temáticas, a saber, faltas administrativas, hechos de corrupción y recursos públicos, y en diversas fases de los acontecimientos —prevención, detección y sanción— los cuales constituyen los objetos materiales de coordinación que se esquematizan conceptualmente en siguiente figura:

Figura 1.
Objetos de coordinación del Sistema Nacional Anticorrupción



FUENTE: elaboración propia con base en el artículo 113, CPEUM, 06/06/2023

El mismo artículo 113 constitucional también establece la conformación del SNA con dos grandes cuerpos colegiados: Comité Coordinador y CPC ambos presididos por la misma persona (un ciudadano o ciudadana). El Comité Coordinador, por su parte, se integra con las siguientes personas:

Cuadro 1.
Integrantes del Comité Coordinador del SNA

Un representante del Comité de Participación Ciudadana	
Titular de la Auditoría Superior de la Federación	Presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa
Titular de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción	Presidente del organismo garante que establece el artículo 6o. constitucional
Titular de la Secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno	Representante del Consejo de la Judicatura Federal

FUENTE: elaboración propia con base en el artículo 113, CPEUM, 06/06/2023

Por su cuenta, el Comité de Participación Ciudadana, según se señala en la fracción II del artículo referido, se integra por cinco ciudadanos que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción y serán designados en los términos que establezca la ley. Los cuatro integrantes que no ocupan la presidencia se integran a la Comisión Ejecutiva de la Secretaría Ejecutiva por mandato legal (LGS-NA, 20/05/21, artículo 30); en el apartado VII de este texto se abundará sobre esta Comisión.

Como puede observarse en el cuadro 1, seis de los siete integrantes de este Comité Coordinador son titulares o pertenecen a instituciones de los tres poderes públicos, de organismos constitucionalmente autónomos y una persona es de la sociedad civil, cuyo régimen jurídico, al percibir honorarios por parte de la Secretaría Ejecutiva, también presenta peculiaridades como se expondrá posteriormente. La siguiente figura ilustra la composición institucional del SNA incluyendo a los sistemas estatales.

Figura 2.
Configuración del Sistema Nacional Anticorrupción



FUENTE: Sistema Nacional Anticorrupción. <https://www.sna.org.mx/que-hacemos/>

A esta complejidad temática y de múltiples actores, se añade, como han señalado algunos autores, entre ellos Márquez (2018) y Uvalle Aguilera (2018), la complejidad para determinar facultades y atribuciones institucionales bien delimitadas que permita materialmente la coordinación instituida en forma abstracta en la fracción III del artículo 113 de nuestra carta magna (CPEUM, 06/06/2023, artículo 113), y que, en resumen, abarca estos objetos: establecimiento de mecanismos de coordinación con los sistemas locales; diseño y promoción de políticas integrales; determinación de los mecanismos de suministro, e intercambio de información; establecimiento de bases y principios para la coordinación de la fiscalización y el control de los recursos públicos; elaboración de informes, y la emisión de recomendaciones no vinculantes.

Pasando a la LGSNA publicada el 18 de julio de 2016 (LGSNA, 20/05/2021), solo ha sido reformada en una ocasión para sustituir el nombre de la Procuraduría General de la República por el de la Fiscalía Especializada en materia de Combate a la Corrupción. Esta ley presenta los problemas

de las leyes generales en las que hay concurrencia en la materia, pero sin hacer una distribución que permita descentralizar potestades normativas y para los entes públicos y que estos puedan actuar en forma armónica pero autónoma en el sistema federal como sería deseable, según lo señala la profesora (Huerta Ochoa, 2022, p. 16).

Derivado de lo anterior, las leyes de los sistemas estatales anticorrupción² imitan a la LGSNA produciendo el efecto de tener 32 sistemas locales anticorrupción en México, que pretenden la misma finalidad, pero, de igual manera, sin distribuir competencias y quehaceres para los entes públicos estatales y municipales lo que ocasiona una centralización encubierta de la materia anticorrupción y una ineficacia, casi parálisis, de la coordinación de los sistemas y los incuantificables entes públicos que la ley señala como responsables de la implementación de las 33 políticas públicas anticorrupción de México que han de diseñarse y ser aprobadas. Al respecto, Hernández (2022) confirma que hay una tendencia centralizadora por medio de leyes nacionales o generales pues,

sintomáticamente, a partir del sexenio del expresidente Peña Nieto adquieren carta de naturalización [...] y que tales ordenamientos pueden ser generales por su naturaleza o, en su caso, se determinan como “leyes generales” que regulan “sistemas nacionales”. Como se les llame o utilicen implican, invariablemente, la ruptura de la estructura descentralizada de competencias; en una palabra: centralizadoras. (p. 68)

En el centro de esta confusa organización institucional,³ como se ilustra en la figura 2, se encuentran las secretarías ejecutivas de los sistemas anticorrupción, que son las responsables de apoyar técnicamente a sus comités coordinadores los cuales, a su vez y por mandato legal, son los órganos

² Puede consultarse una compilación de las leyes estatales anticorrupción en: <https://seajal.org/biblioteca-digital/normateca/f-normatividad-anticorrupcion-en-otros-estados/> y el diagnóstico elaborado por la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción (2018) respecto de la armonización de las leyes estatales con la nacional.

³ Para entender las relaciones y dobles funciones de las instancias que integran un sistema anticorrupción, puede revisarse la infografía del caso Jalisco en <https://www.seajal.org/wp-content/uploads/2023/12/Infografia-SEAJAL-2024.pdf>

o juntas de gobierno de tales secretarías ya que estas, como fue dicho anteriormente, se configuran como organismos públicos descentralizados (LGS-NA, 20/05/21, artículos 24 y 25). A continuación, se recapitula la naturaleza de estos organismos.

III. Los organismos públicos descentralizados

La administración pública paraestatal surge con motivo de la evolución y cambios de las formas del Estado y su incidencia en el desarrollo económico y la prestación de servicios públicos para satisfacer necesidades colectivas (Cárdenas Gracia, 2017; Fernández Ruiz, 2021; Tamayo, 1987). Los organismos paraestatales, *grosso modo*, pueden clasificarse en empresas públicas, por la participación estatal, y organismos que tienen autonomía para la prestación de los servicios públicos para los que fueron creados bajo la premisa de su especialización técnica y el otorgamiento de un régimen jurídico diferente a la administración centralizada.

En México, particularmente en los años ochenta, hay una gran cantidad de empresas públicas y organismos descentralizados federales, donde se llegan a identificar más de 1000 entidades según los datos de la entonces Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, hoy Secretaría de la Función Pública (Tamayo, 1987, p. 261). Este crecimiento desbordado ocasionó dificultades para su control y deficiencias en su funcionamiento, señalándose que había “obesidad” en la administración pública. Ante esos problemas comienzan la “desregulación” o “mejora regulatoria” y la tendencia a extinguir empresas y organismos paraestatales. Actualmente, existen 210 entidades paraestatales federales de las cuales 65 son organismos descentralizados sectorizados, 15 no sectorizados, 13 organismos descentralizados considerados institutos nacionales de salud y 12 como centros públicos de investigación (Secretaría de Hacienda y Crédito Público [SHCP], 2023).

Conforme al artículo 3o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la administración pública paraestatal tiene entidades de cuatro tipos: organismos descentralizados; empresas de participación estatal; instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y de fianzas, y fideicomisos (Ley Orgá-

nica de la Administración Pública Federal [LOAPF], 03/05/2023, artículo 3o.).

Respecto de los organismos descentralizados, conocidos como organismos públicos descentralizados (OPD), estos aparecen en el primer tercio del siglo pasado en la CPEUM y con su propia e individual regulación al momento de ser creados, porque no existía un marco regulador específico para la administración paraestatal (Fernández Ruiz, 2021, p. 11). La actual Ley Federal de las Entidades Paraestatales fue publicada el 14 de mayo de 1986 (LFEP, 08/05/2023) y establece en su capítulo II las bases para la constitución, organización y funcionamiento de los OPD, así como la existencia de un registro a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Este desarrollo normativo de los OPD no ha sido similar en las entidades federativas, así tenemos el ejemplo de Jalisco cuya Ley de Entidades Paraestatales fue expedida a principios de 2023 (LEPJ, 23/02/2023) y que en su artículo sexto transitorio ordena a la Secretaría de la Hacienda Pública del Estado a que tenga una relación actualizada de la entidades, lo que confirma que todavía no hay una identificación completa y un buen control sobre estos organismos planteados en su origen para auxiliar a la administración pública y que ahora necesitan ser controlados por la propia administración pública que las crea. A la fecha en que se escriben estas líneas, el apartado de “organismos” del sitio web del gobierno de Jalisco⁴ reporta 168 entidades de las cuales 48 son OPD y no figura en ese subgrupo la Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción de Jalisco, aunque sí lo está en la lista general.

Las características de los OPD federales se resumen en el siguiente cuadro:

⁴ <https://www.jalisco.gob.mx/es/gobierno/organismos?page=3>

Cuadro 2.
Características de los OPD

Tienen personalidad jurídica propia	Un patrimonio propio	Régimen jurídico propio
Denominación	Objeto	Finalidad
Órganos de representación	A su director lo nombra el presidente de la República o a indicación de él	Régimen de control y vigilancia
Domicilio	Régimen de jerarquía	Régimen fiscal

FUENTE: elaboración propia con base en Flores Becerra (2019, p. 15).

A estas características se le debe sumar un cierto grado de autonomía mas no de independencia pues, aunque no hay una relación jerárquica subordinada *strictu sensu*, con el titular del Poder Ejecutivo sí se mantiene una vinculación por la tutela del servicio público que presta el OPD (Fernández Ruiz, 2021, p. 17; Rodríguez Manrique, 2006, pp. 206 y 207). Este vínculo usualmente es por medio de la “sectorización” del OPD, es decir, por la relación estrecha con la secretaría de estado de la materia o con más de una si el objeto del OPD tiene que ver con varias dependencias centralizadas de la administración pública.

Ahora bien, por un lado, el término “autonomía” en nuestro país está más asociado a los organismos autónomos constitucionales (López Rodríguez, 2022), a los de relevancia constitucional como la Auditoría Superior de la Federación (Ackerman y Astudillo, 2009) y a las universidades públicas y, por otro lado, se considera para los OPD, una autonomía desplegada en la gestión interna y labores técnicas no siempre explícita en su normativa porque ya de suyo, como fue señalado, esos organismos están especializados en un servicio público.

A pesar de la sistematización que intenta dar la normativa general a los OPD y de las clasificaciones que la literatura reporta, en la práctica, algunos de estos organismos presentan características muy particulares por lo que se pueden considerar atípicos o *sui generis* dando pie a reflexionar sobre nuevas categorías de entidades paraestatales como ha sido señalado por Flores Becerra (2020) quien se basa en las resoluciones que la Suprema Corte de Justicia

de la Nación ha emitido al respecto. La atipicidad es el caso de las secretarías ejecutivas de los sistemas anticorrupción, por lo que se analizan con detalle a continuación (pp. 17 y 22).

IV. Concepto y características de las secretarías ejecutivas

La conformación de los sistemas anticorrupción ha sido lenta y dispareja en el país tanto por la expedición de las leyes correspondientes como por la integración de sus comités coordinadores y la creación de las secretarías ejecutivas (Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción [SESNA], 2018, 2021 y 2023), al grado tal, que a la fecha en que se escribe este texto, no está en operaciones el Sistema Anticorrupción de la Ciudad de México⁵ y de los 33 secretarios técnicos —quienes dirigen las secretarías ejecutivas— que debieran estar nombrados, faltan 8 (SESNA, 2023, p. 78).

Por razones de espacio, se utilizarán los casos de las secretarías ejecutivas del SNA y las del Guanajuato y Jalisco para analizar su naturaleza y características jurídicas. Esta selección se deriva, por un lado, del papel protagónico del ámbito nacional y la dirección centralista que marca la LGSNA, mencionada al inicio de este trabajo; y, por otro lado, porque los sistemas estatales anticorrupción de Guanajuato y Jalisco son de los más avanzados en cuanto al cumplimiento de las finalidades para los que fueron creados, gracias al apoyo que les brindan sus secretarías ejecutivas (SESNA, 2023, p. 87).

En el cuadro 3 se transcriben las definiciones legales que dan a las secretarías ejecutivas la LGSNA (20/05/2021, artículo 24), la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Guanajuato (LSAEG, 01/11/2019, artículo 26), y la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco (LSAEJ, 08/06/2023, artículo 24.1).

⁵ A la fecha en que se escriben estas líneas, no existe un sitio en Internet de ese sistema, localizándose el del Comité de Participación Ciudadana: <https://cpccdmx.org/>; la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción (2023, p. 29) reporta que no tienen presupuesto ni avances en la elaboración de la política anticorrupción correspondiente.

Cuadro 3.
Definiciones de las secretarías ejecutivas

<i>Nacional</i>	<i>Guanajuato</i>	<i>Jalisco</i>
<p>La Secretaría Ejecutiva del sistema nacional es un organismo descentralizado, no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía técnica y de gestión, mismo que tendrá su sede en la Ciudad de México. Contará con una estructura operativa para la realización de sus atribuciones, objetivos y fines. (LGSNA, 20/05/2021, artículo 24).</p>	<p>La Secretaría Ejecutiva del sistema estatal es un organismo descentralizado, no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía técnica y de gestión. Contará con una estructura operativa para la realización de sus atribuciones, objetivos y fines. (LSAEG, 01/11/2019, artículo 26).</p>	<p>La Secretaría Ejecutiva del sistema estatal es un organismo descentralizado, no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con autonomía técnica y de gestión, mismo que tendrá su sede en el área metropolitana de Guadalajara. Contará con una estructura operativa para la realización de sus atribuciones, objetivos y fines. (LSAEJ, 08/06/2023, artículo 24.1)</p>

FUENTE: elaboración propia con base en la LGSNA, LSEAJ y la LSEAG.

Salvo por la ausencia de mención del lugar de la sede de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal de Guanajuato (SESAG), se observa que las tres secretarías son idénticas en su naturaleza jurídica y características atípicas para un OPD que, como ya se señaló, suelen estar sectorizados.

En cuanto a su objeto y funciones, como se advierte en el cuadro 4, ninguna de las secretarías en comento presta un servicio público abierto a las personas.

Cuadro 4.
Objeto de las secretarías ejecutivas

<i>Nacional</i>	<i>Guanajuato</i>	<i>Jalisco</i>
La Secretaría Ejecutiva tiene por objeto fungir como órgano de apoyo técnico del Comité Coordinador del Sistema Nacional, a efecto de proveerle la asistencia técnica, así como los insumos necesarios para el desempeño de sus atribuciones, conforme a lo dispuesto en la fracción III del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la presente Ley. (LGSNA, 20/05/2021, artículo 25).	La Secretaría Ejecutiva tiene por objeto fungir como órgano de apoyo técnico del Comité Coordinador del Sistema Estatal, a efecto de proveerle la asistencia técnica, así como los insumos necesarios para el desempeño de sus atribuciones, conforme a lo dispuesto en la fracción III del artículo 132 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato y la presente Ley. (LSAEG, 01/11/2019, artículo 26).	La Secretaría Ejecutiva tiene por objeto fungir como órgano de apoyo técnico del Comité Coordinador del Sistema Estatal, a efecto de proveerle la asistencia técnica, así como los insumos necesarios para el desempeño de sus atribuciones, conforme a lo dispuesto en la presente Ley (LSAEJ, 08/06/2023, artículo 25.1).

FUENTE: elaboración propia con base en la LGSNA, LSEAJ y la LSEAG

El apoyo técnico a que se refieren las disposiciones del cuadro 4 es exclusivo para el Comité Coordinador del Sistema Anticorrupción, siendo en su mayoría un apoyo materializado en documentos técnicos como diagnósticos, estudios, metodologías, propuestas de políticas y programas anticorrupción, así como la administración de plataformas informáticas y la organización de las sesiones del Comité Coordinador y otros eventos que se indican realice la Secretaría Ejecutiva (LGSNA, 20/05/2021, arts. 30-32, 35 y 48; LSAEG, 01/11/2019, arts. 35-37, 40 y 53; LSAEJ, 08/06/2023, arts. 30-32 y 35). Ante estas funciones, que se analizarán con mayor detenimiento en el siguiente apartado, surge la pregunta de si era necesario crear un OPD atípico o podría haberse optado por otra figura institucional, por ejemplo, un centro público

de investigación o incluso un organismo constitucional autónomo en atención a las características que tienen.⁶

La atipicidad de las secretarías ejecutivas como OPD, así como la doble función que tienen los integrantes del Comité Coordinador que lo son también de la junta u órgano de gobierno (OG), dificultan la gestión interna de estas entidades paraestatales como veremos en seguida.

IV. La estructura y gestión interna de las secretarías ejecutivas

Como toda entidad pública, la gestión interna de las secretarías ejecutivas está pautada por la normativa que le aplica, comenzando ahí los primeros dilemas para los secretarios y las secretarías técnicas⁷ quienes fungen de directores generales del OPD ¿Son o no son entidades paraestatales vinculadas al Poder Ejecutivo? ¿Cuál es el grado o margen de autonomía para su gestión? ¿El régimen laboral del personal es idéntico al del resto de OPD de su ámbito? ¿Su órgano de control interno no es más bien externo? Para responder estos cuestionamientos se analizan seis aspectos de cada una de las secretarías ejecutivas seleccionadas: *a)* conformación de su OG; *b)* nombramiento de su titular; *c)* directrices para su desarrollo y operación; *d)* autonomía para su gestión interna; *e)* nombramiento del titular de su órgano interno de control, y *f)* régimen laboral de sus trabajadores.

La Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción (SESNA) establecida en la LGSNA, se rige por esta ley (LGSNA, 20/05/2021, artículos 27, 29 y 35),⁸ la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPE,

⁶ Respecto a la naturaleza y características de los organismos constitucionales autónomos, López Rodríguez (2022) da cuenta del debate académico sobre su naturaleza, homogeneidad y problemática, señalando puntualmente cómo el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social a pesar de ser considerado un organismo constitucional autónomo, sigue siendo una entidad paraestatal.

⁷ Estas denominaciones de Secretaría Ejecutiva, secretario técnico, Comisión Ejecutiva de la Secretaría Ejecutiva ha ocasionado que se confundan los términos y haya equívocos al nombrarlas en los medios de comunicación y otros espacios no especializados en la materia.

⁸ La ley se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de julio de 2016 y ha tenido solo una reforma.

03/05/2023; LFEP, 08/05/2023). Lo primero que sobresale es la vinculación entre una ley general y dos leyes federales, lo cual se explica, como se anotó al inicio de este texto, porque el SNA es una instancia de coordinación nacional —con fundamento constitucional y una ley general— pero no es una institución pública, mientras que la SESNA es un OPD, que se arraiga en el ámbito federal y al ser una entidad paraestatal, le aplica la LOAPF y la LFEP, pero no en todos los aspectos como se analiza enseguida.

La primera diferencia de la SESNA con el resto de OPD federales, es la conformación de su OG que se integra, como se ha venido señalando, por las mismas personas del Comité Coordinador que se enlistaron en el cuadro 2, discrepando de los artículos 9o. y 18 (LFEP, 08/05/2023), que establecen la debida representación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y también, que la presidencia del OG sea para la persona titular de la coordinadora de sector; no obstante estas disposiciones en la SESNA, como ya se dijo, este importante cargo lo ocupa una persona ciudadana.

El nombramiento del titular del SESNA es otra desigualdad ya que el artículo 21 (LFEP, 08/05/23) señala que los directores o titulares de los OPD, serán designados por la presidenta o el presidente de la República, o a su indicación a través de la coordinadora o coordinador de sector. Sin embargo, en el caso de la SESNA, su titular es electo y nombrado por su propio OG de una terna surgida de convocatoria pública,⁹ integrado por funcionarios de los tres poderes públicos como se ha indicado antes (LGSNA, 20/05/2021, artículo 33).

Una tercera discrepancia entre la SESNA y el resto de OPD federales son las directrices para su desarrollo y operación (LFEP, 08/05/2023, artículo 45) y la influencia de la coordinadora de sector. Si bien la LGSNA como se transcribió en el cuadro 4, establece el objeto de la SESNA, sus objetivos plasmados en sus programas institucionales no están indispensablemente vinculados a los programas sectoriales de la administración pública pues la SESNA es un OPD no sectorizado.

⁹ La propuesta de terna la realiza quien ocupe la presidencia del OG, esto es, quien preside el Comité de Participación Ciudadana y este Comité al igual que sus homólogos estatales, han realizado convocatorias públicas; véase <https://cpc.org.mx/proceso-de-seleccion-del-secretario-tecnico-de-la-secretaria-ejecutiva/> y <https://cpc.org.mx/proceso2022-convocatoria/>

Por lo que toca a la autonomía de gestión de la SESNA, se observa una limitación ya que las plazas y sueldos de su personal tienen que seguir los lineamientos que establece la Secretaría de la Función Pública, la cual a su vez es integrante del OG, pero no lo preside ni tampoco funge de coordinadora de sector como se apuntó (Estatuto Orgánico de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, [EOSESNA], 01/02/2023, art. 18, fr. VI; LFEP, 08/05/2023, art. 58, fr. XI). En este cuarto aspecto, se asemeja más a los OPD ordinarios.

El control interno y vigilancia de los OPD que se encuentra regulado en la LFEP (LFEP, 08/05/2023, artículos 60-68) es un quinto elemento que diferencia a la SESNA, pues los OPD regulares tienen la figura del comisario público y del titular del órgano interno de control (OIC), designados ambos por la Secretaría de la Función Pública y, en cambio, la SESNA sólo tiene al segundo (EOSESNA, 01/02/2023, art. 37; LOAPF, 03/05/2023, art. 37, fr. XII y LFEP, 08/05/2023, art. 62). Una distinción más es que el OIC de la SESNA se encuentra restringido en sus atribuciones para el control y fiscalización ya que exclusivamente recaen sobre las materias que señala el artículo 27 de la LGSNA (20/05/2021). Esto puede interpretarse como una intención del legislador de dar un amplio margen de autonomía a la SESNA.

El régimen laboral del personal de la SESNA es el establecido por el artículo 123, apartado B, de la CPEUM (EOSESNA, 01/02/2023, art. 7o.). Al respecto, Meza Martínez (2015) y Rueda Rodríguez (2020) dan cuenta de la evolución jurídica de las relaciones laborales del estado y sus trabajadores y han puesto en evidencia la problemática conceptual y de potestades legislativas, particularmente para los OPD locales y los cambios de criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar el régimen aplicable a la solución de conflictos laborales, con mayor dificultad para los trabajadores categorizados como “de confianza”. En este sexto y último aspecto de análisis de la SESNA a primera vista pareciera guardar semejanza y armonía con el resto de OPD federales.

Como puede observarse en los ejemplos señalados, distinguir en qué supuestos le aplica a la SESNA la normativa de los OPD y cuándo debe expedir la propia, siguiendo o no las generalidades de dicha normativa, es una tarea difícil y que tiene consecuencias importantes en su estructura y ges-

tión interna,¹⁰ entre ellas, que su constitución haya sido “lenta” y sus recursos presupuestarios disminuyeran (Nieto Morales, 2019, p. 704) y, por ende, que sus funciones de apoyo para el Comité Coordinador del SNA, no fueran tan inmediatas.

Pasando al caso de Guanajuato, la normativa básica de la Secretaría Ejecutiva de su Sistema Estatal Anticorrupción es la LSEAG (01/11/2019),¹¹ la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Guanajuato (LOPEEG, 4/07/2023), la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos al Servicio del Estado y de los municipios (LTSPSEM, 28/10/2022) y el Estatuto Orgánico de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción de Guanajuato (EOSESEAG, 7/09/2021). Es importante considerar que Guanajuato no tiene una ley sobre entidades paraestatales.¹²

Derivado de esta ausencia de ley de entidades paraestatales, la Secretaría Ejecutiva de Guanajuato parece tener un menor conflicto de aplicación de directrices para su desarrollo y funcionamiento, respecto de los OPD sectorizados los cuales tienen unas características similares a los federales (LOPEEG, 4/07/2023, arts. 45-57).

La LSEAG (01/11/2019, art. 7o.) configura al Sistema en forma diferente al nacional, ya que se conforma por los integrantes del Comité Coordinador; el Comité de Participación Ciudadana; el Comité Rector del Sistema Estatal de Fiscalización, y los municipios, quienes concurrirán a través de sus contralores municipales, de conformidad con la Ley Orgánica Municipal para el Estado de Guanajuato.

Tampoco el Comité Coordinador es idéntico al del SNA, como se muestra en el cuadro 5.

¹⁰ La propia SESNA lista su normativa en forma separada: <https://www.sesna.gob.mx/transparencia/normatividad/>

¹¹ La ley se publicó en el *Periódico Oficial de Guanajuato* el 16 de mayo de 2017 y ha tenido una sola reforma.

¹² Se presentó una iniciativa de ley, por parte del partido Verde Ecologista en marzo del 2022, la cual se encuentra en proceso de dictaminación. https://www.congresogto.gob.mx/expedientes_legislativos_digitales/iniciativas/5027

Cuadro 5.
Integración del Comité Coordinador
del Sistema Estatal Anticorrupción de Guanajuato

Dos representantes del Comité de Participación Ciudadana	Un representante del Consejo del Poder Judicial
El titular de la Auditoría Superior del Estado	El presidente del Instituto de Acceso a la Información Pública del Estado de Guanajuato
El titular de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción	El presidente del Tribunal de Justicia Administrativa
El titular de la Secretaría de Transparencia y Rendición de Cuentas	Un representante de los órganos internos de control de cada región

FUENTE: elaboración propia con base en el artículo 7o. de la LSEAG

La presidencia del Comité Coordinador es consecutiva entre los dos integrantes del Comité de Participación Ciudadana y por lo que toca a los OIC regionales, estos son cuatro. Así, son 12 personas quienes integran el OG de la Secretaría Ejecutiva pues al igual que sucede en el ámbito nacional, son las mismas personas del Comité Coordinador (LSEAG, 01/11/2019, artículos 10-13). Rendón Huerta Barrera (2022) narra las vicisitudes de la conformación de este Comité que quedó integrado el 11 de enero de 2018 (pp. 173-175).

En esas circunstancias, vuelve a resaltar la intervención de servidores públicos municipales y estatales de los tres poderes públicos, órganos constitucionales autónomos y personas de la sociedad para el nombramiento de la secretaria o el secretario técnico, es decir, para el director de un OPD. Al igual que en la SESNA, la persona designada es electa de una terna propuesta por el presidente del OG, quien cabe recordar, a su vez lo es del Comité Coordinador y del Comité de Participación Ciudadana (LSEAG, 01/11/2019, artículo 38).

Respecto a la autonomía técnica y de gestión, en la Secretaría Ejecutiva comentada parece ser amplia ya que ha expedido su normativa interna, aun- que el artículo 5o. de su EOSESAG, remite a las “demás disposiciones jurí-

dicas y administrativas que le resulten aplicable” lo cual nos vuelve a llevar a la reflexión sobre cuáles son estas disposiciones considerando la atipicidad que tiene como OPD.

Lo que sí es más explícito y llamativo, es el nombramiento del titular del OIC ya que, desde la ley, se establecen los requisitos y la facultad del OG de la Secretaría Ejecutiva para elegirlo de entre una terna, resultado de una consulta pública publicada en el Periódico Oficial de Guanajuato, así como el señalamiento expreso de sus impedimentos y causas de remoción (LSEAG, 01/11/2019, arts. 29-34). Parece exagerada la importancia de este nombramiento y su forma pública de selección, además de diferir con el resto de los titulares de OIC de los OPD, especialmente si se considera que su actuación está limitada, al igual que en el caso nacional y como excepción al artículo 32 (LOPEEG, 4/07/2023), a ciertas materias establecidas en el artículo 29 (LSEAG, 01/11/2019).

Como en la SESNA, las relaciones laborales del personal de la Secretaría Ejecutiva de Guanajuato se regirán por el apartado B del artículo 123 constitucional federal, aunque no lo señale expresamente así la ley guanajuatense, ya que es por la remisión que hace a la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos al Servicio del Estado y de los Municipios (LTSPSEM, 28/10/2022, artículo 28).

En el ámbito jalisciense, la Secretaría Ejecutiva se rige por la LSAEJ (08/06/2023),¹³ la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco (LOPEEJ, 06/07/2023), la Ley de Entidades Paraestatales del Estado de Jalisco (LEPEJ, 23/02/2023), la Ley para los Servidores Públicos del Estado de Jalisco y sus Municipios (LSPEJM, 13/06/2023) y el Estatuto Orgánico de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción (EOESAJ, 13/06/2023).

Originalmente, el OG de la Secretaría Ejecutiva en comento, estaba compuesto por los integrantes del Comité Coordinador, al igual que en el caso nacional y guanajuatense. Pero con motivo de la reciente publicación de la LEPEJ (23/02/2023) se modificó el numeral 28.1 de la LSAEJ (08/06/2023) y el artículo 12 del EOESAJ (13/06/2023) para incorporar al secretario de la Hacienda pública de Jalisco en el OG de dicha Secretaría.

¹³ La ley se publicó el 28 de julio de 2017 y se ha reformado en ocho ocasiones.

Así, existe una asimetría y diferencia en la integración del Comité Coordinador y del OG, la cual parece indicar que como OPD, la Secretaría Ejecutiva se alinea más con la reglamentación de estos organismos de la administración pública a cargo del Poder Ejecutivo.

Respecto del nombramiento del secretario técnico, originalmente la ley establecía los mismos requisitos que se solicitan para el mismo cargo a nivel nacional, pero en la última reforma a dicha ley (LSAEJ, 08/06/2023), se disminuyeron los años de edad y de la expedición del título profesional y se eliminaron los que acreditan su experiencia en la materia (artículo 34). En cuanto al proceso, los dos nombramientos que han sucedido se hicieron en forma idéntica al ámbito nacional y guanajuatense, es decir, mediante una terna surgida de una convocatoria pública y a propuesta del Comité de Participación Social,¹⁴ denominación que esta instancia tiene en Jalisco. Al respecto, Arias de la Mora y Mariñez resaltan que, en el “andamiaje institucional del Sistema”, la Secretaría Ejecutiva es pieza clave y que el nombramiento de su primera secretaria técnica “puede considerarse como un hito en la historia de las designaciones de los cargos del nivel de direcciones generales” (Arias de la Mora y Mariñez Navarro, 2020, p. 222).

Las directrices para el desarrollo de esta Secretaría Ejecutiva, así como su autonomía de gestión, fueron objeto de reflexión debido a una propuesta de reforma de su Estatuto Orgánico que pretende fundamentarse en el marco normativo de los OPD regulares o típicos del Poder Ejecutivo. El Auditor Superior del Estado de Jalisco, Ortiz Ramírez, resaltó la naturaleza especial y la problemática que podría acarrear una reforma en ese sentido.¹⁵ En forma similar a la Secretaría Ejecutiva de Guanajuato, este OPD ha emitido su normativa propia, en algunas ocasiones siguiendo a la normativa estatal que rige a los OPD y en otras, sin desarmarmonizar, pero sí regulando *ad hoc* a sus funciones (Secretaría Ejecutiva del Sistema Anticorrupción de Jalisco, 2023, pp. 43-45).

Una vez más, el nombramiento del titular del OIC llama la atención también en el caso de Jalisco, pues es designado por el Congreso del Estado,

¹⁴ <https://cps.seajal.org/convocatorias/2022/12/titularidad-sesaj-2022/>

¹⁵ Cuarta sesión ordinaria del OG de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción de Jalisco. <https://www.youtube.com/watch?v=KD1OSVp2ly0>

algo que se sale completamente de la lógica de los OPD como auxiliares de la administración pública a cargo del Poder Ejecutivo (LSAEJ, 08/06/2023, art. 27). Como en el caso nacional y de Guanajuato, su actuación está limitada. Durante el periodo 2017-2023, ha habido cuatro titulares del OIC de la Secretaría Ejecutiva, mientras que solo se han nombrado a dos secretarios técnicos, lo que puede ser un indicio de que es un cargo de difícil gestión y nombramientos complejos.¹⁶

Por último, el régimen laboral de la Secretaría Ejecutiva de Jalisco, también lo es el apartado B del artículo 123 de la carta magna federal y se colige al igual que en Guanajuato, de la remisión a la LSPEJM (13/06/2023) que hace el numeral 26.2 de la LSAEJ (08/06/2023).

Puede observarse con facilidad que, a pesar de tener una misma finalidad y naturaleza jurídica, cada una de las secretarías analizadas presentan matices jurídicos diferentes. A continuación, se revisan las funciones de tales secretarías buscando vislumbrar si las realizan con eficacia.

VI. Las funciones de las secretarías ejecutivas

Como se apuntó en el cuadro 4, las secretarías ejecutivas son órganos de apoyo técnico generadores de insumos para que los comités coordinadores de los sistemas anticorrupción puedan producir básicamente dos grandes “confecciones” (LGSNA, 20/05/2023, artículos 8o.-9o.).

- 1) Mecanismos de coordinación entre los integrantes del Sistema.
- 2) Diseño, promoción y evaluación de políticas públicas de combate a la corrupción.

Y para ello, la ley faculta a la Comisión Ejecutiva de la Secretaría Ejecutiva y al secretario técnico para hacer propuestas sobre estos mecanismos y políticas al Comité Coordinador (LGSNA, 20/05/21, artículo 31). Adicionalmente, el secretario técnico tiene todas las facultades como director de un

¹⁶ Véanse los informes trimestrales que contienen los cambios del personal de la Secretaría Ejecutiva <https://sejal.org/informes/>

OPD, que le otorga el artículo 59 de la LFEP (08/05/2023) por la remisión que hace el artículo 35 de la LGSNA (20/05/2021) y actúa como secretario del Comité Coordinador cuando este sesiona, siendo el ejecutor de sus acuerdos y seguimiento de los mismos (LGSNA, 20/05/2021, art. 35); una facultad más que tiene es la administración de la Plataforma Digital Nacional.

Puede observarse entonces, que la Secretaría Ejecutiva solo propone al Comité Coordinador y la aprobación recae en éste sobre los instrumentos: programa de trabajo, las políticas y metodología, la determinación de instrumentos de coordinación, requerimientos de información a los entes públicos, un informe anual y recomendaciones, mecanismos de intercambio de información, entre ellos, la Plataforma Digital Nacional (PDN) así como celebrar convenios de coordinación y cooperación (LGSNA, 20/05/2021, artículos 8o. y 9o.).

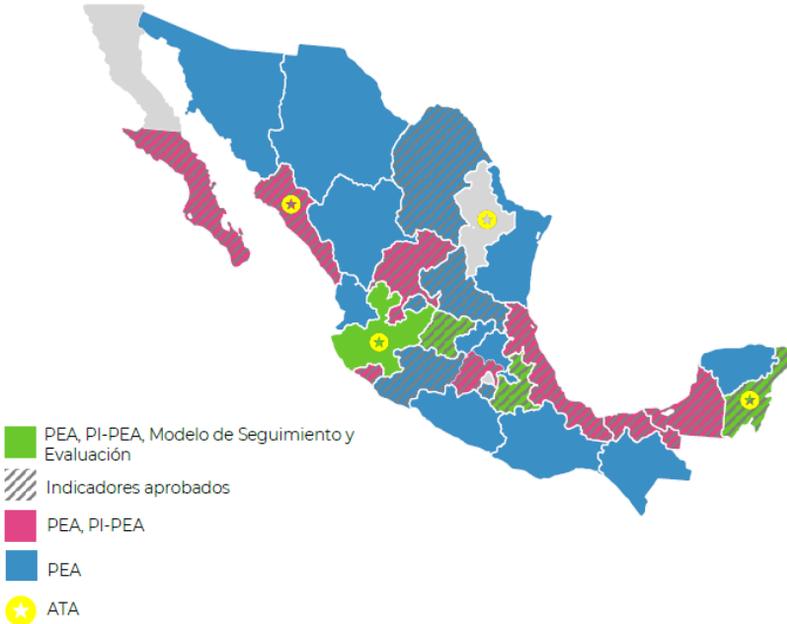
Difícilmente los insumos generados por las secretarías ejecutivas pueden comprenderse en lo establecido por el artículo 14 de la LFEP que señala que los OPD tiene por objeto: “I. La realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias; II. La prestación de un servicio público o social, o III. La obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social” (LFEP, 08/05/2023, art. 14).

Y por ello, tampoco, en correlación con la fracción III del artículo 58 de la misma ley, los órganos de gobierno de las secretarías ejecutivas pueden ejercer su facultad indelegable para “fijar y ajustar los precios de bienes y servicios que produzca o preste la entidad paraestatal con excepción de los de aquéllos que se determinen por acuerdo del Ejecutivo Federal” (LFEP, 08/05/2023, art. 58, fr. III).

Retomando la función principal de los sistemas anticorrupción y como se advierte en la figura 3 —y sin que se considere una evaluación de desempeño— ha sido lenta la elaboración y aprobación de las políticas anticorrupción y de los programas para su implementación.

Figura 3.

Avance de las políticas estatales anticorrupción (PEA), sus programas de implementación (PI) y modelos de seguimiento y evaluación y anexos transversales anticorrupción presupuestarios (ATA)



FUENTE: SESNA (2023, p. 87).

Tampoco se reportan los mecanismos de coordinación interinstitucionales (SESNA, 2023). Si bien no debe asumirse que las secretarías ejecutivas son las únicas responsables de esta situación porque, como se apuntó, no depende de ellas la aprobación de los mecanismos y las políticas públicas, sí cabe la duda sobre el cumplimiento adecuado de sus funciones ya que en Guanajuato y Jalisco se han celebrado igual o más sesiones de los órganos de gobierno de estos OPD que sesiones de los Comités Coordinadores o de las Comisiones Ejecutivas para aprobar los insumos que les proporcionan (cuadro 6).

Cuadro 6.
Sesiones celebradas de los cuerpos colegiados que son apoyados
por las secretarías ejecutivas de los sistemas anticorrupción
(de 2017 a agosto de 2023)

Año		Nacional		Guanajuato		Jalisco	
		Ordinarias	Extraordi- narias	Ordinarias	Extraordi- narias	Ordinarias	Extraordi- narias
2017	CC	3	3	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
	OG	1	1	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
	CE	3	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
2018	CC	3	n.a.	3	6	3	2
	OG	2	1	3	6	3	6
	CE	4	1	2	1	5	1
2019	CC	4	3	4	6	5	1
	OG	4	n.a.	4	6	4	4
	CE	3	1	4	6	6	n.a.
2020	CC	4	n.a.	4	11	4	1
	OG	1	2	4	11	4	4
	CE	3	1	4	3	6	2
2021	CC	2	n.a.	4	14	4	n.a.
	OG	2	n.a.	4	14	4	4
	CE	1	1	4	6	6	1
2022	CC	3	n.a.	4	11	4	n.a.
	OG	2	2	4	11	4	n.a.
	CE	3	2	4	6	6	n.a.
2023	CC	2	1	3	6	2	2
	OG	2	1	3	6	4	4
	CE	3	n.a.	3	0	4	1
	CC: Comité Coordinador					n.a.: no aplica	
	OG: Órgano de Gobierno						
	CE: Comisión Ejecutiva						

FUENTE: elaboración propia con base en solicitudes personales de información y página web de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción de Jalisco.

Estos datos dan cuenta de la necesidad de aprobaciones que requieren las secretarías ejecutivas en su naturaleza de OPD por parte de su OG lo cual resta tiempo y esfuerzo a lo que es su función principal la cual implica —por el diseño tan complejo de los sistemas anticorrupción— desafíos importantes como la coordinación institucional tanto interna como externa que debe ejecutar y darles seguimiento. No se debe olvidar tampoco que cada sesión de los cuerpos colegiados implica preparar insumos técnicos, emitir convocatoria, redactar actas y publicarlas, entre otras labores previas y posteriores. Se ofrece en el siguiente apartado, un breve análisis sobre la coordinación interna de las secretarías ejecutivas con los cuerpos colegiados de los sistemas anticorrupción, así como de la coordinación externa con otras instituciones públicas.

VII. La coordinación institucional anticorrupción

Cada sistema anticorrupción, como se ha explicado, es una instancia que agrupa a su vez, varios cuerpos colegiados y con los cuales, la Secretaría Ejecutiva, por medio de su directora o director (secretaria o secretario técnico), interactúa constantemente y con diferentes facetas. Para comprender mejor esa coordinación podemos dividirla en interna y externa, agrupando en la primera a la coordinación de las instancias o cuerpos colegiados que integran el Sistema Anticorrupción y, en la segunda, la coordinación con los entes públicos del ámbito que corresponda.

La primera relación conflictiva que tiene la Secretaría Ejecutiva es con el Comité de Participación Ciudadana o Social, ya que, por un lado, quien lo presida, también preside el Comité Coordinador y el OG de la propia Secretaría como se ha venido reiterando, y por otro lado, los integrantes de este Comité ciudadano, son contratados por esta secretaría, bajo el régimen de honorarios, sin que según la ley, exista relación laboral y de acuerdo con los términos que determine el OG (LGSNA, 20/05/2021, art. 17; LSAJ, 01/11/2019, art. 19; LSAEJ, 08/06/2023, art. 16).

Indudablemente, la naturaleza y régimen jurídico del integrante del CPC amerita un estudio propio, pero a efecto del objetivo de este texto, sobresale que una persona preside la autoridad máxima del OPD, y al mismo tiempo

tiene injerencia en los honorarios que se le pagarán con los recursos de ese OPD sin tener una relación laboral.

Otro reto para la Secretaría Ejecutiva es que los integrantes de ese Comité ciudadano que no presiden el Comité Coordinador conforman, *ex lege*, la Comisión Ejecutiva de la Secretaría Ejecutiva, como se apuntó al inicio de este texto, lo que propicia una doble agenda que coordinar: la del Comité ciudadano y la de la Secretaría, que obedece a lo instruido por el Comité Coordinador y, por otro lado, a lo que en forma independiente le mandata la ley como es la administración de la PDN (LGSNA, 20/05/2021, arts. 30 y 31; LSAG, 01/112019, arts. 35 y 36; LSAEJ 08/06/2023, arts. 30 y 31).

Por lo que toca al resto de integrantes del Comité Coordinador, no hay que perder de vista que los titulares del Instituto Nacional de Transparencia, Información Pública y Protección de Datos Personales, de la Secretaría de la Función Pública y la Auditoría Superior de la Federación o sus pares estatales vigilarán a las secretarías ejecutivas, como los OPD que son, además de ser parte de su OG, lo que puede ocasionar un conflicto de interés ya que a sí mismos, se auditan o revisan la cuenta pública que refleja los recursos que se aprobaron y, también, se evalúa el cumplimiento de sus obligaciones en materia de transparencia. A esto se añade que las secretarías ejecutivas tienen que darles el mismo trato a las instituciones del Comité Coordinador, cuando éste emite recomendaciones o tienen que cumplir con la agenda de estrategias y acciones de las políticas anticorrupción aprobadas. Es indudable que este entramado causa conflictos de intereses entre las instituciones y sus titulares y entre éstos y los secretarios técnicos.

Por otra parte, en la coordinación externa, no es usual que un OPD administre plataformas informáticas omnicomprendivas de todos los entes públicos de todos los órdenes de gobierno, como lo hace la SESNA respecto de la PDN (LGSNA, 20/05/2021, arts. 48-56; LGRA, 31/05/2023, arts.26-31).

La gestión de información que requieren los seis sistemas de la PDN implica coordinarse intensamente con los OIC de las instituciones y con las secretarías estatales, además de requerir de una reglamentación que todavía no se ha terminado de establecer, habiéndose avanzado más por la buena voluntad que por un firme entramado jurídico nacional o estatal armonizado,

como reporta la SESNA¹⁷ en la página web de la PDN señalando que actualmente, solo 31 entes públicos de todo el país se encuentran interconectados a esa plataforma. Este retraso puede atribuirse a que, por un lado, las secretarías ejecutivas no pueden expedir normas de aplicación general con alcance nacional, pero, por otro lado, la ley les exige que administren la PDN.

Un aspecto más de la coordinación institucional externa es el relativo a las recomendaciones que emiten los comités coordinadores ya que le toca a las secretarías ejecutivas entregarlas a los entes públicos a los cuales se dirigen, reportar si fueron aceptadas o no, así como todo su seguimiento hasta la conclusión de la recomendación (LGSNA, 20/05/2021, art. 57). Todavía no se ha institucionalizado esta rutina y puede causar sorpresa a los entes públicos que sea la Secretaría Ejecutiva y no el Comité Coordinador quien le esté requiriendo la información y, de alguna forma, esté evaluando si cumplió o no con la recomendación.

Las políticas anticorrupción —nacional y estatales— por su cuenta, son políticas que deben insertarse en los planes de desarrollo y otros instrumentos de gobierno y administración pública. Si bien le corresponde al Comité Coordinador su diseño, promover su implementación y evaluar los resultados, lo hace por medio de la Secretaría Ejecutiva, lo que implica que este OPD tenga una vinculación estrecha con las secretarías y dependencias del Poder Ejecutivo que son responsables de la planeación e incluso de la elaboración del presupuesto ya que existen anexos transversales anticorrupción para dar seguimiento a los recursos asignados a la materia, como se muestra en la figura 3. Un OPD convencional no tiene esa tarea estratégica y puede no respetársele con la misma intensidad que a una secretaría de estado, cuando más porque la Secretaría de la Función Pública y sus homólogas estatales son parte de los comités coordinadores y podría ser un vínculo más directo para la inserción de la política anticorrupción en la planeación del desarrollo y elaboración del presupuesto de egresos.

Una vez analizados los principales aspectos de la naturaleza jurídica y funciones de las secretarías ejecutivas, se señalan a continuación los efectos y riesgos que enfrentan para alcanzar sus objetivos.

¹⁷ <https://www.plataformadigitalnacional.org/> (11/06/2024).

VIII. Los efectos y riesgos

La composición de los sistemas anticorrupción y su normativa general es en sí misma complicada y confusa como ya se describió, por lo que puede ser solo una “reforma coyuntural que se perdió en un galimatías de trámites y enredos competenciales”, como lo apunta Teresita Rendón Huerta (2020). En el centro de este embrollo, como ya se dijo, están las secretarías ejecutivas como órganos de apoyo técnico y ejecutoras de los acuerdos del Comité Coordinador (p. 178).

Un área de riesgo es la PDN ya comentada, que contiene el sistema de evolución patrimonial, de declaración de intereses y de constancias de presentación de la declaración fiscal, que aunque viene señalado en la Ley General de Responsabilidades Administrativas desde 2016 no se ha terminado de desarrollar una normativa sobre el intercambio de información que sea aplicable a todos los entes públicos mexicanos y, en consecuencia, no hay análisis de evolución patrimonial ni el uso de datos que se esperaba por parte de las autoridades anticorrupción, a más de nueve años de la reforma constitucional que creó el SNA (LGRA, 27/12/2022, artículo 27).

Un riesgo más es la distorsión de la finalidad de la Secretaría Ejecutiva al ser un OPD ya que al fungir dualmente las personas que integran el Comité Coordinador como OG, se provoca que haya una gran introspección y una vigilancia extrema de la Secretaría Ejecutiva, como se observa en el número de sesiones que celebran como OG enumeradas en el cuadro VI, en lugar de utilizarla como el órgano de apoyo técnico para los fines anticorrupción que establecen las leyes de la materia.

En ese sentido, la Política Nacional Anticorrupción (PNA), instrumento concentrador de la razón de ser del SNA, incluidos en él a los sistemas estatales, no se ha implementado aún y la SESNA no podrá impulsar esa implementación pues la ley da esa atribución al Comité Coordinador el cual a su vez se apoya en la SESNA, volviéndose un círculo vicioso en el peor de los escenarios.

En complemento a lo anterior, Camacho Pérez y Muñoz-Rivero Manrique (2021, pp. 163-179) y Nieto Morales (2020, pp. 703-705) ya han advertido sobre la complejidad del diseño organizacional del SNA para una efectiva coordinación y la disminución que sufrió la SESNA en su presupuesto

en 2019 como otro riesgo para la implementación de la PNA al considerarse que esa Secretaría Ejecutiva es la encargada de materializar las funciones del Comité Coordinador.

Ante estos riesgos para un buen funcionamiento, surge también un efecto indeseable que es el desencanto social y la falta de credibilidad en las instancias de estos sistemas, entre ellas, sus secretarías ejecutivas que son las responsables de materializar los acuerdos de los comités coordinadores. Tras el enorme esfuerzo que significó crear y echar a andar a los Sistema Anticorrupción, merece valorarse el corregir este diseño o encontrar algún cauce que permita un trabajo más ágil y productivo con impactos visibles como los datos en la PDN en lugar de las muchas sesiones de los cuerpos colegiados que se apuntaron en este texto. Se ofrecen para finalizar, unas conclusiones y propuestas generales para mejorar los problemas planteados.

IX. Conclusiones y propuestas

El diseño jurídico-institucional puede determinar el éxito o fracaso de las propuestas de solución de problemas públicos complejos como es la corrupción y el Sistema Nacional Anticorrupción creado en 2015. Así, a nueve años de su establecimiento normativo en la carta magna se ha evidenciado su difícil funcionamiento, entre otras causas, como se analizó en este trabajo, por la cantidad de actores y la naturaleza jurídica de cada institución involucrada, entre ellas, las secretarías ejecutivas.

Las legisladoras y los legisladores, así como sus equipos, las organizaciones de la sociedad civil y los grupos que inciden en las propuestas de leyes necesitan analizar los efectos de la normativa que proponen ya que, en caso de aprobarse, tiene consecuencias indeseables como sucede con los entresijos jurídicos de las secretarías ejecutivas de los sistemas anticorrupción que fueron descritos en estas líneas.

Si bien los problemas del federalismo mexicano no se solucionan completamente con el establecimiento de más sistemas nacionales, pues es impostergable revisar el gran pacto y la distribución de competencias y potestades entre los gobiernos federal, estatales y municipales, tampoco pueden extinguirse abruptamente tales sistemas. Por ello, es necesario, además de un

fundamento constitucional, utilizar una perspectiva federalista y al derecho administrativo que regula la gestión interna de los entes públicos, para sentar bases legales adecuadas para la coordinación interinstitucional anticorrupción y que las estrategias y acciones de la política anticorrupción sean implementadas por los ámbitos de gobierno y administración pública que realmente tengan capacidad para ello; solo así se podrán controlar las conductas de las personas en el servicio público y la gestión de los recursos públicos.

En tenor de lo anterior, cabe proponer, primeramente, la reforma a nuestra carta magna para que en el artículo 113 sólo exista el SNA y en los artículos 116 y 122 se establezca la competencia de implementación para las entidades federativas de la PNA, bajo los mecanismos que cada una de aquellas decidan.

Y, en segundo término, una reforma a la LGSNA para configurar a la Secretaría Ejecutiva como un centro público de investigación que diseñe los insumos para el Comité Coordinador pero que sea independiente de este. En esa línea de idea, el pago de los honorarios del CPC podría hacerlos directamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, evitando así los conflictos de intereses identificados.

X. Bibliografía

- Ackerman, J. y Astudillo, C. (Coords.). (2009). *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Arias de la Mora, R. y Mariñez Navarro, F. (2020). El Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco. En J. Galindo y A. J. Olvera (Coords.), *Narrativas de los sistemas estatales anticorrupción en México. Reflexiones desde lo local* (pp. 211-226). Universidad Veracruzana.
- Camacho Pérez, J. A. y Muñoz-Rivero Manrique, E. (2021). Política Nacional Anticorrupción: coordinación de políticas y retos para su implementación. *Estudios Políticos*, (53), 145-183. <https://doi.org/10.22201/fcyps.24484903e.2021.53.79435>

- Cárdenas Gracia, J. (2017). *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4310/10.pdf>
- Chaires Zaragoza, J. (2018). *Federalismo mixto en México: de un federalismo dual a un federalismo nacional*. Universidad de Guadalajara.
- Comité de Participación Ciudadana del Sistema Local Anticorrupción de la Ciudad de México. (s. f.). *Inicio*. <https://cpccdmx.org/>
- Comité de Participación Ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción. (2017). *Proceso de Selección de la Secretaría Técnica*. <https://cpc.org.mx/proceso-de-seleccion-del-secretario-tecnico-de-la-secretaria-ejecutiva/>
- Comité de Participación Social del Estado de Jalisco. (s. f.). *Convocatoria para la titularidad de la SESAJ*. <https://cps.seajal.org/convocatorias/2022/12/titularidad-sesaj-2022/>
- Congreso de Guanajuato. (s. f.) *Expedientes legislativos digitales*. https://www.congresogto.gob.mx/expedientes_legislativos_digitales/iniciativas/5027
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 06/06/2023. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Estatuto Orgánico de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción del Estado de Guanajuato. 07/09/2021. https://seseaguanajuato.org/conoce_sesea/normativa
- Estatuto Orgánico de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción de Jalisco. 13/06/2023. <https://seajal.org/transparencia/informacion-fundamental/fraccion-ii-d-los-reglamentos/>
- Estatuto Orgánico de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción. 01/02/2023. <https://www.sesna.gob.mx/transparencia/normatividad/>
- Fernández Ruíz, J. (2021). El origen del derecho administrativo en México. *Biolex*, (13), 1-28. <https://orcid.org/0000-0002-1739-4451>
- Flores Becerra, L. A. (2019). Transversalidad de la administración pública, nuevo concepto para ubicar dependencias y entidades atípicas del sector eléctrico mexicano. *RICSH. Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, 9(17), 1-26. <https://doi.org/10.23913/ricsh.v9i17.184>
- Galindo, J. y Olvera, Alberto A. J. (2020). *Narrativas de los sistemas estatales anticorrupción en México. Reflexiones desde lo local*. Universidad Veracruzana.

- Gobierno de Jalisco. (s. f.). *Listado de organismos*. <https://www.jalisco.gob.mx/es/gobierno/organismos?page=3>
- Hernández, M. P. (2022). El federalismo a prueba. El centralismo silencioso. En J. M. Serna de la Garza (Coords.), *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social* (pp. 47-73). UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://tinyurl.com/46xdxc3j>
- Huerta Ochoa, C. (2022). El sistema jurídico mexicano en el marco del federalismo actual. El laberinto de las potestades normativas. En J. M. Serna de la Garza (Coords.), *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social* (pp. 1-46). UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://tinyurl.com/46xdxc3j>
- Instituto Belisario Domínguez. (2022). *200 años del pacto federal: significado, actualidad y perspectivas*. Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez. https://www.researchgate.net/publication/359146489_200_anos_del_Pacto_Federal_Significado_actualidad_y_perspectivas
- Ley de Entidades Paraestatales del Estado de Jalisco. 23/02/2023. https://congresoweb.congreso.jalisco.gob.mx/BibliotecaVirtual/legislacion/Leyes/Documentos_PDF-Leyes/Ley%20de%20Entidades%20Paraestatales%20del%20Estado%20de%20Jalisco-010323.pdf
- Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Guanajuato. 01/11/2019. <https://www.congresogto.gob.mx/leyes?utf8=%E2%9C%93&query=Ley+del+Sistema+Anticorrupci%C3%B3n+del+Estado+de+Guanajuato&tipo=&commit=Buscar>
- Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco. 08/06/2023. https://congresoweb.congreso.jalisco.gob.mx/BibliotecaVirtual/legislacion/Leyes/Documentos_PDF-Leyes/Ley%20del%20Sistema%20Anticorrupci%C3%B3n%20del%20Estado%20de%20Jalisco-150623.pdf
- Ley del Trabajo de los Servidores Públicos al Servicio del Estado y de los Municipios. 28/10/2022. <https://www.congresogto.gob.mx/leyes?utf8=%E2%9C%93&query=Ley+del+Trabajo+de+los+Servidores&tipo=&commit=Buscar>
- Ley Federal de las Entidades Paraestatales. 08/05/2023. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFEP.pdf>
- Ley General de Responsabilidades Administrativas. 27/12/2022. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA.pdf>

- Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción. 20/05/2021. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA_200521.pdf
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. 03/05/2023. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOAPF.pdf>
- Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Guanajuato. 04/07/2023. <https://www.congresogto.gob.mx/leyes?utf8=%E2%9C%93&query=Ley+Org%C3%A1nica+Poder+Ejecutivo&tipo=&commit=Buscar>
- Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco. 06/07/2023. https://congresoweb.congresoal.gob.mx/BibliotecaVirtual/legislacion/Leyes/Documentos_PDF-Leyes/Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Poder%20Ejecutivo%20del%20Estado%20de%20Jalisco-060723.pdf
- Ley para los Servidores Públicos del Estado de Jalisco y sus Municipios. 13/06/2023. https://congresoweb.congresoal.gob.mx/BibliotecaVirtual/legislacion/Leyes/Documentos_PDF-Leyes/Ley%20para%20los%20Servidores%20P%C3%ABlicos%20del%20Estado%20de%20Jalisco%20y%20sus%20Municipios-130623.pdf
- López Rodríguez, B. (2022). Los órganos “autónomos” de evaluación en México ¿autonomía o independencia. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, LV(163), 127-161. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17493>
- Márquez, D. (2018). Reflexiones en torno a la reforma constitucional y legal en materia de combate a la corrupción en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLX(152), 787-803. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.152.12926>
- Meza Martínez, E. (2015). Las garantías laborales de los empleados de los organismos públicos descentralizados en el Estado de Puebla. [Tesis de Maestría en Derecho, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla]. Repositorio Institucional-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. <https://hdl.handle.net/20.500.12371/9510>
- Monsiváis-Carrillo, A. (2019). “Innovación institucional para la rendición de cuentas: el Sistema Nacional Anticorrupción en México”. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, (65), 51-69. <https://doi.org/10.17141/iconos.65.2019.3793>

- Nieto Morales, F. (2020). El legado del “sexenio de la corrupción”: los retos del sistema nacional anticorrupción. *Foro Internacional (LX)* 240, (2), 683-715. 10.24201/fi.v60i2.2736
- Plataforma Digital Nacional. (s. f.). *Avances de interconexión subnacional. Sistemas 1, 2 y 3*. <https://www.plataformadigitalnacional.org/mapa-avance/>
- Rendón Huerta Barrera, T. J. (2020). Narrativas de los sistemas locales anticorrupción. Guanajuato. En J. G. y A. J. Olvera (Coords.), *Narrativas de los sistemas estatales anticorrupción en México. Reflexiones desde lo local* (pp. 171-179). Universidad Veracruzana.
- Rodríguez Manrique, C. (2006). Organismos públicos del Poder Ejecutivo y autoridades independientes. *Revista de Derecho Administrativo*, (2), 196-223. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16339>
- Rueda Rodríguez, A. E. (2020). Reflexiones sobre el concepto del trabajador al servicio del Estado en México y su régimen laboral aplicable: ¿Trabajadores al servicio del Estado, empleados públicos, funcionarios o burócratas? *Revista de la Facultad de Derecho de México*. (278), 569-600. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.278-2.75673>
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público. (2023). Relación de las Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal. *Diario Oficial de la Federación*, 08/08/ 2023. [Archivo PDF]. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5697709&fecha=07/08/2023#gsc.tab=0
- Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción de Jalisco. (13/11/2023). Memoria institucional. Desafíos, logros y avances en la construcción de la SESAJ. Secretaría Ejecutiva Memoria institucional. <https://www.seajal.org/wp-content/uploads/2023/06/Memoria-Institucional-SESAJ-2018-2023.pdf>
- Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción de Jalisco. (2023). *Sesiones del Órgano de Gobierno* [video] *YouTube*. <https://www.youtube.com/watch?v=KD1OSVp2ly0>
- Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción de Jalisco. (s. f.). *Informes de la Secretaría Ejecutiva*. <https://seajal.org/informes/>
- Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción. (2018). *Diagnóstico sobre el grado de armonización de las leyes de los sistemas estatales anticorrupción respec-*

- to de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción. https://www.sesna.gob.mx/wp-content/uploads/2019/08/180.dgv_diagnostico_leyes_sla.pdf Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción.(2021). *Informe conformación de la estructura operativa y armonización legislativa de los sistemas locales anticorrupción*. https://www.sna.org.mx/wp-content/uploads/2021/12/Ficha_INFORME_12_2021.pdf
- Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción (2023). *Informe sobre la situación de los Sistemas Estatales Anticorrupción con información al cuarto trimestre de 2023*. <file:///C:/Users/aimce/Downloads/4.-Informe-Sistemas-Locales-Anticorrupcion.-Cuarto-trimestre-de-2023.pdf>
- Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción (s. f.). *Rendición de Cuentas. Normatividad*. <https://www.sesna.gob.mx/transparencia/normatividad/>
- Serna de la Garza, J. M. (Coords.). (2022). *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://tinyurl.com/46xdxc3j>
- Sistema Estatal Anticorrupción de Jalisco (s. f.). *Normateca, f) Normatividad Anticorrupción en otros estados*. <https://seajal.org/biblioteca-digital/normateca/f-normatividad-anticorrupcion-en-otros-estados/>
- Sistema Estatal Anticorrupción de Jalisco. (s. f.). SEAGAL [Infografía]. <https://www.seajal.org/wp-content/uploads/2023/12/Infografia-SEA-JAL-2024.pdf>
- Sistema Nacional Anticorrupción (s. f.) *Qué hacemos*. Secretaría Ejecutiva del SNA. <https://www.sna.org.mx/que-hacemos/>
- Tamayo, J. (1987). Las entidades paraestatales en México. *Investigación económica* (182), 255-283. <https://www.jstor.org/stable/42813724>
- Uvalle Aguilera, R. A. (2018). Organización y administración del Sistema Nacional Anticorrupción en México: retos y desafíos para su eficacia. *Administración y Organizaciones*, 21(41), 35-46. <https://www.doi.org/10.24275/uam/xoc/dcsh/rayo/2018v21n41/Uvalle>

Cómo citar

IJJ-UNAM

Figueroa Neri, Aimée, “Las secretarías ejecutivas de los sistemas anticorrupción de México, Naturaleza jurídica y sus efectos en el control de la corrupción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 169, 2024, pp. 67-103. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18626>

APA

Figueroa Neri, A. (2024). Las secretarías ejecutivas de los sistemas anticorrupción de México, Naturaleza jurídica y sus efectos en el control de la corrupción. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(169), 67-103. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18626>

Regulación del derecho del patrimonio cultural: derecho comparado entre México y España

Regulation of cultural heritage law: Comparative law between Mexico and Spain

Erika Flores Déleon

 <https://orcid.org/0000-0001-5547-4973>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: erikafloresdeleon@gmail.com

Recepción: 29 de noviembre de 2023 | **Aceptación:** 31 de julio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.19038>

Resumen: El artículo compila y analiza el marco jurídico vigente tanto nacional como internacional del patrimonio cultural, tangible e intangible, en los Estados Unidos Mexicanos. Esta categoría esencial del derecho cultural cuenta con estándares internacionales que tanto la República Mexicana como el Reino de España comparten, no solo por considerarse normas convencionales del bloque de constitucionalidad, sino por ser altas partes contratantes de los instrumentos jurídicos internacionales en la materia del sistema universal de protección de los derechos humanos. A partir del método micro-comparativo estructuralista se analizan las semejanzas y diferencias en la forma de implementación de dichos estándares en su regulación interna.

Palabras clave: patrimonio cultural tangible, patrimonio cultural material, patrimonio cultural inmaterial, derecho cultural, derechos humanos.

Abstract: The article compiles and analyzes the current legal framework, both national and international, of cultural heritage, tangible and intangible, in the United Mexican States. This essential category of Cultural Law has international standards that both the Mexican Republic and the Kingdom of Spain share, not only because they are considered conventional norms of the constitutional block, but also because they are high contracting parties of the international legal instruments on the subject of the human rights universal system protection. Using the structuralist micro-comparative method, the similarities and differences in the way these standards are implemented in their internal regulation are analyzed.

Keywords: tangible cultural heritage, material cultural heritage, intangible cultural heritage, human rights.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Marco conceptual y teórico.* III. *Patrimonio cultural tangible.* IV. *Patrimonio cultural intangible.* V. *Derecho comparado del patrimonio cultural: España-México.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias.*

I. Introducción

El derecho cultural es una especialidad de la ciencia jurídica poco explorada y subdesarrollada bajo el principio de indivisibilidad de los derechos humanos (Flores, 2018a, p. 23). De las categorías esenciales subyacentes a esta novedosa rama del derecho se encuentra el derecho del patrimonio cultural.

El derecho del patrimonio cultural tanto material (o tangible) como inmaterial (o intangible) cuenta con regulación internacional, dichos estándares internacionales son implementados de manera diversa en los países que se han obligado ante la comunidad internacional depositando el instrumento de ratificación del tratado internacional correspondiente ante la Organización de las Naciones Unidas.

Es por ello por lo que, a sabiendas de las distintas formas de Estado de los países objeto de estudio, a saber, los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, los tratados internacionales gozan en ambos países del máximo rango constitucional por ser normas convencionales en materia de derechos humanos.

De este modo, analizaremos en primer término, el marco jurídico del patrimonio cultural material e inmaterial en los Estados Unidos Mexicanos, para, seguidamente, a partir del método micro-comparativo estructuralista, analizar las semejanzas y diferencias en la forma de implementación de dichos estándares en su regulación interna, estableciendo las semejanzas y diferencias entre la regulación constitucional e infraconstitucional de determinadas disposiciones contenidas en los ordenamientos jurídicos español y mexicano más relevantes en materia de patrimonio cultural.¹ De este modo, observaremos ejemplos claros de cómo se implementan las disposiciones contenidas en los tratados internacionales en materia de patrimonio cultural en ambos países.

Del catálogo de métodos comparativos, derivado del enfoque teórico asumido para abordar la materia que nos ocupa, hemos seleccionado el estructuralista debido a que éste sugiere que los ordenamientos están animados

¹ Cabe hacer la aclaración al lector que la materia patrimonio cultural abarca gran cantidad de ordenamientos jurídicos e instituciones, los cuales no se pretenden agotar todos en este trabajo, sino únicamente los más significativos y torales para dar cuenta de la diversidad de formas de implementación de los estándares internacionales.

por estructuras, tanto jurídicas como institucionales, que se muestran constantes a lo largo del tiempo (Somma, 2015, p. 155). De este modo, la categoría patrimonio cultural, según la teoría de los formantes, es un objeto plenamente asimilable (Flores, 2019a, p. 13).

Con este ejercicio de comparación de normatividad doméstica y extranjera, vislumbraremos otras formas más democráticas en la gestión del patrimonio cultural material e inmaterial actualmente instrumentadas e implementadas en España como ejemplo de buenas prácticas, así como planes estratégicos a largo plazo que abonan en la construcción de reflexiones del modelo actual centralista del Estado mexicano en la gestión del patrimonio cultural material, así como la tarea aún pendiente de crear bases jurídicas desde la interculturalidad, lo cual repercute en la deficiente regulación del patrimonio cultural material e inmaterial en México.

II. Marco conceptual y teórico

El estudio del derecho del patrimonio cultural lo hemos dividido en dos vertientes, a saber, la tangible y la intangible.

Por un lado, el patrimonio cultural tangible (o material) tutela el conocimiento universal resguardado en bienes culturales, monumentos y zonas arqueológicas, artísticos, históricos y paleontológicos, tanto los existentes en zonas terrestres como en zonas marítimas, así como los museos y recintos que los contienen (Flores, 2018a, p. 58).

Por otro lado, el patrimonio cultural inmaterial, corresponde al compendio normativo expedido para tutelar el conocimiento universal ancestral preservado en las personas, en sus modos de vida y lenguaje, tradiciones, cosmovisión, usos y costumbres, así como su salvaguardia y trasmisión que es, principalmente, a través de pictogramas e ideogramas, símbolos y comunicación oral (Flores, 2018a, p. 59).

Comenzaremos con el análisis jurídico del patrimonio cultural tangible e intangible contenido en el bloque de constitucionalidad en los Estados Unidos Mexicanos para, seguidamente, abordar la normatividad de rango legal. Ya que, un patrimonio cultural protegido de manera eficaz es vehículo de conservación y transmisión del conocimiento universal, ancestral y tra-

dicional, crisol de la diversidad cultural, identidad, desarrollo sustentable y comprensión de nuestra realidad multidimensional.²

En cuanto al modelo teórico suscrito en el trabajo que nos ocupa, nos adscribimos al marco epistémico del garantismo constitucional de Luigi Ferrajoli (2014, p. 28). El constitucionalismo garantista “será concebido como un modelo normativo de ordenamiento jurídico fundado en la rígida sujeción de toda la producción normativa a las normas constitucionales y a los derechos establecidos en ellas, en la consideración de sus violaciones como antinomias o como lagunas, una por acción y otras por omisión”.

Suscribimos la teoría del garantismo constitucional ferrajoliana no sólo por su aporte científico y pertinencia en cuanto al nuevo paradigma constitucional de los derechos culturales entendidos como derechos humanos, sino porque ésta emerge en tanto existe una preocupación por la crisis de derechos humanos que se acrecienta año con año tras la llegada del imperialismo y neoliberalismo en los Estados. Es por ello que vincula como principales garantes no solo al Poder Judicial, sino también al Ejecutivo, a los legisladores, así como a los poderes privados.

A través del modelo propuesto por Ferrajoli se pretende arribar a la plena efectividad de todos y cada uno de los derechos humanos, todos sin distinción alguna. En efecto, ahora la legitimación del Estado —como creación jurídica—, misma que se sustenta sobre la base de la estructura institucional creada por el mismo orden jurídico-político, tiene su fundamentación en hacer valer los derechos inalienables de toda persona —tanto en su esfera individual como colectiva—, es decir, en la efectividad³ de los derechos fundamentales.

² No debemos dejar de mencionar que México, a 20 de marzo del 2024 cuenta con 35 sitios inscritos en la Lista de Patrimonio Mundial: <https://whc.unesco.org/es/list/?iso=mx&search=&>, así como con 12 expresiones culturales inscritas en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad: [https://ich.unesco.org/es/listas?text=&country\[\]=00143&multinational=3#tabs](https://ich.unesco.org/es/listas?text=&country[]=00143&multinational=3#tabs)

³ La inefectividad de los derechos fundamentales se da cuando los derechos consagrados en el carta magna no han sido desarrollados por los legisladores —ausencia de garantías primarias—; o habiéndolos desarrollado, no se ha actualizado en el texto legal el régimen jurídico de los mismos a la luz del nuevo paradigma constitucional de los derechos humanos; asimismo, los derechos fundamentales carecen de eficacia cuando los operadores jurídicos y los sujetos que tienen el deber de hacerlos valer los desconocen, los ignoran y/o los violan sistemáticamente.

III. Patrimonio cultural tangible

1. Derecho internacional de los derechos humanos

Los instrumentos internacionales vinculantes suscritos por el Estado mexicano en materia de patrimonio cultural tangible son los siguientes:

El Convenio sobre la Protección de Instituciones Artísticas, Científicas y Monumentos Históricos, conocido como Pacto Roerich,⁴ proclama la neutralidad —tanto en tiempo de paz como de guerra— y, por ende, respeto y protección del patrimonio cultural, así como de todo espacio en donde se genere cultura, ciencia, arte o educación, y al personal que labora en estas instituciones. Asimismo, con el objeto de identificar dichos monumentos, el instrumento anexa un símbolo para usarlo en los espacios exteriores en forma de bandera.

El Tratado Panamericano sobre Protección de Muebles con Valor Histórico, adoptado en Washington el 15 de abril de 1935,⁵ protege, entre las partes contratantes, los bienes muebles precolombinos, los de época colonial, los de época revolucionaria, bibliotecas, archivos y colecciones de alta significación histórica, así como la riqueza mueble natural en especial los especímenes amenazados de exterminación, contra las importaciones ilícitas y contra la apropiación de los mismos por botín de guerra.

La Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, adoptada en La Haya el 3 de agosto de 1956,⁶ prote-

⁴ Organismo depositario: OEA. Lugar de adopción: Washington D C. Fecha de adopción: 15 de abril de 1935. Vinculación de México: 2 de octubre de 1936 (ratificación). Aprobación del Senado: 23 de diciembre de 1935 según decreto publicado el 22 de febrero de 1936. Entrada en vigor general: 26 de agosto de 1935. Entrada en vigor para México: 2 de octubre de 1936. Publicación en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*: 18 de agosto de 1937.

⁵ Firma de México: 28 de octubre de 1938; aprobación del Senado: 22 de diciembre de 1938; publicación en el *DOF*-aprobación: 4 de marzo de 1939; vinculación de México: 15 de mayo de 1939-ratificación; entrada en vigor internacional: 1o. de mayo de 1936; entrada en vigor para México: 16 mayo de 1939; publicación en el *DOF*-promulgación: 2 de enero de 1940.

⁶ Firma de México: 29 de diciembre de 1954; aprobación del Senado: 27 de diciembre de 1955; publicación en el *DOF*-aprobación: 31 de diciembre de 1955; vinculación de México: 7 de mayo de 1956-Ratificación; entrada en vigor internacional: 7 de agosto de 1956;

ge⁷ los bienes culturales tanto muebles como inmuebles, ya sean monumentos artísticos, históricos o arqueológicos, así como las zonas que los comprenden; también quedan protegidos los edificios en donde se conservan o exponen los bienes culturales, así como los refugios en donde se depositen los bienes en caso de conflicto armado.

Asimismo, la Convención en comento contempla un Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial, a inscribir los bienes culturales que en caso de conflicto armado estén, como su nombre indica, bajo un régimen especial de protección. También contempla el transporte de bienes culturales bajo protección policial en casos de urgencia. Tanto los bienes inscritos como los transportados deberán ser identificados con el emblema de la Convención. Esta cuenta con un reglamento de aplicación.

El Segundo Protocolo de la Convención de La Haya sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, adoptado en La Haya, el 26 de marzo de 1999,⁸ tiene por objeto reforzar las medidas de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Los Estados parte deberán contemplar la tipificación de los delitos en sus sistemas normativos en caso de violaciones al Protocolo.⁹

El Protocolo en comento contempla la extradición y la asistencia jurídica recíproca, así como la necesidad de contar con medidas adecuadas tanto

entrada en vigor para México: 7 de agosto de 1956; publicación en el *DOF*-promulgación: 3 de agosto de 1956.

⁷ Según se desprende del art. 2o., protección implica salvaguardar y respetar dichos bienes.

⁸ Clase de instrumento: tratado internacional. Adopción: 26 de marzo de 1999. Fecha de entrada en vigor internacional: 9 de marzo de 2004. Vinculación de México: 7 de octubre de 2003 (adhesión). Fecha de entrada en vigor para México: 9 de marzo de 2004. *DOF*: 14 de abril de 2004.

⁹ El capítulo cuarto está dedicado a la responsabilidad penal y jurisdicción. Entre ellos, se contempla que cometerá una infracción, de acuerdo a este Protocolo: toda persona que, deliberadamente y en violación de la Convención o del presente Protocolo, realice uno de los siguientes actos: hacer objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada; utilizar los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares; robar, saquear o hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención, y perpetrar actos de vandalismo contra ellos, entre otros. Cada parte adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos, con arreglo a su legislación nacional, las infracciones indicadas en el artículo 15, y para sancionar esas infracciones con penas adecuadas.

legislativas y administrativas como disciplinarias pertinentes para que cesen los actos violatorios perpetrados deliberadamente contra los bienes culturales.

Los Estatutos del Centro Internacional de Estudio de los Problemas Técnicos de la Conservación y de la Restauración de los Bienes Culturales, fueron adoptados en Nueva Delhi en 1956.¹⁰ Este tiene las funciones siguientes, reunir, estudiar y difundir documentación sobre los problemas científicos y técnicos que plantea la conservación y la restauración de los bienes culturales; entre otras.

La Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de la Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, adoptada en París el 14 de noviembre de 1970, auspiciada por la UNESCO,¹¹ tiene como objetivo proteger los bienes culturales de manera eficaz, los Estados se comprometen a combatir la importación, exportación y la transferencia de propiedad ilícitas a través de mecanismos normativos legislativos y reglamentarios; a la elaboración de listas e inventarios de bienes culturales; a la creación de instituciones científicas y técnicas; control de excavaciones arqueológicas; acción educativa y de sensibilización en torno al patrimonio cultural; difusión de la Convención, y dar la pertinente publicidad en caso de desaparición de un bien cultural.

En aras de promover una mayor protección de los bienes culturales, en 1978 se estableció un Comité de expertos independientes para facilitar la negociación bilateral para la restitución de los bienes culturales robados, así como su protección.¹²

¹⁰ Aprobación del Senado: no se envió al Senado; publicación en el *DOF*-aprobación: no se publicó; vinculación de México: 8 de agosto de 1961 Declaración oficial de adhesión; entrada en vigor internacional: 10 de mayo de 1958; entrada en vigor para México: 8 de agosto de 1961; publicación en el *DOF*. Promulgación: No se publicó.

¹¹ Aprobación Senado: 29 de diciembre de 1971. Publicación *DOF*-aprobación: 18 de enero de 1972. Vinculación de México: 4 de octubre de 1972-aceptación. Entrada en vigor internacional: 24 de abril de 1972. Entrada en vigor para México: 4 de enero de 1973. Publicación en el *DOF*-promulgación: 4 de abril de 1973.

¹² The UNESCO Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation (ICPRCP) was established by Resolution 20 C4 / 7.6 / 5 of the 20th session of the Conference General of UNESCO in 1978 as a permanent intergovernmental body. Véase <https://en.unesco.org/fightrafficking/icprcp> (20 de marzo de 2024).

La Convención Relativa a la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, celebrada por la UNESCO, y adoptada en París en 1972,¹³ conmina a los Estados parte a identificar y delimitar los diversos bienes contenidos en su territorio; a protegerlos, conservarlos, rehabilitarlos y transmitirlos a las generaciones futuras; a adoptar políticas que los revaloricen y les sean atribuidas funciones en la vida colectiva; a crear organismos con personal y medios adecuados para que los preserven; a desarrollar estudios e investigación científica y técnica en la materia; entre otras.

Para facilitar la aplicación de este instrumento, la UNESCO publica, de manera periódica, directrices prácticas,¹⁴ mismas que deben ser acatadas por todos los Estados parte de la Convención en cuestiones de inscripción de bienes, protección y conservación de los bienes del patrimonio mundial, concesión de asistencia internacional, y movilización de apoyo nacional e internacional.¹⁵ La Convención en comento crea un Comité de Patrimonio Cultural el cual recibirá los inventarios de los Estados parte que serán incluidos en la lista de patrimonio mundial que será actualizada, al menos, cada dos años.

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, adoptado en la ciudad de París, Francia, el 2 de noviembre de 2001¹⁶ con el objetivo de garantizar la protección del patrimonio cultural subacuático, se establecen diversas medidas, entre otras, considerarlos bienes fuera de comercio; la cooperación internacional; su preservación, y permitir el acceso responsable y no perjudicial.

¹³ Aprobación del Senado: 22 de diciembre de 1983; publicación en el *DOF*-aprobación: 23 de enero de 1984; vinculación de México: 23 de febrero de 1984-aceptación; entrada en vigor internacional: 17 de diciembre de 1975; entrada en vigor para México: 23 de mayo de 1984; publicación en el *DOF*-promulgación: 2 de mayo de 1984.

¹⁴ Para consultar la evolución histórica de las Directrices Prácticas establecidas por el Comité del Patrimonio Mundial, véase <http://whc.unesco.org/en/guidelineshistorical> (20 de marzo del 2024)

¹⁵ Directrices Prácticas sobre la aplicación de la Convención para la Protección el Patrimonio Mundial, WHC 08/01, UNESCO, Comité Intergubernamental de Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, p. 1.

¹⁶ Aprobación Senado: 25 de abril de 2006. Publicación en el *DOF*-aprobación: 2 de junio de 2006. Vinculación de México: 4 de julio de 2006-Ratificación. Entrada en vigor internacional: 2 de enero de 2009. Entrada en vigor para México: 2 de enero de 2009. Publicación en el *DOF*. Promulgación: 31 de diciembre de 2008.

Asimismo, cabe mencionar que México, además, ha suscrito tratados bilaterales tales como el Tratado de Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América que Dispone la Recuperación y Devolución de Bienes Arqueológicos, Históricos y Culturales Robados;¹⁷ con Guatemala, el Convenio de Protección y Restitución de Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos;¹⁸ y con la República del Perú, el Convenio para la Protección, Conservación, Recuperación y Devolución de Bienes Arqueológicos, Artísticos, Históricos y Culturales Robados, Exportados o Transferidos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República del Perú.¹⁹

2. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Con la reforma constitucional publicada en el *DOF* el 13 de enero de 1966 se adiciona la fracción XXV al artículo 73. Por primera vez en la historia del constitucionalismo mexicano se establece la facultad del Congreso de la Unión para legislar sobre vestigios, restos fósiles y sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés nacional. Ahora el patrimonio cultural tangible de interés nacional es competencia exclusiva de la federación, comprendiéndose que, de ser de interés local, las entidades federativas están facultadas para legislar.

¹⁷ Aprobación del Senado: 5 de noviembre de 1970. Publicación en el *DOF*-aprobación: 21 de noviembre de 1970. Entrada en vigor en México: 24 de marzo de 1971. Publicación en el *DOF*-promulgación: 9 de junio de 1971.

¹⁸ Aprobación del Senado: 21 de octubre de 1975. Publicación en el *DOF*-aprobación: 16 de febrero de 1976. Entrada en vigor en México: 18 de enero de 1977. Publicación en el *DOF*-promulgación: 28 de julio de 1976.

¹⁹ Dejó sin efectos el Convenio de Protección y Restitución de Bienes Arqueológicos, Artísticos, Históricos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Peruana, firmado en la ciudad de Lima, el 15 de octubre de 1975. Aprobación del Senado: 29 de abril de 2003. Publicación en el *DOF*-aprobación: 26 de junio de 2003. Entrada en vigor en México: 17 de julio de 2003. Publicación en el *DOF*-promulgación: 18 de septiembre de 2000.

3. *Ámbito legal doméstico*

La Ley Federal sobre Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos (LF-MAAH, 20/04/2024), vigente hasta nuestros días, fue publicada en el *DOF* el 6 de mayo de 1972, cuenta con un reglamento publicado en el *DOF* el 8 de diciembre de 1975.

La Ley, reglamentaria de la fracción XXV del artículo 73 constitucional, resultado de la reforma constitucional del 13 de enero de 1966, comentada *su- pra*, responde a los compromisos internacionales contraídos por México de las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedades ilícitas de bienes culturales.

Es la primera ley que positiviza la corresponsabilidad en cuanto al conocimiento, protección y preservación del patrimonio cultural entre las instancias públicas culturales, junto con la iniciativa privada y el sector social.

Su aplicación a la Secretaría de Cultura, a la Secretaría de Patrimonio Nacional, al INAH, INBAL y demás autoridades y dependencias federales, en los casos de su competencia. Determina como monumentos arqueológicos, artísticos, históricos y zonas de monumentos los expresamente enunciados en la presente ley y los que sean declarados como tales, de oficio o a petición de parte.

Los monumentos arqueológicos son propiedad de la nación. Asimismo, los propietarios de monumentos artísticos e históricos tienen la obligación de preservarlos, y en caso de restaurarlos, requerirán permiso expedido por el INAH o INBA, según el caso. Del mismo modo procederán los propietarios de bienes inmuebles colindantes a éstos.

Las autoridades municipales y de las entidades federativas, cuando se trate de monumentos arqueológicos o históricos que revistan un interés local, no solo deberán solicitar el permiso correspondiente al INAH, sino que también las obras estarán bajo la dirección de este.

Toda obra realizada sobre éstos, sin la autorización pertinente, será suspendida, y en su caso, demolida, siendo solidariamente responsables tanto el propietario, el que haya ordenado la obra, como el contratista.

El artículo 18 lo considero de extrema relevancia, ya que se conmina a contar con antropólogos titulados que asesoren y dirijan los rescates de arqueología.

La ley en comento crea un Registro Público de Monumentos y Zonas Arqueológicas e Históricas, a cargo del INAH, y un Registro Público de Monumentos y Zonas Artísticas, dependiente del INBA para la inscripción de monumentos y declaratorias respectivas. En estos quedarán registrados los monumentos pertenecientes a la federación, entidades federativas, municipios, organismos descentralizados, empresas de participación estatal, y personas físicas y morales privadas. Además, la declaratoria de que un bien inmueble es monumento, deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad de su jurisdicción.

Para la emisión de declaratorias de monumentos y zonas con valor artístico se deberá contar con la opinión de la Comisión Nacional de Zonas y Monumentos Artísticos, el cual está integrado por el director general del INBAL, un representante de la SEMARNAT, de la UNAM, y tres personas vinculadas al arte designados por el director del INBAL y, en su caso, a un representante del gobierno de la entidad federativa donde dichos bienes se encuentren.

Las zonas de monumentos están sujetas a la jurisdicción de los poderes federales. El INAH es competente en materia de monumentos y zonas de monumentos arqueológicos e históricos, el INBAL en materia de monumentos y zonas de monumentos artísticos.

La Ley Orgánica del Instituto Nacional de Antropología e Historia (LOINAH, 20/04/2024), fue publicada en el *DOF* el 3 de febrero de 1939. Desde su creación hasta la fecha, ha sido la institución por excelencia que resguarda el patrimonio cultural del país, concretamente el patrimonio prehistórico, arqueológico, histórico, antropológico y paleontológico con el fin de fortalecer la identidad y la memoria nacional.

Es responsable de 110,000 monumentos históricos, construidos entre los siglos XVI y XIX, y 29,000 zonas arqueológicas registradas en todo el país —aunque se calcula que debe de haber 200,000 sitios con vestigios arqueológicos—. De estas últimas, 193 están abiertas al público.²⁰

El INAH tiene a su cargo la investigación científica sobre antropología e historia relacionada principalmente con la población del país y con la conservación y restauración del patrimonio cultural arqueológico, históri-

²⁰ Instituto Nacional de Antropología e Historia. *Cf.* <https://www.inah.gob.mx/zonas-arqueologicas> (20 de marzo de 2024).

co y paleontológico; la protección, conservación, restauración, identificación, rescate, vigilancia y recuperación de ese patrimonio y la promoción y difusión de las materias y actividades que son de la competencia del Instituto; realizar excavaciones y exploraciones; dirigir las labores de restauración y conservación de los monumentos arqueológicos e históricos que efectúen las autoridades de los estados y municipios; proponer normas generales y técnicas; entre otras enunciadas en los artículos 1o. y 2o.

Se contempla la figura del Consejo Consultivo como órgano colegiado dirigido a la protección y conservación del patrimonio arqueológico, histórico y paleontológico, conformado por instancias estatales y municipales, así como por representantes de organizaciones sociales, académicas y culturales que se interesen en la defensa de este patrimonio.

Dentro de los organismos que tienen competencia en patrimonio cultural material contamos con el INBAL, instancia pública creada en 1946 mediante la Ley que Crea el Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura, y que, según la Ley Federal de Monumentos Históricos, Artísticos y Arqueológicos, tiene competencia en todo lo concerniente a los monumentos y zonas artísticos.

IV. Patrimonio cultural intangible

Los elementos que conforman el patrimonio cultural intangible²¹ son, entre otros: lengua, usos y costumbres, tradiciones, festividades, ritos, danzas, músi-

²¹ Para los efectos de la Convención sobre la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible, se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible —artículo 2.1—.

ca, gastronomía, medicina tradicional, ciclos agrícolas, folclore,²² mitos, concepciones del universo y la naturaleza, espacios y entorno geográfico dotados de valor simbólico, diseños, destrezas y habilidades, técnicas y tecnología tradicional, entre otros.

La característica principal es que son transmitidos de generación en generación, principalmente vía oral, a través de símbolos, pictogramas e ideogramas, fundamentales para mantener la cohesión social entre los miembros del grupo.

Como asevera la UNESCO, “el frágil patrimonio cultural inmaterial es un factor importante para mantener la diversidad cultural frente a la globalización creciente. La comprensión del patrimonio cultural inmaterial de diferentes comunidades contribuye al diálogo intercultural, y fomenta el respeto mutuo por otras formas de vida”.²³

1. *Derecho internacional de los derechos humanos*

En el presente epígrafe nos disponemos a realizar la compilación de todos los instrumentos ratificados por México en materia de patrimonio cultural inmaterial —o intangible—.

La Convención de la UNESCO sobre la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible,²⁴ adoptada en París el 17 de octubre de 2003, es un instrumento jurídico multilateral vinculante para México. Para su efectiva aplicación, la UNESCO emite de forma periódica directrices operativas que son vinculantes para todos los Estados parte, relativos a la inscripción en las listas de la Convención, asistencia financiera internacional, entre otros.

Los fines de la Convención son la salvaguardia, el respeto, la sensibilización, la cooperación y asistencia internacionales. Constata que el patrimonio

²² Entendiendo por ‘folclore’, según establece la Real Academia Española, el conjunto de costumbres, creencias, artesanías, canciones, y otras cosas semejantes de carácter tradicional y popular.

²³ UNESCO, Kit de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. <http://www.unesco.org/culture/ich/es/kit> (20 de marzo de 2024).

²⁴ Aprobación del Senado: 13 de octubre de 2005. Publicación en el *DOF*-aprobación: 29 de noviembre de 2005. Vinculación de México: 14 de diciembre de 2005-adhesión. Entrada en vigor internacional: 20 de abril de 2006. Entrada en vigor para México: 20 de abril de 2006. Publicación *DOF*-promulgación: 28 de marzo de 2006.

cultural inmaterial se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; artes del espectáculo; usos sociales, rituales y actos festivos; conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; técnicas artesanales tradicionales.

Por salvaguardia se debe entender toda medida encaminada a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, quedando comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión y revitalización de este.

La Convención exige a todo Estado parte adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, para ello deben de identificarlos y definir los elementos que los componen, todo ello con la requerida participación de las comunidades, grupos y organizaciones no gubernamentales pertinentes. Para ello, se conmina a elaborar una serie de inventarios que deberán actualizarse regularmente y presentarlos junto con su informe²⁵ periódico al Comité Intergubernamental.

Además, todo Estado parte debe procurar por todos los medios oportunos, asegurar el respeto y la valorización de este patrimonio vulnerable a través de programas educativos, de sensibilización y difusión de información dirigidos a todo el público, en especial a los jóvenes; entre otros.

Con el objetivo de generar más conciencia y propiciar formas de diálogo, el Comité, a propuesta de los Estados parte interesados, creará, mantendrá al día y hará pública una lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad, así como otra lista que requiera medidas de salvaguarda urgentes.

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en Ginebra en 1989,²⁶ tiene como fin el reconocer el derecho de los pueblos originarios

²⁵ La Convención prevé que cada Estado parte presente al Comité un informe sobre las disposiciones legislativas, reglamentarias o de otra índole que hayan adoptado para la aplicación de la misma —arts. 29 y 30—.

²⁶ Aprobación del Senado: 11 de julio de 1990. Publicación en el *DOF*-aprobación: 3 de agosto de 1990. Vinculación de México: 5 de septiembre de 1990-ratificación. Entrada en vigor internacional: 5 de septiembre de 1991. Entrada en vigor para México: 5 de septiembre de 1991. Publicación en el *DOF*-promulgación: 24 de enero de 1991.

a asumir sus propias instituciones, forma de vida, desarrollo económico, y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; rescatar sus leyes, valores y costumbres; reconocer que todo ello contribuye a la preservación de la diversidad cultural, armonía social y ecológica, así como al diálogo intercultural y cooperación internacional.

Obliga al Estado a adoptar medidas, en acuerdo con los pueblos originarios, para salvaguardar a las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y el medio ambiente en donde están asentados, así como al reconocimiento, protección y respeto de los valores, instituciones, y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales; el derecho consuetudinario, siempre que no sea incompatible con los derechos humanos universalmente reconocidos; el respeto a la relación entre tierras y territorios con los valores espirituales. Asimismo, el Convenio prevé que las legislaciones nacionales prevean sanciones contra toda intrusión no autorizada a dichas tierras.

Asimismo, establece la educación intercultural y bilingüe, debiendo adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

La Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, publicada en el *DOF* el 26 de febrero de 2007²⁷ fue elaborada en el seno de la UNESCO en 2005, es un parteaguas en la forma de concebir la cultura y la diversidad cultural. A partir de ahora, la diversidad cultural se vincula con el desarrollo sostenible al incorporar la libre circulación de las ideas, y la cultura se posiciona como elemento estratégico en las políticas de desarrollo tanto nacional como internacional.

2. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

La carta magna, desde su promulgación en 1917 hasta 1992, ha obviado la existencia, el reconocimiento y el valor del patrimonio cultural inmaterial (Flores, 2019b, p. 55).

²⁷ Clase de instrumento: tratado internacional. Fecha de firma: 20 de octubre de 2005. Fecha de entrada en vigor internacional: 18 de marzo de 2007. Vinculación de México: 5 de julio de 2006 (ratificación). Fecha de entrada en vigor para México: 18 de marzo de 2007. Publicación en el *DOF*: 26 de febrero de 2007.

Será hasta el 28 de enero de 1992 que se publicará en el *DOF* el Decreto por el que se reforma el artículo 4o. constitucional, se adicionó un primer párrafo para reconocer, de manera implícita, los derechos culturales de los pueblos originarios —mismos que serán reconocidos explícitamente hasta la reforma de 2001— para consagrar que México es una nación multicultural, y que la ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social.²⁸

El 14 de agosto de 2001 se publicó en el *DOF* una reforma constitucional que determina un avance significativo en el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos originarios —aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al inicio de la colonización—, y que además conservan sus propias instituciones (jurídicas)²⁹ económicas, sociales, políticas y culturales, o parte de ellas.³⁰ El párrafo primero³¹ nos recuerda que el reconocer la diversidad cultural no implica la fragmentación del Estado, sino más bien reconoce la unidad en la diversidad.³² Con esta reforma se comienza a emprender un camino hacia la autonomía y la li-

²⁸ El Decreto introdujo un párrafo primero al artículo 4o. constitucional, al tenor: La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción de Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_121_28ene92_ima.pdf (20 de marzo del 2024).

²⁹ Cabe resaltar que en la redacción del artículo 2o. también deben incluirse las instituciones jurídicas. Nuestro derecho hegemónico monocultural vigente no reconoce el pluralismo jurídico, las prácticas jurídicas diferentes a la eurocéntrica son consideradas como usos y costumbres (véase párrafo cuarto del artículo en comentario), o como normas, procedimientos y prácticas tradicionales (véanse fracciones A.III y A.VII segundo párrafo).

³⁰ Artículo 2o. párrafo reza de la siguiente manera: La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

³¹ La nación mexicana es única e indivisible.

³² Del mismo modo en el artículo 2o. párrafos cuarto y quinto, fracción A, *in fine*, se enfatiza de manera reiterante que jurídicamente, los pueblos originarios quedan vinculados a la Constitución general de la República.

bre determinación de los pueblos originarios, para la salvaguarda y difusión del patrimonio cultural inmaterial,³³ y así preservar y enriquecer las³⁴ lenguas, conocimientos, y todos los elementos que constituyan³⁵ cultura e identidad³⁶ —artículo 2o., fracción A.IV—; conservar, mejorar el hábitat así como preservar la integridad de las³⁷ tierras³⁸ —artículo 2o., fracción A.V—, salvaguardar los usos y costumbres, formas de convivencia, instituciones económicas, sociales, políticas y culturales, asentamiento físico y condiciones etnolingüísticas —artículo 2o., párrafos segundo, cuarto, quinto y fracción A.I—; procedimientos y prácticas tradicionales —artículo 2o., fracción A.III—; medicina tradicional y nutrición —artículo 2o., fracción B III—.

Asimismo, como las reformas constitucionales llevadas a cabo en abril de 2009 —adición al artículo 4o. y nueva fracción XXIX-Ñ al artículo 73—,³⁹ en donde, por un lado, se reconoce el ejercicio de los derechos culturales como sistema normativo y el pleno respeto a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones así como a la libertad creativa y, por el otro, se conmina al legislador a elaborar una ley que establezca las bases de coordinación entre los tres niveles de gobierno en la materia.⁴⁰

De este modo, se reconocen los derechos culturales de los pueblos originarios, en lo particular la conservación, preservación, acrecentamiento y valoración de las lenguas, tradiciones, y demás elementos que conforman el patrimonio cultural inmaterial de la nación pluricultural mexicana.

Por último, con la reforma al artículo 2o. constitucional publicada en el *DOF* el 9 de agosto de 2019 se adiciona el apartado C para dar cabida al re-

³³ Para elaborar políticas públicas y modificar legislación que afecte a dichas comunidades, se requiere, inexorablemente, del trabajo conjunto entre los sujetos colectivos afectados por las mismas y autoridades.

³⁴ Observe como la utilización del pronombre posesivo en tercera persona del plural ‘sus’, los denota algo ajeno, externo, a la propia Nación.

³⁵ *Idem.*

³⁶ Debiendo entender identidad pluricultural de la nación, ya no es posible hablar más de identidad nacional.

³⁷ *Idem.*

³⁸ En el entendido que sin territorio no hay población.

³⁹ También la adición al artículo 73 XXV en cuanto a derechos de autor y conexos que comentaremos en el epígrafe correspondiente.

⁴⁰ Ley General de Cultura y Derechos Culturales publicada en el *DOF* el 17 de junio de 2017.

conocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades afroamericanas en los mismos términos que los pueblos y comunidades indígenas, así como parte de la composición pluricultural de la nación.

3. *Ámbito legal doméstico*

Según el artículo 2o., fracción X, de la LOINAH, tiene facultades para investigar, identificar, recuperar y proteger las tradiciones, las historias orales y los usos, como herencia viva de la capacidad creadora y de la sensibilidad de todos los pueblos y grupos sociales del país.

La Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas (LGDLPI, 20/04/2024) fue publicada en el *DOF* el 13 de marzo de 2003. Se expide con el objeto de proteger, reconocer, promocionar el uso y desarrollo de los derechos lingüísticos, tanto individuales como colectivos, de los pueblos originarios de América —es decir, no solo las lenguas habladas en territorio mexicano—; así como para proteger el uso de las lenguas y culturas nacionales en territorio nacional y en el extranjero.

Es importante resaltar que el Estado tiene la obligación de garantizar que todas las lenguas nacionales sean válidas para cualquier asunto o trámite de carácter público. Asimismo, la ley establece derechos tasados para los hablantes de lenguas originarias, a saber: a no ser discriminado; a usar y comunicarse en la lengua que elija en todas las actividades sociales, económicas, políticas, culturales, religiosas, así como el acceso a la jurisdicción a través de intérpretes.

La ley establece la distribución de competencias entre los tres órdenes de gobierno en aras de proteger y preservar este elemento primordial del patrimonio cultural inmaterial.

Asimismo, se crea el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI), órgano descentralizado de la administración pública federal sectorizado a la Secretaría de Cultura, cuya función es la implementación de la ley, asesorar a los tres órdenes de gobierno para la articulación de políticas públicas, entre otras.

Desde la reforma legal para crear la Secretaría de Cultura Federal publicada el 17 de diciembre de 2015, ésta es una dependencia de la administración pública federal de la República mexicana enmarcada en los artículos 26;

38, fracciones II y XXX BIS, y 41 BIS, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, cuyas funciones, en materia de patrimonio cultural inmaterial son las siguientes: elaborar y conducir la política nacional en materia de cultura; conducir la elaboración del Programa Nacional de Cultura, así como su implementación y evaluación; la protección, conservación, restauración y recuperación, la promoción y difusión del patrimonio cultural; promover los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones; planear, dirigir y coordinar las tareas relacionadas con las lenguas indígenas, así como fomentar su conservación; promover e impulsar la investigación, conservación y promoción de la historia, las tradiciones y el arte popular, y promover e impulsar, en coordinación con otras dependencias, el uso de las tecnologías de la información y comunicación para la difusión y desarrollo de la cultura.

La Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (LINPI, 20/04/2024) publicada en el *DOF* el 4 de diciembre de 2018, crea al Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas como organismo descentralizado no sectorizado de la administración pública federal. Esta ley reconoce a los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes como sujetos de derecho público.

El 30 de septiembre de 2019 se publica en el *DOF*, la Nueva Ley General de Educación (LGR, 20/04/2024) donde se regula la nueva escuela mexicana. En efecto, se amplían las funciones y los fines de la educación tomando como eje la diversidad y la interculturalidad, así como la enseñanza de las lenguas indígenas.

La Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afrodescendientes publicada en el *DOF* el 17 de enero de 2022, tiene como fin promover el respeto, garantía y protección del patrimonio cultural inmaterial así como la propiedad intelectual colectiva de los pueblos originarios, tales como sus conocimientos ancestrales y expresiones culturales tradicionales, donde se les reconoce la legitimidad procesal activa para la protección de los usos no consentidos a cargo de terceros. Asimismo, declara de interés público la identificación, documentación, registro, investigación, promoción, valorización, transmisión y revitalización del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, y será obligación del Estado su protección jurídica.

V. Derecho comparado del patrimonio cultural: España-México

1. *Derecho internacional de los derechos humanos en el Reino de España*

El Reino de España ha suscrito y se ha obligado ante la comunidad internacional a cumplir con las disposiciones emanadas de los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos y establecer todas las medidas necesarias de cualquier índole para garantizar los derechos relativos al patrimonio cultural, tanto material como inmaterial.

En el ámbito de Naciones Unidas, al igual que México es Estado miembro de la ONU y UNESCO, ha ratificado los mismos instrumentos jurídicos internacionales que México, a saber: la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, adoptado en La Haya el 3 de agosto de 1956; el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, adoptado en La Haya, el 26 de marzo de 1999; la Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de la Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, adoptada en París el 14 de noviembre de 1970; la Convención Relativa a la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, celebrada por la UNESCO, y adoptada en París en 1972; la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, adoptada en la ciudad de París, Francia, el 2 de noviembre de 2001; la Convención de la UNESCO sobre la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible,⁴¹ adoptada en París el 17 de octubre de 2003; así como la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, adoptada el 20 de octubre de 2005 en París, Francia. Entre otros instrumentos propios del sistema europeo de protección de los derechos humanos.⁴²

⁴¹ Aprobación Senado: 13 de octubre de 2005. Publicación DOF Aprobación: 29 de noviembre de 2005. Vinculación de México: 14 de diciembre de 2005 Adhesión. Entrada en vigor internacional: 20 de abril de 2006. Entrada en vigor para México: 20 de abril de 2006. Publicación DOF Promulgación: 28 de marzo de 2006.

⁴² Para consultar los instrumentos universales ratificados por el Reino de España conteni-

2. Constitución Española

El derecho del patrimonio cultural, tanto material como inmaterial, está consagrado en la norma fundamental de la Constitución Española (CE, 20/04/2024), concretamente, en el Capítulo III del Título I, en donde el artículo 46 consagra el derecho del patrimonio histórico, cultural y artístico, como un deber de todos los poderes públicos de garantizar la conservación y de promover su enriquecimiento. Este derecho, asimismo, guarda estrecha relación con el derecho de acceso a la cultura consagrado en el artículo 44.1 constitucional.

Cabe resaltar que, a diferencia de México, la gestión del patrimonio cultural, artístico y monumental de titularidad estatal, así como museos, bibliotecas o archivos, puede ser gestionado por las Comunidades Autónomas (CA), según queda establecido en el artículo 149.1.28 de la CE siempre que reconozcan en sus respectivos Estatutos de Autonomía el título competencial por ser una materia concurrente.

En España existe un mandato constitucional al Estado central de estar al servicio de la cultura por ser éste un deber y una atribución esencial según emana del artículo 149.2, sin perjuicio de las competencias que pueden asumir las CA a través de su Estatuto de Autonomía en apego al artículo 148 en sus numerales 15, 16 y 17 de la CE.

Del contenido del texto constitucional observamos que diversos artículos conminan a la tutela del patrimonio cultural inmaterial, como lo es el artículo 3.3 que hace mención a la riqueza lingüística de España declarando que debe ser protegida como patrimonio cultural, y el artículo 46 que establece la obligación de los poderes públicos de enriquecer el patrimonio cultural (junto al artístico e histórico); así como los títulos competenciales relativos a la defensa por parte del Estado del patrimonio cultural y la obligación de facilitar la comunicación entre las culturas que conforman España,⁴³ contenidos en los artículos 149.1.28 y del 149.2, respectivamente.

dos en la página oficial de la UNESCO, véase <https://www.unesco.org/es/countries/es/conventions>. Para consultar los estándares en patrimonio cultural europeo véase <https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/-/spain-signed-the-convention-on-the-value-of-cultural-heritage-for-society>

⁴³ De acuerdo con las comunidades autónomas (CA), sin perjuicio de las competencias de las

Es de relevancia resaltar que la carta magna española, a diferencia de la Constitución de México tanto en versión original como vigente, se puede apreciar nítidamente —desde el preámbulo⁴⁴ hasta el articulado del texto constitucional— la interculturalidad como un elemento transversal a la consolidación de la democracia española, en donde el Estado tiene legitimidad en tanto las políticas jurídicas e institucionales elaboradas mediante los órganos jurídicamente creados para tales efectos, sean protectores y promotores de los derechos culturales *stricto sensu*, tales como culturas, tradiciones, lenguas e instituciones de las personas y pueblos de España.

Así, la conformación de la organización territorial de España, a diferencia de México, partió del ámbito cultural; es decir, cada autonomía se delimitó en función de la lengua, tradiciones e instituciones propias que desde 1931 se había reflejado en la Constitución de la Segunda República Española.

Es de resaltar, por estar ausente en la Constitución mexicana, no solo el mandato a la interculturalidad, sino que, en España, ésta es consagrada en el texto constitucional en el artículo 149.2, en donde se conmina como deber de Estado el establecer diálogos con las diversas naciones e identidades que componen el pueblo español: artículo 149.2 de la CE, cuestión que en México se regula de manera marginal en la LINPI.

Asimismo, el artículo en comento prosigue, “sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las CA, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las CA, de acuerdo con ellas”.

El análisis de esta última parte del artículo 149.2 de la CE, en donde hace alusión a la interculturalidad, es decir, al deber de establecer una comunicación cultural entre todos los pueblos originarios que conforman España, se desarrollará en extenso en el siguiente epígrafe como comentario a la Ley de Patrimonio Cultural Inmaterial.

CA que han procedido a regular la materia en virtud del artículo 148.1 de la CE, ya que el patrimonio cultural inmaterial es una materia concurrente. Asimismo, se proclama la cultura como deber y atribución esencial del Estado contenido en el artículo 149.2.

⁴⁴ Del tenor: “Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”.

3. *Ámbito legal español*

La legislación de desarrollo es abundante y consolidada en ambas materias que nos ocupan (patrimonio cultural tangible e intangible). Por lo que concierne a la primera, contamos con la Ley de Patrimonio Histórico Español (LPHE, 20/04/2024),⁴⁵ además de otras leyes como la Ley del Museo Nacional el Prado (LMNP, 20/04/2024),⁴⁶ la del Museo Reina Sofía (LMRS, 20/04/2024)⁴⁷ o la Ley para la Regulación de la Tauromaquia como Patrimonio Cultural (LRTPC, 20/04/2024).⁴⁸

La LPHE, a diferencia de la LZMHAA, no solo regula el patrimonio como contribución histórica de los españoles a la humanidad, sino que también contempla como patrimonio cultural la capacidad creativa contemporánea.

Dentro de la categoría del patrimonio histórico quedan comprendidos —a diferencia de México que hace una abismal disimilitud entre patrimonio arqueológico, artístico e histórico— el patrimonio arqueológico y etnográfico, los museos, archivos y bibliotecas, así como el patrimonio documental y bibliográfico de titularidad estatal, es decir, no clasifica el patrimonio por fechas como en México, ya que en México la historia de la nación comienza desde la conquista española según se desprende el artículo 36 de la LZMAAH. En cambio, en España, como hemos dicho, el patrimonio arqueológico es parte integrante del patrimonio histórico español, la diferencia radica en que este tipo de bienes culturales son susceptibles de ser estudiados con metodología y técnica arqueológica, así como los bienes geológicos y paleontológicos (LPHE, 20/04/2024, artículo 40).

La legislación española prevé la integración al patrimonio histórico español de los bienes con valor no solo artísticos, históricos o arqueológicos,

⁴⁵ *Cf.* Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>

⁴⁶ *Cf.* Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21539>

⁴⁷ *Cf.* Ley 34/2011, de 4 de octubre, reguladora del Museo Nacional Centro del Arte Reina Sofía. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15624>

⁴⁸ *Cf.* Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural. <http://www.boe.es/boe/dias/2013/11/13/pdfs/BOE-A-2013-11837.pdf>

como lo hace la legislación mexicana sino, también al valor científico, técnico o cultural (LPEH, 20/04/2024, artículo 26). Además, todos los bienes inmuebles integrados al patrimonio histórico español podrán ser declarados como monumentos, jardines, conjuntos y sitios históricos, o zonas arqueológicas (LPHE, 20/04/2024, artículos 14 y 15).

La ley española se promulga con el espíritu de fomentar la cultura material, entendida como el conjunto de bienes que en sí mismos deben ser apreciados, para ello se consagra el deber de tutelar el acceso a todos y cada uno de los individuos en general y de los españoles en lo particular, a los bienes que comprenden el patrimonio histórico español (LPHE, 20/04/2024, artículo 2.1). El espíritu de la ley, en resumen, es que cada vez un número mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutarlos, por ser legado de la humanidad para la humanidad y, ante todo, porque todos los poderes públicos tienen el deber de ponerlos al servicio de la comunidad para cumplir con el mandato constitucional del derecho de acceso a la cultura, el cual, ejercitado debidamente, contribuye a la libertad de los pueblos.⁴⁹

Para ello, a diferencia de México en donde la gestión del patrimonio cultural de interés nacional sólo cabe la intervención de las entidades federativas por invitación del Poder Ejecutivo federal, por ser un título de competencia exclusiva de la federación, en España, la administración general del Estado tiene como atribución el fomentar relaciones entre todos los poderes públicos y la de estos entre sí, para cumplir con el mandato constitucional señalado *supra* y consagrado en el artículo 2.1 de la ley en comento (LPHE, 20/04/2024, artículo 2.2). Para ello se crea el Consejo de Patrimonio Histórico el cual está constituido por un representante de cada CA y presidido por el director general de la administración estatal (LPHE, 20/04/2024, artículo 3.1), además de contar con instituciones consultivas de la más diversa índole, tales como universidades o juntas de calificación, valoración y exportación, organismos profesionales y entidades culturales, entre otros (LPHE, 20/04/2024, artículo 3.2), contribuyendo, así, a la democratización en la gestión de los bienes de dominio público.

En este mismo sentido, observamos que, a diferencia de la legislación mexicana, la legislación española conmina a las CA a que cuenten con un or-

⁴⁹ Cfr. Preámbulo de la Constitución Española.

ganismo que tenga a su cargo la protección del patrimonio histórico (LPHE, 20/04/2024, artículo 6o.); la obligación de todo ayuntamiento a cooperar aunado al deber de adoptar todas las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción (LPHE, 20/04/2024, artículo 7o.); así como el deber de toda persona de denunciar ante la administración competente el peligro de destrucción o deterioro, quien tiene el deber de actuar según queda previsto en la ley (LPHE, 20/04/2024, artículo 8o.).

En aras de implicar a todas las autoridades relacionadas con la protección del patrimonio cultural, tanto del Estado central, autonomías y municipios, a diferencia de México, la legislación española confiere el deber de todo ayuntamiento de redactar un plan especial de protección del área afectada por la declaración de bienes de interés cultural, una vez aprobado dicho instrumento, será el propio ayuntamiento quien autorice las obras que se desarrollen, debiendo dar cuenta a la autoridad del ámbito autonómico (LPHE, 20/04/2024, artículo 20); muy distinto a como acontece en México, siendo el INBA y el INAH, las instancias que expiden dichos permisos y dirigen las obras de conservación y restauración que efectúen las autoridades estatales y municipales.

Asimismo, a diferencia de México, la ley española prevé diversos niveles de protección, siendo la categoría de bien de interés cultural la que otorga mayor nivel de tutela. Esta figura jurídica es inexistente en la legislación mexicana, en cambio, en España, los bienes elevados a dicha categoría tienen categóricamente prohibida la exportación (LPHE, 20/04/2024, artículo 5.3).

Para ello, a diferencia de México, la LPHE tiene por objeto la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del patrimonio histórico español, siendo radicalmente diferente dicho objeto de la Ley Federal de Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas (LFMZAAH), el cual únicamente señala que es de interés social y nacional (artículo 1o. de ambas leyes).

Otra diferencia a resaltar es que la legislación mexicana no contempla la difusión internacional del conocimiento, como sí lo contempla la legislación española (LPHE, 20/04/2024, artículo 2.3).

El patrimonio documental y bibliográfico también está regulado en la LPHE, en donde México, a diferencia de España, cuenta con una Ley General de Bienes Nacionales (LGBN, 20/04/2024). Del mismo modo sucede

en materia archivística, en donde México lo regula a través de la Ley General de Archivos (LGA, 20/04/02024), en España son tutelados como parte integrante del patrimonio histórico español por ser considerados bienes muebles de carácter cultural.

En la misma ley analizada contamos con disposiciones que establecen la naturaleza jurídica de bien de interés cultural tanto los archivos, museos y bibliotecas de titularidad estatal, así como a todos los bienes culturales custodiados por éstos. Asimismo, y a diferencia de México, la ley conmina a las autoridades autonómicas competentes en la materia a que elaboren y actualicen los catálogos, censos y ficheros correspondientes. La ley también prevé que, a diferencia de México, se creen tantos museos, bibliotecas o archivos como se requieran, ya sea a petición de organismos, instituciones, o incluso de los particulares (LPHE, 20/04/2024, título VII, artículos 48-66).

Por último, la legislación española cuenta con un título —el VIII— dedicado a las medidas de fomento del patrimonio cultural. De las más relevantes señalamos las siguientes, a saber, se concede financiamiento en obras de conservación, mantenimiento y rehabilitación, prospectivas y excavaciones arqueológicas realizadas en bienes declarados de interés cultural; se contempla el establecimiento de acuerdos con personas y entidades tanto públicas como privadas; se prevé que, al menos, el 1% de los fondos dirigidos a obras públicas sean destinados a financiar trabajos de conservación; así como deducciones fiscales en el ISR. Todos ellos aspectos jurídicamente relevantes e inexistentes en la legislación mexicana vigente, así como vitales para estimular y democratizar la responsabilidad cultural de transmitir el legado cultural a las generaciones venideras.

En lo relativo al patrimonio cultural inmaterial, el ordenamiento cultural español tutela de manera efectiva tanto a las personas como a las expresiones que de ellas emanan. Desde el preámbulo de la Constitución, quintaesencia del contenido del texto constitucional, se encomienda al Estado a “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”.

El ordenamiento cultural español, a diferencia del mexicano, ha publicado la Ley 10/2015, del 26 de mayo, para la Salvaguardia del Patrimonio

Cultural Inmaterial (LSPCI, 20/04/2024),⁵⁰ ya que en la LPHE solo se le dedican dos artículos al patrimonio etnográfico, considerado como los bienes muebles e inmuebles, conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales y espirituales (LPHE, 20/04/2024, artículos 46 y 47).

La LSPCI establece en su preámbulo que

[...]en el referido apartado 2 del artículo 149, el Estado es apelado como garante de esta tarea, pero junto a las Comunidades Autónomas. Es decir, no deja a éstas en la posición de destinatario pasivo de esa encomienda al Estado sino que las erige en contraparte necesaria, al exigir que se desarrolle «de acuerdo con ellas». Sabido que la Constitución Española adopta como *príus* la diversidad cultural de España (en tanto reconoce la existencia de un agregado complejo e imbricado de expresiones culturales en el que también tiene un sitio una cultura común), sin embargo no propone exclusivamente una acción estatal unilateral para preservar ese agregado. Opta, antes bien, por la «comunicación cultural», es decir la interacción —la comunicación, a diferencia de la difusión, es una acción bilateral— entre los sujetos de esa pluralidad de culturas. Y, además, lo hace en términos democráticos de consenso, «de acuerdo con ellas». En definitiva, el fondo de esta propuesta en ese plano sustantivo no es otro que el de sentar las bases de un proyecto cultural de gran calado para el pluralismo cultural de nuestro Estado de celebración de la diversidad como una riqueza que ha de ser mantenida y preservada hacia el futuro.

Prosigue:

[...]el rol civilizador y democrático de los poderes públicos es, desde sus misiones específicas en relación con sus ámbitos respectivos de servicio al interés general, ponerlos en valor en pro de una diversidad no mutilada sino plena, lo que tiene el fundamental valor añadido de enriquecer y ensanchar la libertad cultural de los ciudadanos desde la libertad clásica y la autonomía a una nueva posibilidad, la libertad de elección en lo diverso.

⁵⁰ *Cf.* Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-5794>

Para articular la referida comunicación cultural entre administraciones públicas, el artículo 10 de la LSPCI, establece el rol de los poderes públicos, ya que tienen el deber de propiciar el conocimiento de la pluralidad del patrimonio cultural de los españoles, los pueblos de España y otras comunidades, así como el intercambio de información sobre sus actividades culturales por considerar la diversidad de las expresiones culturales como una riqueza que ha de ser mantenida y preservada hacia el futuro. Además, conmina a que el Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial deberá incluir las bases y líneas de colaboración para el impulso de la comunicación cultural. Regulación inexistente en la legislación mexicana.

España es un país plurilingüe al igual que México, empero, la gran diferencia radica en que, a diferencia de México que no publica toda normatividad en todas las lenguas nacionales existentes en el país, en apego al respeto a los derechos lingüísticos de toda persona, España publica en el Boletín Oficial del Estado (*BOE*) toda normatividad en la mayoría de las lenguas, tanto oficiales como cooficiales, reconocidas por el Estado español (castellano, catalán, vasco, gallego y valenciano).

Para dar cabida a estos preceptos, desde el ámbito de la regulación de la educación, consideramos relevante recordar que la educación en España está garantizada en desarrollarse en las lenguas oficiales y cooficiales —si las hubiere— así teniendo como eje vertebrador en la elaboración del currículo en cada centro educativo tanto el entorno cultural como las diferencias culturales del alumnado del centro.

De la nueva LSPCI es de destacar su sistematización resultado de la teorización científica de la etnología y antropología dando como resultado la tutela efectiva de la diversidad de las expresiones culturales que se manifiestan en España.

En general, la ley en comento fija un concepto básico y general de patrimonio cultural inmaterial además de determinar los principios y derechos fundamentales implicados. De los principios, resaltamos los de protagonismo y participación, los cuales implican el restarles protagonismo a las instituciones y otorgarles el protagonismo a las comunidades portadoras, organizaciones y asociaciones ciudadanas que contribuyen a la transmisión y difusión del patrimonio cultural inmaterial (LSPCI, 20/04/2024, artículo 3o.).

La protección que otorga es, no sólo a las prácticas de las comunidades y creaciones culturales sociales comunitarias (LSPCI, 20/04/2024, artículo 2o.), sino a las mismas comunidades portadoras del conocimiento, lugares, itinerarios, espacios, entre otros (LSPCI, 20/04/2024, artículo 4o.), con el fin de preservar las condiciones de su proceso evolutivo y la intrínseca transmisión intra e intergeneracional.

La ley prevé que determinados bienes culturales inmateriales sean declarados como manifestación representativa del patrimonio cultural inmaterial, se crea el Inventario General de Patrimonio Cultural Inmaterial, así como la elaboración del Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial con visión a largo plazo (LSPCI, 20/04/2024, artículo 11).

La ley contempla medidas contra la expoliación y exportación de bienes materiales asociados al patrimonio cultural inmaterial, entre otras medidas que deben adoptarse en la transmisión, difusión y promoción; de carácter educativo; y de información y sensibilización (LSPCI, 20/04/2024, artículos. 5o., 6o., 7o. y 8o., respectivamente).

Resaltamos las medidas de carácter educativo en donde se prescribe la inclusión del conocimiento entre los contenidos de las enseñanzas, en especial a la formación permanente del profesorado de educación básica; así como el diseño e implantación de títulos oficiales de educación superior (LSPCI, 20/04/2024, artículo 7o.).

Otros aspectos relevantes a destacar, por ser inexistentes en el ordenamiento cultural mexicano, son la conminación a la comunicación cultural entre administraciones públicas (LSPCI, 20/04/2024, artículo 10); la elaboración de un Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial con duración de diez años, como instrumento de gestión y cooperación entre la administración general del estado, las CA, los entes locales y otras entidades públicas y privadas (LSPCI, 20/04/2024, artículo 13); así como la atribución competencial por parte de la administración general del estado en todo lo relativo a la comunicación ante el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO (LSPCI, 20/04/2024, artículo 11).

Por último, decir que la LSPCI reforma la LPHE para añadir que forman parte del patrimonio histórico español los bienes que integren el patrimonio cultural inmaterial (LSPCI, 20/04/2024, disposición final primera);

asimismo, cabe mencionar que la ley encomienda la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural (LSPCI, 20/04/2024, disposición final sexta); así como se insta al gobierno para que apruebe y modifique las disposiciones normativas necesarias en el derecho interno para el desarrollo y aplicación efectiva de la este instrumento normativo (LSPCI, 20/04/2024, disposición final quinta).

VI. Conclusiones

Como hemos observado, México y España forman parte del sistema universal de protección de los derechos humanos y han ratificado los mismos instrumentos jurídicos internacionales en materia de patrimonio cultural, material e inmaterial, emanados del seno de Naciones Unidas.

Por la parte relativa al ámbito constitucional, hemos podido constatar que el derecho del patrimonio cultural en México se ha ido consolidando desde los años 60's hasta la actualidad. A diferencia de España que la misma Constitución se promulga desde sus orígenes para realzar, preservar y fomentar un entorno propicio para el desarrollo cultural en todas sus manifestaciones y expresiones tomando como eje la interculturalidad, a diferencia de México que hasta 1992 reconoce ser una nación multicultural.

Observamos que México no reconoce a las lenguas originarias como lenguas cooficiales, sino que al reconocer el derecho de los pueblos originarios a preservar su patrimonio cultural lingüístico semánticamente se pronuncia en tercera persona.

Asimismo, de las legislaciones culturales analizadas, destacamos que España, en efecto, cuenta con disposiciones normativas de corte garantista ausentes en el ordenamiento cultural mexicano.

Tales como, por un lado, en España existe un mandato a los poderes públicos para poner los bienes culturales al servicio de la comunidad, para ello la Administración General del Estado tiene el deber de fomentar relaciones no solo entre los diversos órdenes de gobierno y la de éstas entre sí en aras de democratizar la gestión de los bienes culturales de dominio público; sino también el conformar un Consejo de Patrimonio Histórico en donde funjan como instituciones consultivas organismos profesionales y entidades cultura-

les, además de las universidades y juntas de calificación, valoración y exportación. A diferencia de México, donde el centralismo en la gestión de las zonas y monumentos artísticos, históricos y arqueológicos, bienes comprendidos en el patrimonio cultural material, sigue siendo una constante, toda vez que el INAH y el INBAL centralizan todo acto relativo al registro, preservación y difusión de dichas zonas y monumentos.

En España, a diferencia de México en donde la historia de los mexicanos comienza jurídicamente desde la época de la colonización, en la historia de los españoles quedan comprendidos todos los legados anteriores a la creación de España, es decir, incluidos los fenicios, los íberos, celtas, celúberos, romanos, cartagineses, andalusíes, etcétera, ya que, el patrimonio histórico español engloba tanto los bienes culturales con valor arqueológico, etnográfico, geológico, paleontológico, artístico, científico, técnico o cultural. Situación muy divergente en México, en donde la LFZMAAH los segrega en categorías a partir de fechas relativas y de conceptos jurídicos indeterminados.

Además, en España, el patrimonio cultural no solo comprende la contribución histórica de los españoles a la humanidad, sino también comprende la capacidad creativa contemporánea, cuestión inexistente en la legislación de desarrollo en materia de patrimonio cultural material y sucintamente regulada en la Ley General de Cultura y Derechos Culturales.

Otros aspectos preeminentes en la legislación española y ausente en la mexicana, es la prescripción mediante ley que todos los órdenes de gobierno cuenten con una autoridad en materia de protección del patrimonio histórico español; la conminación a los ayuntamientos a que realicen acciones de cooperación con las CA y la administración general de estado; al tiempo que se le prescribe a los ayuntamientos la obligación de redactar un plan especial de protección del área afectada por la declaración de bienes de interés cultural, figura jurídica inexistente en México que, en España, tiene la naturaleza de otorgarle el máximo nivel de tutela a un determinado bien cultural.

Entre las medidas de fomento contempladas en la ley española e inexistentes en la mexicana, encontramos la obligatoriedad de dirigir como mínimo el 1% del presupuesto asignado para obras públicas para trabajos de obras conservación del patrimonio cultural; facilidades en obtención de financiamiento; acuerdos con entidades públicas y privadas; así como deducciones fis-

cales en el ISR. Cuestión ausente en la legislación mexicana que únicamente prevé, en determinados casos, la exención del impuesto predial.

El patrimonio documental, bibliográfico y archivístico en España está regulado en la misma ley por tener la naturaleza de bienes culturales muebles, a diferencia de México que están regulados por otras leyes tales como la Ley General de Bienes y la Ley General de Archivos, respectivamente.

Por lo que concierne al patrimonio cultural inmaterial, subrayamos que España cuenta con una ley relativa al patrimonio cultural inmaterial que cumple con lo requerido por la normatividad internacional así como con los trabajos de sistematización realizados en áreas como la etnografía y antropología.

A diferencia de México que, con la expedición de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales en 2017, misma que contiene disposiciones relativas al patrimonio cultural inmaterial, no ha traspuesto al derecho doméstico la Convención sobre la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y otros instrumentos que regulan la materia.

Por el contrario, España cuenta con una ley garantista de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial pues tutela de manera efectiva la diversidad de expresiones culturales que se manifiestan en España, protege tanto a las personas como a las expresiones que emanan de ellas, lugares e itinerarios, entre otros, además le resta por completo el protagonismo a las instituciones para ser transferido a la propia comunidad portadora del conocimiento, organizaciones y asociaciones ciudadanas; al tiempo que se prevén medidas de carácter educativo desde el nivel básico a la educación superior; así como a la elaboración de un plan en la materia a largo plazo en aras que la administración pública sea un mero ejecutor de lo previamente establecido a nivel normativo y tengan continuidad las políticas públicas, en donde intervienen para su puesta en práctica todos los niveles de gobierno así como las entidades privadas.

La LSPCI dicta el deber por parte de los poderes públicos de generar las condiciones necesarias para su evolución, desarrollo y transmisión intra e intergeneracional; asimismo, conmina a elaborar un Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial con vigencia de 10 años. A diferencia de México en donde el Programa Sectorial de Cultura queda

supeditado al Plan Nacional de Desarrollo según la ley vigente de planeación, siendo esta cortoplacista y cambiante cada administración.

VII. Referencias

- Ángulo, G. (2015). *Teoría contemporánea de los derechos humanos. Elementos para una reconstrucción sistémica*. E. Dykinson S. L.
- Ávila, R. (2000). *El derecho cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*. Universidad Nacional Autónoma de México; Porrúa.
- Becerra, M. (2012). *La recepción del derecho internacional en el derecho interno* (2a. ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carbonell, M. (Comp.) (2009). *Neoconstitucionalismo(s)* (4a. ed.). Trotta.
- Carbonell, M. (Ed.) (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Trotta; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carbonell, M. y Salazar, P. (Coords.). (2013). *La reforma constitucional de derechos humanos nuevo paradigma* (3a. ed.). Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carbonell, M. y Salazar, P. (Eds.). (2005). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Trotta.
- Comité del Patrimonio Mundial. <http://whc.unesco.org/en/guidelineshistorical>
- Constitución Española. 20/04/2024.
- Dorantes, F. J. (2004). *Derecho cultural mexicano. Problemas jurídicos*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. Fontamara.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. (Perfecto Andrés Ibáñez, trad.) Trotta S. A.
- Flores, E. (2018a). *Los derechos culturales en la Ciudad de México*. 2o. tomo de la Colección “Lecciones de Derecho Cultural”. Atelier Libros Jurídicos y el Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable (IDC Cultura).

- Flores, E. (2018b). *Introducción al derecho cultural*. 1er. tomo de la Colección “Lecciones de Derecho Cultural”. Atelier Libros Jurídicos y el Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable (IDC Cultura).
- Flores, E. (2019a). *Derecho Cultural: Un estudio comparado entre México, España, Argentina y Bolivia*. 3er. tomo de la Colección “Lecciones de Derecho Cultural”. Atelier Libros Jurídicos y el Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable (IDC Cultura).
- Flores, E. (2019b). *El nuevo paradigma constitucional de los derechos culturales*. 4o. tomo de la Colección “Lecciones de Derecho Cultural”. Atelier Libros Jurídicos; Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable (IDC Cultura).
- Instituto Nacional de Antropología e Historia. <https://www.inah.gob.mx/zonas-arqueologicas>
- Ley de Patrimonio Histórico Español. 20/04/2024. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>
- Ley del Museo Nacional el Prado. 20/04/2024. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21539>
- Ley del Museo Reina Sofía. 20/04/2024. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15624>
- Ley General de Archivos. 20/04/2024.
- Ley General de Bienes Nacionales. 20/04/2024.
- Ley General de Cultura y Derechos Culturales. 20/04/2024.
- Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas. 20/04/2024.
- Ley General de Educación. 20/04/2024.
- Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afrodescendientes. 20/04/2024.
- Ley Federal sobre Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos. 20/04/2024.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. 20/04/2024.
- Ley para la Regulación de la Tauromaquia como Patrimonio Cultural. 20/04/2024. <http://www.boe.es/boe/dias/2013/11/13/pdfs/BOE-A-2013-11837.pdf>
- Ley para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. 20/04/2024. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-5794>

- Lista de Patrimonio Mundial. <https://whc.unesco.org/es/list/?iso=mx&search=&>
- Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad. [https://ich.unesco.org/es/listas?text=&country\[\]=00143&multinational=3#tabs](https://ich.unesco.org/es/listas?text=&country[]=00143&multinational=3#tabs)
- Prieto, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Trotta.
- Sánchez, J. A. (2013). *Patrimonio cultural ensayos de cultura y derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sánchez, J. A. (2016). *El derecho y la cultura*. Tirant lo Blanch; El Colegio Nacional.
- Somma, A. (2015). *Introducción al derecho comparado*. (Esteban Conde Naranjo, trad.) Universidad Carlos III. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34961.pdf>
- Stavenhagen, R. (2001). Derechos culturales, el punto de vista de las ciencias sociales. En Halina Niec (Dir.). *¿A favor o en contra de los derechos culturales? Los derechos culturales en perspectiva*. UNESCO.
- UNESCO. Kit de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. <http://www.unesco.org/culture/ich/es/kit>

Cómo citar

IJJ-UNAM

Flores Déleon, Erika, “Regulación del derecho del patrimonio cultural: derecho comparado entre México y España”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 169, 2024, pp. 105-139. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.19038>

APA

Flores Déleon, E. (2024). Regulación del derecho del patrimonio cultural: derecho comparado entre México y España. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(169), 105-139. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.19038>

Un nuevo enfoque de las facultades regulatorias de la Comisión Federal de Competencia Económica: el concepto de restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados

A new approach to the regulatory powers of the Federal Economic Competition Commission: The concept of restraints to the efficient functioning of the markets

Héctor Dedrick Guerrero

 <https://orcid.org/0000-0003-0551-146X>

México

Correo electrónico: hectordedrickguerrero@gmail.com

Recepción: 22 de enero de 2024 | **Aceptación:** 2 de agosto de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18860>

Resumen: Este artículo tiene la finalidad de identificar el alcance de las facultades regulatorias de la Comisión Federal de Competencia Económica para implementar la política de competencia de México. La perspectiva que puede ofrecer el derecho comparado para la consecución de esta finalidad es de importancia trascendental para este artículo, por lo que se consideran las corrientes de pensamiento y los precedentes judiciales que han influenciado al derecho antimonopolio estadounidense; asimismo, se analizan los precedentes judiciales mexicanos relacionados con el modelo de Estado de regulador. Se concluye que la Comisión Federal de Competencia Económica tiene un mandato constitucional exclusivo para ocuparse de asuntos del derecho de la competencia, que se pretende complementar en este artículo con una interpretación que le permita desplegar sus facultades constitucionales de una manera constructiva y progresiva, pero también en colaboración con las otras autoridades reguladoras. **Palabras clave:** Comisión Federal de Competencia Económica, facultades regulatorias, restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, disposiciones administrativas de carácter general, autoridades reguladoras sectoriales.

Abstract: This article has the purpose of identifying the scope of the regulatory powers of the Federal Economic Competition Commission to implement the competition policy of Mexico. The perspective that comparative law may offer for the advancement of this purpose is of momentous importance for this article, thus the currents of thought and judicial precedents that have influenced American antitrust law are considered; likewise, the Mexican judicial precedents related with the Regulatory State model are analyzed. It is concluded that the Federal Economic Competition Commission has an exclusive constitutional mandate to look after matters of competition law, which is intended to be complemented in this paper with an interpretation that enables it to deploy its constitutional faculties in a constructive and progressive manner, but also in collaboration with the other regulatory agencies.

Keywords: unfair methods of competition, restraints of trade, Neo-Brandeisian Movements, Federal Trade Commission.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Las restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.* III. *La necesidad del gobierno de los expertos para cualquier política de competencia.* IV. *Las facultades reglamentarias de la FTC y las facultades regulatorias de la Cofece.* V. *Consideraciones sobre las facultades regulatorias de la Cofece.* VI. *Un nuevo enfoque de las facultades regulatorias de la Cofece en materia de competencia económica.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Referencias.*

I. Introducción

El bienestar del consumidor (*consumer welfare*) es actualmente considerado como la finalidad que debe perseguir una política de competencia, aunque una reciente corriente de pensamiento postula que la finalidad adecuada es la protección de la competencia (*protection of competition*); esta última finalidad, además de simplificar la consecución de la política de competencia, protegería no sólo intereses de los consumidores, sino también los de los trabajadores y pequeños productores (Khan, 2017, pp. 742-744; Motta, 2018, p. 59; Wu, 2018, pp. 135-137). Dicha corriente de pensamiento se puede identificar en el movimiento que ha sido denominado como *Neo-Brandeisian Movement*, el cual ha tenido una influencia importante en los Estados Unidos de América, particularmente en la *Federal Trade Commission* (FTC) encabezada por Lina Khan, quien ha destacado la necesidad de que una política de competencia se enfoque en las estructuras y los procesos de competencia, y no en un resultado como el bienestar del consumidor (Khan, 2018, pp. 131-132).

La administración del presidente Joseph R. Biden Jr. se caracterizó por su dinamicidad en el establecimiento de las bases de una nueva política de competencia, particularmente con su *Executive Order Promoting Competition in the American Economy* (Executive Order Promoting Competition in the American Economy, 2021), junto con la nominación y designación de funcionarios estratégicos para el desarrollo de esa política (*The White House Briefing Room*, 2021); lo cual, permite identificar la preocupación que existe respecto de los problemas de competencia en la economía estadounidense. Deben también

destacarse los esfuerzos legislativos para hacer frente a los retos que representan las grandes firmas tecnológicas (*Big Tech*), ya sea por sus conductas anti-competitivas (Klobuchar, 2021, p. 320), o bien los efectos que causan en la disminución en la innovación (Bessen, 2022, p. 97).

La regla propuesta por la FTC que busca prohibir las cláusulas de no competencia (*non-compete clauses*) en los contratos de trabajo (88 FR 3482, 2023), representa otro hecho que busca transformar la política de competencia basada en el bienestar del consumidor. Dicha política está basada en los postulados emanados de la escuela de Chicago, particularmente de juristas como Robert Bork y Richard Posner, junto con las teorías desarrolladas por la escuela post-Chicago (González de Cossío, 2017, p. 104; Hovenkamp, 2008, pp. 32-35, 38-39; Bork, 2021, pp. 78, 447-448; Posner, 2001, pp. 196, 251). En caso de que dicha regla sea aprobada, sería un esfuerzo importante para abandonar un enfoque exclusivo en el estándar del bienestar del consumidor, para adoptar en su lugar un enfoque inclusivo que considere otros como el del bienestar de los trabajadores (Posner, 2021, p. 85; Hovenkamp, 2022, pp. 397-402; Langlois d'Estaintot, 2022, pp. 383-384).

Cabe apuntar que México se encuentra en un momento decisivo para hacer ajustes a su política de competencia con el undécimo aniversario de la reforma constitucional del 11 de junio de 2013 (reforma de competencia), pues como ocurrió en los Estados Unidos de América con la publicación de la *Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies* (Sherman Act), fueron alrededor de diez años los que tuvieron que pasar para que los efectos de esa legislación se sintiera entre la población estadounidense que la promovió, pues la hegemonía de los *trusts* en la economía y la corrupción que facilitaban en la política permitieron que estos no fueran combatidos hasta la administración del presidente Theodore Roosevelt, quien emprendió una cruzada en su contra que tuvo su momento más trascendental con la sentencia favorable del caso de *Northern Securities Co. v. United States* (1904).

A diferencia de Estados Unidos de América, que no legisló sobre asuntos antimonopolio hasta la Sherman Act de 1890, debemos recordar y celebrar que nuestro país introdujo primero a su marco jurídico la prohibición de los monopolios, puesto que el artículo 28 de la Constitución de 1857 estableció que no habría monopolios en la República mexicana. Desafortunadamente, el Congreso general de entonces no aprobó ley secundaria alguna que per-

mitiera establecer una política en contra de los monopolios que perjudicaban a la economía mexicana desde la Independencia, o bien en contra de algunos agentes económicos que abusaron durante el Porfiriato de su posición dominante para obstaculizar la entrada de competidores, incluyendo a aquellos que disfrutaron de los monopolios garantizados por las instituciones políticas del Porfiriato (Cárdenas Sánchez, 2015, pp. 93, 95 y 270-271; Acemoglu y Robinson, 2012, p. 37).

Cabe agregar que en los debates del Congreso Constituyente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (CPEUM), se destacó el éxito que había tenido la Comisión Reguladora del Mercado del Henequén en el Estado de Yucatán, que fue una asociación de productores exportadores que hizo frente a los *trusts* americanos que buscaban imponer precios al henequén importado a su país (Anaya Cortés, 2020, p. 416; Dodd, 1893, p. 157). Debido al éxito que tuvo esa asociación, en México no fueron consideradas como monopolios las asociaciones o sociedades cooperativas de productores que vendían sus productos nacionales en mercados extranjeros, siempre y cuando no fueran artículos de primera necesidad (Diario de los Debates del Cuarto Congreso Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos, 1927, p. 391).

Fue hasta la década de 1920 que el Poder Ejecutivo federal, mediante el uso de facultades extraordinarias para legislar conforme a lo dispuesto en la entonces vigente Constitución de 1917, expidió la Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional; en la que, entre otras cosas, (1) enumeró diversos supuestos que eran considerados como monopolio, (2) reconoció la legalidad de las sociedades cooperativas agrícolas, las sociedades industriales de producción y las sociedades de consumo formadas por trabajadores, así como también (3) concedió acción popular para denunciar las violaciones a la ley. La expedición de leyes similares continuó hasta mediados de la década de 1930, junto con las siguientes: Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus Productos de 1937, Ley de Industrias de Transformación de 1941, y Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica de 1950.

Para consolidar el modelo de Estado regulador que estableció la reforma de competencia, donde el Estado no tiene una intervención directa en la economía, sino una de carácter indirecta debido a que solamente se ocupa de re-

gularla (Roldán Xopa, 2021, p. 121), resulta necesario identificar la manera en que la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), puede desarrollar una política de competencia innovadora que se ocupe de atender los fenómenos económicos contemporáneos, considerando el hecho de que se trata de una autoridad especializada en materia de competencia económica, con el mandato constitucional de garantizar la libre competencia y concurrencia en los Estados Unidos Mexicanos, mediante el ejercicio de sus facultades regulatorias externas reconocidas en el texto del artículo 28 constitucional.

Dicha consolidación puede conseguirse mediante el desarrollo de un concepto jurídico indeterminado (Tron Petit y Tron Zuccher, 2015, p. 138), como el de “restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados” que no fue desarrollado en estricto sentido por el poder legislativo en la Ley Federal de Competencia Económica de 2014 (LFCE). El *Neo-Brandeisian Movement* hace uso de una estrategia similar desde la FTC, con la que se propone desarrollar el concepto jurídico indeterminado de “métodos injustos de competencia” (*unfair methods of competition*), que fue introducido en el sistema jurídico estadounidense en 1914 mediante la *Act to create a Federal Trade Commission, to define its powers and duties, and for other purposes* (FTC Act).

Este artículo pretende destacar los alcances del concepto de “restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados”, junto con algunos de los antecedentes que ha tenido el concepto de “restricciones al comercio” en el derecho de la competencia estadounidense. Se considerará también la necesidad de que exista un gobierno de expertos para asegurar el debido desarrollo de una política de competencia, destacando lo fundamental que resultan los conocimientos especializados que se requieren por parte de profesionales jurídicos y económicos. La perspectiva que puede ofrecer el derecho comparado será considerada para entender los alcances de las facultades regulatorias de la Cofece, por lo que antes de explorar algunas consideraciones sobre dichas facultades, se revisarán primero las facultades reglamentarias que tiene la FTC. Se propondrá finalmente un nuevo enfoque respecto de la forma de interpretar las facultades regulatorias de la Cofece.

II. Las restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados

La reforma constitucional de 2013 introdujo un nuevo concepto jurídico indeterminado al derecho mexicano de la competencia: restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. Debe observarse que el poder reformador constitucional clasificó como restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, a los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones. Y aunque el legislador secundario no desarrolló este concepto al máximo de su capacidad en la LFCE, debe destacarse que realizó la misma clasificación, adicionando a las barreras a la libre competencia y la competencia económica como restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

El legislador secundario pudo haber realizado una tipificación de las distintas clases de restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados que existen, con una distinción entre restricciones de carácter razonable y restricciones de carácter irrazonable. También tuvo la oportunidad de delegar en la Cofece el desarrollo del concepto de restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, facultándola para tipificar las diferentes conductas que debían ser consideradas como restricciones mediante disposiciones regulatorias. En su lugar, decidió tipificar solo una clase de restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados: las prácticas monopólicas, que fueron ordenadas entre absolutas y relativas, en donde las primeras son consideradas como ilícitas sin admisión de justificación alguna conforme a la regla *per se*, y las segundas pueden ser consideradas como lícitas si se prueba su razonabilidad en virtud de tener —como uno de sus posibles efectos— una mejora en el bienestar del consumidor conforme a la regla de la razón (Tesis: I.2o.A.E.66 A (10a.), 2019).

La Cofece es la autoridad que tiene el diseño adecuado para desarrollar el concepto de restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, pues el artículo 28 constitucional le otorga el mandato específico de garantizar la libre competencia y concurrencia, por lo cual resulta inconcuso que a la Cofece le corresponde un principio de competencia especializada o deferencia técnica en todo lo relativo a asuntos de competencia económica (Controversia constitucional 117/2014, p. 55; Amparo en revisión 952/2016, p. 27; y Amparo en revisión 1307/2017, p. 72). El desarrollo de este concepto se facilita si se considera el hecho de que las normas generales, los actos o las

omisiones de la Cofece solo pueden ser impugnadas mediante el juicio de amparo indirecto y no se encuentran sujetas a la medida cautelar de suspensión (con excepción de los actos reclamados consistentes en la ejecución de multas o desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones); por lo cual, la Cofece puede llevar a cabo el desarrollo de dicho concepto sin temor a que su actuación se vea entorpecida con la medida cautelar de suspensión dentro del juicio de amparo —como ocurría con las actuaciones de la Comisión Federal de Competencia (Cofeco) y la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel), debido a los juicios de amparo promovidos por Teléfonos de México, S.A.B. de C.V. (Telmex) y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V. (Telnor), para dejar sin efectos las declaratorias de poder sustancial de la Cofece, e impedir la regulación asimétrica que les era impuesta por la Cofetel (Casaneva Reguart, 2019, pp. 153-160; Acemoglu y Robinson, 2012, pp. 39-40).

Un concepto similar desarrollado a principios del siglo XX en los Estados Unidos de América fue el de “restricciones al comercio” (*restraints of trade*). Durante su desarrollo en la esfera judicial y académica, se consideró que el concepto debía interpretarse mediante una distinción entre (1) restricciones que afectan de manera irrazonable el desarrollo del comercio estadounidense (restricciones irrazonables), y (2) restricciones que lo afectan de manera razonable (restricciones razonables). Las primeras, también denominadas como restricciones manifiestas (*naked restraints*), se consideran como ilegales *per se* y son asimilables a las prácticas monopólicas absolutas en el derecho mexicano; mientras que, las segundas, también denominadas como restricciones accesorias (*ancillary restraints*), se presumen como ilegales hasta en tanto sean sometidas a un estudio de razonabilidad y se acredite una justificación para su existencia (*rule of reason*), por lo que son asimilables a las prácticas monopólicas relativas del derecho mexicano.

Para entender el concepto de restricciones al comercio en el derecho estadounidense, se debe primero establecer qué es una restricción; la cual, puede explicarse desde la perspectiva del derecho contractual. Si bien es cierto que toda relación contractual se origina una vez que dos o más personas alcanzan un acuerdo sobre sus respectivas voluntades (es decir, ocurre lo que en el derecho contractual estadounidense se conoce como “*meeting of the minds*”), también es cierto que las obligaciones que han surgido entre esas personas contratantes han restringido la libertad que estas tenían de hacer lo contra-

rio a lo acordado, puesto que deben cumplir con sus respectivas obligaciones (Angerhofer *et al.*, 2023, p. 21). En el caso del comercio, estas relaciones contractuales tienen lugar entre personas comerciantes, quienes al contratar entre sí formalizan restricciones en el libre desarrollo del comercio.

Los debates legislativos que llevaron a la aprobación de la Sherman Act, demuestran que existía entonces una intención evidente por establecer un control político sobre aquellos comerciantes que ejercían una influencia significativa en la economía estadounidense, buscando empoderar a los pequeños comerciantes que se enfrentaban con dificultades para competir debido a las restricciones que los primeros imponían en el comercio estadounidense con la finalidad de evitar la competencia de los segundos (Paul, 2021, p. 206). Dichas restricciones eran consideradas por algunos como una muestra del vigor emprendedor de los grandes comerciantes, aunque para otros como el senador John Sherman, constituían acciones que tenían la finalidad evidente de prevenir la competencia en la economía estadounidense (Greenspan y Wooldridge, 2018, pp. 131-132; Klobuchar, 2021, pp. 78-80).

La §1 de la Sherman Act establece, con un lenguaje bastante general, que todo contrato en restricción del comercio es ilegal, lo que provoca diferentes interpretaciones si no se observa la distinción mencionada para la interpretación del concepto restricciones al comercio. Lo anterior fue reconocido y desarrollado en las opiniones de los casos de *United States v. Trans-Missouri Freight Association* (1897) y *United States v. Joint Traffic Association* (1898), que fueron resueltos por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (SCOTUS). En la opinión del primer caso, a cargo del juez Rufus Wheeler Peckham, se cuestionó si el lenguaje de la Sherman Act se podía interpretar de manera flexible en consideración de la historia del concepto de restricciones al comercio y la teoría de que la ley no quería decir lo que su lenguaje liso y llano significa. Sin embargo, esa interpretación no fue considerada en la opinión de la mayoría, pues fue en la opinión disidente del juez Edward Douglass White, en donde se destacó que la Sherman Act debía ser interpretada conforme a una regla de la razón, con lo que se permitía la posibilidad a la existencia de restricciones razonables e irrazonables. Ya en la opinión del segundo caso, también a cargo del juez Peckham, se destacó que la suposición consistente en que la opinión derivada del primer caso convertía en ilegales a casi todos los contratos de negocio sin importar lo indispensables o necesarios que fueren, constituía una afirmación no justificada.

Los precedentes anteriores llevaron a la SCOTUS a decidir en definitiva sobre los alcances que debía tener la Sherman Act en *The Standard Oil Company of New Jersey et al. v. The United States* (1911), pues la interpretación de que esta declaraba como ilegal a toda restricción al comercio —sin hacer distinción entre restricciones razonables y restricciones irrazonables— ocasionaba una entendible incertidumbre jurídica. La opinión de ese caso fue formulada por el juez Edward Douglass White, y reconoció la necesidad de utilizar el estándar de la razón para determinar la legalidad o ilegalidad de las restricciones al comercio —estándar que había sido aplicado en el derecho anglosajón (*common law*) para casos que tuvieron lugar antes de la Sherman Act. Se puntualizó que lo anterior era necesario toda vez que la aplicación de la Sherman Act requería de la realización de un análisis basado en un estándar que permitiere no clasificar a todas las restricciones al comercio como ilegales *per se*, aunque cabe mencionar que en dicha opinión no fueron establecidas las circunstancias que debían analizarse para efecto de determinar la razonabilidad de una restricción al comercio.

No fue hasta la opinión del caso de *Board of Trade of the Chicago et al. v. United States* (1918), formulada por el juez Louis Dembitz Brandeis, que se establecieron las circunstancias que debían ser consideradas para determinar la legalidad de una conducta restrictiva conforme al estándar de la razón (o lo que actualmente conocemos como las justificaciones que permiten la aplicación de la regla de la razón). En dicha opinión se reconoció que los contratos y la regulación del comercio siempre tienen como finalidad restringir, debiéndose analizar caso por caso si una restricción regula —e inclusive promueve— la competencia, o bien si suprime —e inclusive destruye— la competencia. En consecuencia, la autoridad judicial debía considerar en cada caso, las siguientes circunstancias: (1) los hechos relacionados con el asunto al que se aplica la restricción, (2) el estado de las cosas antes y después de que la restricción fuere impuesta, y (3) la naturaleza de la restricción y su efecto, sea actual o probable. Tiempo después, en *Brooke Group Ltd v. Brown y Williamson Tobacco Corp.* (1993), la SCOTUS estimó que en el análisis de las restricciones al comercio podía también considerarse si estas mejoraban el bienestar del consumidor para efecto de determinar su razonabilidad y legalidad, con lo cual se adoptó lo que se conoce actualmente como el estándar

del bienestar del consumidor (*consumer welfare standard*); el cual, fue también reconocido en *Reiter v. Sonotone Corp.* et al. (1979).

Con dichos precedentes se identifica el desarrollo que ha tenido el concepto de restricciones al comercio, y entender por qué estas son primero analizadas bajo el estándar de la razón con la finalidad de justificar y permitir su existencia, no adoptándose una regla de ilegalidad *per se* hasta en tanto se resuelve de manera definitiva que una restricción determinada produce siempre efectos anticompetitivos. Estos precedentes tienen una importancia significativa en la política de competencia que se ha observado en los Estados Unidos de América, debido al valor que tienen los precedentes en el sistema judicial de ese país, pues cada resolución que la SCOTUS emita en el sentido de adoptar una regla de ilegalidad *per se* respecto de una restricción al comercio determinada (o bien, una regla de legalidad *per se*), constituye un precedente judicial obligatorio que deben observar el resto de las autoridades judiciales inferiores conforme a la doctrina de *stare decisis*; por tanto, la SCOTUS juega un papel muy importante en la definición de la política de competencia estadounidense (Zywicki, 2003, citado en Rybnick y Wright, 2014, p. 1295).

Así como el desarrollo del concepto de restricciones al comercio fue fundamental para la política de competencia estadounidense, el desarrollo del concepto de restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados puede resultar fundamental para conseguir una política de competencia renovada, con la cual se atiendan de manera efectiva los problemas de competencia de la economía mexicana. Una de las cosas que podría hacer la Cofece, entre muchas otras que pueden llegarse a proponer, es combatir el poder monopólico existente en los mercados laborales mexicanos, mediante la emisión de disposiciones administrativas de carácter general que tipifiquen a determinadas cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo como una restricción irrazonable al funcionamiento eficiente de los mercados laborales.

III. La necesidad del gobierno de los expertos para cualquier política de competencia

Las autoridades creadas con finalidades específicas e integradas por recursos humanos con conocimientos especializados representan el gobierno de los ex-

peritos, y pueden ser consideradas como las instituciones necesarias que permiten el desarrollo de los estados. Sin embargo, a pesar de la animadversión que actualmente enfrenta esta forma de gobierno encabezada por expertos, debe precisarse que estos son necesarios para la consecución de las finalidades dictadas por el interés general (Roldán Xopa, 2021, pp. 31, 40, 41).

Esta forma de gobierno cobra sentido cuando se consideran las complejidades de una economía de mercado que requiere de la existencia de un modelo de Estado regulador. Dicho modelo es “insertado para atender necesidades muy específicas de la sociedad posindustrial (suscitadas por el funcionamiento de mercados complejos), mediante la creación de ciertas agencias independientes —de los órganos políticos y de los entes regulados— para depositar en estas la regulación de ciertas cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas o racionalidades técnicas” (Tesis: P./J. 46/2015 (10a.), 2016).

Los principales disidentes de un gobierno de expertos son los agentes políticos, pues estos pierden poder al delegar la toma de decisiones estratégicas de política pública a los expertos, quienes deben de gozar de deferencia técnica respecto de sus decisiones (Tron Petit y Tron Zuccher, 2015, p. 104; Winerman, 2003, p. 46). Debe tomarse en cuenta que los principios o las directrices de política pública suelen encontrarse definidas *ex ante* por agentes políticos, quienes son además electos por voto directo conforme a un proceso democrático. Sin embargo, no se omite el hecho de que en algunos casos los principios y las directrices deberían ser determinadas por autoridades especializadas que cuenten con un mandato constitucional expreso para ello, como es el caso de la Cofece.

La necesidad de un gobierno de expertos en materia de competencia económica se justifica con el debate constante que ha existido respecto de cuál es el bien jurídico que tutela el derecho de la competencia, o cuál es la finalidad que debe perseguir una política de competencia. La corriente de pensamiento surgida en la década de 1960, que se conoce actualmente como la escuela de Chicago en virtud de haber iniciado entre los académicos vinculados con la Universidad de Chicago, postuló que el bien jurídico tutelado por el derecho de la competencia era el bienestar de los consumidores (*consumer welfare*), privilegiando la conducta que resultare más eficiente. Este postulado fue desarrollado por Robert Bork en su obra titulada *The Antitrust Paradox*, quien además aportó diversos argumentos a favor de que las restric-

ciones verticales fueren consideradas como legales *per se* (Hovenkamp y Scott Morton, 2020, p. 1871); lo cual, según los postulados de la escuela post-Chicago, no es el tratamiento adecuado para todas las restricciones verticales (Yoo, 2020, pp. 2160-2162).

A diferencia de lo postulado por Robert Bork, en los últimos años se ha llegado a considerar que el bien jurídico que el derecho de la competencia busca tutelar es el proceso de competencia. Con la protección del proceso de competencia se puede impedir la dominancia económica de los agentes económicos y facilitar la coordinación democrática de los agentes políticos (Paul, 2021, pp. 203-204); lo cual, facilita que el Estado —que concede y reconoce personalidad jurídica a esos agentes económicos que pueden abusar no sólo de su posición dominante, sino también del velo corporativo que les permite limitar la responsabilidad de las personas físicas que los controlan—, se encuentre mejor posicionado para sancionarlos conforme a las disposiciones jurídicas aplicables.

La diversidad de postulados académicos justifica el hecho de que el desarrollo del derecho de la competencia requiere de la participación de abogados y economistas que sean expertos en la materia. Su necesidad puede explicarse por muchas razones, pues en el caso de los abogados, debe considerarse que las autoridades de competencia requieren de profesionales que tengan conocimientos jurídicos especializados que puedan hacer frente a las firmas de abogados que contratan los agentes económicos; o bien, en el caso de los economistas, debe considerarse que las autoridades de competencia requieren de profesionales con conocimientos técnicos suficientes para analizar de manera holística una concentración entre agentes económicos o combatir las teorías postuladas por los economistas contratados por los agentes económicos involucrados en un procedimiento de investigación.

En la década de 1910, se discutía en los Estados Unidos de América si la toma de decisiones debía o no encomendarse a expertos, opción que era favorecida por el jurista Louis Dembitz Brandeis, pero considerada como desastrosa por el entonces presidente Woodrow Wilson, quien terminó por aceptar su inclusión en el orden jurídico estadounidense con algunas modulaciones (Winerman, 2003, pp. 37-38, y 91). Lo anterior derivó en la creación de la FTC en 1914, así como la creación en 1933 de la División Antimonopolio (*Antitrust Division*) como una división separada del Departamento de Justicia

de los Estados Unidos de América (Lianos *et al.*, 2019, p. 55; Weber Waller, 2004, p. 572). No obstante, debe destacarse que no se crearon autoridades judiciales especializadas en derecho de la competencia, a pesar de que antes de la administración del presidente Woodrow Wilson se había creado una corte especializada en derecho comercial (Winerman, 2003, p. 30).

La necesidad referida también se reconoció en México, particularmente en dos momentos históricos. El primer momento tuvo lugar con la creación de la Cofeco, mediante la publicación de la Ley Federal de Competencia Económica de 1992, debido a las reformas impulsadas en el sexenio del presidente Carlos Salinas de Gortari (Cárdenas Sánchez, 2015, p. 723). El segundo momento tuvo lugar con las reformas estructurales aprobadas en el sexenio del presidente Enrique Peña Nieto, que establecieron en el artículo 28 constitucional las bases del modelo de Estado regulador, y el cual ha dado lugar a la creación de autoridades reguladoras facultadas para producir normas distintas a las legislativas, con la finalidad de que se encuentren en posibilidad de cumplir con su respectivo mandato constitucional (Tesis: I.4o.A.149 A (10a.), 2018), lo anterior, sin olvidar a los juzgados y tribunales especializados que también han sido creados para ocuparse de las controversias suscitadas con la actuación de dichas agencias reguladoras.

IV. Las facultades reglamentarias de la FTC y las facultades regulatorias de la Cofece

La FTC es una de las autoridades estadounidenses especializadas en derecho de la competencia (junto con la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia), y tiene como una de sus finalidades el prevenir los métodos injustos de competencia (*unfair methods of competition*), conforme a lo dispuesto en la FTC Act. Actualmente se considera que todas las conductas que sanciona la Sherman Act pueden ser también sancionadas como métodos injustos de competencia conforme a la FTC Act, según fue reconocido en *Federal Trade Commission v. Cement Institute et al.* (1948).

Como ocurre con el término “restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados” en el derecho mexicano de la competencia, el término “métodos injustos de competencia” es también un concepto jurídico indeter-

minado en el derecho de competencia estadounidense. Le corresponde a la FTC determinar qué conductas constituyen métodos injustos de competencia (Holland Montague, 1915, p. 41), en el entendido que dicha determinación se encuentra sujeta a revisión judicial, de conformidad con *Federal Trade Commission v. Beech-Nut Packing Company* (1922).

La creación de la FTC buscaba hacer frente a aquellas conductas que no se encontraban cubiertas por la Sherman Act (Kovacic y Winerman, 2010, p. 937), por lo cual el Congreso estadounidense decidió concederle la facultad exclusiva para investigar y sancionar los métodos injustos de competencia que se presentaran en la economía estadounidense (Posner, 1969, p. 49), otorgándosele autoridad cuasilegislativa y cuasijudicial, según fue reconocido en *Illumina v. Federal Trade Commission*, No. 23-60167 (2023). Esto ocurrió sin establecerse un catálogo taxativo de las conductas que pudieren constituir métodos injustos de competencia, pues el poder legislativo estadounidense reconoció la imposibilidad de dicho ejercicio, según se aprecia en las discusiones legislativas transcritas en *Federal Trade Commission v. Sperry & Hutchinson Co.*, 405 U.S. 233 (1972).

Recientemente se ha considerado que la FTC puede determinar las conductas que constituyen métodos injustos de competencia mediante sus facultades reglamentarias, en lugar de esperar a que se establezcan los precedentes correspondientes que los definan (Chopra y Khan, 2020, p. 366), esto, implica que la FTC determine *ex ante* la conducta que considera puede constituir un método injusto de competencia, informando lo que se buscará prevenir que tenga lugar en el comercio estadounidense. Para determinar qué constituye actualmente un método injusto de competencia, la FTC puede seguir dos opciones: establecerlos conforme a un enfoque bajo el derecho anglosajón (*common law approach*), o bien mediante una declaración formal de política aplicable (*formal policy statement*) (Rybnicek y Wright, 2014, p. 1291).

La primera opción es la que ha seguido la FTC, pero se han reconocido las deficiencias que esto ha tenido, pues el diseño de los procedimientos de la FTC no permiten establecer precedentes orientadores que otorguen certidumbre jurídica a los agentes económicos (Roberston, 2013, pp. 101-112), lo cual, es la finalidad del sistema jurídico del derecho anglosajón (*common law*): generar precedentes orientadores que otorguen certidumbre jurídica sobre la forma en que pueden resolverse algunas controversias.

Y la segunda opción es la que recientemente ha cobrado relevancia, pues otorgaría certidumbre jurídica a los agentes económicos, toda vez que la FTC les informaría qué conductas considera como métodos injustos de competencia *ex ante* a cualquier procedimiento seguido conforme a la §5 de la FTC Act. Dicha declaración fue emitida en noviembre de 2022, abrogando la anterior que se encontraba enfocada en el bienestar del consumidor (*Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition under Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 2022).

Algo similar ocurre con la Cofece, puesto que tiene la posibilidad de determinar mediante disposiciones administrativas de carácter general, aquellas conductas que pueden constituir una restricción al funcionamiento eficiente de los mercados. Cabe recordar que dichas disposiciones deben someterse a consulta pública conforme a lo dispuesto por el legislador en la LFCE, por lo que su uso permite además un verdadero control democrático de la política de competencia que se pretenda en cualquier caso implementar (Amparo directo en revisión 3508/2013, p. 32; Acemoglu y Robinson, 2019, pp. 40-41).

La Cofece tiene entonces dos opciones para determinar lo que constituye una restricción al funcionamiento eficiente de los mercados: esperar su determinación bajo un enfoque legislativo (*statutory approach*, no seguido por el poder legislativo estadounidense en el diseño de la FTC), o bien mediante una declaración formal de política aplicable (Rybnicek y Wright, 2014, p. 1294).

La primera opción es la actualmente vigente en el derecho mexicano de la competencia, pues el Congreso de la Unión ha establecido las conductas que estima son restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados en la LFCE, pero esta postura puede resultar estática en consideración de la creatividad que suelen tener los agentes económicos en el desarrollo de sus actividades y lo dinámicos que pueden ser los mercados. Y la segunda opción es la que puede desplegarse a través de las facultades regulatorias que tiene la Cofece, mediante la emisión de disposiciones regulatorias que establezcan qué conducta puede constituir una restricción al funcionamiento eficiente de los mercados conforme a las atribuciones que le concede el artículo 12(XXII) de la LFCE.

V. Consideraciones sobre las facultades regulatorias de la Cofece

Las facultades regulatorias de la Cofece conforme al modelo de Estado Regulador deben ser interpretadas frente a lo que ha sido resuelto por las autoridades judiciales, respecto del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). Podemos entonces identificar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha analizado en diversas ocasiones las facultades regulatorias del IFT, mediante consideraciones que deben estimarse como aplicables a la Cofece en todo lo relativo al ámbito material de competencia económica (Tesis: P./J. 46/2015 (10a.), 2016).

Una de estas consideraciones fue emitida por la Primera Sala de la SCJN, al estimar que las facultades regulatorias del IFT deben ser analizadas caso por caso, pues puede existir un ámbito material de concurrencia de competencias entre el IFT y el Congreso de la Unión, o bien un ámbito material de facultad en exclusividad en donde la CPEUM otorga al IFT un mandato exclusivo que puede oponer frente al Congreso de la Unión (Tesis: 1a. CC-CXI/2018 (10a.), 2018).

Para el caso de la Cofece, estimo que no existe en sentido estricto una concurrencia de facultades entre esta y el Congreso de la Unión, pues el artículo 73 constitucional no establece una facultad expresa en materia de competencia económica, como sí lo hace en el caso de las telecomunicaciones y la radiodifusión. Si bien es cierto que las disposiciones transitorias del decreto de la reforma de competencia autorizaron al Congreso de la Unión para aprobar las leyes, reformas y adiciones que derivaran de dicho decreto, no lo facultó para legislar en materia de competencia económica en términos amplios, pues solo le ordenó establecer los tipos penales especiales que castigaran severamente prácticas monopólicas y fenómenos de concentración.

Debido a que el artículo 28 constitucional establece que la Cofece debe desarrollar su mandato en materia de competencia económica conforme a los términos que señala la CPEUM y las leyes, puede también considerarse que existe dicha concurrencia de competencias entre el Congreso de la Unión y la Cofece. Sin embargo, considero que esto no debe entenderse de esta manera, pues la Primera Sala de la SCJN también ha señalado que la competencia del IFT, de acuerdo con el modelo de Estado regulador, es oponible a los

otros poderes y puede utilizarla al máximo de su capacidad con independencia de que dichos poderes lo hicieran (Tesis: 1a. CCCIX/2018 (10a.), 2018).

Cabe recordar que el Pleno de la SCJN ha establecido que el IFT tiene facultades cuasilegislativas que pueden ser desplegadas mediante las disposiciones administrativas de carácter general que puede emitir para el cumplimiento de su función regulatoria, las cuales le permiten emitir normas generales, abstractas e impersonales, siempre y cuando no invadan la facultad legislativa del Congreso de la Unión (Tesis: P./J. 45/2015 (10a.), 2015) —a menos de que exista una inactividad legislativa sobre el asunto que se pretende regular (Controversia constitucional 117/2014, p. 56).

Otras de dichas consideraciones, fue la emitida por Segunda Sala de la SCJN en el amparo en revisión 1307/2017, donde, debido al reconocimiento de una regla de concurrencia en el sector de las telecomunicaciones, se estableció que debe “distinguirse necesariamente entre los que son principios o directrices en materia de regulación asimétrica y las medidas asimétricas en sí mismas consideradas; los primeros válidamente pueden ser establecidos por el legislador; las segundas sólo pueden ser establecidas por el Instituto”.

En ese amparo en revisión, la Segunda Sala además reconoció que el ejercicio legislativo no puede contrariar el principio de competencia especializada o deferencia técnica. Dicho principio fue también reconocido por el Segundo Tribunal Colegiado Especializado en Materia de Competencia Económica, al establecer que los jueces no pueden ejercer su función con la invasión de atribuciones que no les corresponden, puesto que deben ser los órganos reguladores del Estado, como la Cofece, los que seleccionen los medios para alcanzar las finalidades constitucionales y la política regulatoria (Tesis: I.2o.A.E.27 A (10a.), 2016).

Supongamos que la concurrencia en materia de competencia económica sí existe entre la Cofece y el Congreso de la Unión, en el sentido de que la LFCE establece los principios o directrices que son aplicables en la materia. Así, puede decirse que sus artículos 53, 54 y 55 establecen los siguientes principios:

- a) El principio de que los acuerdos entre agentes económicos que son competidores entre sí deben ser considerados ilícitos y nulos de pleno derecho —también conocidos como prácticas monopólicas absolutas—.

- b) El principio de que los acuerdos entre agentes económicos que no son competidores entre sí deben ser considerados ilícitos, a menos de que se demuestre que dichos actos inciden favorablemente en el proceso de competencia, superando sus efectos anticompetitivos, con una mejora en el bienestar del consumidor —también conocidos como prácticas monopólicas relativas.

Con los principios definidos por la legislación secundaria, resultaría innecesario que las conductas que constituyen restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados sean tipificadas en la LFCE. Debería entonces dejarse a la Cofece tipificarlas, en virtud de que esta se encuentra en una mejor posición para identificar las conductas que resultan ineficientes para el funcionamiento de los mercados mexicanos, contando además con las herramientas regulatorias y democráticas para tipificarlas.

El Congreso de la Unión no cuenta con una competencia especializada para determinar las conductas que resultan eficientes para el funcionamiento de los mercados; e inclusive, debe considerarse que el proceso legislativo no sigue el dinamismo de los fenómenos económicos y sus mercados. Se reconoce que un argumento en contra puede ser el hecho de que, mediante parlamentos abiertos, el Congreso de la Unión puede hacerse de los conocimientos requeridos, pero en todo caso se encuentra condicionado a los plazos del proceso legislativo y sus eventuales complicaciones.

VI. Un nuevo enfoque de las facultades regulatorias de la COFECE en materia de competencia económica

El modelo de Estado regulador requiere de autoridades que cuenten con una amplia libertad configurativa o versatilidad regulatoria (es decir, deferencia técnica respecto de sus actuaciones desarrolladas dentro de los límites permitidos por sus facultades regulatorias), para así cumplir con su respectivo mandato constitucional (Tesis: I.2o.A.E.27 A (10a.), 2016; Roldán Xopa, 2021, p. 41). En el caso de la Cofece, su mandato es garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir las restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, contando para esto con la facul-

tad de emitir disposiciones administrativas de carácter general conforme a lo dispuesto en el artículo 28 constitucional.

Actualmente la Cofece no tiene libertad configurativa o versatilidad regulatoria, pues a pesar de los siguientes precedentes judiciales que parecieran reconocer un principio de competencia especializada o deferencia técnica a favor de algunos órganos reguladores autónomos como el IFT (incluyendo el caso de un órgano regulador coordinado), la Cofece tiene como precedente orientador para el ejercicio de sus facultades regulatorias el amparo en revisión 142/2018, resuelto por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, que se decantó por limitarlas:

- El Pleno de la SCJN, en una tesis de jurisprudencia de 2015, reconoció que a los órganos reguladores autónomos del modelo de Estado regulador, se les han otorgado funciones regulatorias (diferentes a las funciones legislativas y reglamentarias), con las cuales se pueden producir normas técnicas que son complicadas de desarrollar y actualizar para el poder legislativo, en el entendido que sus facultades regulatorias no tienen fundamento en la norma legislativa, ni se condicionan a lo que dispongan los poderes clásicos (Tesis: P./J. 46/2015 (10a.), 2016).
- La Primera Sala de la SCJN, en una tesis aislada de 2018, reconoció que no existe un conflicto normativo con las normas del Congreso de la Unión, cuando se trate de una norma emitida dentro del ámbito material sobre el cual se le otorgó al IFT una facultad constitucional en exclusividad, por lo que en este caso no debe aplicarse el principio de jerarquía a favor de la norma legislativa, sino un principio de competencia a favor del órgano regulador autónomo, en función de la nómina competencial que puede utilizar al máximo de su capacidad y oponer a los otros poderes independientemente de lo que estos últimos hicieran (Tesis: 1a. CC-CXI/2018 (10a.), 2018).
- La Segunda Sala de la SCJN, en una tesis de jurisprudencia de 2023, reconoció que el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), tiene una competencia constitucional material respecto de la protección de datos personales en posesión de los particulares, que le otorga amplias atribuciones, como

la facultad de emitir normas generales de carácter sustantivo y adjetivo en materia de protección de datos personales; lo anterior, en virtud de que como órgano regulador autónomo, debe contar con las herramientas necesarias para el cumplimiento de sus deberes constitucionales (Tesis: 2a./J. 17/2023 (11a.), 2023).

- La Segunda Sala de la SCJN, en una tesis aislada de 2023, reconoció que la Comisión Reguladora de Energía, como órgano regulador coordinado en materia energética (con autonomía técnica y de gestión, pero perteneciente al poder ejecutivo federal), tiene una competencia constitucional material respecto de la regulación de las ventas de primera mano de hidrocarburos y sus derivados, que puede oponer al Congreso de la Unión a pesar de que este último tenga facultades para legislar en materia de hidrocarburos, puesto que tampoco existe disposición constitucional alguna que permita suponer que otra autoridad en la materia pueda tener alguna participación (Tesis: 2a. II/2023 (11a.), 2023).

Resulta entonces necesario establecer un nuevo enfoque de las facultades regulatorias de la Cofece en materia de competencia económica, que debe ser en todo caso sencillo de interpretar para la autoridad judicial, y práctico de observar para el resto de las autoridades, respetando en todo momento las facultades concurrentes que le pudieren corresponder a las autoridades reguladoras y legislativas conforme a la clasificación propuesta a continuación.

1. Facultades regulatorias concurrentes por la existencia de autoridades reguladoras sectoriales

Estas facultades concurrentes son aquellas que tienen lugar debido a la existencia de autoridades reguladoras sectoriales que deben observar la política de competencia del artículo 28 constitucional durante el ejercicio de sus actividades regulatorias, considerando para esto el mandato constitucional en exclusividad que tiene la Cofece en materia de competencia económica, para intervenir en cualquier momento que lo considere necesario debido a su especialización en esa materia.

Para entender estas facultades, conviene hacer un análisis del amparo en revisión 142/2018, promovido por Delta Air Lines Inc., en contra de la resolución del expediente IEBC-001-2015; esto, debido a que los lineamientos establecidos en ese expediente por la Cofece —con la finalidad de regular el insumo esencial identificado en el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México—, le causaban una afectación en su esfera jurídica al hacer uso de la infraestructura de dicho aeropuerto.

El sentido de la ejecutoria de ese precedente se encuentra justificado en las siguientes premisas: 1) que existe una violación al principio de división de poderes por parte de la Cofece, toda vez que esta pretende regular algo relativo al sector aeroportuario, que le corresponde a la Dirección General de Aeronáutica Civil (Tesis: I.1o.A.E.263 A (10a.), 2019), y 2) que existe una extralimitación de la Cofece respecto de su competencia constitucional material, toda vez que esta pretende regular un mercado que se encuentra regulado por la Dirección General de Aeronáutica Civil (Tesis: I.1o.A.E.260 A (10a.), 2019). Sobre dichas premisas, se debe considerar lo siguiente.

A. Violación al principio de división de poderes

En el caso de la primera premisa, considero que no existe una violación al principio de división de poderes, puesto que la Cofece tiene una facultad constitucional exclusiva para regular el acceso a insumos esenciales.

Esa facultad regulatoria es oponible, en lo que a la regulación de insumos esenciales respecta, a la facultad legislativa que pudiere tener el Congreso de la Unión para dictar leyes sobre vías generales de comunicación (como lo es el espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, o bien los aeródromos civiles integrantes de dichas vías), conforme a lo dispuesto en el artículo 73(XVII) de la CPEUM. Dicha facultad es en consecuencia también oponible a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo federal.

Si bien es cierto que la Dirección General de Aeronáutica Civil es la autoridad reguladora sectorial por disposición legislativa y reglamentaria, también lo es que su actuación se encuentra sujeta a la nómina competencial de la Cofece en lo que respecta a la regulación del acceso a insumos esenciales del sector aeroportuario, según esta es reconocida en el artículo 28 constitucional.

No es tampoco válido el argumento de que el espacio situado sobre el territorio nacional depende directamente del gobierno de la federación, representado por el poder ejecutivo federal (excluyendo la competencia de la Cofece), como se consideró en el amparo en revisión 142/2018. Esto así puesto que lo anterior implicaría aceptar que la Cofece no es una autoridad gubernamental constitucional integrante del gobierno de la federación (Zeind, 2018, pp. 109-110).

Es un hecho que la Dirección General de Aeronáutica Civil, como autoridad reguladora del sector aeroportuario, puede encaminar su actividad hacia la observancia de la política de competencia contenida en el artículo 28 constitucional, que tiene como finalidad solucionar los problemas de competencia en la economía mexicana mediante el establecimiento de condiciones de competencia efectiva que procuren el funcionamiento eficiente de los mercados.

Cuando lo anterior no ocurra debido a la omisión de la autoridad reguladora sectorial, sea por regulación deficiente o inexistencia de regulación, debe entonces respetarse la competencia constitucional material de la Cofece para hacerlo. Por ejemplo, si en el caso del insumo esencial controlado por el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México, la Cofece identifica que no existen condiciones de competencia efectiva en el mercado relevante de ese insumo debido a la omisión regulatoria de la Dirección General de Aeronáutica Civil, debe entonces respetarse la facultad constitucional de la Cofece para regularlo.

Las consideraciones anteriores, además de observar el principio de división de poderes, establecen la siguiente regla en cuanto al ejercicio de las presentes facultades regulatorias concurrentes: Las autoridades reguladoras sectoriales deben desarrollar su actividad observando lo dispuesto por el artículo 28 constitucional, pero si la Cofece considera que en el mercado que las primeras regulan no existen condiciones de competencia efectiva, entonces la Cofece tiene competencia para hacer uso de sus facultades regulatorias a efecto de buscar establecer y garantizar las condiciones que permitan el funcionamiento eficiente del mercado relevante.

No se descarta la posibilidad de que alguna autoridad reguladora sectorial considere que la Cofece ha desplegado sus facultades regulatorias de manera indebida (por ejemplo, en caso de que dicha autoridad reguladora considere que su actividad sí propiciaba condiciones de competencia efectiva en el mercado relevante de su competencia, por lo que no era necesaria la in-

tervención de la Cofece). En estos casos, le corresponderá a dicha autoridad reguladora sectorial demostrar que existen condiciones de competencia efectiva, para lo cual la Cofece podría regular un procedimiento especial mediante disposiciones regulatorias.

B. Extralimitación de la Cofece a su competencia constitucional material

En el caso de la segunda premisa, cabe recordar que un mercado puede encontrarse regulado por diversas autoridades, y que estas no necesariamente tienen que ser autoridades reguladoras sectoriales. Por ejemplo, en el caso de los establecimientos privados para la atención médica (hospitales privados), estos tienen un órgano regulador sectorial que es la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris).

Aunque esos establecimientos pueden además encontrarse sujetos a la regulación de otras autoridades federales como la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat), en lo relativo a la generación de residuos peligrosos conforme a lo dispuesto por los artículos 43 y 46 del Reglamento de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos.

Lo anterior es sin perjuicio de la competencia que también tienen las autoridades estatales o municipales para regular a dichos establecimientos en cuestiones de protección civil (por ejemplo, análisis de riesgos o la aprobación de su programa interno de protección civil).

Resulta entonces inconcuso que cualquier mercado mexicano puede ser regulado por la Cofece en asuntos de competencia económica, sin que esta rebase su competencia material, y a pesar de que exista una autoridad reguladora sectorial *ad hoc* —como se mencionó en el amparo en revisión 142/2018.

2. Facultades regulatorias concurrentes por la existencia de bases legislativas sobre la política de competencia

Estas facultades concurrentes son aquellas que se encuentran sometidas a lo que disponga el Congreso del Unión, en virtud del límite jerárquico que es-

tableció el Pleno de la SCJN en la ejecutoria de la controversia constitucional 117/2014. En este sentido, conforme a dicha controversia, se debe entender que las facultades regulatorias de la Cofece se encuentran sujetas al principio de supremacía jerárquica de la ley (interpretado en la forma de exigencia normativa de no contradicción con la disposición legislativa).

La Cofece debe entonces desplegar sus facultades regulatorias en observancia de los principios que el Congreso de la Unión ha establecido en la LFCE; por ejemplo, los siguientes principios contenidos en los artículos 53, 54 y 55 de la LFCE: (a) el principio de que los acuerdos entre agentes económicos que son competidores entre sí deben ser considerados ilícitos y nulos de pleno derecho, y (b) el principio de que los acuerdos entre agentes económicos que no son competidores entre sí deben ser considerados ilícitos, a menos de que se demuestre que dichos actos inciden favorablemente en el proceso de competencia, superando sus efectos anticompetitivos, con una mejora en el bienestar del consumidor.

Podría también caber la posibilidad de que la Cofece tenga la atribución de ejercer sus facultades regulatorias en caso de que exista una inactividad legislativa por parte del Congreso de la Unión. Por ejemplo, respecto de la tipificación de las siguientes restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados: (a) las conductas que constituyan prácticas monopsónicas en los mercados laborales (Naidu *et al.*, 2018, pp. 595-600; Ríos, 2021, p. 91), o bien (b) las conductas que constituyan prácticas explotativas (Reséndiz Mora, 2023, pp. 137-138 y 151; Cleary Gottlieb y Hamilton, 2020).

3. *Facultades regulatorias residuales de la Cofece*

La clasificación realizada respecto de las facultades regulatorias concurrentes de la Cofece con el Congreso de la Unión y las diferentes autoridades reguladoras sectoriales, permite entonces identificar las siguientes facultades regulatorias residuales que le pertenecen de manera exclusiva a la Cofece, puesto que ninguna otra autoridad del orden jurídico mexicano puede oponerlas de la manera que puede hacerlo la Cofece (con excepción del IFT respecto de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones):

- a) Intervenir de manera directa en la regulación de aquellos mercados en donde identifique que no existen condiciones de competencia efectiva, debido a la omisión de la autoridad reguladora sectorial, o bien derivado de la regulación implementada por dicha autoridad.

Lo anterior se puede realizar a través de disposiciones administrativas de carácter general que se encuentren sujetas a una temporalidad; es decir, que deban permanecer vigentes hasta en tanto existan condiciones de competencia efectiva en un mercado relevante, o bien debido a que la autoridad reguladora sectorial ha propuesto regulación adecuada que permite obtener esas condiciones a discreción de la Cofece.

También se puede realizar conforme a las resoluciones que resulten de los procedimientos para determinar insumos esenciales o barreras a la competencia.

- b) Prevenir, investigar, combatir y sancionar todas las restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

Lo anterior se puede realizar de conformidad con la conducta que la LFCE actualmente tipifica como una restricción al funcionamiento eficiente de los mercados, o bien de conformidad con aquella conducta que la Cofece tipifique como una restricción al funcionamiento eficiente de los mercados mediante disposiciones administrativas de carácter general.

Debe destacarse que algunos de los ministros integrantes de nuestra máxima autoridad judicial se han decantado por una interpretación de las facultades regulatorias de la Cofece que puede verse fortalecida con el enfoque propuesto en este artículo. Dicha interpretación puede identificarse en las intervenciones de los ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá, Javier Laynez Potisek, Alberto Pérez Dayán y José Fernando Franco González Salas, en la sesión pública en que fue discutida la controversia constitucional 301/2017, que fue desestimada en virtud de no haberse alcanzado la votación mínima calificada para invalidar disposiciones legales como las contenidas en el Reglamento de la Ley de Aeropuertos y las Bases Generales para la asignación de horarios de aterrizaje y despegue en aeropuertos en condiciones de saturación —según dicha normatividad tuvo lugar debido a lo resuelto por la Cofece en el expediente IEBC-001-2015.

Se transcribe a continuación una de las consideraciones emitidas por el ministro Javier Laynez Potisek en la controversia constitucional anteriormente mencionada:

De todas estas facultades dispone la Cofece cuando determina un insumo esencial, por lo tanto, no puedo entender o concebir que, cuando hay una autoridad reguladora —la Cofece—, al determinar un insumo, se tiene que limitar a emitir recomendaciones; creo que —de ahí la complejidad— la Cofece, como órgano constitucional autónomo encargado de —en este caso— la regulación de insumos esenciales, tiene las facultades para no sólo determinar, sino —como lo dice la ley al desarrollar el artículo 28 constitucional— emitir una regulación específica en estos rubros.

VII. Conclusiones

La Cofece tiene actualmente incertidumbre jurídica respecto de los alcances de sus facultades regulatorias debido a los diferentes precedentes que han sido referidos en este artículo. Con el undécimo aniversario de la reforma constitucional de 2013, la Cofece puede animarse a explorar los alcances que tienen sus facultades regulatorias con la finalidad de implementar una política de competencia ambiciosa que considere la experiencia y los esfuerzos implementados en otras jurisdicciones —como en el caso de la FTC, que se encuentra explorando los alcances que tienen sus facultades reglamentarias para desarrollar el concepto jurídico indeterminado de “métodos injustos de competencia” (*unfair methods of competition*).

El desarrollo del concepto de restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados puede ser necesario para implementar la política de competencia ambiciosa que fue mencionada, pues con su desarrollo podrían tipificarse a las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo como una restricción irrazonable al funcionamiento eficiente de los mercados laborales, o bien podrían tipificarse aquellas conductas que son consideradas como explotadoras de los consumidores o los trabajadores. La Cofece tiene una herramienta poderosa para conseguirlo en las disposiciones administrativas de carácter general que puede emitir para el cumplimiento de su función

regulatoria en términos del artículo 28 constitucional —es decir, las disposiciones regulatorias conforme a la LFCE—.

La SCJN deberá definir en su momento los alcances de las facultades regulatorias de la Cofece conforme a lo dispuesto en el artículo 28 constitucional, con la finalidad de terminar con la incertidumbre jurídica que existe respecto de sus alcances; en cuyo caso, debe además reconocerse la deferencia técnica que le corresponde a este órgano regulador autónomo para cumplir con su mandato constitucional consistente en garantizar la libre competencia y concurrencia en los mercados mexicanos. Aunque no es necesario esperar a que la SCJN defina los alcances de las facultades regulatorias de la Cofece, puesto que las diferentes autoridades judiciales especializadas en competencia económica pueden adoptar una interpretación similar a la que se propone en este artículo, para lo cual se deberán abandonar todos aquellos criterios que sean similares al del amparo en revisión 142/2018.

Sería también ideal que el Congreso de la Unión realice diferentes reformas a la LFCE, con la finalidad de que esta únicamente establezca los principios o directrices que debe observar la Cofece en el desarrollo de su mandato constitucional en exclusividad. Así, se puede dejar a la Cofece tipificar las conductas que constituyen restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en consideración de la libertad configurativa o versatilidad regulatoria que le fue conferida en el artículo 28 constitucional, conforme al principio de competencia especializada o deferencia técnica que le corresponde a su actuación.

Los principios o directrices que sean materia de las reformas a la LFCE deberán sin lugar a duda considerar no solo los intereses de los consumidores, sino también los de los trabajadores y los pequeños productores (Paul, 2021, pp. 204-206), por ejemplo, podrían discutirse los beneficios que puede tener establecer una excepción del principio de ilegalidad de las prácticas monopólicas absolutas, con la finalidad de que estas se permitan entre pequeños vendedores que busquen hacer frente al poder monopsonico sustancial de algunos compradores —como lo ha expuesto Kelloway (2023), respecto de la fusión de las cadenas de supermercados Kroger y Albertsons.

Son muchos los caminos que puede tomar la política de competencia mexicana, pero cualquiera de estos requerirá que la Cofece cuente con una expectativa razonable de certidumbre jurídica respecto de los alcances de sus

facultades regulatorias. El enfoque de interpretación que se propone en este artículo es uno de los muchos que seguramente se pueden adoptar para brindar certidumbre jurídica a la Cofece, lo cierto es que dicha certidumbre es el requisito esencial y necesario para el desarrollo del modelo de Estado regulador al máximo de su capacidad.

VIII. Referencias

- Acemoglu, D., y Robinson, J. A. (2012). *Why Nations Fail: The origins of power, prosperity, and poverty*. Currency.
- Acemoglu, D. y Robinson, J. A. (2019). *The Narrow Corridor: States, societies, and the fate of liberty*. Penguin Press.
- Amparo directo en revisión 3508/2013. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, Distrito Federal. 30/04/2014. https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2013/10/2_157710_2213.doc
- Amparo en revisión 952/2016. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ciudad de México. 18/10/2017. https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2016/2/2_204469_3714.doc
- Amparo en revisión 1307/2017. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ciudad de México. 18/04/2018. https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/2/2017/2/2_228267_3783.doc
- Amparo en revisión 142/2018. Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Ciudad de México. 04/04/2019. <https://www.dropbox.com/sh/l2o39p1vnsoqqim/AAATG35V8ICz10-LnVJLvhtra?dl=0>
- Anaya Cortés, R. (2020). *El Pasado, Presente y Futuro de México*. Peguin Random House Grupo Editorial.
- Angerhofer, T. J., Blair, R. D., y Piette Durrance C. (2023). *Antitrust Policy in Healthcare Markets*. Cambridge University Press.
- Bessen, J. (2022). *The New Goliaths: How corporations use software to dominate industries, kill innovation, and undermine regulation*. Yale University Press.
- Bork, R. H. (2021). *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself*. Bork Publishing.

- Board of Trade of the City of Chicago *et al.* v. United States, 246 U.S. 231 (1918). Supreme Court of the United States. En *Library of Congress of the United States of America*. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep246/usrep246231/usrep246231.pdf> (fecha de consulta: 09 de enero de 2024).
- Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993). Supreme Court of the United States. En *Library of Congress of the United States of America*. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep509/usrep509209/usrep509209.pdf> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).
- Cárdenas Sánchez, E. (2015). *El Largo Curso de la Economía Mexicana: De 1780 a nuestros días*. Fondo de Cultura Económica; El Colegio de México; Fideicomiso Historia de las Américas.
- Casanueva Reguart, C. (2019). *Las Telecomunicaciones en México: Regulación y reforma: Competencia, desarrollo de infraestructura e inclusión digital (1990-2018)*. Porrúa.
- Chopra, R., y Khan L. M. (2020). The Case for “Unfair Methods of Competition” Rulemaking. *The University of Chicago Law Review*, 87(2), 357-379. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol87/iss2/4/>
- Cleary Gottlieb Steen y Hamilton LLP (2020, marzo 31). “Exploitative” Abuse of Dominance and “Price Gouging” in Times of Crisis. *Cleary Gottlieb*. <https://www.clearygottlieb.com/news-and-insights/publication-listing/exploitative-abuse-of-dominance-and-price-gouging-in-times-of-crisis>
- Controversia constitucional 117/2014. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2014/9/3_175161_2453.doc (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).
- Diario de los Debates del Cuarto Congreso Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos (1917), periodo único, 46a sesión ordinaria, II(59). En *Cámara de Diputados del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos*. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD_Constituyente.pdf (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).
- Dodd, S. C. T. (1893). The present legal status of trusts. *Harvard Law Review*, 7(3), 157-169. <https://www.jstor.org/stable/1322285>

- Federal Register, the Daily Journal of the United States Government. (2021, July 9). Executive Order 14036 de 2021. *Promoting Competition in the American Economy*. <https://www.federalregister.gov/documents/2021/07/14/2021-15069/promoting-competition-in-the-american-economy>
- Federal Trade Commission v. Beech-Nut Co., 257 U.S. 441. (1922). *Supreme Court of the United States*. Library of Congress of the United States of America. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep257/usrep257441/usrep257441.pdf>
- Federal Trade Commission v. Cement Institute *et al.* 333 U.S. 683 (1948). Supreme Court of the United States. *Library of Congress of the United States of America*. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep333/usrep333683/usrep333683.pdf>
- Federal Trade Commission v. Sperry & Hutchinson Co., 405 U.S. 233 (1972). Supreme Court of the United States. *Library of Congress of the United States of America*. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep405/usrep405233/usrep405233.pdf>
- González de Cossio, F. (2017). *Competencia*. Porrúa.
- Greenspan, A., y Wooldridge A. (2018). *Capitalism in America: An economic history of the United States*. Penguin Press.
- Holland Montague, G. (1915). Unfair Methods of Competition. *The Yale Law Journal*, 25(1), 20-41. <https://www.jstor.org/stable/787527>
- Hovenkamp, H. (2008). *The Antitrust Enterprise: Principle and execution*. Harvard University Press.
- Hovenkamp, H., y Scott Morton, F. (2020). Framing the Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 168(7), 1843-1873. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2113/
- Hovenkamp, H. (2022). President Biden's Executive Order on Promoting Competition: and Antitrust Analysis. *Arizona Law Review*, 64, 383-416. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2534/
- Illumina v. Federal Trade Commission, No. 23-60167 (2023). United States Court of Appeals Fifth Circuit. <https://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/23/23-60167-CV0.pdf>
- Kelloway, C. (2023, noviembre 29). The Kroger-Albertsons Merger Will Not Help Grocery Competition. *Promarket*. <https://www.promarket>.

org/2023/11/29/the-kroger-albertsons-merger-will-not-help-grocery-competition/

- Khan, L. M. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, 126(3), 564-907. <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>
- Khan, L. M. (2018). The New Brandeis Movement: America's antimonopoly debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(3), 131-132. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy020>
- Klobuchar A. (2021). *Antitrust: Taking on monopoly power from the gilded age to the digital age*. Aldred A. Knopf, a division of Penguin Random House LLC.
- Kovacic, W. E., y Winerman, M. (2010). Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act. *Antitrust Law Journal*, 76, 929-950. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/competition-policy-and-application-section-5-ftc-act-marc-winerman/2010kovacicwinermanpolicyapp.pdf
- Langlois D'Estaintot, I. (Ed.). (2022). *Considering worker welfare? A capability assessment of antitrust, EU antitrust: hot topics and next steps*. Charles University, Faculty of Law. <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/74640>
- Lianos, I., Korah, V., y Siciliani, P. (2019). *Competition Law: Analysis, Cases & Materials*. Oxford University Press.
- Motta, M. (2018). *Política de competencia: Teoría y práctica*. Fondo de Cultura Económica; Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Federal De Competencia Económica; Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- Naidu, S., Posner, E. A., y Weyl, G. (2018). Antitrust remedies for labor market power. *Harvard Law Review*, 132(2), 536-601. <https://harvardlawreview.org/print/vol-132/antitrust-remedies-for-labor-market-power/>
- Northern Securities Co. v. United States, 193 U.S. 197. (1904). *Supreme Court of the United States*. Library of Congress of the United States of America. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/lj/usrep/usrep193/usrep193197/usrep193197.pdf>
- Notice of proposed rulemaking: Non-Compete Clause Rule, 88 FR 3482. (2023). *Título 16 del Código de Reglamentos Federales, artículo 910*. Federal Register, the Daily Journal of the United States Government.

<https://www.federalregister.gov/documents/2023/01/19/2023-00414/non-compete-clause-rule>

Paul, S. (2021). Recovering the Moral Economy Foundations of the Sherman Act. *The Yale Law Journal*, 131(1), 175-255. <https://www.yalelawjournal.org/feature/recovering-the-moral-economy-foundations-of-the-berman-act>

Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition under Section 5 of the Federal Trade Commission Act, Commission File No. P221202 (2022). Federal Trade Commission – Protecting America’s Consumers. <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/policy-statement-regarding-scope-unfair-methods-competition-under-section-5-federal-trade-commission>

Posner, R. (1969). The Federal Trade Commission. *The University of Chicago Law Review*, 37(1), 47-89. <https://chicagounbound.uchicago.edu/ucprev/vol37/iss1/4/>

Posner, R. (2001). *Antitrust Law*, The University of Chicago Press.

Posner, E. (2021). *How Antitrust Failed Workers*. Oxford University Press.

Statements and Releases – White House. (2021, March 22). President Biden Announces his Intent to Nominate Lina Khan for Commissioner of the Federal Trade Commission. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/22/president-biden-announces-his-intent-to-nominate-lina-khan-for-commissioner-of-the-federal-trade-commission/>

Reiter v. Sonotone Corp. *et al.*, 442 U.S. 330. (1979). Supreme Court of the United States. *Library of Congress of the United States of America*. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/lh/usrep/usrep442/usrep442330/usrep442330.pdf>

Reséndiz Mora, A. M. (2023). Innovación y poder de mercado en la era digital. En L. A. Méndez Rodríguez, C. Mena Labarthe y J. Roldán Xopa (Coords.), *Derecho de la Competencia: Nuevos Paradigmas* (pp. 121-157). Tirant Lo Blanch.

Ríos, V. (2021). *No es Normal: El juego oculto que alimenta la desigualdad mexicana y cómo cambiarlo*. Penguin Random House Grupo Editorial.

Robertson, J. R. (2013). Administrative Trials at the Federal Trade Commission in Competition Cases. *The Sedona Conference Journal XIV*. <https://thesedonaconference.org/node/8412>

- Roldán Xopa, J. (2021). *La ordenación constitucional de la economía: Del Estado regulador al Estado garante*. Fondo de Cultura Económica.
- Rybnicek, J. M. y Wright, J.D. (2014). Defining Section 5 of the FTC Act: The failure of the common law method and the case or formal agency guidelines. *George Mason Law Review*, 21(5), 1287-1315. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2496748
- Sesión pública ordinaria de la controversia constitucional 301/2017. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ciudad de México. 26/11/2019. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2019-11-26/26112019%20PO_0.pdf
- Tesis: P./J. 45/2015 (10a.) (2015). INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). SU FUNCIÓN REGULATORIA ES COMPATIBLE CON UNA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EVOLUTIVA Y FLEXIBLE. En *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010672> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).
- Tesis: P./J. 46/2015 (10a.) (2016). ESTADO REGULADOR. EL MODELO CONSTITUCIONAL LO ADOPTA AL CREAR A ÓRGANOS AUTÓNOMOS EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. En *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010881> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).
- Tesis: I.2o.A.E.27 A. (10a.) (2016). ÓRGANOS REGULADORES DEL ESTADO. ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS ACTOS. En *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2011679> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).
- Tesis: 1a. CCCXI/2018. (10a.) (2018). LÍMITE JERÁRQUICO DE LA REGULACIÓN DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT) ANTE LA LEY. SU APLICABILIDAD SE CONDICIONA A LA CONSTATAción DE UN ÁMBITO DE CONCURRENCIA COMPETENCIAL CON EL PODER LEGISLATIVO. En *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018715> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).
- Tesis: I.4o.A.149 A. (10a.) (2018). SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. SUS CARACTERÍSTICAS COMO ÓRGANO REGULADOR DEL SISTEMA

FINANCIERO DEL ESTADO. En *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018264> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).

Tesis: 1a. CCCIX/2018 (10a.). (2018). TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 147, PÁRRAFO TERCERO, DE LA LEY DE LA MATERIA, QUE PREVÉ LA FACULTAD DE “PROMOCIÓN”, DEBE ENTENDERSE UBICADO EN UN ÁMBITO DE CONCURRENCIA CON LA DIVERSA DE LOS ARTÍCULOS 28 Y 73, FRACCIÓN XVII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. En *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018848> (fecha de consulta: 09 de enero de 2024).

Tesis: I.2o.A.E.66 A (10a.) (2019). PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. DIFERENCIAS EN LA APLICACIÓN DE LA REGLA “PER SE” Y DE LA REGLA DE LA RAZÓN, AL INVESTIGARLAS. En *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019731> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).

Tesis: I.1o.A.E.263 A (10a.) (2019). INSUMO ESENCIAL CONTROLADO POR EL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO EN EL MERCADO RELEVANTE DE PROVISIÓN DE LOS SERVICIOS DE ATERRIZAJE Y DESPEGUE, PLATAFORMA Y CONTROL EN PLATAFORMAS. LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA MEDIANTE LA CUAL DETERMINÓ SU EXISTENCIA Y FIJÓ LINEAMIENTOS PARA REGULAR EL ACCESO A AQUEL, VIOLA EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES. En *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020075> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).

Tesis: I.1o.A.E.260 A (10a.) (2019). PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE INSUMOS ESENCIALES QUE PUE- DAN GENERAR EFECTOS ANTICOMPETITIVOS. CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN CORRESPONDIENTE EMITIDA POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, CUANDO INVOLUCRA MERCADOS REGULADOS POR OTRAS AGENCIAS. En *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020088> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).

- Tesis: 2a./J. 17/2023 (11a.) (2023). INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. DADO SU CARÁCTER DE ÓRGANO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO, CUENTA CON ATRIBUCIONES PARA EMITIR NORMAS GENERALES TANTO SUSTANTIVAS COMO ADJETIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, INCLUIDAS AQUELLAS EN MATERIA DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. En *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Undécima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026242> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).
- Tesis: 2a. II/2023 (11a.) (2023). REGULACIÓN ASIMÉTRICA EN VENTAS DE PRIMERA MANO DE HIDROCARBUROS. EL CONGRESO DE LA UNIÓN ES INCOMPETENTE PARA DEJAR SIN EFECTOS LA OBLIGACIÓN DE LA COMISIÓN REGULADORA DE ENERGÍA DE ESTABLECERLA. En *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Undécima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027406> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).
- The Standard Oil Company of New Jersey *et al.* v. The United States, 221 U.S. 1 (1911). Supreme Court of the United States. *Library of Congress of the United States of America*. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep221/usrep221001/usrep221001.pdf>
- Tron Petit, J.C. y Tron Zuccher, D. M. (2015). Los procedimientos administrativos de investigación y sanción en la LFCE. En C. Mena Labarthe, L. A. Méndez Rodríguez y J. Roldan Xopa (Coords.), *Derecho de la Competencia en México* (pp. 67-149). Porrúa.
- United States v. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505 (1898). *Supreme Court of the United States*. Library of Congress of the United States of America. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep171/usrep171505/usrep171505.pdf>
- United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897). Supreme Court of the United States. *Library of Congress of the United States of America*. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep166/usrep166290/usrep166290.pdf>
- Weber Waller, S. (2004). The Antitrust Legacy of Arnold Thurman. *St. John's Law Review*, 78(3), 569-614. <https://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol78/iss3/9/>

- White House Announces Additional Policy Staff. (5 de marzo de 2021). *Statements and Releases – White House*. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/05/white-house-announces-additional-policy-staff/>
- Winerman, M. (2003). The origins of the FTC: Concentration, cooperation, control and competition. *Antitrust Law Journal*, 71, 1-97. <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/federal-trade-commission-history/origins.pdf>
- Wu, T. (2018). *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Columbia Global Reports.
- Yoo, C. S. (2020). The Post-Chicago Antitrust Revolution: A retrospective. *University of Pennsylvania Law Review*, 168(7), 2145-2169. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2237/
- Zeind, M. A. (2018). *Organismos Constitucionales Autónomos*. Tirant Lo Blanch.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Guerrero, Héctor Detrick, “Un nuevo enfoque de las facultades regulatorias de la Comisión Federal de Competencia Económica: el concepto de restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 169, 2024, pp. 141-176. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18860>

APA

Guerrero, H. D. (2024). Un nuevo enfoque de las facultades regulatorias de la Comisión Federal de Competencia Económica: el concepto de restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(169), 141-176. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18860>

Aplicación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia en la participación política de adolescentes de Lima Metropolitana

Application of the principle of the best interests of children and adolescents in the political participation of adolescents in Metropolitan Lima

Lesly Paola **Díaz Aguilar**

 <https://orcid.org/0000-0002-7827-9449>

Universidad César Vallejo. Perú

Correo electrónico: ldiazag@ucvvirtual.edu.pe

Jorge Antonio **Machuca Vélchez**

 <https://orcid.org/0000-0001-7001-2259>

Universidad César Vallejo. Perú

Correo electrónico: machuca@ucvvirtual.edu.pe

Mary Carmen Cecilia **Rodríguez García**

 <https://orcid.org/0000-0002-6192-9695>

Universidad César Vallejo. Perú

Correo electrónico: cmamaniro@ucvvirtual.edu.pe

Recepción: 7 de octubre de 2023 | **Aceptación:** 15 de julio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18623>

Resumen: El derecho a la participación política de adolescentes es un derecho fundamental, el cual es vulnerado pese a que goza de protección constitucional. Ello, debido a la errónea interpretación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia, por parte de autoridades responsables de la implementación de este derecho en espacios de toma de decisión. En ese sentido, la presente investigación, de enfoque cualitativo, tipo básico y diseño de teoría fundamentada, tiene como objetivo general determinar de qué manera una correcta interpretación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia podría contribuir favorablemente al ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión en Lima Metropolitana. De ahí que, mediante la aplicación de la entrevista, como instrumento de recolección de datos, se obtuvo como resultado que es necesario una interpretación garantista del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia, debido a que actualmente diversos factores acarrear su deficiente interpretación, repercutiendo

negativamente en el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes. Además, se concluye que una correcta interpretación garantista del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia contribuiría favorablemente al ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión.

Palabras clave: interés superior, participación política, adolescentes, espacios de toma de decisión, derechos.

Abstract: The right to political participation of adolescents is a fundamental right, which is violated even though it enjoys constitutional protection. This is due to the erroneous interpretation of the principle of the best interests of children and adolescents by the authorities responsible for the implementation of this right in decision-making spaces. In this sense, the present research, with a qualitative approach, basic type, and grounded theory design, has the general objective of determining how a correct interpretation of the principle of the best interests of children and adolescents could contribute favorably to the exercise of the right to political participation of adolescents in decision-making spaces in Lima Metropolitana. Hence, through the application of the interview, as a data collection instrument, it was obtained as a result that a guaranteeing interpretation of the principle of the best interests of children and adolescents is necessary, because currently various factors lead to its deficient interpretation, negatively impacting the exercise of the right to political participation of adolescents. Furthermore, it is concluded that a correct interpretation of the principle of the best interests of children and adolescents would contribute favorably to the exercise of the right to political participation of adolescents in decision-making spaces.

Keywords: best interest, political participation, adolescents, decision making spaces, rights.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Interpretación del principio del interés de la niñez y la adolescencia para el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes.* III. *Ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión.* IV. *Consideración del principio de interés superior de la niñez y la adolescencia en espacios de toma de decisión.* V. *Regulación en el derecho comparado del ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias.*

I. Introducción

Según el Informe Young Voice Perú (2018), el 75.5% de adolescentes estima importante que los tomadores de decisión, en el marco de gestiones públicas, escuchen las opiniones de niñas, niños y adolescentes (NNA); sin embargo, la población entrevistada considera que no existen oportunidades para manifestar sus opiniones (13.7%) o, en todo caso, dichas oportunidades son redu-

cidas (31.8%). Incluso, el 22.8% no conoce sobre espacios de participación en el Perú (p. 19).

Con relación a los datos previos y en contraste con el ejercicio del derecho a la participación en el Perú, se identifican cuatro hitos que permiten entender el reconocimiento de este derecho. El primer hito ocurrió en el año 2006, cuando el Tribunal Constitucional peruano (TC) señaló que la participación política es un derecho fundamental que implica intervenir en procesos de toma de decisión. El TC expresó en dicha oportunidad que este derecho tiene reconocimiento en el inciso 17 del artículo 2o. de la Constitución Política del Perú¹ y se extiende a la participación de la persona en el Estado-sociedad, es decir, se ejerce por la elección de decisiones en los diferentes niveles de organización estatales y privados (expediente núm. 5741-2006-PA, 2006, p. 2).

El segundo hito aconteció en 2009, cuando el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) formalizó los consejos consultivos de niños, niñas y adolescentes (CCONNA), como un espacio participativo de naturaleza consultiva, en el cual los NNA emiten opiniones respecto a políticas públicas y propuestas sobre temas que les involucran (MIMP, 2009).

El tercer hito se produjo en 2021 con la dación de la Ordenanza Núm. 2310-2021, emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, a través de la cual se reconoció a los NNA como agentes de cambio para el desarrollo sostenible en sus comunidades (artículo 1o.). Adicionalmente, mediante el principio de participación, se promovió la libertad de opinión de NNA y las siguientes obligaciones de las personas adultas: 1) considerar las opiniones de NNA y 2) brindarles información según su “edad, madurez y los medios que les favorezcan” (artículo 4o.).

El cuarto hito lo constituye la dación de la Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030, aprobada mediante Decreto Supremo Núm. 008-2021-MIMP, y publicada en junio de 2021 (MIMP, 2021). La referida política reconoció que la limitación a la participación de NNA representa una de las causas del problema público del “limitado ejer-

¹ Constitución Política del Perú. “Toda persona tiene derecho: [...] 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación” (artículo 2o., inciso 17).

cicio de derechos de niñas, niños y adolescentes” (MIMP, Decreto Supremo Núm. 008-2021-MIMP, p. 32). Mediante esta política, el Estado reconocería la promoción y desarrollo de la participación política de adolescentes como un asunto de interés nacional; puesto que, se requiere garantizar sus derechos e incrementar espacios donde se involucren en la toma de decisiones respecto a los asuntos que, directa o indirectamente, impactan en sus vidas, tales como: mejorar su educación, optimizar su salud, establecer medidas para una vida libre de violencia, etcétera.

Sin embargo, pese a los avances reflejados en los cuatro hitos antes referidos, aún se necesitan espacios de retroalimentación que informen a adolescentes sobre cómo incorporar su opinión en la decisión adoptada por las autoridades. Además, se requiere implementar más espacios de participación que convoquen a adolescentes de diferentes contextos socioculturales e identidades, integrantes o no, de organizaciones de niñas, niños y adolescentes (ONNAS).

Asimismo, al tratarse de adolescentes es obligatoria la aplicación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia (en adelante, principio del interés superior). Según los estándares de la Observación General Núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño (CDN), el interés superior tiene una triple conceptualización: 1) es un derecho, porque implica la protección primordial de NNA ante controversias que les afectan de forma colectiva o individual, 2) es un principio, por ser una garantía interpretativa de las normas, en favor de NNA y 3) es una norma procedimental, porque viabiliza la salvaguardia a NNA durante la toma de decisiones (2013, p. 12). Entonces, la triple definición del interés superior, como norma, derecho y principio, establece nociones que guían su interpretación; puesto que, asegura su funcionalidad, priorizando la protección y participación de NNA.

En relación con lo anterior, esta investigación contempla como objetivo general determinar de qué manera una correcta interpretación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia podría contribuir favorablemente al ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión en Lima Metropolitana. Los objetivos específicos de la presente investigación son los siguientes: 1) identificar las limitaciones del ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión sobre temas vinculados a adolescentes, 2) establecer si el principio del interés superior de la niñez y la adolescencia

es considerado o no en espacios de toma de decisión sobre temas vinculados a adolescentes y 3) analizar la regulación en el derecho comparado del ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión sobre temas vinculados a adolescentes.

La presente investigación utilizó el enfoque cualitativo que se sostiene en la indagación y recaba datos de estudios de hechos o fenómenos, con el fin de conocer la perspectiva de las personas participantes en su realidad social (Escudero y Cortez, 2018, pp. 22 y 23). Además, el tipo de investigación fue básica por buscar el desarrollo teórico, así como, la generación de conocimiento novedoso o inédito, sin una finalidad inmediata, sino que permita mejorar la discusión en la academia; y, el diseño fue la teoría fundamentada que crea teorías desde el acopio de datos de documentos utilizados en la investigación (Polanía *et al.*, 2020, pp. 27 y 119). Mientras que, la técnica utilizada para la recolección de datos fue la entrevista a profundidad, aplicada a siete abogados y abogadas con amplia experiencia en procesos de participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión en Lima Metropolitana y a nivel nacional.² En tal sentido, se utilizan los métodos *ratio legis* o método lógico y el método sistemático³ para el análisis de la información.

La justificación de este artículo se basa en reconocer la relevancia del derecho a la participación política de adolescentes es importante, a pesar de lo cual es vulnerado, omitiendo su protección constitucional; ya que, se presenta una errónea interpretación del principio del interés superior de la niñez y la

² Las abogadas/os entrevistadas han ocupado los siguientes cargos relevantes para la investigación en el Perú: 1) Asesora de Programas en Promsex y ex servidora de la Municipalidad Metropolitana de Lima; 2) Especialista en Aldeas Infantiles SOS Perú; 3) Coordinadora Nacional de Plan Internacional Perú; 4) Especialista en el Ministerio de Educación y Ex Coordinadora de Save the Children Internacional; 5) Especialista del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) y Ex Director General de Niñas, Niños y Adolescentes en el MIMP; 6) Especialista de la Dirección General de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH) y 7) Especialista en el MINJUSDH y ex Director de Políticas de Niñas, Niños y Adolescentes en el MIMP.

³ El método *ratio legis* o método lógico es un método aplicado con el propósito de entender la finalidad por la cual la norma fue dictada o existe, pues busca la razón de su existencia. Mientras que, el método sistemático es aquel dirigido a identificar qué busca comunicar la norma, por ende, se implementa la interpretación de una norma con conceptos o principios desarrollados en otros textos legislativos y se debe considerar la conexión coherente entre la legislación (Ramos, 2018, pp. 148 a 155).

adolescencia por parte de autoridades responsables de su implementación en espacios de toma de decisión. Ello genera que la participación adolescente se limite al derecho de ser escuchados en eventos efímeros de participación simbólica o aparente, sin involucrar a esta población permanentemente en procesos coprotagonísticos de espacios de toma de decisión sobre aquellos aspectos que les impliquen. Concomitantemente, al considerar a la población adolescente como sujetos de derechos, con capacidad de decisión al participar, se permitirá contrarrestar la creación y aplicación de leyes, programas y políticas guiadas por una perspectiva sesgada (adultocéntrica) y se fortalecerá la democracia.

Finalmente, la organización del texto se ha establecido de la siguiente forma: primero se analizará cómo ha quedado definida normativa y doctrinariamente la aplicación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia a efectos de salvaguardar el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes. Luego, continuando con el análisis anterior, se evaluarán las características y alcances del ejercicio del derecho a la participación política de los niños y adolescentes. Posteriormente, se revisará cómo el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes se lleva a cabo de forma poco plena en el Perú, a pesar de haberse reconocido su importancia a nivel institucional, aunque desafortunadamente de una forma más formal que material. Finalmente, se revisará el derecho comparado a fin de establecer qué países han desarrollado mejores fórmulas legislativas destinadas a impulsar el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes.

II. Interpretación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia para el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes

La Observación General Núm. 20 del CDN establece que los Estados tienen la obligación de asegurar la participación de adolescentes en espacios de toma de decisión⁴ para elaborar, aplicar y supervisar las políticas, programas, ser-

⁴ Respecto a los espacios de toma de decisión, la doctrina no ha desarrollado una definición

vicios y leyes que les involucren, en ámbitos nacionales e internacionales. En consecuencia, la participación es un instrumento para que la población adolescente promueva la efectivización de sus derechos y exija la rendición de cuentas al Estado. Por ello, para alcanzar la ciudadanía activa, se requiere que los Estados adopten políticas que aumenten las oportunidades de participación política de adolescentes; ya que, les permitirá accionar en la toma de decisiones, participar en procesos políticos e interactuar con sus pares, en espacios físicos y virtuales (CDN, 2016, párr. 24).

En línea con lo anterior, Corrales *et al.* (2022) consideran que es un gran desafío la implementación del derecho a la participación de los NNA siguiendo la doctrina de la protección integral. Ello implica que a efectos de asegurar su verdadera participación se requiere eliminar la participación simbólica o aparente porque no les permite desarrollar el sentido de pertenencia en la construcción y desarrollo social, ni intervenir en el gobierno de sus territorios. Consecuentemente, se requiere que las personas profesionales no se resistan a incluir a los NNA en la toma de decisiones (pp. 301 y 302). En suma, el ejercicio del derecho a la participación representa un desafío en sí mismo.

Ahora bien, entre el ejercicio del derecho a la participación política y el principio de la niñez y la adolescencia, se puede identificar una relación de complementariedad. Al respecto, Eriksen (2019) considera que de la Observación General Núm. 14 del CDN se desprende el derecho a la participación democrática, como un principio cohesionado al interés superior. Por ello, la autora resalta la importancia de incluir el principio del interés superior en todas las legislaciones nacionales para complementar el concepto y ejercicio de la participación (p. 13). En ese sentido, se considera que la incorporación normativa del principio del interés superior fortalece el desarrollo del mencionado derecho, el cual constituye a fin de cuentas la base de la estructura democrática de las naciones.

unívoca; sin embargo, para González y Gómez (2007), la toma de decisiones involucra un proceso para la caracterización de políticas públicas (p. 90). Por su parte, el autor Sol (2012) señala que los espacios para la participación, donde se toman decisiones públicas, permiten la creación, desarrollo y examen de políticas o procesos legislativos (pp. 55 y 56). Por lo tanto, los espacios de toma de decisión son ámbitos de acción directa para diseñar, aprobar, desarrollar y examinar la legislación o políticas, donde las personas con poder de decisión se encuentran y consolidan estas iniciativas. Así que, resulta trascendental que se involucren a distintos agentes, como adolescentes, sobre quienes impactan dichas decisiones.

Al respecto, se requiere considerar que el interés superior de la niñez y la adolescencia es un principio que se constituyó desde la celebración de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 3o., párr. 1), la cual entró en vigor en los albores de la década de 1990, y permitió transitar de la doctrina de la situación irregular a la de protección integral (Herencia, 2019, p. 389). Así también, a nivel interamericano, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha adoptado la triple conceptualización del interés superior del niño establecida por el CDN, reforzando diferentes aristas: 1) en relación a su calidad de derecho sustantivo, crea la obligación estatal de considerarlo y evaluarlo en cada situación vinculada a NNA; 2) en relación a la interpretación de sus alcances, configura el interés superior como principio interpretativo, es decir, centrando la satisfacción de los derechos de los NNA para entender cabalmente los demás derechos señalados en la Convención, cuando están referidos a esta población y 3) como norma de procedimiento, implica que en todo procedimiento que involucre NNA, el principio del interés superior debe contemplarse y respetarse, previniendo cualquier forma de afectación a los NNA (Caso Ramírez Escobar y otros *vs.* Guatemala, 2018, párr. 215).

La Corte IDH también precisa que la protección del principio del interés superior es un fin legítimo e imperioso en sí mismo, debido a su carácter regulador de las normas sobre derechos de NNA, que tiene fundamento en su dignidad como personas, sus propias características y la necesidad de posibilitar su desarrollo. Por lo que, a fin de asegurar la prevalencia del principio “la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere «cuidados especiales», y el artículo 19 de la Convención Americana⁵ señala que debe recibir «medidas especiales de protección»” (Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile, 2012, párr. 108).

Por su parte Gamarra y Pérez, al interpretar los estándares de la Observación General Núm. 14 del CDN, indican que para la aplicación del interés superior del niño se requiere seguir el siguiente derrotero: 1) primero, la evaluación, que supone la valoración y el examen de los elementos para la toma

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). “Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (artículo 19).

de decisiones en situaciones vinculadas a NNA por parte de las personas responsables de las decisiones y su personal o del equipo multidisciplinario, es más, se debe considerar la participación del NNA y 2) segundo, la determinación, que se vincula al proceso y las garantías destinadas a la determinación del interés superior de la niñez y adolescencia con base a la evaluación efectuada inicialmente. En tal sentido, el Comité ha enlistado los siguientes elementos, sin una jerarquía entre sí, a fin de ilustrar los pasos anteriores:

- **Opinión del NNA:** establece que la decisión requiere considerar la opinión del NNA según su edad y madurez, con el propósito de que participen en determinar su interés superior.
- **Identidad del NNA:** se vincula a la preservación de la identidad, mediante su respeto y consideración en la evaluación, ya que esta considera características de los NNA como su edad sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, origen étnico-cultural, nacionalidad, creencias, entre otras.
- **Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones:** se prioriza ante casos de separación de los NNA de su ámbito familiar; por ende, con la separación, el Estado asume la custodia de esta población y procura que la decisión sea adoptada según una evaluación previa, debido a los significativos efectos en NNA.
- **Cuidado, protección y seguridad del NNA:** está orientado al bienestar del NNA, de ahí que, considera necesidades materiales, educativas, físicas y emocionales, afectivas y de seguridad que requieran. Adicionalmente, atiende el principio de precaución para atender futuros riesgos y daños.
- **Situación de vulnerabilidad:** supone considerar la posicionan en situación de vulnerabilidad de los NNA para disfrutar plenamente los derechos reconocidos por la Convención, por ejemplo, los NNA con discapacidad, que sean personas migrantes o refugiadas, víctimas de malos tratos, vivan en la calle, entre otros.
- **Derecho a la salud:** se vincula a la adopción de decisiones en el campo médico, desde el cual, a fin de considerar la opinión del NNA, según su edad y madurez, se les requiere informar de forma adecuada y apropiada.

- Derecho a la educación: reconoce que la educación gratuita y de calidad favorecen al interés superior, de ahí que, debe ser considerado en las acciones, iniciativas o decisiones que se generen en el ámbito educativo.

Los elementos anteriores requieren estar equilibrados entre sí, pero su importancia particular se pondera según la interacción que existe entre elementos, a fin de garantizar que los NNA disfruten plena y efectivamente sus derechos. Por lo que, la evaluación en base a los elementos se debe dar en todos los niveles estatales y antes de elaborar políticas públicas o medidas varias, que tengan como propósito asegurar la buena gobernanza de los derechos de NNA (2023, pp. 48 a 53). Así también, la Corte IDH ha reconocido que existe “interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño”, puesto que, el artículo 12 de la Convención no se limita a reconocer el derecho de los NNA a expresar su opinión sobre los asuntos que les afecten, sino que se extiende a que sus opiniones sean debidamente tomadas en consideración (Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile, 2012, párrs. 200 y 208).

Lo antes expuesto tiene asidero en la obligación de los Estados como garantes, con mayor responsabilidad y cuidado, derivada de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los NNA. Entonces, con base a lo establecido en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, existe la obligación estatal de promocionar las “medidas de protección especial” que se orienten por el principio del interés superior de la niñez y adolescencia. Asimismo, del artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, se desprende la obligación de los estados de atender como una consideración primordial el interés superior en todos los niveles de gobierno, poderes estatales e instituciones públicas o privadas destinadas al bienestar social, respecto a todas las decisiones y medidas adoptadas con repercusión directa o indirecta en los NNA (Caso María y otros *vs.* Argentina, 2023, párr. 85).

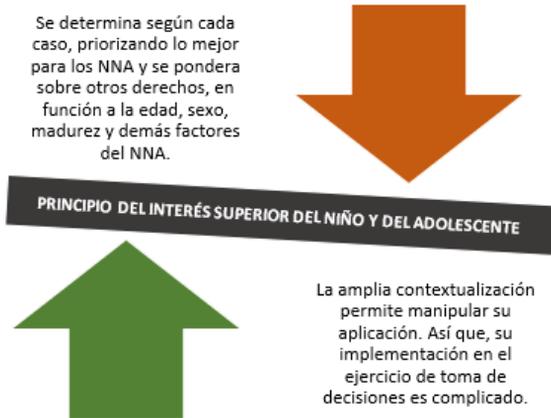
En similar sentido, la autora Picornell (2019) refiere que la inclusión del principio del interés superior en las legislaciones nacionales de los Estados otorga protección y mayor respeto a los derechos de los NNA. Sin embargo, considera que este principio es impreciso y su interpretación supone un reto porque se da bajo un esquema proteccionista, en la que existe un claro ses-

go: las personas adultas serán las únicas legitimadas para escoger lo mejor para las personas menores de 18 años, sin necesidad de considerar su voluntad. Por ello, no basta con incorporar en las agendas públicas nuevas ideas de la presencia de NNA, sino también comprometerse con la perspectiva liberacionista que reconoce en la población adolescente e infantil la capacidad para decidir (pp. 1179 y 1181). La autora resalta la característica garantista del principio del interés superior, aunque su imprecisión y abierta interpretación hacen peligrar su correcto empleo; ya que, se requiere que las personas adultas intérpretes de su contenido y ejecución asuman una perspectiva liberacionista y no proteccionista, que solo aprecia a los y las adolescentes como sujetos de cuidado, más no de derechos.

A mayor abundamiento, Paulette *et al.* (2020) consideran que el principio del interés superior se determina dependiendo de cada caso particular, priorizando lo mejor para los NNA. Por lo que, en la práctica, este interés se pondera frente a otros derechos, en función de la edad, sexo, madurez y demás factores de los NNA. Además, los autores enfatizan que este principio, pese a su concepción dificultosa —toda vez que varía según el caso y se presta a la manipulación en su empleo—, tiene rango constitucional debido a su importancia. En consecuencia, señalan que, es complicada su implementación en el ejercicio de la toma de decisiones, pero los criterios para su aplicación se relacionan con el derecho a ser escuchado y la libertad de expresión, además de componentes como: la nacionalidad, religión, creencias, identidad de género, entre otros (p. 389).

Figura 1.

La aplicación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia



FUENTE: desarrollo del principio del interés superior del niño y del adolescente, realizado por Paulette *et al.* (2020).

En consideración a lo antes mencionado, la interpretación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia es subjetiva, por ello, resulta necesario determinar cuál sería la manera correcta de interpretación que favorezca al ejercicio pleno del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión en Lima Metropolitana.

Resultados y discusión de la investigación

Según los resultados de la investigación, la interpretación del referido principio debería ser garantista porque está destinada a favorecer el pleno ejercicio de los derechos de los y las adolescentes, siendo uno de estos el derecho a la participación política, que debe ejercitarse en espacios de toma de decisión donde consideren la opinión, seguridad y protección de esta población.

Sin embargo, con relación a la participación política, se establece que los siguientes factores pueden generar una deficiente interpretación del principio del interés superior: 1) el adultocentrismo; 2) la falta de escucha a los y las adolescentes con una efectiva incorporación de sus opiniones y 3) el desco-

nocimiento del alcance, significado e importancia del interés superior, entre personas adultas y autoridades.

Consecuentemente, la deficiencia en la interpretación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia genera los siguientes efectos en el ejercicio del derecho a la participación política: 1) exclusión de adolescentes que en su diversidad expresan ideas diferentes a las planteadas en los espacios de toma de decisión; 2) continuidad de la visión sesgada de autoridades que evita la participación de adolescentes y 3) generación de espacios de participación para adolescentes bajo estructuras que replican modelos de participación adulta.

Incluso, pese a que se valora positivamente la iniciativa de adolescentes para involucrarse y encontrar formas de participar en la vida política del país, ello no es suficiente. En efecto, conforme a la investigación de Chevarría y Chávez (2018), el principio del interés superior de la niñez y la adolescencia debe considerarse bajo la doctrina de la protección integral, ya que, se requiere garantizar los derechos y el bienestar a través de condiciones óptimas que aseguren el íntegro desarrollo de los y las adolescentes (pp. 203 y 207). Por lo tanto, no basta generar espacios para iniciativas sino canalizar estas y darles una respuesta o llevar a cabo acciones destinadas a su efectiva implementación.

En suma, la interpretación del principio del interés superior requiere realizarse bajo un enfoque garantista que reconozca su condición de sujeto de derechos y medidas de protección óptimas para el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión. En la actualidad, son constantes los factores que generan su interpretación errónea, con consecuencias desfavorables para el bienestar y desarrollo de la población adolescente.

III. Ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión

La participación política de adolescentes es un derecho e instrumento de intervención directa en espacios de toma de decisión, que permite a la población adolescente fiscalizar la acción estatal en el cumplimiento de obli-

gaciones dirigidas a garantizar sus derechos. Asimismo, es importante que las autoridades reconozcan y validen las diferentes modalidades y experiencias de participación adolescente, con el propósito de flexibilizar sus procedimientos, adaptarse y ampliar las posibilidades de participación en ámbitos físicos o virtuales.

En tal sentido, la Corte IDH recuerda, que la obligación de los Estados destinada a garantizar el derecho a la participación de las personas en la toma de decisiones y políticas se deriva del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶ Entonces, el derecho a la participación política resulta trascendental para mantener la democracia, ya que, al ejercerlo “las personas pueden establecer límites a las gestiones estatales y cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas”. De ahí que, se constituyen como deberes de los Estados garantizar las oportunidades para la participación de las personas en el proceso destinado a adoptar decisiones y brindar información sobre las mismas (Caso Habitantes de la Oroya *vs.* Perú, 2023, párrs. 152 y 256).

Vinculado a lo anterior, se debe considerar lo mencionado por Ruiz (2022), quien indica que el derecho a la participación es un proceso conjunto de aprendizaje entre los NNA y adultos, dirigido a la consolidación de sociedades democráticas. Por ende, se debe reconocer a los NNA como sujetos de derechos, bajo un enfoque de autonomía progresiva, con la capacidad de comprender, opinar y contribuir activamente con su entorno inmediato, en los aspectos que le afectan. Así que, los adultos/as deben atender y responder las demandas de los NNA. Además, se requiere revisar las estructuras sociales de poder para impulsar la participación de los NNA en ámbitos de cooperación y comunicación intergeneracional (pp. 93 y 94).

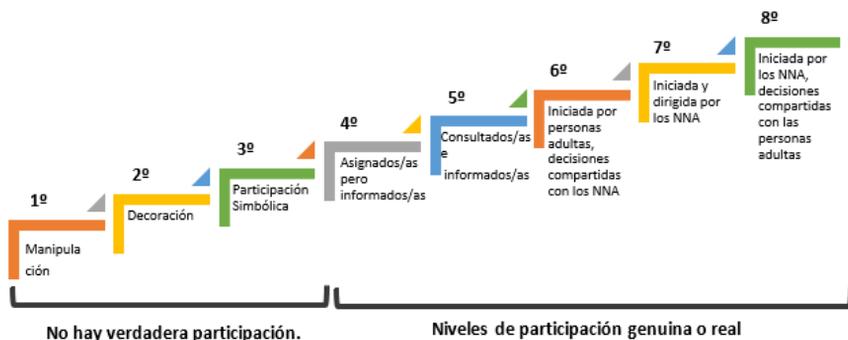
Se destaca la relevancia de la participación política de los NNA para la vida democrática; sin embargo, dicha participación depende de la existencia de un proceso que respete la valía del aporte que brindan los NNA para alcanzar la convivencia social, que en gran medida depende de la capacidad de las personas adultas para comprenderlos e integrarlos. Por ello, se recuer-

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). “Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; [...]” (artículo 23.1, literal a)).

da que el Estado tiene la obligación de brindar los mecanismos idóneos para evaluar el interés superior a partir de la participación voluntaria de los NNA, como por ejemplo la representación (CDN, 2013, párr. 44).

Por su parte, Hart (1993) presenta la Escalera de participación, un diagrama que plantea ocho niveles de participación, en el cual los tres primeros niveles son categorizados como “no hay participación” y los otros cinco restantes como “modelos de participación genuina o real”: 1) Manipulación, se trata de acciones con apariencia de participación de NNA, sin consultarles o darles a conocer la acción, solo actúan por intereses ajenos; 2) Decoración, que es la instrumentalización de NNA para decorar acciones o mostrar una buena imagen; 3) Participación simbólica, que aparenta que los NNA participan, pero los adultos/as son quienes eligen al NNA que mejor imagen proyecte; 4) Asignado pero informado, el cual busca la comprensión de los NNA sobre las acciones y su participación es voluntaria; 5) Consultados e informados, aquí los NNA tiene el rol de consultor para adultos/as que diseñan y dirigen las actividades; 6) Proyectos iniciados por los adultos/as, pero las decisiones son adoptadas con participación de los NNA; 7) Iniciados y dirigidos por los niños/as, un nivel donde las acciones son creadas y dirigidas por los NNA y 8) Proyectos iniciados por los niños/as, busca que las decisiones sean compartidas con los adultos/as respecto a proyectos iniciados por los NNA, obteniendo un proceso intergeneracional (pp. 5, 9-11 y 13-17).

Figura 2.
“Escalera de participación” creada por Roger Hart



FUENTE: El gráfico contiene los niveles de participación propuestos por Hart (1993).

Con relación a los niveles, los NNA deben elegir en qué nivel desempeñarse, lo cual se logra con programas que maximicen oportunidades para que su participación sea según sus habilidades (Hart, 1993, p. 13). Puesto que, la Escalera de Participación es un instrumento para identificar y evaluar la escala o nivel de participación en el que se estarían desarrollando los y las adolescentes en base a sus habilidades y preferencias. Sin embargo, no establece que ciertos peldaños sean negativos o positivos, sino que supone un proceso escalonado para distinguir el nivel o niveles de participación óptimos en la incidencia directa de adolescentes en la toma de decisiones, siendo los niveles más altos aquellos que garantizan un mejor ejercicio del derecho a la participación política de esta población.

Asimismo, el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes se materializa en distintos espacios de participación, como organizaciones estudiantiles, sociales o partidos políticos, tanto en ámbitos físicos como virtuales. En especial, la virtualidad permite que las y los adolescentes cuenten con participación y representación directa en temas públicos, así como, la posibilidad de articular y realizar acciones colectivas. En esa línea, López (2021) precisa que, los estándares de la Observación General Núm. 20 del CDN indican la obligación de los Estados en la aprobación de políticas que aumentan las oportunidades de participación de adolescentes en la construcción, ejecución y examen de leyes, políticas, servicios o programas que inciden en sus vidas y comunidades (p. 53).

No obstante, según el desarrollo conceptual antes presentado, el ejercicio de este derecho por parte de la población adolescente es accidentado. Consecuentemente, resulta pertinente identificar las limitaciones del ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión sobre temas vinculados a adolescentes.

Resultados y discusión de la investigación

De acuerdo con los resultados obtenidos, la participación política de adolescentes es un derecho que permite a esta población expresar sus opiniones, respecto a asuntos que directa o indirectamente impactan en sus vidas, por lo que, estas opiniones deben ser tomadas en cuenta por las autoridades. Además, para lograr una óptima participación de adolescentes, libre y vo-

luntaria, es necesario brindarles información previa y garantizarles espacios de participación.

Los espacios de toma de decisión en los que la población adolescente podría ejercer su derecho a la participación política son todos aquellos en los cuales se desarrollan temas vinculados a adolescentes, así que, pueden ser escuelas, comunidades, instituciones de los tres niveles de Gobierno y el propio Congreso de la República del Perú. Asimismo, la participación en estos espacios debe considerar la organización colectiva de adolescentes, a través de formas de asociación como los CCONNA o las ONNAS.

Por lo antes expuesto, el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión debe partir desde el reconocimiento y fortalecimiento de los colectivos de adolescentes, incluidos los municipios escolares desarrollados en las escuelas por iniciativa del Ministerio de Educación, según lo establecido por la Ley Núm. 28044, Ley General de Educación.⁷

Además, se requiere que los espacios de toma de decisión diseñen mecanismos e implementen herramientas que informen y capaciten a adolescentes sobre los asuntos que se les consulta. Estos espacios de toma de decisión, en atención al principio del interés superior, también deben ser seguros y garantizar el principio de igualdad y no discriminación. No obstante, a la par se requiere legitimar de forma diferenciada los espacios físicos y virtuales de participación creados por adolescentes, ya que, son óptimos por relevar sus iniciativas, en espacios que tienen mayor alcance y dinamismo, pero amparados por medidas de autocuidado y protección.

Por citar algunos ejemplos, el Registro Nacional de Organizaciones Juveniles de la Secretaría Nacional de la Juventud, incorporado mediante la Resolución de Secretaría General Núm. 167-2019-MINEDU, y la Red Metropolitana para Organizaciones Juveniles de Lima, creada por la Resolución Núm. 012-2020, solo acreditan y certifican a las organizaciones juveniles in-

⁷ Ley Núm. 28044, Ley General de Educación (2003). “El estudiante es el centro del proceso y del sistema educativo. Le corresponde: [...] c. Organizarse en Municipios Escolares u otras formas de organización estudiantil, a fin de ejercer sus derechos y participar responsablemente en la Institución Educativa y en la comunidad” (artículo 53, literal).

tegradas por personas entre 15 y 29 años, omitiendo la legitimación y acreditación diferenciada de organizaciones de adolescentes entre 12 y 14 años.⁸

En relación con lo anterior, Lima Metropolitana es una ciudad que cuenta con espacios de toma de decisión que permiten el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes. Sin embargo, no se debe limitar el ejercicio del referido derecho, debido a un ausente acompañamiento por parte de personas adultas y a la falta de operatividad y efectividad en algunos CCONNA u ONNAS.

Asimismo, pese a ser una posición minoritaria, es importante que los espacios de participación para adolescentes tengan presupuesto adecuado y promuevan la difusión de su existencia para que más adolescentes los conozcan y tengan la oportunidad de formar parte de ellos. Puesto que, en concordancia con los resultados obtenidos en la investigación de Valencia (2019), los CCONNA y municipios escolares son espacios con límites presupuestales que condicionan la participación de adolescentes. A ello se suma la desmotivación de las autoridades, como factor influyente en la continuidad de la promoción de políticas públicas para fomentar la participación de adolescentes. Así que, es pertinente fomentar una participación auténtica para la calidad democrática (pp. 103 y 104).

Lo antes mencionado se evidencia en los resultados del seguimiento y evaluación de la Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030 (2023), en los cuales el MIMP reporta que, entre el 2019 y el 2022 se ha incrementado menos del 1 % del presupuesto público en NNA. Además, respecto a los cinco servicios⁹ del cuarto objetivo de la política sobre “fortalecer la participación de las niñas, niños y adolescentes en los

⁸ Según el Código del Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley Núm. 27337, en el Perú se consideran adolescentes a todas las personas desde los 12 hasta cumplir los 18 años (artículo I, título preliminar).

⁹ Según la Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030, los servicios de su cuarto objetivo son los siguientes: 1) servicio de fortalecimiento de los espacios de participación estudiantil; 2) servicio de promoción y fortalecimiento de los CCONNA; 3) servicio de dotación de infraestructura y equipamiento urbano, sostenible y accesible, para centros poblados urbanos del país; 4) servicio de cobertura a internet fijo que contribuye al fortalecimiento de capacidades de las NNA y 5) servicio de fortalecimiento de capacidades de participación de las NNA en los procedimientos que les involucren o afecten (MIMP, Decreto Supremo Núm. 008-2021-MIMP, p. 32).

distintos espacios de decisión de su vida diaria”, solo se ha logrado contribuir al “servicio de promoción y fortalecimiento de los” CCONNA por el cual solo catorce de los veintiséis gobiernos regionales en el país cuenta con un plan de trabajo anual, pero ninguno tiene un “procedimiento metodológico de capacitación y evaluación para el fortalecimiento de capacidades de participación de NNA” que integran los CCONNA regionales (pp. 9, 23 y 28).

Entonces, se debe señalar que el derecho a la participación política de adolescentes garantiza que los y las adolescentes expresen sus opiniones sobre los temas que los y las involucran, teniendo la posibilidad de ser ejercido a nivel de Lima Metropolitana en diversos espacios de toma de decisión, como los colegios, las instituciones gubernamentales y en el Poder Legislativo, empero no todos estos espacios son legitimados por las autoridades nacionales. Por lo que, se identifica que este derecho cuenta con las siguientes limitaciones para su pleno ejercicio: 1) el insuficiente presupuesto para asegurar la participación adolescente; 2) la falta de acompañamiento de personas adultas que promuevan una participación autónoma de los y las adolescentes y 3) el poco o nulo conocimiento y reconocimiento en torno a la importancia de la participación de la población adolescente.

IV. Consideración del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia en espacios de toma de decisión

El TC peruano ha establecido que el principio del interés superior del niño cuenta con protección constitucional, debido a que, el artículo 4o. de la Constitución¹⁰ reconoce la especial protección de los NNA en el país. En tal sentido, se constituye como una obligación irrenunciable, de parte de la comunidad y el Estado a considerarlo siempre. Por lo que, de la protección otorgada al principio del interés superior, mediante el Código de los Niños y Adolescentes,¹¹ el Estado tiene la obligación de en todos sus poderes e ins-

¹⁰ Constitución Política del Perú. “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono [...]” (artículo 4o.).

¹¹ Ley Núm. 27337 (2000), aprueba el nuevo Código de los Niños y Adolescentes. “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos

tuciones, así como la sociedad, de considerar el interés superior de la niñez y la adolescencia y el respeto a sus derechos en todas las decisiones que adopte vinculadas a esta población (expediente número 3744-2007-PHC/TC, 2008, párr. 5).

El principio del interés superior de la niñez y la adolescencia no solo es una ventaja, sino un derecho y su grado de superioridad es para mejorar progresivamente la situación de la colectividad etaria menor de 18 años, además, al encontrarse en colisión con intereses de otros individuos, quienes son responsables de la toma de decisión, deberán tener en cuenta para resolver qué es lo mejor para los NNA (Gómez de la Torre, 2018, p. 127).

Asimismo, el derecho de opinión y expresión consolida el desarrollo del principio del interés superior; puesto que, para conocer el estado de esta población de NNA se requiere escucharlos y posicionar sus intereses, con fundamento en lo que es mejor para ellos y ellas. De ahí que, a nivel nacional, la “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño”, aprobada por la Ley Núm. 30466 (en adelante, la Ley Núm. 30466), acoge las disposiciones presentes en la Observación General Núm. 14 y establece que distinguir a los NNA como sujetos con titularidad de derechos es uno de los parámetros esenciales para la aplicación del interés superior (artículo 3o.).

Por su parte, el Reglamento de la Ley Núm. 30466 considera la importancia del involucramiento de los NNA en espacios públicos y privados, debido a que el Estado tiene la obligación de brindar garantías para la participación de NNA en entornos públicos, por medio de los CCONNA, centros de desarrollo juvenil, municipios escolares y demás organizaciones de NNA en los tres niveles de gobierno (Decreto Supremo Núm. 002-2018-MIMP, artículo 13).

No obstante, Olmos (2021) señala que, respecto al principio del interés superior de la niñez y la adolescencia, resulta dificultoso decidir sobre su alcance. Debido a que se trata de un principio con diferentes interpretaciones y esto genera que su aplicación en casos específicos resulte ardua

locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos” (artículo IX, título preliminar).

(p. 165). Adicionalmente, Reyes (2020) menciona que el mundo adulto considera a los y las adolescentes como ciudadanos pasivos e incompletos. Por ello, desconfían de la participación adolescente y asumen un enfoque proteccionista al momento de permitirles decidir cuándo podrán ejercer sus derechos o no (p. 11).

En ese contexto, se tiene a las personas adolescentes como titulares de derecho, pero sin capacidad real para ejercerlos, debido a que se les impide hacerlo. Así que, si se considera vivir en democracia, esta debe dar por sentado el respeto a todas las personas habitantes, sin importar su género, sexo, orientación sexual, expresión de género, opiniones, intereses, edad, origen étnico-cultural o cualquier otra condición social.

Por lo antes expuesto, se debe considerar que existen diversos espacios donde los y las adolescentes podrían ejercitar su derecho a la participación política; empero, se requiere establecer si el principio del interés superior de la niñez y la adolescencia es considerado o no en los espacios de toma de decisión.

Resultados y discusión de la investigación

Los resultados de la investigación establecen que, el principio del interés superior es una garantía para la protección y bienestar de la población menor de 18 años. Entonces, el principio busca que ante la falta de certeza se tomen decisiones que favorezcan a los NNA, ya que, pondera los intereses de esta población frente a otros, según la evaluación específica de cada caso en particular. Incluso, el interés superior se constituye como derecho y norma de procedimiento. Sin embargo, pese a las ventajas antes señaladas, resulta importante considerar que el referido principio es complejo de aplicar por su subjetividad o empleo particular, según cada caso en específico.

En consideración a los aspectos antes mencionados, el principio del interés superior de la niñez y la adolescencia en espacios de toma de decisión sobre temas vinculados a adolescentes es incorporado de forma deficiente porque priman otros intereses, entre ellos económicos, por encima de los intereses que contribuyen al bienestar de los y las adolescentes. Consecuentemente, es indispensable que las autoridades conozcan y reflexionen sobre la envergadura de este interés superior, que comprende tanto escuchar como tomar en cuenta las opiniones de la población adolescente. Por ende, también

será importante la inclusión de adolescentes en espacios de toma de decisión con participación adulta, siempre que estos espacios aspiren a lograr la participación democrática que incluya a adolescentes.

Asimismo, la inadecuada incorporación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia en espacios de toma de decisión sobre temas vinculados a adolescentes vulnera diversos derechos que se interrelacionan entre sí, como el derecho a la participación, salud, educación e igualdad y no discriminación, debido a la interdependencia que existe entre ellos.

Entonces, el principio del interés superior de la niñez y la adolescencia en espacios de toma de decisión sobre temas vinculados a adolescentes debe aplicarse con garantías que brinden protección a los datos personales y a la participación, en condiciones de libertad e igualdad, en espacios físicos y/o virtuales. A la vez, un supuesto necesario, pero poco comentado es que, las personas adultas deben reconocer la importancia y los alcances del marco normativo que regula el interés superior de la niñez y la adolescencia para su mejor aplicación. Lo cual se vincula a lo establecido por la Corte IDH en relación a que ante toda situación que involucre a los NNA los Estado deben respetar y aplicar de manera transversal los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño: 1) el principio de no discriminación; 2) el principio del interés superior; 3) el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y 4) el principio de respeto a la opinión de los NNA, a fin de garantizar su participación en todo procedimiento que les afecte directa o indirectamente (Caso María y otros *vs.* Argentina, 2023, párr. 83).

En línea con ello, la investigación realizada por la mexicana Patiño (2019) concluyó que el acceso a los derechos de la población adolescente depende de su edad y madurez, así que al reconocer su autonomía progresiva también se les garantiza que su opinión posea mayor repercusión en los asuntos que los y las involucran, estableciendo una vinculación directa con el principio del interés superior (p. 120). De igual forma, la colombiana Riaño (2019) señala que la Convención sobre los Derechos del Niño permite conocer los alcances del interés superior; por lo que, uno de los criterios fundamentales para su aplicación será escuchar la opinión de los y las adolescentes, lo cual permitirá el ejercicio de la totalidad de los derechos reconocidos por la Convención y los Estados (pp. 260 y 262).

En armonía con lo expuesto, el principio del interés superior de la niñez y la adolescencia es una garantía para la protección y el ejercicio pleno de todos los derechos de los y las adolescentes, pero es difícil de aplicar por su subjetividad. Por ende, si bien se considera en espacios de toma de decisión, su incorporación es inadecuada y vulnera los derechos de esta población. Por lo tanto, su aplicación debe considerar la protección y seguridad de adolescentes en espacios físicos y/o virtuales, donde las personas adultas valoren y conozcan los alcances de su regulación nacional.

V. Regulación en el derecho comparado del ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes

Respecto a la perspectiva y aplicación a nivel regional, en Argentina se tiene la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, aprobada por Ley Núm. 26.061 (2005), la cual establece los lineamientos para la elaboración de políticas y la obligación de los organismos estatales para su cumplimiento, a fin de brindar protección integral a los derechos de los NNA en el territorio argentino (artículo 1o.).

Empero, Becerro y Guerrini (2019) consideran que los derechos sólo se efectivizan al ser ejercidos; por lo que, cuando el Estado argentino con apoyo de UNICEF únicamente promueven la participación de adolescentes a través del derecho al voto y la promoción de políticas sociales se centran exclusiva y limitadamente en las normas, sin abordar de manera integral, concreta, interjurisdiccional y holística los derechos de los NNA. Por ende, su impacto no alcanza a las políticas de desarrollo integral de la población, familias y comunidades (pp. 28 y 30). Entonces, el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en Argentina necesita desarrollarse de manera íntegra con toda la sociedad; en ese sentido, no basta el reconocimiento del derecho al voto para adolescentes o legislar positivizando su desarrollo, sino que, se requiere el desarrollo articulado, interseccional y dinámico de los derechos de NNA.

Por su parte, Salazar *et al.* (2021) mencionan que en México el derecho a la participación se encuentra establecido en la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a través de la cual se regulan los mecanismos

para el ejercicio de este derecho (p. 4). En ese sentido, para promover la participación de las y los adolescentes, el gobierno periódicamente realiza dos actividades: 1) la Consulta infantil y juvenil; y 2) la creación de un Parlamento infantil (pp. 11 y 12). No obstante, ante la carencia de espacios participativos destinados a NNA, se requiere implementar espacios que recojan los aprendizajes de las experiencias promovidas por el gobierno.

A modo de conclusión, el método de derecho comparado evidencia que en Argentina y México existen importantes avances sobre la participación política de adolescentes. Por lo tanto, resulta necesario analizar la regulación en estos países, respecto al ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión sobre temas vinculados a adolescentes, a fin de recoger las mejores prácticas regulatorias que sobre el tema se han aprobado en otros países.

Resultados y discusión de la investigación

Los resultados obtenidos revelan que, en la región se consideran positivas las siguientes experiencias de regulación del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión: 1) en Chile, se promueve la participación política desde la escuela y gobiernos locales; 2) en Argentina, también se ejercita el derecho a la participación política desde las escuelas y se promueven iniciativas para la solución de problemáticas que involucran a adolescentes; 3) en Ecuador, se permite la participación de adolescentes en las elecciones, desde los 16 años de edad y 4) en México, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reconoce el derecho a la participación en todos los asuntos que les conciernen a NNA. Otra experiencia concurrente en todos los países mencionados es la regulación de los Consejos Consultivos de NNA, similares a los CCONNA.

A partir de lo anterior, entre los modelos que regulan el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en el derecho comparado, a nivel nacional se podrían considerar los siguientes: 1) regular exclusivamente la participación de adolescentes y 2) promover la integración de más adolescentes a espacios de participación no gubernamentales e independientes.

No obstante, si bien contemplar una modificación constitucional que reconozca expresamente el derecho a la participación política de adolescentes,

se identifica como postura minoritaria, su concreción sería óptima, debido al impulso y relevancia que le daría al tema materia de investigación. Por lo pronto, corresponde interpretar de extensivamente el inciso 17 del artículo 2o. de la Constitución Política del Perú, siendo que se requiere impulsar su viabilidad. En similar sentido, esta postura es compartida por la investigación de las chilenas González y Ormeño (2021) que consideran indispensable el reconocimiento constitucional del derecho a la participación política de NNA en Chile, que a su vez integre los principios del interés superior, la autonomía progresiva, el derecho a ser oído y la participación voluntaria, en condiciones de igualdad y equidad de género.

Por otro lado, los estándares y obligaciones estatales derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño deben ser implementados de forma íntegra en la legislación nacional, a través de procedimientos y mecanismos internos que posibiliten la participación política de adolescentes en los tres niveles de gobierno. Empero, la adecuada aplicación de los estándares y obligaciones está condicionada al reconocimiento de los y las adolescentes como sujetos de derechos. Además, otra alternativa presentada es la necesidad de considerar la incorporación del derecho a la participación en el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley Núm. 27337, pero se requieren otras investigaciones que analicen la necesidad de aprobar una modificación legislativa de este tipo.

Respecto a lo antes señalado, la investigación de Macedo (2018) expresó en sus conclusiones que, si bien existen países que adoptan posiciones proteccionistas para la regulación del derecho a la participación política de adolescentes, otros la promueven al crear espacios seguros donde puedan expresar sus opiniones. Adicionalmente, considera que no es suficiente regular la obligatoriedad de la promoción de la participación política para el pleno ejercicio de los derechos políticos de los y las adolescentes, ya que influirá la voluntad de los tomadores de decisión para considerarlos como sujetos activos (pp. 63-65).

En suma, dentro de los países latinoamericanos mencionados, se identifica la implementación de medidas legislativas que promueven la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión sobre temas vinculados a esta población, los cuales integran modelos consultivos y la promoción de la participación dentro y fuera de espacios estatales o públicos. Asimismo,

se fomenta la regulación particular del derecho a la participación política de adolescentes a nivel nacional; sin embargo, en el país se requiere implementar de forma operativa los estándares y obligaciones del Estado peruano, que se derivan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional los mencionados tratados y todos aquellos vigentes, que han sido celebrados por el Estado peruano, son parte del derecho nacional y sus contenidos son vinculantes en el ordenamiento jurídico interno, de conformidad con el cumplimiento del control de convencionalidad al que está sujeto el Perú (expediente número 04058-2012-PA/TC, 2014, párr. 16).

VI. Conclusiones

En el Perú se registran importantes hitos para el reconocimiento de la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión, en atención al carácter de derecho fundamental que posee la participación política de adolescentes a nivel constitucional. No obstante, se encuentran limitaciones para su aplicación respecto a la interpretación del principio del interés superior de la niñez y adolescencia. De ahí que, en la investigación se determina que una correcta interpretación garantista del principio del interés superior contribuiría favorablemente al ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión en Lima Metropolitana.

Puesto que, la deficiente interpretación de este principio no solo obstaculiza el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes, sino también supone la vulneración directa a los derechos conexos que los y las adolescentes poseen por no involucrarles en la toma de decisiones de aquellos asuntos que les afectan. En tal sentido, la deficiente interpretación del principio se asocia a factores como el adultocentrismo y el desconocimiento del contenido del mismo interés superior, lo cual deviene en la exclusión de la población adolescente de los espacios físicos o virtuales en los cuales el Estado tiene la obligación de garantizar su intervención para participar en el proceso de toma de decisión.

Por otro lado, existen determinadas limitaciones que repercuten en el ejercicio del derecho a la participación política de adolescentes, en los refe-

ridos espacios de decisión, tales como: 1) la falta de acompañamiento de especialistas; 2) la ausencia de conocimiento e interés de personas adultas y 3) el escaso presupuesto para la continuidad de las iniciativas y acciones destinadas al cumplimiento de las políticas públicas que operativizan las obligaciones de respeto y garantía, sin discriminación, que el Estado peruano ha sumido para la protección especial de los y las adolescentes.

En ese sentido, las limitaciones identificadas evitan que las personas adolescentes participen, a través de los CCONNA, Municipios Escolares, Organizaciones de Niños, Niñas y Adolescentes o individualmente, en ámbitos físicos o virtuales como la escuela, los tres niveles de gobierno, el Poder Legislativo o cualquier institución pública o privada, incluida la sociedad en general.

Vinculado a lo anterior, la investigación también establece que es una obligación estatal garantizar la efectividad de la consideración del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia en todos los espacios de toma de decisión que directa o indirectamente, atiendan temas vinculados a adolescentes. Sin embargo, actualmente se produce una deficiente incorporación del principio por parte de las personas adultas, debido a la ponderación de otros intereses entre esta población, los cuales difieren o son completamente contradictorios a los propios de la población adolescente, vulnerando así diversos derechos de este grupo etario menor de 18 años.

Por último, a través de la metodología del derecho comparado, se recogen las siguientes regulaciones de otros países en la región, sobre el derecho a la participación política de adolescentes en espacios de toma de decisión: 1) el reconocimiento legal y/o constitucional del derecho a la participación de adolescentes; 2) la promoción de la participación en escuelas y gobiernos locales y 3) la creación de más espacios consultivos de adolescentes para orientar la toma de decisiones de autoridades. Los cuales pueden constituirse como directrices para fortalecer la regulación existente a nivel nacional, mientras se aprovechan las posibles reformas para incorporar en la normativa interna las obligaciones internacionales sobre derechos humanos de la población adolescente que el Estado ha asumido a partir de la celebración de tratados internacionales sobre la materia, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

VII. Referencias

- Becerro, V. y Guerrini, L. (2019). Derechos bajo la alfombra: Políticas públicas y participación efectiva de la infancia. Por escrito. Revista temática sobre infancia y educación, (13), 24-33. https://fundacionarcor.org/wp-content/uploads/2019/11/PorEscrito_N13_esp.pdf#page=24
- Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero. Serie C. núm. 239, párr. 108, 192, 200 y 230. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Caso Habitantes de la Oroya vs. Perú (2023). Corte IDH. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre. Serie C. Núm. 511, párrs. 152 y 256. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec511_esp.pdf
- Caso María y otros vs. Argentina (2023). Corte IDH. Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 22 de agosto. Serie C. Núm. 494, párr. 85. https://corteidh.sej.n.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/seriec_494_esp.pdf#CAMAARS1_PARR87
- Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (2018). Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo. Serie C. Núm. 351, párr. 215. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf
- Chevarría, J. y Chávez, J. (2018). El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia. [Tesis para optar el título de abogadas, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional-Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://hdl.handle.net/20500.12404/13773>
- Constitución Política del Perú. (1993). Diario Oficial El Peruano.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José. 22/11/1969. https://www.oas.org/dil/esp/1969Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Convención sobre los Derechos del Niño. 20/11/1989. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>
- Corrales, R., Morales, C. y Rivadeneira, J. (2022). Participación y ciudadanía: la voz de adolescentes miembros del Consejo Comunal de Infancia de la ciudad de Iquique. CUHSO, 32(1), 284-309. <https://dx.doi.org/10.7770/cuhsov32n1-art2801>

- Decreto Supremo 002-2018-MIMP de 2018 [Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables]. Aprueban Reglamento de la Ley Núm. 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. 01/06/ 2018.
- Decreto Supremo 008-2021-MIMP de 2021 [Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables]. Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030. 25 de junio de 2021. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1991214/Politica-Nacional-Multisectorial-para-las-ninas-ninos-y-adolescentes-2030.pdf>
- Eriksen, E. (2018). Democratic participation in early childhood education and care-serving the best interests of the child. University of Norway. Nordic Early Childhood Education Research Journal, 17(10), 2-15. <https://doi.org/10.7577/nbf.2319>
- Escudero, C. y Cortez, L. (2018). Técnicas y métodos cualitativos para la investigación científica. UTMACH. <http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/12501/1/TecnicasyMetodoscualitativosParaInvestigacion-Cientifica.pdf>
- Expediente Núm. 3744-2007-PHC/TC. Tribunal Constitucional. La libertad. 12/11/2008. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03744-2007-HC.pdf>
- Expediente Núm. 04058-2012-PA/TC. Tribunal Constitucional. Huaura. 30/04/2014. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04058-2012-AA.html>
- Gamarra, R. y Pérez, J. (2024). El interés superior del niño. Faro iluminador de las decisiones que se adopten en su favor. Estudio Arbizu & Gamarra.
- Gómez de la Torre Vargas, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño como sujeto de derechos. Revista de Derecho, (18), 117-137. <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>
- González, C. y Gómez, C. (2007). El proceso de toma de decisiones en políticas públicas. Prospectiva, Revista de Trabajo Social e intervención social, (12), 75-104. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=574261798004>
- González, D. y Ormeño, A. (2021). Los niños, niñas y adolescentes también piden la palabra: hacia el reconocimiento de su participación política en Chile [Tesina de pregrado, Universidad de Valparaíso]. Repositorio Institucional-Universidad de Valparaíso. <http://repositoriobibliotecas.uv.cl/bitstream/handle/uvscl/3942/TesinaGonzalez%20y%20Orme%c3%bl.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Hart, R. (1993). La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF. https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ie_participation_spa.pdf
- Herencia, S. (2019). Derechos de la infancia, adopciones irregulares y protección del vínculo familiar en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Un análisis del Caso Fornerón e hija vs. Argentina. *Revue Générale de Droit*, 49, 373-400. <https://corteidh.or.cr/tablas/r38574.pdf>
- Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. 04/12/2014. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación.
- Ley 26.061/2005. Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. 26/10/ 2005. Ministerio de Justicia de la Nación Núm. 30767.
- Ley 27337/2000. Código de los niños y adolescentes. 07/08/2000. Diario Oficial El Peruano.
- Ley 28044/2003. Ley General de Educación. 29/07/2003. Diario Oficial El Peruano.
- Ley 30466/2016, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. 17/06/2016. Diario Oficial El Peruano.
- López, N. (2021). Hacia una generación de políticas para el desarrollo integral de las y los adolescentes de América Latina. CEPAL. <https://hdl.handle.net/11362/47364>
- Macedo, J. (2018). Derechos políticos de los niños y adolescentes en América Latina. *Revista de Derecho*, (50), 46-71. <https://doi.org/10.14482/dere.50.0003>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2023). Política Nacional Multi-sectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030. Reporte de cumplimiento 2022. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4702406/2-Reporte-de-cumplimiento-PNMNNA-2022.pdf?v=1687366791>
- Observación general Núm.. 14 de 2013 [Comité de los Derechos del Niño]. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 30, párr. 1). 29 de mayo de 2013. CRC/C/GC/14. <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9a14.html>
- Observación general Núm. 20 de 2016 [Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas]. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. 06/12/2016. CRC/C/GC/20. <https://>

www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-20-2016-implementationrights

- Olmos, F. (2021). La autonomía progresiva, el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído a partir de su reconocimiento como sujeto de derecho. *Revista de Derecho de la Universidad Católica Boliviana*, 5(8), 133-170. <https://doi.org/10.35319/lawreview.2021861>
- Ordenanza Municipal 2310 de 2021 [Municipalidad Metropolitana de Lima]. Ordenanza que reconoce a las niñas, niños y adolescentes como agentes de cambio para el desarrollo sostenible de la ciudad de Lima Metropolitana. 18/02/2021.
- Patiño, M. (2019). Propuesta de regulación del principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en la legislación familiar morelense [Tesis de pregrado, Universidad Autónoma del Estado de Morelos]. Repositorio Institucional – RIAA UAEM. <http://riaa.uaem.mx/xmlui/bitstream/handle/20.500.12055/656/PAMMXR12T.pdf?sequence=1>
- Paulette, K., Banchón, J. y Vilela, W. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(2), 385-392. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S221836202020000200385&lng=es&tlng=es
- Picornell, A. (2019). La realidad de los derechos de los niños y de las niñas en un mundo en transformación. A 30 años de la Convención. *Revista Direito e Praxis*, 10(02), 1176-1191. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/40095>
- Polanía Reyes, C. L.; Cardona Olaya, F. A.; Castañeda Gamboa, G. I.; Vargas, I.; Calvache Salazar, O. A., y Abanto Vélez, W. I. (2020). Metodología de investigación cuantitativa y cualitativa aspectos conceptuales y prácticos para la aplicación en niveles de educación superior. institución Universitaria Antonio José Camacho y la Universidad César Vallejo. <https://repositorio.uniajc.edu.co/bitstream/handle/uniajc/596/LIBRO%20METODOLOGI%CC%81A%20DE%20INVESTIGACI%CC%81N%20CUALITATIVA%20Y%20CUANTITATIVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ramos, C. (2018). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lex & Iuris S.A.C.
- Resolución Ministerial Núm. 355-2009-MIMDES de 2009 [Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social]. Aprueban constituir el Consejo Consultivo de Niñas, Ni-

- ños y Adolescentes. 09/09/2009. <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgna/Anexo4-RM-355-2009-MIMDES-Constitucion-del-CCONNA.pdf>
- Resolución de Secretaría General Núm. 167-2019-MINEDU de 2019 [Ministerio de Educación]. Aprobar la Directiva denominada “Disposiciones que regulan la acreditación y certificación de organizaciones juveniles e instituciones públicas y privadas que realizan trabajos en materia de juventud. 24/07/2019. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/347558/RSG_N__167-2019-MINEDU.pdf?v=1564157137
- Reyes, A. (2020). Adolescentes, formación ciudadana y participación: una reflexión desde la escuela secundaria. *Política y Cultura*, (53), 131-153. <https://www.redalyc.org/journal/267/26763954006>
- Riaño, V. (2019). El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación constitucional. [Tesis de doctorado, Universidad Libre de Colombia]. Repositorio Institucional-Universidad Libre de Colombia. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17688/Tesis%20doctoral%20Wilma%20Ria%c3%blo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ruiz, I. (2022). Derecho a la participación de las personas menores de edad en la actualidad. *Revista Espiga*, 21(44), 70-99. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8579790.pdf>
- Salazar, A., Muñoz, C. y Saldierna, A. (2021). De la participación simbólica a la participación política de la niñez: aproximación cualitativa en estudiantes de educación primaria. *Desafíos*, 33(2), 178-208. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/desafios/a.8219>
- Sentencia 5741-2006-AA/TC. Tribunal Constitucional. Loreto, sesión del pleno jurisdiccional. 11/12/2023. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05741-2006-AA.pdf>
- Sol, R. (2012). El desafío de la participación ciudadana en el estado democrático de derecho y retos de la participación ciudadana en la gestión de políticas públicas, en espacios institucionales de los estados centroamericanos. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Costa Rica-FLACSO. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31001.pdf>
- Valencia, J. (2019). Estado situacional para la implementación de un proceso de calidad democrática en la infancia desde las políticas públicas del Estado peruano [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]-Repositorio Institucional-PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/15792>

Villanueva, L. y Vallejos, R. (2018). Informe: Young Voice Perú-2017. Resultados de la encuesta Young Voice Perú 2017. Save the Children International. <https://www.savethechildren.org.pe/wp-content/uploads/2020/08/INFORME-YOUNG-VOICE-PER%C3%A9A.pdf>

Cómo citar

IJ-UNAM

Díaz Aguilar, Lesly Paola, Machuca Vílchez, Jorge Antonio, y Rodríguez García, Mary Carmen Cecilia, “Aplicación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia en la participación política de adolescentes de Lima Metropolitana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 169, 2024, pp. 3-31. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2024.169.18623>

APA

Díaz Aguilar, L. P., Machuca Vílchez, J. A., y Rodríguez García, M. C. C. (2024). Aplicación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia en la participación política de adolescentes de Lima Metropolitana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(169), 3-31. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2024.169.18623>

Problemas prácticos que se plantean en el reconocimiento de los divorcios notariales latinoamericanos en España

Practical problems arising in the recognition of latin american notarial divorces in Spain

Nuria Marchal Escalona

 <https://orcid.org/0000-0002-0353-664X>

Universidad de Granada. España

Correo electrónico: nmarchal@ugr.es

Recepción: 29 de noviembre de 2023 | Aceptación: 31 de julio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18753>

Resumen: Los litigios en materia matrimonial en los que concurre un elemento de extranjería son hoy en día relativamente frecuentes. Precisamente, en los últimos tiempos ha aumentado considerablemente el número de Estados latinoamericanos que, ante la necesidad de descargar y agilizar el trabajo de los órganos jurisdiccionales en este ámbito, han desjudicializado la disolución del vínculo matrimonial. El objetivo del presente estudio es analizar los problemas prácticos que surgen al reconocer en España los divorcios notariales otorgados en Latinoamérica. Desde un punto de vista metodológico, el estudio analiza tanto la normativa como la jurisprudencia española existente al respecto. El resultado es evidenciar las dificultades prácticas que existen a la hora de reconocer en España los divorcios notariales latinoamericanos, así como advertir los problemas de aplicación e interpretación que la normativa española plantea. Se trata de un trabajo original, pues no existen estudios previos en derecho internacional privado español en este ámbito. En las conclusiones se resaltan las principales aportaciones del trabajo, las cuales contribuirán a un mejor conocimiento de los problemas que presenta el reconocimiento de tales divorcios en España.

Palabras clave: divorcio notarial latinoamericano, reconocimiento en España, eficacia registral y constitutiva, *executur vs.* reconocimiento automático, condiciones de denegación del reconocimiento.

ABSTRACT: Litigation in matrimonial matters involving an element of foreign nationality is nowadays relatively frequent. Precisely, in recent times, the number of Latin American states has increased considerably and, in view of the need to relieve and speed up the work of the courts in this area, they have de-judicialised the dissolution of the marriage bond. The aim of this study is to analyse the practical problems that arise when notarial divorces granted in Latin America are recognised in Spain. From a methodological point of view, the study analyses both the regulations and the existing Spanish case law on the subject. The result is to highlight the practical difficulties that exist in Spain when it comes to recognising Latin American notarial divorces in Spain, as well as to warn of the problems of application and interpretation that the

Spanish regulations pose. This is an original work, as there are no previous studies. The conclusions highlight the main contributions of the work, which will contribute to a better understanding of the problems involved in the recognition of such divorces in Spain.

Keywords: Latin American notarial divorce Recognition in Spain, registry and constitutive effectiveness, Execuátur vs. automatic recognition, conditions for refusal of recognition.

Sumario: I. *Objetivos, planteamiento y metodología.* II. *Desarrollo.* III. *Conclusiones.* IV. *Referencias.*

I. Objetivos, planteamiento y metodología

En los últimos años, el fenómeno de la desjudicialización del divorcio se ha extendido en Latinoamérica (Jiménez Blanco, 2022, p. 556). Razones de economía procesal y organizativas hacen que la intervención de un juez se reserve para la resolución de litigios contenciosos, buscando formas más flexibles cuando no hay litigiosidad, como así sucede en los divorcios de mutuo acuerdo ante autoridad notarial. El objetivo del presente estudio es analizar los problemas prácticos que existen para reconocer los divorcios otorgados por un notario latinoamericano en España. En particular, concretar el régimen normativo aplicable, si procede (o no) la tramitación del correspondiente execuátur para que despliegue eficacia en España, así como también las condiciones por las que puede denegarse su reconocimiento.

Saber cómo se reconocen tales divorcios en España constituye, como demostraremos, una tarea que se presenta ardua y en la que inciden una serie de factores y variables. Aunque, principalmente, dependerá de la función que desempeñen las autoridades notariales latinoamericanas al otorgar la escritura pública de divorcio. Esto es, si dicha autoridad actúa como mero fedatario público, como así sucede en el derecho francés¹; ejerce funciones “cuasi jurisdiccionales” al otorgar el divorcio, como así sucede en el derecho cubano o colombiano, o bien desempeña una actividad “constitutiva” vincu-

¹ El divorcio por mutuo consentimiento del artículo 229 del Código civil francés parte de un acuerdo privado de los cónyuges, con asesoramiento de abogados, que se protocoliza en un acta notarial. Este debe comprobar que se respetan las exigencias formales previstas en el artículo 229-3 del Código Civil francés, que establece el contenido del acuerdo de divorcio y el plazo de reflexión establecido en el artículo 229-416 (Gaudemet-Tallon, 2018, pp. 91 y ss).

lante para las partes, es decir, no solo recepciona su voluntad, si bien es cierto que hay cuestiones sobre las que no pueden pronunciarse, como así sucede en derecho español, donde el notario no puede otorgar el divorcio si hay menores (Código Civil, artículo 82.2). Ello nos permitirá determinar si el divorcio notarial latinoamericano debe ser reconocido en España, bien como una “resolución judicial”, un “documento público”, o bien como un “acto de jurisdicción voluntaria”. Desde un punto de vista metodológico, el estudio parte de un análisis de derecho comparado de aquellos países latinoamericanos que admiten este tipo de divorcios. Este análisis preliminar nos permitirá evidenciar las diferencias que existen en la regulación del divorcio notarial en Latinoamérica y, también, comprender mejor las razones por las que concretar cuál es el régimen normativo aplicable al reconocimiento de los divorcios notariales latinoamericanos en España constituye una tarea ardua. De la misma manera, analizaremos los factores de los que depende el régimen legal aplicable al reconocimiento de tales divorcios y, por tanto, concretar si es preciso (o no) tramitar el oportuno ejecutivo, así como las condiciones por las que se puede denegar su reconocimiento. A tales efectos, analizaremos la jurisprudencia española existente al respecto.

1. *Hacia la desjudicialización del divorcio en Latinoamérica*

En los últimos años, los países que han desjudicializado el divorcio² han aumentado exponencialmente en América Latina, Europa,³

² Para un análisis de derecho comparado, véase Marchal Escalona (2022, pp. 21-34).

³ Así, por ejemplo, tanto en Noruega [Sec. 16 a) y 19-26 de la *The Marriage Act*] como en Dinamarca (Sec. 42.1 de la *Danish Marriage Act* Section) se puede obtener el divorcio ante autoridades administrativas pudiendo decretarse, incluso, cuando hay hijos menores de edad. En Rumanía (artículo 375 del Código civil rumano) y en Estonia (Family Law Act de 18 de noviembre de 2009) y la *Vital Statistics Registration Act* de 20 de mayo de 2009) el divorcio puede obtenerse ante la Oficina del Registro Civil o ante notario. En Rusia (artículo 18 del *Family Code*), Ucrania (artículo 105 del *Family Code*), Moldavia (artículos 35 y 36 del *Family Code*), Armenia (artículo 9 del *Family Code*) y Portugal se admite también un divorcio por mutuo acuerdo ante el Encargado del registro civil (artículo 175 Código civil). En Derecho italiano hay dos tipos de divorcios por mutuo acuerdo. El primero, consiste en un acuerdo de divorcio asesorado por abogados y en la que interviene el Ministerio Fiscal (*Procuratore della Repubblica*), adscrito al tribunal competente. El segundo tipo es un acuerdo de divorcio administrativo, realizado directamente por los cónyuges ante del Encargado del Registro

Asia⁴ y África.⁵ En Latinoamérica, cada país, como ha apuntado Pérez Gallardo (2009, p. 335), ha legislado bajo su impronta, teniendo en cuenta, sus particularidades, pero con un denominador común: descongestionar de trabajo a los tribunales judiciales.

El divorcio se desjudicializa por vez primera en Cuba con la aprobación del Decreto-Ley núm. 154/1994, del 6 de septiembre, al otorgar competencia al notario para disolver el matrimonio.⁶ La idea de desjudicializar el divorcio ha ido ganando adeptos con posterioridad en otros países de esta área geográfica. En Brasil, la Ley núm. 11411/2007, del 4 de enero, que modifica las disposiciones de la Ley núm. 5869/1973 del 11 de enero, contempla la realización de inventario, separación y divorcio consensual.⁷ Dicha Ley fue implementada posteriormente por la Resolución núm. 35 del 24 de abril

Civil. En Letonia (artículo 69 del Código civil) al igual que en España el divorcio puede ser disuelto por un tribunal judicial o por un notario. En particular, en España, según lo dispuesto en el artículo 87 Código civil, los cónyuges pueden acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública ante notario competente. Ahora bien, para que un notario pueda autorizar una escritura notarial de divorcio deberá existir mutuo acuerdo de los cónyuges y haber transcurrido, al menos, tres meses desde la celebración del matrimonio. No procederá si existen hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

⁴ En Asia, tanto en China (*Marriage Law People's Republic of China*, artículo 31) como en Kirguistán (*Family Code*, artículo 18) se contempla el divorcio ante el Encargado del Registro Civil. El Derecho civil japonés admite el divorcio de mutuo acuerdo (*kyogi nikon*) ante el oficial del Registro Familiar, cuya oficina está en el Ayuntamiento.

⁵ Los Sharía Courts (de Nigeria, Etiopía y Somalia) o los Tribunales de *Kadhi* (de Kenia, Tanzania, Uganda y Gambia) tienen competencia para disolver un matrimonio, según la Sharía. Tales divorcios pueden plantear problemas de reconocimiento, como así se evidenció en los hechos que dieron lugar tanto al Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 12 de mayo de 2016 (As. C-281/15: Sahyouni c. Mamisch, *Rec.* 2016, p. 1) como a la sentencia dictada por el mismo Tribunal el 20 de diciembre de 2017 (As. C-372/16: Sahyouni II, *Rec.* 2017, p. 1). En tales decisiones el TJUE tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales planteadas a raíz de la solicitud de reconocimiento en Alemania de una resolución de divorcio otorgada por un tribunal religioso sirio. Sobre esta problemática, véase (Diago Diago, 2018, pp. 1-11).

⁶ Para un análisis del divorcio notarial en el nuevo Código de las familias de Cuba, véase Pérez Gallardo (2023, pp. 281-310).

⁷ Los cónyuges deben cumplir los siguientes requisitos: mutuo acuerdo para disolver el vínculo, el reparto de los bienes comunes, la pensión alimenticia y la recuperación del nombre de soltero o mantenimiento del de casado. Además, deben estar separados de hecho durante, al menos, el plazo de dos años y no tener hijos menores no emancipados o con incapacidades.

de 2007 del Consejo Nacional de Justicia⁸ que disciplina la aplicación de dicha ley para los servicios notariales y de Registro.⁹ En Colombia, el artículo 34 de la Ley núm. 962/2005, del 8 de julio¹⁰ y el Decreto núm. 4436 del 28 de noviembre de 2005 del Ministerio de Justicia e Interior de Colombia,¹¹ sobre el divorcio ante notario y la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, admite que el divorcio notarial tendrá los mismos efectos que el decretado judicialmente.¹² En Ecuador, la Ley núm. 2006-62¹³ habilita a los notarios ecuatorianos para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento, siempre que no haya hijos menores de edad o que estén a su cargo.¹⁴ En Perú, la Ley núm. 29227/2008, del 16 de mayo, implementada

⁸ Disponible en: http://www.lex.com.br/doc_3859022_RESOLUCAO_N_35_DE_24_DE_ABRIL_DE_2007.aspx

⁹ Disponible en: http://www.lex.com.br/doc_3859022_RESOLUCAO_N_35_DE_24_DE_ABRIL_DE_2007.aspx

¹⁰ Ley 963 de 2005. Por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia. 8 de julio de 2005. DO núm. 45.963

¹¹ Decreto 4436 de 2005 [Ministerio del Interior y de Justicia]. Por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley 962 de 2005, y se señalan los derechos notariales correspondientes. 28 de noviembre de 2005. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=18346>

¹² El divorcio notarial tendrá los mismos efectos que el decretado judicialmente. Podrá obtenerse siempre que exista mutuo acuerdo de los cónyuges. De existir, el acuerdo debe comprender además el convenio sobre la pensión de alimentos, la custodia, el régimen de visitas y la periodicidad de las mismas (artículo 2). Se precisa intervención de abogado, así como del “Defensor de familia” cuando existan hijos menores de edad. El dictamen emitido por esta autoridad es vinculante tanto para el notario como para los cónyuges, quienes deben, en su caso, modificar lo convenido para adaptarlo a las exigencias establecidas por aquel, pues, de lo contrario, el divorcio deberá ser tramitado vía judicial. Como en la legislación cubana, la petición de divorcio debe ser acompañada de los certificados de matrimonio y de nacimiento de los hijos menores de edad, así como el poder conferido para la representación de uno de los cónyuges, con facultad expresa para suscribir, en su caso, la escritura pública de divorcio. Si los cónyuges no comparecen a ratificar el divorcio, transcurridos dos meses desde su solicitud, se entenderá que estos desisten de su petición.

¹³ Disponible en: <https://www.asobanca.org.ec/sites/default/files/Ley%20Reformatoria%20de%20la%20Ley%20Notarial.pdf>

¹⁴ Los notarios ecuatorianos pueden tramitar el divorcio por mutuo consentimiento, siempre que no haya hijos menores de edad o que estén a su cargo. Los cónyuges deben estar asesorados por un abogado y ratificar su voluntad de divorciarse en una audiencia. Estos pueden comparecer personalmente o estar representados. A petición de las partes y de

por el Decreto Supremo 009-2008-J.U.S. del 12 de junio de 2008,¹⁵ prevé el procedimiento de separación convencional y ulterior divorcio ante alcalde o notario.¹⁶ El artículo 206 del Código de las Familias y del Proceso Familiar —aprobado por la Ley núm. 603, del 19 de noviembre de 2014— introdujo en Bolivia la posibilidad de obtener el divorcio notarial de mutuo acuerdo.¹⁷ En Nicaragua, el artículo 159 de la Ley núm. 870, del 24 de junio de 2014,¹⁸ atribuye competencia a los notarios públicos en Nicaragua para disolver el matrimonio, siempre que no existan hijos comunes menores o personas con discapacidad.¹⁹ El divorcio no judicial también es admitido en México (Soto Sobreyra y Silva, 2015, pp. 120-142). Hay estados en los que se admite

mutuo consentimiento, el notario en el mismo acto procederá a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal.

¹⁵ Disponible en: <http://www.municipalidad.gob.pe/contenidosMPC/transparencia/pdf/documentos/Ley-Nro29227.pdf>. Al respecto, véase Cabello Matamala (2009, pp. 525-550).

¹⁶ Disponible en: <https://www.derechoecuator.com/registro-oficial/2006/11/registro-oficial-28-de-noviembre-del-2006>. Los cónyuges que, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, decidan disolver su matrimonio (artículo 2) podrán acogerse a dicha Ley. Los requisitos a cumplir son: no tener hijos menores de edad, carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o bien contar con escritura pública de liquidación del régimen patrimonial. Presentada la solicitud, el notario o el alcalde velarán por el cumplimiento de los requisitos exigidos y convocará a los cónyuges a una audiencia en un plazo de 15 días (artículo 10). En dicha comparecencia, los cónyuges deben ratificar su solicitud de separación (artículo 12). Dicha audiencia es personal, aunque también se les permite acudir a través de sus representantes con poder debidamente inscrito en el Registro Público. Transcurridos dos meses desde la obtención de la separación convencional, cualquiera de los esposos podrá solicitar la disolución del matrimonio (artículo 13).

¹⁷ Disponible en: <https://www.derechoteca.com/gacetabolivia/ley-no-603-del-19-de-noviembre-de-2014>

¹⁸ Disponible en: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/nic138841.pdf>

¹⁹ El notario deberá consignar el pacto en la escritura pública correspondiente. El testimonio de la escritura de disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, que libre el notario, se inscribirá, cuando corresponda, en el Registro del Estado Civil de las Personas y en el Registro Público de la Propiedad (artículo 162). Véase Pérez Gallardo (2014, pp. 429-457).

también la posibilidad de obtener el divorcio ante notario, como así sucede en los Estados de México,²⁰ Jalisco²¹ y Puebla.²²

2. El divorcio por mutuo acuerdo ante notario en los países latinoamericanos: un breve esbozo comparativo

El divorcio notarial es, sin duda, el divorcio no judicial que mayor arraigo tiene en los sistemas jurídicos latinoamericanos, aunque su regulación difiere de un sistema jurídico a otro (Pérez Gallardo, 2014, p. 329). Esta diversidad, como tendremos ocasión de analizar, explica las dificultades que existen para que tales divorcios puedan obtener eficacia extraterritorial en España. Así pues, no todas las normas que atribuyen competencia al notario se han centrado en regular el divorcio de mutuo acuerdo. En el caso de la ley peruana, esta se extiende también a la separación convencional, mientras que la normativa colombiana contempla la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. En la mayoría de los sistemas jurídicos se le atribuye al notario competencia para conocer de un divorcio consensuado, pero siempre que no haya hijos menores. No obstante, hay Estados que sí atribuyen dicha competencia cuando existen menores de edad, o mayores incapacitados judicialmente o discapacitados, como así sucede en Cuba y Colombia. De la misma manera, hay Estados donde la liquidación de la sociedad conyugal es un requisito previo e imprescindible para poder obtener este tipo de divorcios, como en Perú. En otros ordenamientos, en cambio, como ocurre en Ecuador, Cuba, Colombia y Brasil, la liquidación del régimen económico

²⁰ Será factible siempre que sea de común acuerdo, no haya hijos menores de edad o discapacitados que dependan de ambos y no existan deudas en común. Disponible en: <http://derechomexicano.com.mx/notarios-en-mexico-podran-divorciar>

²¹ Dicha posibilidad fue introducida por el Decreto 26926/LXI/18 (artículo 775 *bis*). <https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/content/sabado-1-de-septiembre-de-2018-2>

²² En particular, quienes soliciten el divorcio administrativo deberán estar sometidos al régimen de separación de bienes, o bien presentar convenio de liquidación, tener al menos un año de casados y no tener hijos menores de edad o discapacitados (Código Civil del Estado de Puebla, artículo 436, fracción III y VI). A tales efectos, los cónyuges se presentarán personalmente al notario de su elección (Código Civil del Estado de Puebla, artículo 437). <https://www.milenio.com/opinion/varios-autores/escuela-libre-de-derecho-de-puebla/el-divorcio-ante-notario-en-el-estado-de-puebla>

del matrimonio puede hacerse, bien de forma simultáneamente o con posterioridad al divorcio.

Tampoco existe unanimidad en torno a si es precisa (o no) la intervención del abogado en la tramitación del divorcio, así como tampoco sobre si es necesario (o no) que las partes actúen, en su caso, a través de sus representantes. Esta diversidad está igualmente presente en otros requisitos, por ejemplo, con la documentación que se debe presentar por los cónyuges para su tramitación, así como sobre la obligación de los cónyuges de asistir (o no) a una audiencia para ratificarse su intención de obtener el divorcio (Pérez Gallardo, pp. 329-371).

II. Desarrollo

En este epígrafe relativo al desarrollo del trabajo se analizarán los factores que condicionan el reconocimiento de la eficacia registral-constitutiva o solo constitutiva del divorcio otorgado por notario latinoamericano en España. Ello nos permitirá identificar el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de tales divorcios, lo que nos servirá para determinar si se precisa (o no) la tramitación del oportuno ejecutivo para que dicho divorcio tenga efectos en España, así como las condiciones que deberán de controlar las autoridades españolas para el reconocimiento de tales divorcios en nuestro país.

1. *Factores que determinan el régimen legal aplicable al reconocimiento de un divorcio otorgado por un notario latinoamericano en España*

A. Diversidad normativa

Saber cómo se obtiene el efecto registral-constitutivo o solo constitutivo de un divorcio otorgado por notario latinoamericano en España y, por tanto, concretar cuál es la vía de atribución de eficacia de este (ejecutivo o reconocimiento automático), así como las condiciones de reconocimiento que deben controlar las autoridades españolas, es una cuestión que depende de la norma que resulte aplicable a su reconocimiento.

La pluralidad de fuentes (convencional y estatal) existentes en derecho internacional privado español (DIPr), así como su diferente ámbito de aplicación —material, espacial y temporal— convierten a la identificación del régimen de reconocimiento aplicable en una cuestión compleja. Con carácter general, identificar es la norma aplicable al reconocimiento de un divorcio otorgado por un notario latinoamericano, depende de tres factores básicos, a saber: *a)* del país en el que se otorgó el acta notarial de divorcio; *b)* del efecto que se pretende, esto es, si es registral/constitutivo o solo constitutivo, y, sobre todo, *c)* de la función desempeñada por la autoridad notarial.

Un divorcio otorgado por un notario latinoamericano podrá surtir efectos (registrales-constitutivos o solo constitutivos) en nuestro país de conformidad con lo establecido en los tratados y convenios internacionales suscritos por España. Tales instrumentos, no obstante, serán de aplicación, siempre que su ámbito de aplicación (material, espacial y temporal) lo permita y, además, deben contemplar el reconocimiento tanto de decisiones judiciales extranjeras como de las adoptadas por las no judiciales. A la luz de lo cual, cabe concluir la nula operatividad práctica de los convenios bilaterales que España tiene suscritos con los países latinoamericanos que admiten estos tipos de divorcios. En unos casos, porque el divorcio constituye una materia expresamente excluida de su ámbito de aplicación, como así ocurre con el convenio hispano-brasileño²³ y el hispano-mexicano.²⁴ Aunque, con carácter general, los convenios bilaterales suscritos no son aplicables, en la medida en que sólo regulan el reconocimiento de “resoluciones judiciales” extranjeras, como así ocurre con el convenio hispano-colombiano (artículo 1o.)²⁵, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe únicamente al de las sentencias o fallos de tribunales de justicia (artículo 2.3).

²³ Convenio de Cooperación Jurídica en materia civil, entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federal de Brasil, firmado en Madrid el 13 de abril de 1989 (*BOE* núm. 164, del 10 de julio de 1991).

²⁴ Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, hecho en Madrid, el 17 de abril de 1989 (*BOE*, núm. 85, del 9 de abril de 1991; *BOE* núm. 226, del 20 de septiembre de 1991).

²⁵ Convenio sobre ejecución de sentencias civiles entre España y Colombia, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1908 (*Gaceta de Madrid*, núm. 108, de 18 de abril de 1909).

En defecto de aplicación de los instrumentos convencionales, será de aplicación el régimen autónomo español al reconocimiento de tales divorcios en nuestro país. El problema reside en que en él cabe cifrar un nutrido cuerpo normativo que regulan cómo deben de ser reconocidos tales divorcios en nuestro país o, a saber: la Ley 15/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC),²⁶ los artículos 11 y 12 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV),²⁷ así como en el artículo 96 de la Ley del Registro Civil (LRC).²⁸

B. De la calificación que recibe el acta notarial de divorcio latinoamericano para su reconocimiento en España

a. ¿Cómo puede ser calificada un acta de divorcio otorgado por notario latinoamericano para su reconocimiento en España?

Saber qué función ha desempeñado el notario que ha intervenido a la hora de otorgar la escritura pública de divorcio, es decir, si ha actuado como mero fedatario público, ha realizado funciones cuasi-judiciales, o bien constitutivas, según lo expuesto más arriba, es esencial para concretar si le es de aplicación el régimen jurídico diseñado para el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras, de los documentos públicos extranjeros, o bien de los actos de jurisdicción voluntaria.²⁹

²⁶ Ley 29/2015 De cooperación jurídica internacional en materia civil. 31 de julio de 2015. *BOE*, núm. 182.

²⁷ Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria. 3 de julio de 2015. *BOE*, núm. 158.

²⁸ Ley 20/2011 del Registro Civil. 22 de julio de 2011. *BOE*, núm. 175

²⁹ En la Unión Europea (UE), el artículo 65 del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores —*DOUE* núm. 178, de 2 de julio de 2019— (Bruselas II ter), que regula el reconocimiento del efecto constitutivo y de cosa juzgada de un acto incorporado a documento público o de un acuerdo registrado en un Estado miembro, elimina problemas de calificación y delimitación entre “resolución judicial”, “documento público” y “acuerdo registrado” en el sector del reconocimiento, dado que el régimen de reconocimiento es el que regula el Reglamento para las decisiones judiciales (Jiménez Blanco, 2022, pp. 555-579).

En concreto, esta cuestión depende directamente de cómo la norma aplicable al reconocimiento defina qué debe entenderse por “resolución judicial”. Una cuestión de vital importancia, dado que de este concepto depende, a su vez, el procedimiento a seguir para obtener eficacia de dicho divorcio en nuestro país, así como también las condiciones de reconocimiento que serán controladas por las autoridades españolas competentes.

Así pues, el término “resolución judicial” empleado en la LCJIMC (artículo 43, inciso a)³⁰ está vinculado al concepto de “órgano jurisdiccional” (artículo 43, inciso c),³¹ que, a su vez, se supedita al ejercicio de la “función jurisdiccional”.³² Dicha ley, al igual que hacen los Reglamentos europeos, establece una definición propia de lo que debe de entenderse por “resolución judicial”, a fin de impedir la existencia de interpretaciones divergentes y dotar, así, de una mayor previsibilidad y seguridad jurídica al sistema. De hecho, en el Auto dictado por la de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección

³⁰ Según el cual se entenderá por “a) Resolución: cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado, con independencia de su denominación, incluida la resolución por la cual el secretario judicial o autoridad similar liquide las costas del proceso”.

³¹ A tenor del mismo se entenderá por “c) Órgano jurisdiccional: toda autoridad judicial o toda autoridad que tenga atribuciones análogas a las de las autoridades judiciales de un Estado, con competencia en las materias propias de esta ley”.

³² El Reglamento Bruselas II ter y su antecesor (el Reglamento 2201/2203) parte también de una concepción amplia de “órgano jurisdiccional”, incluyendo al juez o autoridad con competencias equivalentes a las del juez en las materias reguladas por el presente Reglamento (artículo 2.1). En dicho Reglamento, a diferencia de lo que ocurre en otros, no existe una enumeración de quiénes ostentan tal cualidad conforme a los Derechos nacionales, ni se prevé una comunicación a la Comisión Europea de un listado en relación con este punto. Ello ha permitido entender incluidos no solo a jueces, sino también a notarios o autoridades administrativas, como así ha afirmado el TJUE en la Sentencia dictada el 15 de noviembre de 2022, As.: C-646/20, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*. El TJUE en dicha decisión mantiene que la disolución de un matrimonio en virtud del artículo 12 del Decreto Ley italiano núm. 132 de 12 de septiembre de 2014, constituye una “resolución judicial” relativa al divorcio a los efectos del Reglamento 2201/2203. El Tribunal interpreta los elementos que deben cumplirse para que una decisión sobre divorcio no judicial sea considerada como “resolución”. De esta jurisprudencia se deduce que la autoridad pública que conoce del divorcio debe tener, conforme a lo previsto en su ordenamiento, competencia en la materia (lo que viene a corroborar que el concepto de “órgano jurisdiccional” debe interpretarse en sentido amplio) y realizar un control sobre el fondo, es decir, intervenir con una función decisoria (Vázquez Rodríguez, 2023, pp. 853-887).

Cuarta, el 26 de mayo de 2021,³³ se planteó si una escritura pública de divorcio otorgada en la Notaría Octava del Círculo de Cali (Colombia) constituía una resolución, a fin de aplicar las disposiciones sobre reconocimiento dispuesto en la LCJIMC. En esta ocasión, la Audiencia revocó el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Denia, del 18 de diciembre de 2020, por el que se denegaba el reconocimiento en España de dicha escritura pública de divorcio. El Auto de Instancia desestimó la demanda de ejecución, tal y como se desprende de los fundamentos del recurso de apelación, por entender que únicamente son susceptibles de reconocimiento y ejecución en España las resoluciones extranjeras firmes recaídas en el marco de un procedimiento jurisdiccional, según lo establecido en la LCJIMC. A tenor de lo cual, el juez español procedió a denegar la solicitud planteada, porque, a juicio de este, un documento notarial colombiano por el que se disolvía el matrimonio no constituía una “resolución judicial extranjera”, según dicha definición. No obstante, a nuestro parecer, la decisión adoptada por el Juzgado de Primera Instancia dista de ser ejemplar, puesto que solo se limita a aplicar lo dispuesto en el apartado a) del artículo 43 de la LCJIMC sin proceder a ninguna otra comprobación o argumentación adicional. Para este órgano, era evidente que no podía reconocer dicha escritura pública como si se tratase de una “resolución judicial” extranjera, porque no procedía de un órgano o de una autoridad judicial. Es decir, no había sido dictada por una autoridad formalmente adscrita a la organización judicial. Sin embargo, no es menos cierto que el apartado c) del artículo 43 de la LCJIMC se ocupa de definir también qué se entiende por “órgano jurisdiccional”. Según la misma, por “órgano jurisdiccional” cabe entender “a toda autoridad judicial o toda autoridad que tenga atribuciones análogas a las de las autoridades judiciales de un Estado, con competencia en las materias propias de esta ley”. Es decir, el legislador español opta por una calificación amplia y funcional de dicho término (Jiménez Blanco, 2019-2020, pp. 121- 162). Lo que significa que la concreción de quién ostenta dicha cualidad ya no depende tanto de la autoridad que interviene —si es judicial o no—, sino de si esta desempeña o no una “función jurisdiccional”, es decir, de si desempeña atribuciones análogas a las autoridades judiciales. Esta definición amplia de forma considerable

³³ ECLI:ES:APA:2021:239^a.

qué se entiende por “resolución judicial” y, por tanto, multiplica los supuestos en los que cabe aplicar las disposiciones previstas en la LCJIMC para el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras.

A partir de aquí, cabe afirmar que lo relevante para decidir si una escritura de divorcio otorgada por notario latinoamericano constituye (o no) una “resolución judicial”, a efectos de su reconocimiento, es verificar si este desempeña o no funciones similares a las que ejercitan las autoridades judiciales españolas cuando disuelven el matrimonio. Es decir, si disuelven el vínculo y se pronuncian además sobre todas las cuestiones accesorias al mismo (alimentos, guarda y custodia de menores, vivienda, etcétera) o no. De hecho, a nuestro juicio, la solución a la decisión descrita debería de haber sido otra, si el juez de primera instancia *a quo* hubiera tenido en cuenta la práctica seguida por los órganos jurisdiccionales españoles sobre el reconocimiento de los divorcios no judiciales. De haberlo hecho, hubiera comprobado que los divorcios de mutuo acuerdo mediante escritura notarial procedentes de Colombia suelen ser reconocidos como “resoluciones judiciales” extranjeras, toda vez que, como así reconoce el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Segunda, del 5 de mayo de 2021,³⁴ en Colombia se equipara el divorcio judicial con el divorcio notarial, puesto que la intervención del notario colombiano no se circunscribe a una actuación como mero fedatario público, sino que tiene atribuidas por ley competencias concretas sobre las condiciones de ruptura del vínculo, las consecuencias sobre los hijos comunes, etcétera. Y, por tanto, por analogía, su reconocimiento debe seguir el mismo procedimiento que se aplica para el de las resoluciones judiciales extranjeras. Ello, no obstante, no significa que se aplique el procedimiento previsto para el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras contenciosas. Lo lógico sería aplicar el procedimiento previsto en la norma que regula, con carácter general, el reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeras.

Por su parte, el artículo 96.3° de la LRC, precepto aplicable también al reconocimiento de divorcios notariales latinoamericanos, adopta un concepto amplio de “resolución judicial” (LRC, artículos 96.1 y 96.3).³⁵ Dicho

³⁴ ECLI:ES:APL:2021:173^a.

³⁵ Según el mismo: “Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose

término no sólo se refiere al reconocimiento de las sentencias judiciales extranjeras, sino también a cualquier resolución judicial extranjera dictada en el marco de un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria. Comprende también a aquellas resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el derecho español, al conocimiento de jueces y tribunales (LRC, artículo 96.3). Es decir, este artículo asimila o extiende el tratamiento otorgado a las decisiones judiciales extranjeras a aquellas adoptadas por autoridades no judiciales extranjeras, siempre que versen sobre materias cuya competencia corresponda, según el derecho español, al conocimiento de jueces y tribunales. Este artículo permite, por tanto, el reconocimiento y el acceso al Registro Civil español de aquellos divorcios de mutuo acuerdo obtenidos a partir de una resolución dictada por autoridades no judiciales, como si de una “resolución judicial” extranjera se tratara (Marchal Escalona, 2013, pp. 28-43).

En sentido similar se pronuncia el artículo 11.1 y 3 de la LJV. A tenor de tal precepto, las resoluciones definitivas extranjeras de jurisdicción voluntaria emanadas de un órgano judicial podrán ser inscritas en los registros públicos españoles. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones dictadas por los órganos judiciales extranjeros será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no pertenecientes a órganos judiciales extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria cuya competencia corresponda, según esta ley, al conocimiento de órganos judiciales.

En suma, el análisis de la normativa española, que regula el reconocimiento de divorcios notariales latinoamericanos, permite concluir que se ha adoptado un término amplio de “resolución judicial”, lo que significa que los divorcios latinoamericanos podrán ser reconocidos en España como si de una resolución judicial se tratara. Lo que dependerá de la función que desempeñe el notario al otorgar la escritura pública de divorcio.

de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas [...]. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales”.

b. Claves para calificar un acta de divorcio otorgado por notario latinoamericano de “resolución judicial” (o no) para su reconocimiento en España

Como hemos apuntado, un acta otorgada por notario latinoamericano puede ser considerada, a efectos de su reconocimiento en España, como una “resolución judicial”, siempre que, dicha autoridad desempeñe funciones similares a las que en nuestro país están reservadas a la autoridad judicial cuando disuelven el matrimonio (LCJIMC, LJV y LRC). Ello sucede sólo cuando el acta notarial de divorcio procede de Cuba y Colombia, puesto que, en tales países, como hemos tenido oportunidad de analizar, el notario no sólo disuelve el matrimonio, sino que también se ocupa de liquidar y disolver el régimen económico del matrimonio, se pronuncia sobre los alimentos, así como también sobre los derechos de guarda y custodia de los menores. En definitiva, cabe afirmar que los notarios desempeñan las mismas funciones que una autoridad judicial española cuando disuelve el matrimonio.

La duda que se plantea está en saber cómo se debe calificar un acta de divorcio notarial latinoamericano, a efectos de su reconocimiento, si esta no puede ser considerada como una “resolución judicial”. Es decir, cuando el notario latinoamericano no ejerce las mismas funciones que en España se reserva a la autoridad judicial española, como así sucede con los divorcios notariales procedentes de Ecuador, Perú, Brasil, Bolivia y Nicaragua. La cuestión radica en determinar si tales divorcios deben ser reconocidos aplicando el régimen de reconocimiento aplicable a los “documentos públicos” extranjeros, o bien el de los “actos de jurisdicción voluntaria”. Es cierto que un acta notarial de divorcio otorgado en el extranjero es formalmente un documento expedido por autoridad extranjera, es decir, un documento público, pero también es cierto que, en España cuando un notario disuelve un matrimonio ejerce funciones de jurisdicción voluntaria. De ahí que, tales divorcios deban de ser reconocidos en España, a nuestro juicio, como “actos de jurisdicción voluntaria” y, por tanto, deben serles de aplicación las disposiciones que en el sistema jurídico español contemplan el reconocimiento de actos de jurisdicción voluntaria.

c. El efecto pretendido

Es sabido que el efecto más característico de un divorcio notarial es la alteración del estado civil de los cónyuges, es decir, el efecto constitutivo, aunque también puede pretenderse el efecto registral del mismo. Además, de aquellos otros efectos que pueden derivarse de la disolución del matrimonio (régimen económico del matrimonio, alimentos, guarda y custodia de los menores, etcétera). A efectos del presente trabajo, solo nos ocuparemos de analizar el reconocimiento de la alteración del estado civil que el divorcio supone para los cónyuges. En concreto, nos centramos en saber cómo se obtiene el efecto constitutivo o el constitutivo-registral de los divorcios otorgados por notario latinoamericano. Se trata de saber si el efecto que se pretende con el reconocimiento de un divorcio otorgado por notario latinoamericano incide en el régimen legal aplicable al mismo y condiciona, asimismo, la vía de atribución de eficacia (reconocimiento automático *vs.* execuátur). Cabe advertir que en la normativa española no siempre es necesario tramitar el procedimiento de execuátur para que un divorcio no judicial extranjero despliegue sus efectos en nuestro país. De hecho, si el efecto pretendido es el registral, este puede obtenerse a través del reconocimiento automático, siempre que la norma lo permita, como así sucede con el artículo 96 de la LRC o el artículo 11 de la LJV.

2. *¿Cómo debe ser reconocida un acta de divorcio notarial latinoamericano en España? ¿Cómo se determina el régimen jurídico aplicable?*

Tal y como hemos expuesto, saber cómo se reconoce en España un divorcio otorgado por notario latinoamericano depende de la norma aplicable. El problema está en que existe, como hemos apuntado, una diversidad normativa. A tales efectos, procederemos a realizar un breve análisis de cómo se regula el reconocimiento de los divorcios notariales latinoamericanos en España en las distintas normas que regulan esta materia. Para, en última instancia, concretar cómo se identifica el régimen normativo aplicable, que será, a su vez, el que determine si procede (o no) tramitar el correspondiente execuátur, así como también las condiciones por las que las autoridades españolas pue-

den denegar la eficacia a un divorcio notarial, que varían, como tendremos oportunidad de analizar, de la normativa aplicable a su reconocimiento.

A. La regulación del reconocimiento en la LCJIMC

Es sabido que el régimen común de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, así como el de los documentos públicos extranjeros, contenido en los artículos 41 a 61 de la LCJIMC, se encuentran inspirados en las normas dictadas en la Unión Europea (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 2020, p. 222). En particular, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 41.2 de la LCJIMC, serán susceptibles de reconocimiento de conformidad con las disposiciones que regulan el régimen de reconocimiento de las resoluciones extranjeras los actos de jurisdicción voluntaria.

En concreto, la LCJIMC contempla el procedimiento de execuátur en el Capítulo IV. Este procedimiento es un procedimiento declarativo de reconocimiento u homologación.³⁶ Los motivos de denegación vienen enumerados de forma taxativa en el artículo 46 de dicha ley. En ningún caso la resolución puede ser objeto de una revisión en cuanto al fondo ni ser controlada la competencia de la autoridad de origen (artículo 48). La principal novedad que ha introducido la LCJIMC, como ha señalado Rodríguez Benot (2016, pp. 252), es la inversión de la carga de la prueba de forma que debe ser la parte demandada en el proceso de execuátur la que tendrá que invocar y probar, en su

³⁶ Este procedimiento se caracteriza por los principios dispositivo, documental y de aportación de parte. La competencia para resolver acerca del reconocimiento corresponde a los juzgados de Primera Instancia correspondiente al domicilio de las persona contra la que se pide el reconocimiento o a quién se refieren los efectos dela decisión extranjera; en su defecto, la competencia territorial recaerá en los juzgados correspondientes al lugar de ejecución o de producción de efectos de la resolución que se pretende reconocer y como solución de cierre, aquellos ante los que se plantee la demanda de execuátur (LCJIMC, artículo 52). La legitimación activa corresponde a cualquier persona que acredite un interés legítimo. La demanda debe ir dirigida contra aquella parte o partes contra las que se quiera hacer valer la resolución extranjera. Las partes deben estar representadas por procurados y asistidas por letrada, siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal. El auto concediendo o denegando el reconocimiento es susceptible de recurso de apelación. Si el auto fuera estimatorio, el órgano jurisdiccional puede suspender la ejecución o requerir una caución (LCJIMC, artículo 55.1). La resolución de la Audiencia Provincial es susceptible de recurso por infracción procesal o de casación previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

contestación a la demanda, la concurrencia de alguna de las causas de denegación enumeradas en el artículo 46.1, a saber:

- a) La contrariedad manifiesta de la sentencia con el orden público (46.1, inciso a).
- b) La lesión de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. En particular, se denegará el reconocimiento si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse (46.1, inciso b). Las peculiaridades de la jurisdicción voluntaria suscitan especiales dificultades cuando hay que precisar el alcance que en la misma tiene el derecho a la tutela judicial efectiva. De hecho, la idea de que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva aparece limitado en el ámbito de la jurisdicción voluntaria está ampliamente extendida. No obstante, jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha consolidado la doctrina de que las garantías procesales pueden ser también vulneradas en procedimientos de jurisdicción voluntaria (De Miguel, 1997, p. 164). En cualquier caso, la posibilidad de que esta condición de denegación opere en este ámbito es nula, máxime si tenemos en cuenta que el divorcio notarial es un divorcio en el que existe mutuo acuerdo de las partes.
- c) El control de la competencia judicial internacional. Se denegará el reconocimiento cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española (artículo 46.1, inciso c).
- d) La insociabilidad de resoluciones. Se denegará cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España (artículo 46.1, inciso d) o cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución

reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España (artículo 46.1, inciso e).

También se denegará cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero (artículo 46.1, inciso f).

A la luz de lo analizado, cabe concluir que las disposiciones de la LCJIMC que regulan el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras son de aplicación al reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria y, por tanto, pueden ser de aplicación para el reconocimiento de aquellos divorcios notariales, en los que la autoridad notarial desempeña, según hemos visto, funciones “cuasi jurisdiccionales”. No obstante, también es cierto que la aplicación de la LCJIMC es residual respecto a las disposiciones que puedan hallarse en legislación interna de carácter específico (LCJIMC, artículo 2), como así sucede, por ejemplo, con la LJV y la LRC que introducen reglas específicas. Lo que significa que, antes de aplicar lo dispuesto en la LCJIMC, habrá que acudir, bien a lo dispuesto en la LJV, o bien en la LRC.

B. La regulación del reconocimiento en la LRC

Como hemos tenido la oportunidad de apuntar, el artículo 96 de la LRC establece un régimen específico tanto para el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras como de actos de jurisdicción voluntaria extranjeros. Dicho régimen será de aplicación cuando el divorcio otorgado por notario latinoamericano pretenda su acceso al Registro Civil español, según lo dispuesto en el artículo 9 de la LRC.

Ahora bien, según el artículo 96 de la LRC, no todo divorcio notarial latinoamericano puede ser considerado como una “decisión judicial extranjera” y ser reconocido e inscrito como tal en el Registro Civil español. Es más, una decisión judicial sólo podrá acceder al Registro Civil Español cuando sea firme o definitiva.³⁷ Si la resolución careciera de firmeza o de carácter de-

³⁷ La firmeza de la decisión extranjera se erige, por tanto, como presupuesto del reconocimiento registral, lo que implica la imposibilidad de ulterior recurso en el procedimiento en el que fue adoptada. Mención especial merecen las resoluciones de jurisdicción voluntarias extranjeras, dado que estas pueden ser revocables o modificadas en otro procedimiento, por

finitivo, sólo podrá ser anotada, como así prevé el artículo 40.3.5 de la LRC.³⁸ Esto es, para que una resolución extranjera, en los términos ya analizados, sea inscrita en el Registro Civil español esta debe ser previamente reconocida (LRC, artículo 96), aunque no resulta preciso para ser anotada (LRC, artículo 40.3.5).³⁹

En concreto, el artículo 96 de la LRC establece un novedoso sistema de reconocimiento que debe ser bien recibido, dado que junto a la posibilidad de iniciar el executur (LRC, artículo 96.2.1), contempla la posibilidad de obtener el reconocimiento automático. Eso sí, previa valoración o comprobación por parte del Encargado del Registro Civil de la concurrencia de ciertas condiciones (LRC, artículo 96.2.2).

Esto es, tanto para obtener el executur o el reconocimiento automático de un acta notarial de divorcio latinoamericano, en los casos en los que sea de aplicación este precepto, la autoridad competente deberá, en primer lugar,

lo que podría ser un problema para que estas accediesen al Registro Civil. Sin embargo, hay que precisar que el hecho de que una resolución de jurisdicción voluntaria pueda ser revocada o modificada no es consecuencia de la falta de firmeza, sino de la ausencia de cosa juzgada material —característica presente en el ámbito de la jurisdicción voluntaria—. Por lo que, dicha condición no debe considerarse incumplida por el hecho de que la decisión sea posteriormente revisable. Son resoluciones firmes, simplemente, que dicho concepto debe recibir otra interpretación, como así ha señalado la doctrina más autorizada (De Miguel Asensio, 1997, párrafo 94).

³⁸ En concreto, podrán ser objeto de anotación: las decisiones judiciales extranjeras que no sean firmes o las de jurisdicción voluntaria que no sean definitivas, o que, aun siendo firmes o definitivas, no hubieran superado todavía el trámite del executur. De la misma manera, podrá serlo —a instancia de parte— la resolución dictada por el Encargado del Registro Civil en el caso de que se hubiera solicitado el reconocimiento automático de la misma, en lugar de tramitar el oportuno executur

³⁹ La razón de esta diferencia es bien sencilla. Y es que no hay que olvidar el carácter privilegiado y especial que reviste el Registro Civil como medio de prueba y de publicidad frente a terceros. La exigencia del reconocimiento previo de la decisión extranjera que pretenda su acceso al Registro Civil viene, pues, justificada como cautela registral. Dicho esto, resulta fundamental tener en cuenta que no toda decisión extranjera podrá ser inscrita, en algunos supuestos solo podrá ser anotada. No obstante, el legislador no se ha preocupado por diferenciar en el ámbito internacional esta cuestión, como tampoco ha concretado qué requisitos deberá cumplir una decisión extranjera para su anotación en el Registro Civil español. Esta laguna es solo aparente. Y ello porque en el artículo 96 de la LRC se enumeran, aunque no de forma ordenada, los supuestos en los que una decisión extranjera podrá ser anotada en lugar de ser inscrita (Marchal Escalona, 2012, pp. 1319 y 1320).

verificar la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados. Dicha exigencia constituye un presupuesto previo y necesario para que el divorcio notarial pueda producir efectos en España. En segundo lugar, tendrá que controlar la competencia de la autoridad de origen. Esta debe de haber basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. Sorprende el tenor literal del precepto, máxime si tenemos en cuenta que se aplica igualmente a las resoluciones dictadas por autoridades no judiciales (*ad ex.* notarios, autoridades administrativas). *Lapsus calami* del legislador. Debe considerarse que, lo que pretendió el legislador y, por tanto, lo que el Encargado del Registro Civil deberá controlar, es que la autoridad extranjera (judicial o no) sea competente. Este requisito garantiza que sólo sean reconocidas aquellas decisiones que hayan sido adoptadas por una autoridad competente extranjera. Pero, además, persigue otro objetivo claramente definido que no es otro, que el que exista una proximidad razonable entre la autoridad extranjera y el asunto del que hubiese conocido o la medida que hubiera adoptado. No se trata de verificar si el Tribunal —o autoridad extrajudicial— extranjero(a) es o no competente según su derecho, sino de valorar si, según nuestro ordenamiento jurídico, la competencia internacional de dicha autoridad es aceptable conforme a los estándares establecidos. Para realizar dicho control, la autoridad competente deberá proceder a bilateralizar los foros de competencia contenidos en la norma de competencia internacional aplicable, es decir, deberá proceder a la aplicación indirecta de los foros de competencia directa. De esta forma, si acudiendo hipotéticamente a los criterios de competencia internacional establecidos en nuestro ordenamiento la autoridad del Estado origen de la decisión hubiera sido competente, dicha resolución cumpliría, desde la perspectiva española, la condición de haber sido adoptada por un órgano competente. No obstante, es cierto que la bilateralización de los criterios atributivos de competencia previstos en nuestro propio sistema de competencia internacional ayudará a realizar dicho control, aunque en sí misma dicha operación no es determinante.

Los criterios de competencia previstos en nuestro sistema jurídico reflejan una proximidad razonable, aunque no son los únicos foros razonables. Puede suceder que la autoridad extranjera haya utilizado un foro no previsto en nuestras normas de competencia internacional directas, sin que por ello

sea exorbitante o irrazonable. Ahora bien, también es cierto que el control que el artículo 96.2, fracción 2, inciso b) de la LRC exige de la adecuación de la competencia ejercida por las autoridades extranjeras no responde a parámetros de “identidad absoluta”, sino de “equivalencia”, entonces, para que el reconocimiento se produzca será suficiente con que aquella haya conocido en función de los criterios de competencia similares a los establecidos en la normativa española, aunque no sean idénticos. Lo cual es loable, dado que mantener en este ámbito una postura más restrictiva sólo conduciría a producir innecesariamente situaciones claudicantes.

En cuarto lugar, se deberá comprobar también que todas las partes hayan sido debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento. Con esta condición se trata de garantizar que los derechos de defensa del demandado hayan sido observados, lo que a la luz de lo establecido en este precepto se traduce básicamente en la necesidad de que este haya sido regular —debidamente— y temporalmente citado. Ciertamente, esta exigencia presenta una importancia menor cuando se trata del reconocimiento de un divorcio notarial extranjero donde no hay demandado y, además, el divorcio es de mutuo acuerdo.

Con todo, no podrá reconocerse y, por tanto, no procederá la inscripción en el Registro Civil español, si la resolución judicial extranjera resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. En concreto, el artículo 96.2, inciso c), de la LRC reafirma la naturaleza excepcional que debe presentar el recurso al orden público como obstáculo al reconocimiento de resoluciones extranjeras. La vertiente material del orden público excluiría el reconocimiento de toda resolución extranjera cuando esta fuese absolutamente intolerable con los valores y principios básicos de nuestro derecho material. No sería, por tanto, reconocido en España un divorcio notarial extranjero que vulnerara lo dispuesto en la Constitución Española.

Si las partes deciden obtener el reconocimiento automático del divorcio notarial latinoamericano, el encargado del Registro Civil deberá verificar que este no puede ser denegado en España por ninguna de las condiciones establecidas en el artículo 96, fracción 2, de la LRC. Una vez realizada dicha verificación, deberá dictar una resolución que puede ser en sentido afirmativo —reconociendo la decisión extranjera— o negativo —denegándola—. En ambos casos, dicha resolución deberá ser notificada a las partes intere-

sadas y afectadas (LRC, artículo 96.2 *in fine*). Tras la notificación, pueden suceder dos cosas: que una de las partes no esté conforme y recurra, o que no exista oposición alguna. Si tras la notificación, una parte se muestra conforme con la decisión adoptada tiene, a su vez, dos opciones, a saber: recurrir dicha resolución ante la DGRN (actual Dirección General de Seguridad y Fe Pública — DGSyFP—) en los términos previstos en la LRC⁴⁰ o solicitar ante la autoridad judicial competente (juez de primera instancia) el execuátur de la resolución extranjera cuyo acceso se pretende al Registro Civil. En caso de que no exista oposición alguna, el encargado del Registro Civil podrá inscribir la reconocida resolución extranjera.⁴¹

Con todo, lo que resulta preciso saber es cuándo resulta de aplicación dicho precepto para el reconocimiento en España de un acta de divorcio notarial latinoamericana. Este precepto será de aplicación cuando se pretenda

⁴⁰ El régimen de impugnación de las decisiones adoptadas por los encargados de las Oficinas del Registro se encuentra regulado en los artículos 85 a 87 LRC. El recurso se dirigirá a la DGRN (actual DGFySP) en los términos previstos en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El interesado podrá presentar el recurso en cualquiera de los lugares previstos para la presentación de escritos y solicitudes haciendo uso de los medios que prevé el ordenamiento jurídico. La DGRN (actual DGFySP) resolverá el recurso en el plazo de seis meses siguientes a la recepción del escrito de interposición. Transcurrido dicho plazo sin que dicho órgano haya dictado y notificado resolución expresa, se entenderá desestimada la pretensión, quedando expedita la vía jurisdiccional correspondiente (García Saura, 2012, pp. 1195-1205).

⁴¹ Eso, según dispone el artículo 96 de la LRC, que parece contradecir lo establecido en el artículo 85.2 LRC cuando dispone que “en caso de denegación de sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras, el interesado solo podrá instar el procedimiento judicial de execuátur”. La lectura conjunta de los dos preceptos nos depara el siguiente panorama. Si el encargado del Registro Civil dicta una resolución por la que se reconoce una decisión extranjera —dictada en un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria— o una reconociendo o denegando una resolución dictada por una autoridad extrajudicial extranjera —siempre que verse sobre una materia cuya competencia es atribuida en España a autoridades españolas—, las partes tendrán a su disposición dos vías de defensa: la administrativa y la judicial —procedimiento de execuátur—. Ahora bien, si lo que dicta es una resolución denegando el reconocimiento de una resolución extranjera, ¿de qué opciones de defensa disponen las partes afectadas? Las que establece el artículo 96 de la LRC (recurso ante la DGFySP y execuátur) o sólo el execuátur al que hace referencia el artículo 85.2 de la LRC. Una incoherencia que resulta incomprensible dentro de un mismo texto legislativo, pero que obliga a una reforma inmediata de la ley —dado que no puede subsanarse vía reglamentaria—. Sobre esta cuestión véase Espinar Vicente, 2012, p. 10.

su inscripción en el Registro Civil español. En particular, el artículo 96 de la LRC se aplica, desde su entrada en vigor, de forma prioritaria, como ya hemos tenido oportunidad de constatar, a lo establecido en la LCIMC, según lo dispuesto en la Disposición adicional primera c) de la LCJIMC. Ahora bien, lo que no está del todo claro es la relación que existe entre esta norma y lo dispuesto en el artículo 11 de la LJV, que regula la eficacia registral de resoluciones judiciales de actos de jurisdicción voluntaria. No hay que olvidar que aquellos divorcios notariales latinoamericanos en los que el notario no ejerce funciones “*quasi* jurisdiccionales” deben de ser reconocidos en España, como hemos precisado, como actos de jurisdicción voluntaria. Aspecto que trataremos a continuación junto a las condiciones que deben controlar las autoridades españolas cuando resulta de aplicación la LJV.

C. *La regulación del reconocimiento en la LJV*

La disolución del matrimonio por vía notarial suscita en España problemas de reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria, cuya regulación está contenida de forma específica en los artículos 11 y 12 de la LJV. Normas cuya aplicación es prioritaria —por tratarse de una norma especial— frente a lo dispuesto en la LCJIMC (Disposición adicional primera c) LCJIMC). Tales preceptos regulan el reconocimiento de resoluciones (artículo 11 de la LJV) y actos y expedientes (artículo 12 de la LJV) de jurisdicción voluntaria. Una dualidad normativa que, sin duda alguna, complica, sobremedida, saber cómo obtener la eficacia constitutiva, o bien constitutiva-registral de este tipo de divorcios en nuestro país.

En concreto, el artículo 11 de la LJV contempla un régimen de reconocimiento particular que permite el acceso a los registros públicos españoles de resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria dictadas por autoridades judiciales extranjeras o asimiladas. La inscripción registral es posible si la decisión es objeto de execuátur. Aunque, también admite la posibilidad de que sea el propio encargado del Registro Civil el que lleve a cabo un reconocimiento automático, siempre que se cumplan una serie de condiciones. Sin embargo, la duda está en saber qué condiciones deben controlarse para que surta efectos en España. No está del todo claro si el encargado del Registro Civil ha de realizar un control de las condiciones previstas con ca-

rácter general para las sentencias dictadas en procedimientos contenciosos (LCJIMC, artículo 46), o bien las propias condiciones previstas para los actos y expedientes de jurisdicción voluntaria, que están enumeradas en el artículo 12 de la LJV. Lo más lógico es pensar que serían estas últimas las que deberían de ser aplicables.

Con todo, no hay que olvidar, como hemos advertido, que el artículo 11 de la LJV concurre en su aplicación con lo dispuesto en el artículo 96 de la LRC, puesto que ambos preceptos regulan cómo obtienen los actos de jurisdicción voluntaria eficacia registral en España. La cuestión está, por tanto, en saber si el régimen legal de reconocimiento previsto en el artículo 96 de la LRC —*lex specialis*— debe aplicarse de forma preferente a lo dispuesto en el artículo 11 de la LJV, o bien, sí, por el contrario, al ser la LJV una norma posterior a la LRC, su artículo 11 debe ser aplicado de forma preferente a lo dispuesto en el artículo 96 de la LRC para el reconocimiento de aquellas actas notariales latinoamericanas. En definitiva, la duda está en saber qué régimen legal es aplicable cuando se pretende la inscripción en el Registro Civil de un acta de divorcio otorgada por notario latinoamericano, a saber: el artículo 96 de la LRC o el artículo 11 de la LJV. Una cuestión que no es baladí, habida cuenta de que tales normas no regulan el reconocimiento de los divorcios notariales de la misma manera. Es cierto que el legislador español no ha se ocupado de determinar las relaciones que existen entre tales normas. No obstante, a nuestro juicio, la LRC (artículo 96) debería de primar, dada su especialidad, sobre la LJV (artículo 11).

Con todo, es preciso recordar que, en su caso, el artículo 11 de la LJV, como hemos advertido, solo resultaría de aplicación en aquellos casos en los que se pretenda la eficacia registral de un divorcio notarial autorizado por notarios que hubieran ejercido competencias que corresponden al conocimiento de órganos judiciales, es decir, en aquellos divorcios otorgados por notarios cubanos y colombianos, dado que, como hemos visto, estos realizan funciones similares a las ejercitadas por los jueces españoles cuando disuelven el matrimonio. Eso significa que, en los casos en los que las autoridades notariales latinoamericanas no realizan tales funciones, como así sucede con los divorcios notariales procedentes de Ecuador, Perú, Brasil y Nicaragua, cabría barajar la posibilidad de aplicar, dado que tampoco podría ser de aplicación, según lo analizado más arriba, el régimen de recono-

cimiento establecido en el artículo 96 de la LRC, lo dispuesto en el artículo 12 de la LJV. El problema está en que este precepto establece un régimen de reconocimiento que ni es claro ni preciso. Está sujeto a interpretaciones.⁴² Sin embargo, no parece haber dudas sobre su aplicación al reconocimiento de actos de jurisdicción voluntaria de autoridades no judiciales extranjera en aquellos casos en los que se pretenda el efecto registra-constitutivo o bien sólo el constitutivo.

En suma, el artículo 12 de la LJV sería, a nuestro juicio, aplicable en aquellos casos en los que se pretendiera el efecto constitutivo o el constitutivo-registral de un divorcio otorgado en países en los que el notario no ejerce funciones cuasi jurisdiccionales, como así sucede con aquellos procedentes de Ecuador, Perú, Brasil, Bolivia y Nicaragua. En tales casos, el régimen de reconocimiento que contempla dicho precepto es el automático o incidental. Es decir, el artículo 12 de la LJV no exige la necesidad de obtener el correspondiente execuátur. De hecho, ni siquiera lo contempla. No obstante, en el caso de ser necesaria su obtención, cabe entender que sería de aplicación el diseñado en la LCJIMC. Por su parte, lo que sí regula el artículo 12 de la LJV son las condiciones que deberían de controlar las autoridades españolas para que tales divorcios desplegarán su eficacia en España.

Según este precepto, el reconocimiento de una resolución no judicial extranjera de divorcio puede ser denegado si este no hubiera sido dictado por autoridad extranjera competente (LJV, artículo 12, fracción 3, inciso a). Se considera que dicha autoridad es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Ello sucederá cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos judiciales o a las autoridades españolas. No obstante, dicho control debe extenderse igualmente a aquellas decisiones que, sin llegar a conculcar competencias exclusivas de nuestros tribunales, obedecen a un foro de competencia manifiestamente exorbitante. Es decir, las autoridades españolas deben limitarse a comprobar si la competencia de las autoridades extranjeras responde o no a un foro exorbitante, según los criterios de proximidad del sistema español. Para ello, deberán bilateralizarse las normas de competencia previstas en el Reglamento (UE)

⁴² En este sentido véase Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo (2020, p. 232).

2019/1111 del Consejo, del 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (Reglamento Bruselas II ter), dada su eficacia *erga omnes*.

En segundo lugar, podrá ser denegado también si la resolución hubiera sido acordada con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados (LJV, artículo 12, fracción 3, inciso b). Es evidente que este motivo no será, en la práctica, obstáculo para que este tipo de divorcios surtan efectos en España, toda vez que en ellos existe mutuo acuerdo de las partes en divorciarse. No obstante, sí podría denegarse su reconocimiento si fuera manifiestamente contrario al orden público español (LJV, artículo 12, fracción 3, inciso c) o implicara la violación de un derecho fundamental o libertad de nuestro ordenamiento jurídico (LJV, artículo 12, fracción 3, inciso d).

3. *¿Es preciso obtener el execuátur de un acta de divorcio otorgada por notario latinoamericano en España?*

Como hemos tenido oportunidad de analizar, tanto los artículos 96 de la LRC y 11 de la LJV —aplicables cuando se pretende obtener el efecto registral-constitutivo de un divorcio notarial latinoamericano procedente de Cuba y Colombia—, como el artículo 12 de la LJV —aplicable al divorcio notarial que proceda de Ecuador, Perú, Brasil y Nicaragua— prevén la posibilidad de obtener el reconocimiento automático. Una alternativa técnicamente más sencilla y menos gravosa que el execuátur. Es sabido que el reconocimiento automático implica la posibilidad de instar el reconocimiento de forma directa ante la autoridad ante la que se pretende hacer valer su eficacia, pero ello no impide que esta proceda a controlar las condiciones legalmente exigidas para su reconocimiento (LRC, artículo 96, fracción 2; LJV, artículos 11 y 12, fracción 3). Tiene el inconveniente de su provisionalidad. Así, en los supuestos en los que se pretende un reconocimiento definitivo, o bien cuando hay posturas contradictorias, es preciso tramitar el correspondiente procedimiento de execuátur. Si el efecto que se pretende es el constitutivo-registral, dicho procedimiento será el establecido en los artículos 52 a 55 de

la LCJIMC, según lo dispuesto en el artículo 96, fracción 2, LRC.⁴³ El problema está en saber cuál es el procedimiento a seguir cuando el efecto es el constitutivo. A nuestro juicio, debe ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 12 de la LJV. El problema reside en que este precepto no contempla procedimiento alguno. No exige la necesidad de tramitar el *execuátur*, por lo que podría mantenerse la aplicación de lo dispuesto en el artículo 41, fracción 2, de la LCJIMC que regula el reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria y, por tanto, su reconocimiento debería someterse a lo previsto para las sentencias contenciosas, esto es, al procedimiento de *execuátur*, pero, eso sí, controlando las condiciones establecidas en el artículo 12, fracción 3, de la LJV.

4. Condiciones de reconocimiento

Los textos que configuran el régimen estatal español establecen la existencia de algunas condiciones tasadas del reconocimiento que afectan a aspectos sustanciales, como así sucede con el control de las garantías procesales [LCJIMC artículo 46, fracción 1, inciso b; LJV, artículo 12, fracción 3, inciso b; LRC, artículo 96, fracción 2, inciso c) y el orden público (LCJIMC, artículo 46, fracción 1, inciso a; LJV, artículo 12, fracción 3, inciso c; LRC, artículo 96, fracción 2, inciso c); el control de la competencia de la autoridad de origen (LCJIMC, artículo 46, fracción 1, inciso c; LJV, artículo 12, fracción 3, inciso a; LRC, artículo 96, fracción 2, inciso b), el de la violación de un derecho fundamental o libertad pública del ordenamiento jurídico español (LJV, artículo 12, fracción 3, inciso d), así como la ausencia de contradicción con una decisión judicial o un proceso pendiente en el Estado requerido (LCJIMC, artículo 46, fracción 1, incisos d, e y f).

Según hemos tenido oportunidad de analizar, las condiciones de denegación de reconocimiento que deberán controlar las autoridades españolas para otorgar eficacia de un acta de divorcio otorgada por un notario latinoamericano dependerán de la norma de reconocimiento aplicable. Una cues-

⁴³ Si bien es cierto que, esta norma hace referencia al *execuátur* contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEC 1881), puesto que, cuando se aprobó esta ley, la norma de reconocimiento aplicable se encontraba regulada en los artículos 954 y 958 LEC 1881.

ción que es esencial habida cuenta de que estas varían de una norma a otra. Saber qué norma se aplica y, por tanto, qué condiciones de denegación de reconocimiento deberán controlar las autoridades españolas dependerá, tal y como hemos analizado, de tres factores: *a)* de la función que desempeñe la autoridad notarial latinoamericana, es decir, si desempeña (o no) funciones “cuasi judiciales”; *b)* del efecto que se pretenda con su reconocimiento, es decir, si es registral-constitutivo o solo constitutivo y, *c)* de la interpretación que se adopte sobre de la relación que existe entre el artículo 96 de la LRC y el artículo 11 de la LJV. Es decir, si aquel debe prevalecer sobre este, o viceversa, dada la inoperatividad práctica de la LCJIMC. Una cuestión que, en última instancia, dependerá de la interpretación que lleve a cabo el operador jurídico.

IV. Conclusiones

El divorcio no judicial se ha convertido en una institución de gran interés práctico para el derecho internacional privado. Cada vez hay más Estados que, para descargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales y agilizar trámites, atribuyen facultades o competencias a diversas autoridades extrajudiciales (encargados del Registro Civil, notarios, alcaldes, etcétera). De hecho, el análisis del derecho comparado que hemos llevado a cabo nos permite concluir que la diversidad es la nota dominante, incluso, en países que pertenecen a la misma área geográfica, como así ocurre en Latinoamérica, donde el divorcio no judicial que prevalece es el divorcio notarial. Así, mientras que, en algunos Estados, como Cuba y Colombia, los notarios tienen competencia sobre cuestiones que afectan a menores, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos los notarios carecen de dicha competencia. Una diversidad que explica, en parte, las dificultades que existen para concretar cómo se reconoce en España un acta de divorcio otorgado por notario latinoamericano.

Hemos evidenciado que el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de un divorcio notarial latinoamericano en España depende de la normativa estatal que resulte aplicable. El problema reside en que en el derecho autónomo español existe una pluralidad normativa. Puede ser aplicable tanto lo dispuesto en los artículos 11 o 12 de la LJV, la LCJIMC (artículo 41, fracción

2), o bien el artículo 96 de la LRC. Saber qué norma resulta de aplicación para el reconocimiento de un acta de divorcio notarial latinoamericano y, por tanto, cuál será la vía de atribución de eficacia (reconocimiento automático o *execuátur*), así como qué condiciones deberán controlar las autoridades españolas para otorgar eficacia extraterritorial al divorcio notarial extranjero constituye una cuestión compleja que depende, como hemos demostrado, de diversos factores. En primer lugar, y fundamentalmente, depende de la función que desempeñe la autoridad notarial latinoamericana, es decir, si esta es (o no) similar a la que desarrollan las autoridades judiciales españolas cuando disuelven el matrimonio. A partir de aquí, hemos evidenciado que los divorcios notariales procedentes de Cuba y Colombia, países en los que tales autoridades desempeñan funciones cuasi jurisdiccionales, podrán ser reconocidos en España como “resoluciones judiciales”; mientras que los divorcios notariales procedentes de Ecuador, Perú, Brasil y Nicaragua deberán ser reconocidos como “actos de jurisdicción voluntaria”.

En segundo lugar, el régimen legal aplicable al reconocimiento de tales divorcios depende del efecto que se pretenda con su reconocimiento (sea registral-constitutivo o sólo constitutivo), habida cuenta de que existen disposiciones específicas tanto en la LRC como en la LJV sobre cómo se obtiene la eficacia registral de tales divorcios en España, lo que, en última instancia, depende de la interpretación que se adopte sobre cuál es la relación que existe entre el artículo 96 de la LRC y el artículo 11 de la LJV. A nuestro juicio, no cabe duda de la prevalencia de lo dispuesto en el artículo 96 de la LRC sobre el artículo 11 de la LJV, que será aplicable en los casos en los que el acta de divorcio notarial proceda de Cuba o Colombia, y el efecto pretendido sea el registral. Por el contrario, los divorcios notariales procedentes de Ecuador, Brasil, Perú, Bolivia y Nicaragua deberían ser reconocidos en España al amparo de lo establecido en el artículo 12 de la LJV. Una norma cuya redacción no solo es confusa, sino también incompleta, dado que no regula cómo se debe tramitar el procedimiento de *execuátur*, en el caso de ser necesario. A la luz de lo cual, cabe concluir que será la autoridad competente para pronunciarse sobre el reconocimiento la que deberá determinar cómo se resuelve el conflicto apuntado entre la LJV y la LRC y, por tanto, la norma aplicable al reconocimiento de un divorcio notarial latinoamericano y,

en definitiva, la que tendrá que resolver los problemas interpretativos que la deficiente normativa española plantea.

IV. Referencias

- Cabello Matamala, C. J. (2009). El divorcio en el derecho peruano. En A. Acedo Penco y L. B. Pérez Gallardo (coords.), *El divorcio en el derecho iberoamericano* (pp. 525-550). Temis; Ubijus; Reus; Zavalia.
- Diago Diago, P. (2018). Inclusión de los divorcios privados en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 20 de diciembre de 2017, Asunto C-372/16: Sahyouni. *La Ley Unión Europea*, (58), 1-11.
- Espinar Vicente, J. M. (2012). Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil. *Diario La Ley*, (7771).
- Fernández Rozas, J. C., y Sánchez Lorenzo, S. A. (2020). *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters; Civitas.
- Gaudemet-Tallon, H. (2018). La loi française sur le divorce sans juge confrontée au droit européen et international. En B. Hess, E. Jaymey, H.-P. Mansel (eds.), *Europa als Rechts- und Lebensraum (Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag)* (pp. 91 y ss.). Ernst und Werner Gieseking.
- Jiménez Blanco, P. (2019-2020). El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado. *Anuario Español de Derecho internacional privado*, (19-29), 121-162.
- Jiménez Blanco, P. (2022). La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos. *Cuadernos de derecho transnacional*, 14(2), 555-579.
- Marchal Escalona, N. (2022). *El divorcio no judicial en derecho internacional privado español*. Thomson Reuters; Aranzadi.
- Marchal Escalona, N. (2012). Art. 96. En J. A. Cobacho Gómez y A. Leciénena Ibarra (Dir.), *Comentarios a la Ley del Registro civil Comentarios a la Ley del Registro Civil* (pp. 1319-1320). Thomson Reuters; Aranzadi.

- Marchal Escalona N. (2013). El futuro régimen autónomo de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras con acceso al Registro Civil Español. *La Ley Unión Europea*, (4), 28-43.
- Miguel Asensio, P. de (1997). *Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria*. Eurolex.
- Ordelin Font, J. L. (2014). Dos décadas de divorcio notarial en Cuba: ¿hacia dónde vamos? *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, (4-5), 1-28. http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=13807670&name=DLFE-222967.pdf
- Pérez Gallardo, L. B. (2014). Divorcio por mutuo consentimiento ante notario en el nuevo Código de Familia de Nicaragua: la fábula de la zorra y el cangrejo de mar. *Anuario de la Facultad de Derecho*, (31), 429-457.
- Pérez Gallardo, L. B. (2009). Un «fantasma» recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (23), 214-262.
- Pérez Gallardo, L.B., (2023), Notas esenciales sobre el divorcio en el nuevo código de las familias de Cuba. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (39), 281-310.
- Rodríguez Benot, A. (2026). La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. *Cuadernos de Derecho transnacional*, 8(1), 234-259.
- Soto Sobreyra y Silva, I. (2015). Matrimonio y divorcio en sede notarial. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 65(264), 120-142.
- Rodríguez Vázquez, M. Á. (2023). El divorcio notarial español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(2) 853-87.
- García Saura, P.J. (2012). Artículo 86. Presentación del recurso y plazo de resolución. En J. A. Cobacho Gómez, A. Leciñena Ibarra (Dir.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil* (pp. 1195-1205). Thomson Reuters; Aranzadi.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Marchal Escalona, Nuria, “Problemas prácticos que se plantean en el reconocimiento de los divorcios notariales latinoamericanos en España”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 169, 2024, pp. 211-243. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18753>

APA

Marchal Escalona, N. (2024). Problemas prácticos que se plantean en el reconocimiento de los divorcios notariales latinoamericanos en España. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(169), 211-243. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18753>

Las soluciones del derecho internacional privado español frente a la violencia de género

The solutions of spanish private international law to the gender violence

Ana Moreno Sánchez-Moraleda

 <https://orcid.org/0000-0003-2371-9168>

Universidad de Sevilla. España

Correo electrónico: amoreno2@us.es

Recepción: 17 de enero de 2024 | **Aceptación:** 24 de mayo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18857>

Resumen: El objetivo de este trabajo es hallar los instrumentos de derecho internacional privado español que protegen a la mujer víctima de violencia de género. Para ello, se investiga la normativa aplicable que permite conocer a determinados órganos jurisdiccionales que van a aplicar la ley más favorable que no vulnere el orden público internacional. No obstante, siguen existiendo países que autorizan los matrimonios forzados y el repudio unilateral del marido. En consecuencia, se estudian los mecanismos jurídicos para evitar la violencia de género en estos casos.

Palabras clave: violencia de género, foros, derecho aplicable.

Abstract: The objective of this work is to find the instruments of spanish private international Law that protect women victims of gender violence. To do this, the applicable regulations are investigated that allow us to know certain jurisdictional court that will apply the most favorable law that does not violate international public order. However, there are still countries that authorize forced marriages and unilateral repudiation of the husband. Consequently, legal mechanisms are studied to avoid gender violence in these cases.

Keywords: forced marriages, forums, applicable law.

Sumario: I. Planteamiento. II. *¿Los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II ter protegen de la violencia de género?* III. *Las soluciones de ley aplicable contra la violencia de género.* IV. *No eficacia en España de situaciones constituidas en el extranjero que son manifestaciones de la violencia de género.* V. *Conclusión.* VI. *Referencias.*

I. Planteamiento

Con el instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul)¹, los órganos jurisdiccionales españoles quedan vinculados a esta normativa europea, al igual que a otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y de eliminación de toda discriminación contra la mujer² (que sujetan a la mayoría de los países de nuestro mundo).

El preámbulo de este Convenio reconoce, entre otras consideraciones, que

la realización *de iure* y *de facto* de la igualdad entre mujeres y hombres es un elemento clave de la prevención de la violencia contra la mujer³ y que las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como el matrimonio forzoso.

¹ *Boletín Oficial del Estado (BOE)* número 137 del 6 de junio de 2014. La Decisión (UE) 2023/1075 del Consejo, de 1o. de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la Unión; y Decisión (UE) 2023/1076 del Consejo, de 1o. de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución (DO L143I/2023).

² Otros instrumentos supraestatales también nos vinculan, y protegen contra toda forma de discriminación y violencia, como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (*BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977); y en relación con el género: la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (*BOE* núm. 69, de 21 de marzo de 1984) y su Protocolo facultativo de 6 de octubre de 1999 (*BOE* núm. 190, de 9 de agosto de 2001).

³ Reconociendo que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género, y reconociendo que las mujeres y niñas están más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género.

En un mundo globalizado la violencia de género se manifiesta con frecuencia en situaciones jurídico privadas-internacionales; es decir: cuando la mujer tiene distinta nacionalidad, domicilio o residencia habitual del marido o pareja; o cuando conocen los órganos jurisdiccionales que no son los del Estado de su nacionalidad, domicilio o residencia habitual o la ley aplicable es la de un país distinto al de los órganos o autoridades que conocen.

En la línea marcada por el Convenio de Estambul nos centraremos en este estudio en la protección frente a la violencia de género desde la perspectiva del derecho internacional privado español, desde un triple enfoque: órganos jurisdiccionales internacionalmente competentes, ley aplicable (cuando existen varias posibles, unas más protectora que otras) y denegación de reconocimiento de resoluciones extranjeras contrarias a la igualdad de género. “La perspectiva de género que debe otorgarse al derecho internacional privado si queremos que sea un ordenamiento combativo y protector de las mujeres” (Calabuig, 2019, p. 37).

Primero, estudiaremos, si en un divorcio, nulidad o separación legal, los foros que determinan la competencia judicial internacional protegen a la mujer en caso de violencia de género. Estos foros están regulados en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 (en adelante Reglamento Bruselas II ter),⁴ relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, que se aplica desde el 1o. de agosto de 2022 (artículo 105). Nos ocupamos de los casos de violencia del marido contra la esposa y no de los escasos supuestos de violencia de la mujer contra el marido.

Los matrimonios forzados implican violencia de género. Así, establece el artículo 16.2 de la Declaración de Derechos Humanos (Declaración proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, 1948): “el matrimonio sólo podrá otorgarse mediante libre y pleno consentimiento de los esposos”⁵ y, también, el artículo 1o. de la Convención de Nueva York,

⁴ DO L 178, de 2 de julio de 2019.

⁵ En igual sentido, el artículo 23.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el artículo 16.1 b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos, de 10 de diciembre de 1962:⁶ “no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes”.⁷ Si la ley aplicable a un matrimonio internacional permite este tipo de matrimonios, el correctivo jurídico que existe en el derecho internacional privado español es la excepción del orden público internacional (Código Civil, artículo 12.3). Por ello, en segundo lugar, abordaremos el análisis de la activación de esta excepción por las autoridades españolas⁸ cuando la ley extranjera resulte contraria al orden público del foro.

Relacionado con la ley aplicable, además, examinaremos, si el Reglamento (UE) número 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 (Roma III), por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial,⁹ permite a la mujer víctima de violencia de género elegir la ley aplicable (artículo 5o.) o, si la ley aplicable, en defecto de elección, protege a la mujer frente a esta violencia (artículo 8o.); o qué solución hay cuando la ley aplicable extranjera no contemple el divorcio o cuando no conceda a uno de los cónyuges, por razones de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial (artículo 10). Estos supuestos deben entenderse, no obstante, sin perjuicio de la cláusula general de orden público internacional (Reglamento Roma III, 20/12/2010, artículo 12).

Para concluir, analizaremos si un matrimonio forzoso celebrado en el extranjero podría ser inscrito en el Registro Civil español o si una decisión de repudio unilateral por parte del marido dictada por autoridad extranjera podría ser reconocida en España.

La violencia de género ha sido también abordada desde la perspectiva del derecho de extranjería entre otros: Ortega Giménez (2008, pp. 699-712), Rueda Valdivia (2008, pp. 81-117), Toledo Larrea y Adam Muñoz (2016, pp.

⁶ BOE número 128, 29/05/1969.

⁷ El Convenio de Estambul contiene referencias directas del matrimonio forzoso, una de ellas a sus consecuencias civiles, y las otras dos a la tipificación y protección de las víctimas (artículos 32, 37 y 59).

⁸ Del artículo 51.1 del Código civil se deduce que se celebra matrimonio ante autoridades españolas si uno de los contrayentes tiene su domicilio en España.

⁹ DO L 343/10, de 29 de diciembre de 2010.

81-134), Azcárraga Monzonís (2023), donde no nos detendremos. Tampoco, en la consideración de la violencia de género como motivo de denegación de la restitución del menor (sobre violencia de género y sustracción ilícita de menores: Ruiz Sutil (2021/2022, pp. 349-363).

II. ¿Los foros de competencia judicial internacional del reglamento Bruselas II ter protegen de la violencia de género?

1. *La demandante en el litigio matrimonial es la víctima de violencia de género*

El Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (Bruselas II ter), contiene las normas que regulan la competencia judicial internacional de todos los Estados miembros (salvo Dinamarca)¹⁰ en materia de divorcio, nulidad y separación legal matrimonial, vinculante y directamente aplicable por los órganos jurisdiccionales españoles. Como establece el considerando 9, solo debe aplicarse a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de cuestiones tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias, en relación con los problemas de coordinación con otros instrumentos jurídicos en materia de derecho de familia (Castellanos Ruiz, 2021).

El artículo 3o. del Reglamento Bruselas II ter regula la competencia general, disponiendo de una serie de foros que funcionan de manera alternativa,¹¹

¹⁰ “De conformidad con los artículos 1o. y 2o. del Protocolo número 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y no queda vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación” (considerando 96).

¹¹ STJUE de 13 de octubre de 2016, *Mikotajczyk*, C-294/15, EU:C:2016:772, apartado 46: “este artículo prevé varios criterios para determinar la competencia, entre los cuales no establece ninguna jerarquía; todos los criterios objetivos enunciados en el citado artículo son alternativos (véase, en este sentido, la sentencia de Laszlo Hadadi (Hadady) vs. Csilla Marta Mesko, 2009, apartado 48)”.

de tal forma que cualquiera de ellos puede operar a elección del demandante. Así en los asuntos relativos al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges; el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí; la residencia habitual del demandado; en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges; la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión; o de la nacionalidad de ambos cónyuges.

Como vemos, el demandante en una crisis matrimonial puede elegir órgano jurisdiccional de Estado miembro dependiendo de la residencia habitual de ambos cónyuges o de uno de ellos (seis foros posibles) o de la nacionalidad de los dos. Así, aun cuando el artículo 3o., apartado 1, letra a), guiones primero a cuarto, del Reglamento se refiere expresamente a los criterios de residencia habitual de los cónyuges y de residencia habitual del demandado,¹² tanto el artículo 3o., apartado 1, letra a), quinto guión, como el artículo 3o., apartado 1, letra a), sexto guión, de dicho Reglamento permiten la aplicación de la norma de competencia del *forum actoris*.¹³

En caso de violencia de género, el problema se plantea si la mujer afectada quiere disolver su matrimonio¹⁴ y ha trasladado su residencia a un Estado miembro distinto al de la residencia habitual de los cónyuges.

¹² En relación con el concepto autónomo de residencia habitual la STJUE de 25 de noviembre de 2021, *IB*, C-289/20, apartados 41 y 42, el Tribunal de Justicia ya ha declarado, en el marco de la interpretación de las disposiciones del Reglamento 2201/2003, que, por una parte, del uso del adjetivo «habitual» puede inferirse cierta estabilidad o regularidad de la residencia y, por otra, el traslado por una persona de su residencia habitual a un Estado miembro refleja la voluntad de dicha persona de fijar en él, con la intención de conferirle un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses (véase, en este sentido, la sentencia *Barbara Mercredi vs. Richard Chaffe*, 2010, apartados 44 y 51).

¹³ C-289/20, *IB vs. FA*, 2021, apartado 33; C-294/15, *Edyta Mikołajczyk vs. Marie Louise Czarnecka y Stefan Czarnecki*, 2016, apartado 41.

¹⁴ El Reglamento solo se aplica a las materias civiles relativas al divorcio, la separación legal y

Entonces tendrá la posibilidad de presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales del último lugar de residencia habitual del matrimonio, siempre que el marido aún resida allí; si no podrá presentar la demanda¹⁵ ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su nueva residencia habitual: si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y es nacional del Estado miembro en cuestión.¹⁶ Deberá esperar a que se cumplan los plazos con el perjuicio que ello implica.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea,¹⁷ sobre los requisitos temporales que impone el *forum actoris* en el reglamento europeo, razona que el objetivo que se persigue con estas normas de competencia es garantizar un equilibrio entre, por una parte, “la movilidad de las personas dentro de la Unión Europea, en particular, protegiendo los derechos del cónyuge que, a raíz de una crisis conyugal, haya abandonado el Estado miembro de residencia común”; y, por otra parte, “la seguridad jurídica, en particular la del otro cónyuge, garantizando que exista un vínculo real entre el demandante y el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales ejercen la competencia para pronunciarse sobre el vínculo matrimonial en cuestión” (véanse, en este sentido, las sentencias C-294/15, *Edyta Mikołajczyk vs. Marie Louise Czarnecka, Stefan Czarnecki*, 2016, apartados 33, 49 y 50; C-289/20, *IB vs. FA*, 2021, apartados 35, 44 y 56). Sin embargo, no tiene en cuenta el aban-

la nulidad matrimonial (artículo 1.1 letra a), no a parejas de hecho, registradas o no.

¹⁵ A salvo de presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad común. Sin embargo, en supuestos internacionales es frecuente que los cónyuges sean de nacionalidad distinta o de nacionalidad que no sea la de un Estado miembro.

¹⁶ C-522/20, *OE vs. VY*, 2022, apartado 42, resuelve que “el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrado en el artículo 18 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la residencia habitual del demandante, tal como se regula en el artículo 3, apartado 1, letra a), sexto guión, del Reglamento número 2201/2003, esté supeditada a una duración mínima de la residencia del demandante, inmediatamente antes de la presentación de su demanda, seis meses más breve que la establecida en el artículo 3, apartado 1, letra a), quinto guión, de dicho Reglamento, por ser el interesado nacional de aquel Estado miembro”.

¹⁷ La STJUE de 10 de febrero de 2022, *OE*, C-522/20, apartado 29.

dono del domicilio conyugal de la esposa que sufre violencia de género y que no puede esperar para disolver el vínculo matrimonial.

No obstante, el Tribunal de Justicia,¹⁸ mantiene que un demandante, nacional de dicho Estado miembro, que, debido a una crisis conyugal, abandona la residencia habitual común de la pareja y decide regresar a su país de origen (lo que puede ser frecuente en caso de violencia de género), no se encuentra, en principio, en una situación comparable a la de un demandante que no es nacional de dicho Estado miembro y que a raíz de tal crisis se traslada a él.

Sí es posible, apreciar el vínculo que une a este cónyuge con el Estado miembro de que se trate, por el hecho mismo de ser nacional de dicho Estado miembro y de mantener necesariamente con él vínculos institucionales y jurídicos, así como, por regla general, vínculos culturales, lingüísticos, sociales, familiares o patrimoniales. Por consiguiente, un vínculo tal puede ya contribuir a determinar el vínculo real que debe existir entre el demandante y el Estado miembro cuyos tribunales ejercen la referida competencia. Si no fuera nacional, el vínculo se demuestra con la exigencia de un período de residencia suficientemente largo, esto es, de un año como mínimo, del demandante en el territorio de dicho Estado miembro, inmediatamente antes de la presentación de su demanda.

Por otra parte, la esposa víctima de violencia de género pueda acudir para disolver su matrimonio a otros foros que no sean los regulados en el artículo 3o. del Reglamento Bruselas II ter, pues hay que tener en cuenta el carácter residual de las normas de competencia judicial internacional estatales,¹⁹ tal y como dispone el artículo 6o. Así, si conforme a los foros²⁰

¹⁸ *Ibidem*, apartados 30, 31 y 33.

¹⁹ El artículo 22 *quater* de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1o. de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 174, 22/07/2015), en la letra c, regula los mismos foros que el artículo 3o. del Reglamento Bruselas II ter. Solo podrían aplicarse los foros de sumisión expresa o tácita regulados en el artículo 22 *bis*, para que los tribunales españoles sean competentes, pero difícil será en caso de violencia de género. También podrían asumir la competencia por el foro de necesidad regulado en el artículo 22 *octies*, en el párrafo 3.

²⁰ Además de los foros del artículo 3o., hay que añadir, en su caso, el foro reconvenional (ar-

del Reglamento no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado. Sin embargo, un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud del artículo 3o. (o de los artículos 4o. (demanda reconvenicional) y 5o. (conversión de separación en divorcio)) del Reglamento²¹ (cuestión polémica que han analizado Quiñones Escámez, 2008, pp. 457-482; Rodríguez Pineau, 2004, pp. 261-286, y la doctrina aplicable al vigente Reglamento 2019/1111).

2. El demandante en el litigio matrimonial es el marido que no es víctima de violencia de género

Si es el marido el que presenta la demanda de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial, tendrá todas las posibilidades que le ofrece el artículo 3o. del Reglamento Bruselas II ter, en perjuicio de la cónyuge que ha sufrido la violencia de género: pues depende del órgano jurisdiccional del Estado miembro competente, la ley aplicable a la disolución del matrimonio puede ser en su interés y no en el del otro cónyuge (posibilidad del *forum shopping*, como sostiene Sánchez Jiménez, 2013, pp. 42 y 43).

Así, si es el competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro participante en el Reglamento 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III),²² la ley aplica-

tículo 4o.) y el foro que hace competentes a los mismos órganos jurisdiccionales en materia de divorcio que los que hubiesen conocido de la separación legal (artículo 5o.).

²¹ Asunto C-501/20, MPA *vs.* LCDNMT, 2022, apartado 96: “la circunstancia de que el demandado en el litigio principal sea nacional de un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda impide la aplicación de la cláusula de competencia residual de dicho artículo 7 para fundamentar la competencia del referido órgano jurisdiccional, sin obstáculo, sin embargo, para que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que es nacional sean competentes para conocer de tal pretensión con arreglo a las reglas nacionales sobre competencia de ese mismo Estado miembro”.

²² Conforme al considerando 6 son Estados participantes en la cooperación reforzada: Bél-

ble en defecto de elección (artículo 5o.) viene determinada por el artículo 8o. En su defecto, la ley aplicable dependerá de las normas de conflicto nacionales del Estado no participante o tercero cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto.

Veremos en qué beneficia a la víctima de violencia de género la aplicación de la ley determinada por las normas de conflicto del Reglamento Roma III para regular la disolución del vínculo matrimonial (solo por divorcio o separación judicial, no por nulidad).²³

Antes, nos ocupamos de la solución en el derecho internacional privado para los matrimonios forzosos que se pretenden celebrar en España, manifestación de la violencia de género. Para evitar la aplicación de leyes de países que permiten la celebración de matrimonios sin consentimiento matrimonial o matrimonios con coacciones.

III. Las soluciones de ley aplicable contra la violencia de género

1. *Los matrimonios forzosos*

La Declaración Universal De Los Derechos Humanos (artículo 16.1) y la Convención de Nueva York de 1962 (artículo 1o.) disponen que, uno de los requisitos de fondo para contraer matrimonio es que el consentimiento conyugal se preste libre y plenamente. Si el matrimonio se celebra ante las autoridades españolas y alguno de los futuros cónyuges tiene nacionalidad extranjera, la cuestión que se plantea en derecho internacional privado, es la de la ley aplicable al fondo del asunto, al consentimiento y a la capacidad para contraer matrimonio (Cebrián Salvat, 2017, pp. 5-7 y Sánchez-Mora-

gica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia. Posteriormente se han incorporado Lituania y Estonia.

²³ En el supuesto de competencia judicial internacional de los tribunales españoles para la ley aplicable a la nulidad se está a lo dispuesto en el Código Civil, artículo 107.1: “La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración”.

leda, 2019, pp. 3-5). En defecto de instrumento supraestatal, y de norma específica, el artículo 9.1 del Código Civil español determina como aplicable la ley nacional de cada persona (sobre la mejor aplicación de la *lex autoritatis*: Arenas García, 2004, pp. 215-219 y Orejudo Prieto De Los Mozos, 2002, pp. 178-188). Si alguna de estas leyes permitiese un matrimonio sin tener en cuenta el consentimiento libre y pleno de alguna de las partes, o viciado por coacciones a la mujer: ¿podría ser un matrimonio válidamente celebrado ante autoridades españolas? En el derecho islámico clásico se preveía la posibilidad de que el padre pudiera forzar a su hija a contraer matrimonio sin su consentimiento o, incluso, con su clara oposición especialmente si se trataba de hijas vírgenes. Si bien dicha posibilidad ha sido eliminada de las legislaciones de países como Marruecos, Argelia o Túnez (Motilla De La Calle, 2018, pp. 104-105), en otros países, como Mauritania, es posible casar a un menor de edad que no esté en pleno uso de sus facultades mentales sin su consentimiento (Cebrián Salvat, 2017, p. 19).

Estaríamos ante un caso de matrimonio forzoso, donde no existe consentimiento matrimonial libre, o pleno, o consentimiento viciado por coacciones a la mujer, como una violación de las normas de los derechos humanos reconocidas internacionalmente, lo que implica violencia de género. La doctrina ha definido el matrimonio forzoso como manifestación de la violencia de género (Abad Arenas, 2014, p. 7; Chéliz Inglés, 2015, p. 3; Rojo Álvarez-Manzaneda, 2018, p. 136; Alemany Jordán, 2022, pp. 237-245; López-Veraza Pérez, 2022, p. 2) “la venta de mujeres y niñas para convertirse en esposas sigue siendo una práctica extendida en distintas partes del mundo pero que no deja de ser en realidad una manifestación más de la violencia estructural de género aún existente en numerosas sociedades y culturas y que abocan a las menores a situaciones de esclavitud o análogas a la esclavitud” y la jurisprudencia”.²⁴

²⁴ Sentencia del TS núm. 602/2015, de 13 octubre (RJ 2015\5025), en el Fundamento de Derecho quinto: “En la Sentencia 751/2016, de 11 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Fundamento de Derecho primero, dice: “el derecho a contraer matrimonio libremente es un derecho subjetivo de toda persona, español o extranjero[...] Este derecho se vulnera si el matrimonio se celebra sin pleno consentimiento, lo que viene referido, fundamentalmente, a los matrimonios forzados, en los que uno o ambos contrayentes no gozan de libertad real para casarse”.

El artículo 45 del Código Civil español establece que, “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”. Es en el momento de tramitación del expediente matrimonial cuando las autoridades españolas comprueban la veracidad del consentimiento matrimonial, aunque “la mera tramitación del referido expediente no puede servir como mecanismo efectivo de lucha contra una de las formas de violencia contra la mujer especialmente perseguida en el ámbito internacional, el matrimonio forzoso” (Vaquero López, 2018, p. 444). A *posteriori*, la solución es la inexistencia de ese matrimonio, pues el artículo 73 del Código civil dispone que: “Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: “1° El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”; y, “5° El contraído por coacción o miedo grave”.

¿Y cuáles son las soluciones que nos ofrece el derecho internacional y el derecho internacional privado español? (Esta pregunta se plantea teniendo en cuenta que las noticias periodísticas sobre matrimonios forzados en España demuestran que esta práctica está relacionada con el factor extranjería, más concretamente, de personas procedentes de países asiáticos y africanos, como sostienen Trapero Barreales (2017, p. 4) y Elvira Benayas (2010, p. 708).

El Convenio de Estambul en el artículo 32, respecto a las medidas civiles, dispone que “los Estados partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que los matrimonios contraídos recurriendo a la fuerza puedan ser anulables, anulados o disueltos sin que esto suponga para la víctima cargas económicas o administrativas excesivas” (García Sedano, 2017, p. 3) “la lucha efectiva contra los matrimonios forzados en el ámbito civil exige una actuación de las autoridades públicas comprometida con el respeto de la igualdad y la dignidad de la mujer”. Especialmente el artículo 37 lleva por título “matrimonios forzados”, estableciendo que los “Estados partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio”.²⁵ La última referencia al matrimonio forzoso la en-

²⁵ En el caso de España, la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que modifica la Ley 31/1995 del 11 de diciembre de 1995 (BOE núm. 77, 31/03/2015) introduce la tipificación del matrimonio forzoso dentro del Código Penal español. Se añade un artículo 172 bis, con el siguiente contenido: “1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la

contramos en el artículo 59.4, sobre las medidas que deben tomar los Estados partes, “para que las víctimas de matrimonios forzados llevadas a otro país a fines de celebración de dichos matrimonios, y que pierdan, en consecuencia, su estatuto de residentes en el país en que residan habitualmente, puedan recuperar este estatuto” (Beltrán Granell y Grzyb, 2016, p. 66) “el derecho penal en general no es el instrumento más idóneo para intervenir en el ámbito privado, particularmente cuando la sanción penal no es acompañada por otros tipos de medidas”.

En la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2009, sobre eliminación de la violencia contra la mujer, se insta a los Estados miembros a combatir toda forma de violencia contra la mujer, así como emprender acciones destinadas a combatirla, entre las que se encuentran las acciones de prevención, y aquellas que garanticen el derecho de asistencia y ayuda a las víctimas. La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011,²⁶ relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, incluye el matrimonio forzado entre las conductas que pueden dar lugar a una explotación de personas, en el preámbulo, pero no en la parte dispositiva.²⁷ No obstante, el Consejo comprometió el 7 de mayo de 2024 la primera Directiva de la UE sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que exige

coacción o de los medios empleados” La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE núm. 215, 07/09/2022), añade un apartado 4 a este artículo: “En las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos”.

²⁶ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DOUE, 15/04/2011). La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE, 03/10/2003), determina que: “con objeto de garantizar un mayor grado e integración y evitar los matrimonios forzados, los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda los 21 años, antes del que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante” (artículo 4.5).

²⁷ El Consejo de Ministros aprobó el 29 de noviembre de 2022 el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos. La nueva ley ayudaría a las víctimas de distinto tipo de trata de seres humanos, desde explotación sexual y trabajos forzados hasta la venta ilegal de órganos, y los matrimonios forzados.

que todos los países de la UE tipifiquen como delito la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado.

En derecho internacional privado español, como correctivo a la ley determinada en la norma de conflicto (Código Civil, artículo 9.1), la solución es la activación de la excepción de orden público internacional.

En el supuesto de matrimonios que se intenten celebrar en España, si la ley aplicable al consentimiento matrimonial es una ley extranjera que admite los matrimonios forzosos, esta ley no sería aplicable. Como dispone el artículo 12.3 del Código Civil español, también en defecto de norma supraestatal: “en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. La ley extranjera es contraria al orden público español en el supuesto de que aquella permitiese el matrimonio sin consentimiento libre y pleno.

Es decir, no se aplica por las autoridades españolas la ley extranjera, contraria al orden público del foro, cuando existe “una manifiesta contradicción” entre los resultados de aplicar ese ordenamiento extranjero a una situación jurídica internacional concreta, y los principios y valores esenciales que inspiran el ordenamiento jurídico español. Por ello, el orden público debe ser interpretado restrictivamente.²⁸ Además, y como se deduce del mismo texto literal del artículo 12.3 del Código Civil, solo no se aplicará la ley extranjera cuando “resulte” contraria al orden público, en un caso concreto y no en abstracto (Aznar Domingo y Valenzuela Martín, 2018, p. 16; Abarca Junco, 2008, p. 209; Álvarez González, 2016, p. 3; Calvo Caravaca, 2012, p. 17 y 18). Esto tiene dos consecuencias:

La primera, que no intervendrá el orden público para descartar como aplicable una ley extranjera, cuando basándose en valores esenciales distintos a los que vinculan a los órganos jurisdiccionales españoles, la aplicación de la misma conduzca a resultados similares a los de la aplicación de la ley del foro. Por ejemplo, como veremos, en la disolución del matrimonio por repudio según el derecho musulmán, si la esposa manifiesta su acuerdo, el resultado es similar al que conlleva la disolución del matrimonio por divorcio aplicando las normas civiles españolas.

²⁸ *Vid.* Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado (RDGRN) de 30 de septiembre de 2008 (JUR/ 2009/ 443067), RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ /2010/ 2373); y la SAP de Baleares de 27 de julio de 2009 (JUR /2009/ 407772).

La segunda, por el contrario, que sí se aplicarán aquellas disposiciones extranjeras cuya aplicación, en España, no resulte contraria a los principios fundamentales del ordenamiento español. Así, Vaquero López, 2018, p. 444 sostiene: “para evitar los efectos perversos de una aplicación *tout court* de nuestro orden público, las autoridades judiciales y extrajudiciales deberán actuar libres de estereotipos (culturales), limitando su intervención a aquellos casos en los que resulte absolutamente imprescindible para garantizar una protección material e individual de los derechos fundamentales de la mujer”, (en el mismo sentido: Magallón Elósegui (2019, pp. 839 y 840).

Ahora bien, en el supuesto de que la ley extranjera, en el caso concreto, no se pueda aplicar por ser manifiestamente contraria al orden público del foro, el artículo 12.3 del Código Civil no da solución. La aplicación de la ley del foro, de la autoridad ante la que se pretende celebrar el matrimonio forzoso (la ley sustantiva española), se ajustaría mejor a la defensa de los valores esenciales e intereses públicos del Estado. Cuenta con el apoyo de la jurisprudencia²⁹ y la doctrina (Guzmán Zapater, 2017, pp. 94 y 95; Aguilar Benítez de Lugo, 2000, pp. 436-437 y Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2019, p. 355), esta solución: “es la solución conocida como sistema latino, la *lex fori* presenta una competencia general y residual para regular todo supuesto de Derecho privado, es la solución más sencilla y la única posible, es una solución básica basada en el principio de proximidad: si los vínculos del caso con el país de los tribunales que conocen el asunto justifican la no aplicación de la ley extranjera, esos mismos vínculos justifican la aplicación de la *lex fori*”.

2. Las leyes aplicables al divorcio en el Reglamento Roma III y protección de la víctima de violencia de género

Si la víctima de violencia de género es la demandante en un proceso de disolución del vínculo matrimonial, puede elegir los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro dentro del amplio abanico de foros que le ofrece

²⁹ La Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 julio 2005 (JUR/ 2005/184678): “cuando la ley extranjera incurre en tales vulneraciones dicha ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles que en su lugar han de aplicar la ley española, como *lex fori*”.

el artículo 3o. del Reglamento 2019/1111, como vimos. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes que participan en la cooperación reforzada del Reglamento Roma III aplican normas de conflicto uniformes a la separación judicial y al divorcio, que determina la ley más vinculada a los cónyuges.

Las normas de conflicto del Reglamento Roma III, no van a perjudicar a la mujer víctima de violencia de género pues son normas próximas que evitan que un cónyuge vea vulnerado sus derechos (Carrascosa González, 2021, p. 754): “Un reglamento elegante: *le mot juste*[...], el reglamento contribuye de manera evidente y firme a alcanzar resultados positivos para un espacio europeo de justicia”.

Así, como se verá a continuación, el Reglamento Roma III contiene normas de conflicto que determinan la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio atendiendo, en primer lugar, a la elección de las partes (artículo 5o.); en su defecto, la norma de conflicto regula la ley aplicable con puntos de conexión en cascada (artículo 8o.), para que siempre exista una ley aplicable al divorcio: “observando vínculos estrechos con los cónyuges e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses” (considerando 21; Campuzano Díaz, 2011, pp. 561-587; Orejudo Prieto De Los Mozos, 2012; Herranz Ballesteros, 2012, pp. 48 y 49).

Si la ley aplicable es una ley extranjera,³⁰ que no regule el divorcio o que lo conceda sin igualdad de condiciones para la mujer o cuando concurra cualquier motivo que atente contra los valores o principios esenciales del Estado de los órganos jurisdiccionales que conozcan del asunto, esa ley extranjera no se aplicará (cláusula especial y cláusula general de orden público de los artículos 10 y 12, y considerando 24).

³⁰ El Reglamento Roma III es un reglamento de aplicación universal (artículo 4o.), lo que implica que la ley designada puede ser la de cualquier país del mundo.

A. Las leyes aplicables conforme a las normas de conflicto del Reglamento Roma III establecidas en interés de la víctima de violencia de género

La autonomía de la voluntad conflictual, regulada en el artículo 5o. del Reglamento Roma III, permite a la mujer víctima de violencia de género elegir la ley aplicable y, además, con los límites de esta elección, tanto de fondo como de forma, se pretende proteger a la parte débil, para que la ley aplicable sea previsible y esté perfectamente informada de esta elección (considerando 18). Así, sobre esta libre elección limitada: Álvarez de Toledo Quintana, (2011, pp. 2-15), Viarengo (2011, pp. 601-624), Queirolo y Carpaneto (2012, pp. 59-86) y Diago Diago (2014, pp. 49-79).

De tal manera que, en primer lugar, las posibles leyes elegidas son próximas (artículo 5o.): la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio (acuerdo de elección de ley), o la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio, o la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio o, también, la ley del foro (la ley del Estado de los órganos jurisdiccionales que conozcan del divorcio o la separación judicial). Esta última posibilidad de elección beneficia a la mujer víctima de violencia de género si ha sido la demandante que ha instado el divorcio (o la separación legal) ante los órganos jurisdiccionales del Estado más ventajoso (dada las amplias alternativas que le ofrece el artículo 3o. del Reglamento 2019/1111).

En segundo lugar, en relación con la validez formal de este acuerdo, como establece el considerado 19 del Reglamento Roma III, es conveniente introducir ciertas salvaguardias para garantizar que los cónyuges sean conscientes de las consecuencias de su elección. Así, dispone el artículo 7o. del Reglamento Roma III que, como mínimo, el convenio respecto a la elección de la ley aplicable debe formularse por escrito, estar fechado y firmado por ambas partes; no obstante, es importante que se respeten los requisitos formales adicionales que pueda establecer la legislación del Estado miembro participante en el que uno o ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio (por ejemplo, en un Estado

miembro participante en el que el convenio se inserte en el contrato de matrimonio). Por otra parte, en relación con la validez de fondo (artículo 6 del Reglamento Roma III), cuando la ley elegida por los cónyuges no reconozca la pretensión de la mujer de anular su propio consentimiento, el artículo 6.2 permite a la esposa impugnar eficazmente en juicio la validez de ese consentimiento, cuando “en virtud de una presión psicológica (proveniente del marido o de su entorno social) haya sufrido alguna coacción o, simplemente, no haya accedido a una información suficiente respecto al contenido del Derecho elegido en igualdad de oportunidades respecto de su esposo” (Vaquero López, 2018, p. 453).

A falta de elección (o cuando la elección no es válida), el artículo 8o. del Reglamento Roma III establece “la ley aplicable en escala, disponiendo una ley en defecto de otra dependiendo de que concurren los criterios fijados en sus puntos de conexión sucesivos fundados en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate” (considerando 21), “para garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio o la separación antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses” (Carrascosa González, 2012, pp. 52-85). Por ello, el primer punto de conexión determina como aplicable la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda; en su defecto, la ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda; en su defecto, la ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda y, por último, la ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

Como vemos, la ley aplicable en defecto de elección y que va a regir el divorcio o separación de una mujer víctima de violencia de género, no le va a perjudicar, pues está determinada por puntos de conexión fijados de manera objetiva atendiendo a criterios de proximidad: residencia común, última residencia común (con límites), nacionalidad común, y, por último, si los criterios de los anteriores puntos de conexión no se cumplen se aplicará la ley del foro.

En este caso, si es la víctima de violencia de género la que ha interpuesto la demanda podrá presentarla ante el órgano jurisdiccional que más le beneficie conforme al artículo 3o. del Reglamento 2019/1111, que aplicará la ley de su Estado, salvo que concurran los anteriores criterios de conexión.

B. No aplicación del derecho extranjero en situaciones excepcionales: atención a la víctima de violencia de género

La ley determinada por las normas de conflicto del Reglamento Roma III, puede ser una ley material extranjera (artículo 4o.).

Como consecuencia, esta ley extranjera puede ir en contra de la víctima de violencia de género y el Reglamento Roma III nos da la solución, regulando, en primer término, una cláusula especial en el artículo 10. Es la cláusula de igualdad de acceso, que se activa cuando la ley material extranjera no permite a uno de los cónyuges, por motivo de sexo, acceder a la disolución del matrimonio en iguales condiciones que el otro cónyuge (Ortiz Vidal, 2014, p. 235).

Así, como disposición especial, el artículo 10 (como indica Moreno Cordero, 2021: “cláusula italiana”) establece que, cuando la ley determinada por elección, o determinada en defecto de elección, sea una ley extranjera que no contemple el divorcio o no lo conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación legal o judicial, esta no se aplicará, sino que será aplicada la ley del foro: la ley material de los órganos jurisdiccionales que conocen del divorcio o la separación.

Esta cláusula específica hay que distinguirla de la excepción general de orden público del artículo 12 del Reglamento Roma III (Moreno Cordero, 2021: “cláusula española”), que dispone que no se aplica la ley material extranjera si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro; es decir, conforme al considerando 25: “En circunstancias excepcionales, es conveniente que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes puedan, por consideraciones de interés público, descartar una disposición de la ley extranjera si su aplicación a un caso concreto es manifiestamente contraria al orden público del foro”.

La cláusula general de orden público del foro (artículo 12) se activa contra la aplicación del derecho extranjero, frente al resultado que provoca

la aplicación de esa ley material extranjera que daña la organización moral y económica de la sociedad cuyos tribunales conocen del asunto (Prieto, 2011, p. 97: “orden público de protección” y Cervilla Garzón, 2018, p. 150) “por ejemplo, si la ley aplicable discrimina a un cónyuge por razón de religión, creencia, ideología, etnia, origen social, pertenencia a una organización social concreta”. Por el contrario, la cláusula especial de igualdad de acceso (artículo 10), opera contra el contenido del derecho extranjero: el tenor literal de la ley sustantiva extranjera es lo que puede vulnerar la igualdad de acceso de los cónyuges, por razón de sexo, a la disolución de su vínculo matrimonial (Ortiz Vidal, 2014, p. 235).

En el supuesto de violencia de género, va en contra de la víctima que la ley material determinada para regular el divorcio o la separación judicial no los contemple³¹, o no permita a ésta acceder al divorcio o a la separación judicial por ser mujer, o que se lo permita en distintas condiciones, menos favorables, que al marido (como el repudio unilateral). Para proteger a la mujer víctima de violencia de género, es la cláusula especial del artículo 10 del Reglamento Roma III la que regula este supuesto y su solución: no se aplicará la ley material extranjera y se aplicará la ley del foro, la ley material de los órganos jurisdiccionales donde presentó la demanda. Con esta medida se asegura que no se aplique una ley extranjera que perjudica a la víctima de la violencia de género, y que el divorcio, o la separación, se regule por una ley que le permite acceder en condiciones de igualdad.

¿Cuándo una ley extranjera puede perjudicar a la mujer por no permitirle interrumpir su vínculo matrimonial en condiciones de igualdad? Se trataría, por ejemplo, de una ley extranjera que regulase el repudio unilateral en favor del marido, al respecto, señala Nieto Cruz: “El repudio es la facultad que ostenta el marido musulmán de disolver el vínculo matrimonial sin necesidad de alegar justa causa. Se trata de una facultad natural del hombre que éste siempre ostenta, mientras que la mujer sólo podría adquirirla si pactara la inclusión de esta potestad en el contrato matrimonial” (2020, p. 312. La doctrina, no obstante, sostiene que el artículo 10 del Reglamento

³¹ C-249/19, JE vs. KF, 2020, el TJUE sostiene que el artículo 10 constituye una excepción a los artículos 5 y 8 y, como tal, debe ser objeto de una interpretación estricta o restrictiva, solo debe activarse cuando la ley aplicable “no contemple el divorcio”.

Roma III no contempla no aplicar la ley sustantiva extranjera para el caso de que uno de los cónyuges pueda instar la disolución de su vínculo matrimonial en condiciones más duras y estrictas que las que resultan aplicables para la misma situación al otro cónyuge, así, Calvo Caravaca y Carrascosa González (2014/2015, p. 271) y Ortiz Vidal (2014, p. 236), que hace una salvedad: “el tribunal competente para conocer del asunto tendrá que valorar si el resultado que produce el caso concreto es contrario al orden público internacional del foro”. En este último caso, podría activarse la excepción general del orden público internacional (artículo 12).

Para aplicar la cláusula espacial del artículo 10, se deberá atender al contenido concreto de la ley extranjera, y si esta no contempla el divorcio, o la separación, en contra de la mujer, o no le permite acceder a la disolución del vínculo en igualdad de condiciones que el otro cónyuge, entonces, podría considerarse una manifestación de la violencia de género, y activando el artículo 10 Reglamento Roma III, para protegerla, no se aplicaría la ley extranjera, sino la ley del foro, la ley sustantiva de un Estado miembro (cuyos ordenamientos regulan el acceso a la disolución del vínculo en condiciones de igualdad).

IV. No eficacia en España de situaciones constituidas en el extranjero que son manifestaciones de la violencia de género

El Reglamento (UE) 606/2013 de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil,³² es aplicable al reconocimiento de medidas civiles de protección a la víctima de violencia de género entre los Estados miembros. Este reglamento establece disposiciones que permitan garantizar, de manera rápida y sencilla, el reconocimiento y, en su caso, la ejecución en otro Estado miembro de medidas de protección dictadas en un Estado miembro que son indispensables para garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un Estado miembro se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona viaje o se des-

³² DOL 181, 12/06/2013. En aplicación desde el 11 de enero de 2015.

place. La confianza mutua en la administración de la justicia en la Unión y el objetivo de garantizar una circulación más rápida y menos costosa de las medidas de protección en la Unión Europea justifican el principio según el cual las medidas de protección dictadas en un Estado miembro se reconozcan en todos los demás Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial. Sin embargo, como dice su considerando 6, “si bien el Reglamento debe aplicarse a las medidas de protección dictadas con el objeto de proteger a una persona cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro, es importante subrayar que el presente Reglamento se aplica a todas las víctimas, con independencia de que se trate o no de víctimas de la violencia de género”.

Por ello, nos vamos a centrar, para concluir este estudio de la violencia de género desde la perspectiva del derecho internacional privado español, en si un matrimonio forzoso celebrado en el extranjero podría ser inscrito en el Registro Civil español o si una decisión de repudio unilateral por parte del marido dictada por autoridad extranjera podría ser reconocida en España.

En relación con la inscripción en el Registro Civil del matrimonio celebrado en el extranjero sus condiciones las encontramos en la Ley 20/2011 del Registro Civil [LRC].³³ Así, dispone el artículo 59.2 LRC: “El matrimonio celebrado ante autoridad extranjera accederá al Registro Civil español mediante la inscripción de la certificación correspondiente, siempre que tenga eficacia con arreglo a lo previsto en la presente Ley.” El artículo 59. 2 LRC remite al artículo 98 LRC, dentro de las normas de derecho internacional privado, donde se regulan los requisitos de la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros para la inscripción en el Registro Civil español, entre los que se encuentran: que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado; que el registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española; que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de derecho in-

³³ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, 22/07/2011) en vigor desde el 30 de abril de 2021.

ternacional privado; que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

De tal forma que, los matrimonios forzosos no podrían ser inscritos en el Registro Civil español, pues su celebración no sería válida conforme a las normas de derecho internacional privado: la ley nacional aplicable al fondo del matrimonio (Código civil, artículo 9.1) sería una ley extranjera que habría permitido su celebración sin consentimiento matrimonial. Como dijimos, el matrimonio sin consentimiento no existe (Código civil, artículo 73). Por tanto, el resultado de la aplicación de la ley extranjera al caso concreto sería contraria el orden público internacional (Código Civil, artículo 12.3), incumpliendo otra de las condiciones del artículo 98 de la Ley del Registro Civil. En consecuencia, el matrimonio forzoso no se inscribiría en el Registro civil español, protegiendo a la cónyuge que se ha visto forzada a celebrar el matrimonio en el extranjero, como instrumento contra la violencia de género.

En este apartado, también nos vamos a ocupar brevemente de si una decisión de repudio unilateral (manifestación de la violencia de género), dictada por autoridad extranjera puede ser reconocida en España. Si la resolución de disolución matrimonial ha sido dictada por una autoridad europea, aplicamos el Reglamento europeo 2019/1111, que regula el reconocimiento automático de las resoluciones en materia de divorcio o separación legal entre los Estados miembros, que no admitirían el repudio unilateral en contra de la mujer, y, en el supuesto de que lo contemplase la ley extranjera, se activaría la cláusula especial del artículo 10 del Reglamento Roma III, aplicándose la ley del foro, como vimos.

Para el reconocimiento o no por los órganos jurisdiccionales españoles de una decisión extranjera de repudio emitida por la autoridad de un Estado no miembro de la Unión Europea, el instrumento jurídico es supraestatal o estatal, dependiendo si existe tratado internacional entre el Estado español y el Estado de la autoridad que haya dictado la decisión de repudio unilateral.

En los convenios de cooperación o asistencia judicial firmados entre el Estado español y los Estados islámicos,³⁴ en la cuestión de reconocimien-

³⁴ Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997; Convenio sobre asistencia judicial en materia civil y

to en materia civil, sus normas regulan, de manera general, como uno de los motivos de denegación: “que la resolución no contenga disposición contraria al orden público del Estado que solicite el reconocimiento” (Convenio entre España y Marruecos, artículo 23.4; Convenio entre España y Túnez, artículo 17, párrafo d); Convenio entre España y Argelia, artículo 16.1, párrafo f); Convenio entre España y Mauritania, artículo 16.1, párrafo f). De ahí que, en los supuestos de ordenamientos islámicos que permiten el repudio unilateral, no se reconocería en España por vulneración del orden público.

En defecto de instrumento supraestatal, aplicamos la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil.³⁵ Esta Ley de Derecho Internacional Privado español, regula en el título V, los mecanismos de reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras cuando no se impongan las normas de derecho europeo o los tratados internacionales. El mecanismo de reconocimiento es automático, sin necesidad de iniciar un procedimiento de exequátur (artículo 44.1: “Se reconocerán en España las resoluciones extranjeras que cumplan con los requisitos previstos en las disposiciones de este título”); no obstante, el procedimiento de exequátur se podrá utilizar para declarar que una resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento en España por incurrir en alguna de las causas de denegación previstas en el artículo 46 (artículo 42.2).

En este artículo 46 es donde se establecen las causas de denegación del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras y las transacciones judiciales extranjeras, y dispone que: “Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) cuando fueran contrarias al orden público”. En el supuesto de resolución de autoridad extranjera de repudio unilateral, si se insta su reconocimiento ante los órganos jurisdiccionales españoles, estos denegarían su reconocimiento porque concurre la causa de denegación del orden público material; es decir, *a contrario sensu*, si se reconociese esa resolución de repudio unilateral se vulneraría los principios y valores esenciales

mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales entre España y Túnez, de 24 de septiembre de 2001; Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y España, de 24 de septiembre de 2005; Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre España y la República Islámica de Mauritania, de 12 de septiembre de 2006.

³⁵ BOE núm. 182, 31/07/2015.

del ordenamiento español, donde se incluye el principio de igualdad y no discriminación entre cónyuges (Constitución española [CE], artículo 14, como en los convenios y pactos de derechos humanos).³⁶

La resolución extranjera de repudio unilateral si no se reconoce por la autoridad española permite proteger a la mujer frente a la disolución del vínculo matrimonial no consentido o realizado con intimidación, violencia o dolo. En consecuencia, el no reconocimiento de la resolución de repudio unilateral puede también convertirse en un instrumento de derecho internacional privado contra la violencia de género. Ahora bien, “sería posible otorgar validez al repudio siempre y cuando se demostrase que la mujer musulmana ha podido participar y defenderse en el procedimiento llevado a cabo en el país extranjero, o si ésta consiente en el divorcio, ya que implicaría que no se han vulnerado sus derechos de defensa. En este sentido, se ha entendido como un indicio favorable de que el repudio se ha ejercido con el consentimiento de la esposa y que, por tanto, le resulta favorable cuando es ésta la que solicita el exequátur” (Nieto Cruz, 2020, p. 314; Quiñones Escámez, 2000, p. 190; Fernández-Coronado González, 2009, p. 148; Cervilla Garzón, 2018, p. 154).

V. Conclusión

Unas breves conclusiones sobre si el derecho internacional privado español protege a la mujer víctima de violencia de género en situaciones transfronterizas.

En primer lugar, en relación con la competencia judicial internacional, y dado que el problema de que las autoridades españolas puedan celebrar matrimonio forzoso se resuelve con la activación del orden público, nos hemos centrado en la cuestión de qué autoridades son las competentes para conocer de la separación judicial, el divorcio o la nulidad matrimonial. En este caso, la esposa víctima de violencia de género puede presentar la deman-

³⁶ En el artículo 23.4 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16/12/1966); y en los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO 364, 18/12/2000).

da ante distintos tribunales de Estados miembros conforme al artículo 3o. del Reglamento Bruselas II ter. Lo único que se objeta es que, si se traslada a residencia distinta a la conyugal, solo podrá instar la demanda cuando haya transcurrido un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, salvo que sea nacional de ese Estado que se reduce a seis meses.

En segundo lugar, en relación con el derecho aplicable hemos distinguido dos situaciones. En el supuesto que se obligue a la mujer extranjera a celebrar matrimonio en España (matrimonio forzoso), cuando su ley personal admite los matrimonios sin consentimiento (Código Civil español [CC], artículo 9.1), la solución es la activación del orden público internacional (CC, artículo 12.3) y, por tanto, no se aplicará el derecho extranjero en lo que resulte contrario al derecho español y el matrimonio forzoso no se celebra en España. En el caso de que sean competentes los órganos jurisdiccionales españoles por alguno de los foros del Reglamento Bruselas II ter, en separación judicial y divorcio el derecho aplicable determinado en los artículo 5o. y 8o. en el Reglamento europeo Roma III, beneficia a la víctima de violencia de género, pues, garantiza la seguridad jurídica y la previsibilidad e impide situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio o la separación antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses y perjudicial para el otro. Por otro lado, si la ley aplicable es un derecho extranjero que no permite el divorcio o no lo regula en condiciones de igualdad se puede activar tanto la cláusula especial del artículo 10 del Reglamento Roma III o la general del artículo 12, si el resultado se produce en el caso concreto.

En último lugar, hemos abordado los problemas que se derivan del reconocimiento en España del matrimonio forzoso celebrado en el extranjero y de una decisión extranjera de repudio unilateral. En los dos supuestos se denegaría este reconocimiento por, de nuevo, la activación del orden público internacional regulado como motivo de denegación tanto en el artículo 98 de la Ley del Registro Civil español, como en el artículo 46 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. Igualmente, en el supuesto de aplicación de convenios bilaterales suscritos entre España y países terceros el motivo de denegación del reconocimiento del orden público internacional está presente, garantizando así la protección de la mujer víctima de violencia de género.

VI. Referencias

- Abad Arenas, E. (2014). Libertad matrimonial y matrimonios forzosos. *Diario La Ley*, 8288. <https://revistas.laley.es/content/Inicio.aspx>
- Abarca Junco, A. P. (2008). *Derecho internacional privado vol. I*. Colex.
- Aguilar Benítez y De Lugo, M. (2000). Ius nubendi y orden público matrimonial. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, (1862), 425-447.
- Alemaný Jordán, M. (2022). *La violencia contra las mujeres en los desastres, pandemias y otras emergencias humanitarias*. Tirant lo Blanch.
- Álvarez de Toledo Quintana, L. (2011). El pacto de elección de lex separationis y lex divorcii en el Reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010. *Diario La Ley*, (7613), 1-7. <https://revistas.laley.es/content/Inicio.aspx>
- Álvarez González, S. (2016). Sobre la discriminación sucesoria por razón de sexo en el Derecho iraní y el orden público español (Comentario a la Resolución de la DGRN de 20 de julio de 2016). *Revista Bitácora Millennium DIPr Derecho Internacional Privado*, (4). <https://www.millenniumdipr.com/bitacora>
- Arenas García, R. (2004). *Crisis matrimoniales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el derecho internacional privado español*. Universidad de Santiago de Compostela.
- Azcárraga Monzonís, C. (2023). La mujer extranjera víctima de violencias. Un estudio sobre la evolución de la extranjería y la protección internacional en la última década. *REEI*, (46), 413-443. DOI: 10.36151/rei.46.14
- Aznar Domingo, A. y Valenzuela Martín, A. (2018). El matrimonio musulmán y su eficacia en España. *Actualidad Civil*, (7 y 8). <https://web.laley.es/revistas-laley/actualidad-civil>
- Beltrán Granell, S., y Grzyb, M. (2016). Las implicaciones jurídicas derivadas del matrimonio forzoso. Retos conceptuales y avances recientes en Europa. *Eliminar obstáculos para alcanzar la igualdad, Actas del Seminario Internacional contra la Violencia de Género 18 y 19 de noviembre de 2015*, (4), 62-69.
- Calvo Caravaca, A. L. (2012). El «Derecho internacional privado multicultural» y el revival de la ley personal. *Diario La Ley*, (7847). <https://revistas.laley.es/content/Inicio.aspx>

- Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J. (2014/2015). *Derecho internacional privado* vol. II. Comares.
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2019). *Derecho internacional privado* vol. I (18a. ed.). Comares.
- Campuzano Díaz, B. (2011). El Reglamento (UE) número 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (39), 561-587. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas>
- Carrascosa González, J. (2012). La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4(1), 52-85. <https://erevistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1464/604>
- Carrascosa González, J. (2021). La ley aplicable al divorcio y la elegancia de la norma de conflicto. Apostillas a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 julio 2020. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), 741-754. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5986>
- Castellanos Ruiz, E. (2021). *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional. Reglamentos europeos 2201/2003-Reglamento 2019/1111 y 4/2009*. Tirant lo Blanch.
- Cebrián Salvat, M. A. (2017). Ley aplicable a la celebración del matrimonio en la Unión europea. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4). <https://www.raco.cat/index.php/InDret>
- Cebrián Salvat, M. A. (2017). Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación. *Revista electrónica de estudios internacionales REEI*, (34). DOI:10.17103/reei.34.02
- Cervilla Garzón, M. D. (2018), La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10(1) 144-163. <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4119>
- Chéliz Inglés, M. C. (2015). Los matrimonios forzados y el establecimiento de una edad mínima para la reagrupación familiar del cónyuge, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, (40), 15-32.

- Declaración proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, Resolución de 217 A (III).
- Diago Diago, P. (2014). El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual, *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), 49-79.
- Elvira Benayas, M. J. (2010). Matrimonios forzados. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, (10), 707-715.
- Espinosa Calabuig, R. (2019). La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado. *Freedom Security & Justice: European Legal Studies*, (3), 36-57. <https://doi.org/10.26321/R.ESPINOSA.CALABUIG.03.2019>
- Fernández-Coronado González, A. (2009). Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (85), 125-156.
- García Sedano, T. (2017). El Convenio de Estambul. Desafíos en su aplicación por el Reino de España. *Diario La Ley* (127). <https://revistas.laley.es/content/Inicio.aspx>
- Guzmán Zapater, M. (2017). Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado. *Revista Española de Derecho Internacional*, 69(2), 93-118
- Herranz Ballesteros, M. (2012). Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: el reglamento (UE) número 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, (22), 43-66.
- López-Veraza Pérez, C. (2022). Análisis crítico del matrimonio forzado en España, con referencia a la trata de seres humanos. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (66), 183-207.
- Magallón Elósegui, N. (2019). Reconocimiento y ejecución parcial de resoluciones judiciales extranjeras y orden público en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. Comentario al auto de la audiencia provincial de Guipúzcoa (sección 2a.) número 120/2018, de 9 de marzo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), 834-840. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4657>

- Moreno Cordero, G. (2021). Las diferencias materiales y su impacto en divorcios transfronterizos. Tensiones entre el orden público internacional estatal y el orden público europeo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 1047-1069. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6314>
- Moreno Sánchez-Moraleda, A. (2019). La ley aplicable a los requisitos legales de fondo y forma de un matrimonio celebrado en el extranjero. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia núm. 145/2018, de 15 de marzo (JUR 2018, 77624). *Revista Aranzadi Doctrinal*, (5). <http://www.aranzadi.es>
- Motilla De La Calle, A. (2018). *La eficacia en España del derecho de familia islámico: adaptación al derecho español de los códigos marroquí, argelino y tunecino*. Comares.
- Nieto Cruz, A. (2020). Discriminación de la mujer en el derecho de familia islámico y orden público. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), 286-318. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5190>
- Orejudo Prieto De Los Mozos, P. (2002). *La celebración del matrimonio y el reconocimiento de la validez del matrimonio en derecho internacional privado español*. Aranzadi.
- Orejudo Prieto De Los Mozos, P. (2012). La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España. *Diario la ley*, (7913). <https://revistas.laley.es/content/Inispx>
- Ortega Giménez, A. (2008). Mujer extranjera, violencia doméstica y violencia de género. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (4), 699-712.
- Ortiz Vidal, M. D. (2014). El Repudio en el código de familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6(2), 201-244.
- Prieto, F. (2011). The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) número 1259/2010 of 20 december 2010. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), 85-129.
- Queirolo, I. y Carpaneto, L. (2012). Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel Regolamento Roma III. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 48(1), 59-86.
- Quiñones Escámez, A. (2000). *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona. Fundación "la Caixa".

- Quiñones Escámez, A. (2008) ¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (30), 457-482.
- Rodríguez Pineau, E. (2004). Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España. *Anuario español de derecho internacional privado*, (4), 261-286.
- Rojo Álvarez-Manzaneda, M. L. (2018). El matrimonio forzado como forma de violencia de género. Planteamiento de las principales confesiones religiosas. En J. M. Gil Ruiz (ed.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antidisriminatorio* (pp.135-165). Dykinson.
- Rueda Valdivia, R. (2008). Mujer extranjera víctima de violencia de género y Derecho de extranjería. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (18), 81-117.
- Ruiz Sutil, C. (2021/2022). International removals in contexts of violence between european asylum law and the best interests of the child. The CJEU Case A. V. B., Of 2 august 2021. *Yearbook of Private International Law*, 23, 349-363.
- Sánchez Jiménez, M. Á. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (jurisdicción y ley aplicable)*. Aranzadi.
- Toledo Larrea, J. Á. y Adam Muñoz, M. D. (2016). La relevancia del derecho internacional privado en relación con las mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (41), 81-134.
- Trapero Barreales, M. A. (2017). La reforma de 2015 en el derecho penal de extranjeros: la tipificación del delito de matrimonio forzado (siguiendo el modelo de los países de la Unión Europea) ¿una nueva manifestación del uso simbólico del derecho penal. *Unión Europea Aranzadi*, (2), 135-145.
- Vaquero López, M. C. (2018). Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 10(1), 439-465. <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4129>
- Viarengo, I. (2011). Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (The EU Regulation on the Law Governing Legal Separation and Divorce and Party Autonomy). *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), 601-642.

Cómo citar

IJ-UNAM

Moreno Sánchez-Moraleda, Ana, “Las soluciones del derecho internacional privado español frente a la violencia de género”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 169, 2024, pp. 245-276. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18857>

APA

Moreno Sánchez-Moraleda, A. (2024). Las soluciones del derecho internacional privado español frente a la violencia de género. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(169), 245-276. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.18857>

Neuroderechos y transhumanismo: análisis sobre el acceso equitativo al aumento mental y la identidad personal¹

Neurorights and transhumanism: analysis on equal access to mental augmentation and personal identity

Diana Vanessa **Sánchez Salazar**

 <https://orcid.org/0000-0001-7396-3228>

Universidad Pontificia Bolivariana. Colombia

Correo electrónico: dianavanessa.sanchez@upb.edu.co

Jairo Esteban **Rivera Estrada**

 <https://orcid.org/0000-0002-0056-3386>

Universidad de Medellín. Colombia

Correo electrónico: jerivera@udemedellin.edu.co

Recepción: 29 de abril de 2024 | Aceptación: 8 de agosto de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.19102>

Resumen: Las neurotecnologías han avanzado significativamente en los últimos años, generando impactos notables en la vida humana. La neuroética ha liderado discusiones sobre los límites éticos en su uso, mientras que, en el ámbito legal, se ha reconocido la necesidad emergente de establecer neuroderechos para proteger a los seres humanos frente a los avances y posibles consecuencias negativas que pueden darse en su identidad personal. Se busca analizar los posibles rasgos transhumanistas presentes en los neuroderechos y su potencial contradicción con los principios de protección, especialmente en lo que respecta al acceso equitativo a mejoras cognitivas y su impacto en la identidad personal de los seres humanos. Se ejecutó una investigación cualitativa documental utilizando el método triangular de la bioética de Elio Sgreccia, y la hermenéutica filosófica desde la perspectiva crítica. Se examinaron textos relevantes en la materia, posteriormente analizados críticamente, identificando rasgos transhumanistas presentes en los neuroderechos. Los neuroderechos llegan a legitimar aspiraciones transhumanistas de mejora cognitiva, resultando en afectaciones significativas en la identidad personal. A partir de estos hallazgos, se proponen elementos para tener en cuenta en la elabo-

¹ Artículo original derivado del proyecto de investigación Transhumanismo y mejoramiento humano. Implicaciones sobre la justicia social y los derechos humanos, desarrollado dentro del Doctorado en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia). Grupo de investigación en ética y bioética (GIEB). Los autores no recibieron ningún patrocinio para llevar a cabo este estudio-artículo.

ración de normativas que verdaderamente propendan por la protección de las personas frente al aumento de las neurotecnologías.

Palabras clave: neuroderechos, transhumanismo, acceso equitativo, aumento mental, identidad personal.

Abstract: Neurotechnologies have advanced significantly in recent years, producing notable impacts on human life. Neuroethics has led discussions on the ethical boundaries in their use, while in the legal field, there has been recognition of the emerging need to establish neuro-rights to protect individuals against the advances and potential negative consequences they may have on personal identity. The goal is to analyze possible transhumanist traits present in neuro-rights and their potential contradiction with principles of protection, especially concerning equitable access to cognitive enhancements and their impact on the personal identity of human beings. A qualitative documentary research was conducted using the triangular method of bioethics by Elio Sgreccia, and philosophical hermeneutics from a critical perspective. Relevant texts in the field were examined and subsequently analyzed critically, identifying transhumanist traits present in neuro-rights. Neuro-rights tend to legitimize transhumanist aspirations for cognitive enhancement, resulting in significant effects on personal identity. Based on these findings, elements to consider in the drafting of regulations that truly aim to protect individuals against the development of neurotechnologies are proposed.

Keywords: neurorights, transhumanism, equal access, mental augmentation, personal identity.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Materiales y métodos.* III. *Surgimiento de los neuroderechos.* IV. *Análisis sobre los neuroderechos.* V. *Neuroderechos y transhumanismo.* VI. *Conclusiones.* VII. *Recomendaciones.* VIII. *Referencias.*

I. Introducción

La investigación en neurociencias ha venido desarrollándose vertiginosamente durante las últimas décadas, impulsada por avances tecnológicos que han permitido explorar el funcionamiento del cerebro con un nivel de detalle sin precedentes. Desde el descubrimiento de nuevas técnicas de imagen cerebral, hasta el desarrollo de modelos computacionales cada vez más sofisticados, los científicos han logrado desentrañar complejos mecanismos neuronales que subyacen a procesos cognitivos, emocionales y conductuales.

La primera intencionalidad del estudio del cerebro estuvo orientada al entendimiento de su función y sobre todo a entender mejor las enfermedades que lo

afectan. El gobierno de los Estados Unidos, al iniciar el apoyo hacia el proyecto BRAIN, presentaba como expectativa fundamental la búsqueda de soluciones a los problemas de la neurodegeneración y las enfermedades asociadas con la misma. (Estévez, 2021, p. 166)

Este progreso ha abierto nuevas perspectivas a la vez que plantea desafíos éticos y jurídicos sobre el uso responsable de estas tecnologías y su impacto en la sociedad. Asimismo, la colaboración interdisciplinaria entre neurocientíficos, informáticos, ingenieros y otros expertos ha generado innovaciones que van más allá del ámbito académico, cambiando nuestra manera de relacionarnos con la tecnología y explorando nuevas perspectivas en la comprensión de la mente humana.

Es así como, si tenemos en cuenta que la mente humana y el comportamiento se fundamentan en el cerebro y sus procesos mentales, no es raro identificar que, más allá del ámbito científico, el estudio de las neurociencias resulta de gran interés para otras disciplinas y ámbitos de estudio como lo es el derecho, con el cual se constituye una relación complementaria dado que, debido al avance en las neurotecnologías actuales, surgen preocupaciones de toda índole sobre las implicaciones sociales, bioéticas, jurídicas, etcétera, que dicho avance conlleva.

Esto llevó al surgimiento de un nuevo campo de reflexión bioética llamado neuroética, el cual busca establecer un marco ético que determine las pautas de lo que se puede y no hacer y, por supuesto, afrontar posibles formas de manipulación del cerebro humano. De este modo, la neuroética se enfoca en determinar lo que es éticamente aceptable, es decir, lo que está permitido, en relación con el tratamiento o la mejora de las capacidades cerebrales, además de analizar las distintas maneras de intervención y preocupante manipulación del cerebro humano.

Es en este escenario donde surgen iniciativas por establecer a los neuroderechos como aquellas garantías que protegerían a las personas de posibles amenazas y daños como resultado de los avances en neurotecnología y neurociencia. Los neuroderechos vienen a constituirse como un tema emergente en el derecho, toda vez que las neurotecnologías tienen un alto impacto en los derechos humanos tal como los conocemos y, al presuntamente no encontrar-

se regulación explícita frente a ello, se generan grandes interrogantes sobre la exigencia de una categoría nueva llamada neuroderechos humanos.

Este debate no sólo involucra a juristas y expertos en derecho, sino también a neurocientíficos, eticistas, filósofos y otros actores relevantes en la sociedad contemporánea. La complejidad de estos temas requiere un enfoque interdisciplinario que tome en cuenta tanto los avances tecnológicos como las implicaciones éticas y legales asociadas con su aplicación en el ámbito humano. Además, la evolución exponencial de las neurotecnologías plantea desafíos adicionales en términos de regulación y gobernanza, ya que las leyes existentes pueden ser insuficientes para abordar adecuadamente las cuestiones éticas y sociales que surgen en este campo.

En este contexto, la discusión sobre los neuroderechos se convierte en algo crucial para garantizar que los avances en neurociencia y neurotecnología sean desarrollados de una forma ética y responsable, en beneficio de la humanidad y respetando los derechos fundamentales de cada individuo.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, aun cuando la intención primaria que se vislumbra en el establecimiento de los neuroderechos es la protección de las personas en su mente y cerebro, estableciendo garantías que eviten la vulneración de aquellos, cabe la reflexión sobre si estos neuroderechos son suficientes para tal fin, o incluso si pueden llegar a favorecer pretensiones transhumanistas de mejoras, cognitivas en este caso; pues uno de los grandes objetivos transhumanistas es mejorar las capacidades humanas a través de la tecnociencia con el objetivo de trascender las limitaciones biológicas, mejorando al ser humano física, cognitiva e inclusive emocionalmente. Estos neuroderechos, bajo el argumento de proteger al ser humano del abuso de las neurotecnologías, podrían llegar a legitimar el mejoramiento humano por el que propende el transhumanismo.

Esta reflexión plantea cuestiones fundamentales de la protección de los derechos individuales y el impulso hacia la mejora humana a través de la tecnología. Es crucial considerar cómo se pueden equilibrar estos dos objetivos aparentemente contradictorios, garantizando al mismo tiempo el amparo de la autonomía y la dignidad humana, así como la posibilidad de desarrollar el potencial humano de manera ética y responsable. Además, esta discusión también nos lleva a examinar más de cerca el papel de la sociedad y los marcos legales en la regulación y control del uso de la tecnología en la mejora

humana. Es necesario un debate informado y amplio que involucre a todas las partes interesadas para abordar estos complejos problemas de manera justa y equitativa. En última instancia, se busca asegurar un futuro en el que la tecnología se utilice para el beneficio de toda la humanidad, sin comprometer los valores éticos, jurídicos y morales que nos definen como sociedad.

Teniendo en cuenta el contexto anteriormente expuesto, el presente artículo versará particularmente sobre los neuroderechos a la identidad personal, o a la continuidad psicológica (dependiendo del marco referencial que se adopte) y se explorará cómo la dificultad de garantizar estos derechos se anuda a las sospechas de pretensiones transhumanistas, particularmente en relación con el neuroderecho al acceso equitativo al aumento mental, tendiendo un marco de duda sobre si estos neuroderechos en verdad representan una barrera suficiente e idónea para proteger a la humanidad de los potenciales abusos derivados de las neuromejoras.

Los neuroderechos, centrados en la protección de la esfera mental y psicológica de los individuos, se erigen como una respuesta crucial a los avances en neurotecnología y neurociencia. Sin embargo, su efectividad y pertinencia se ven cuestionadas ante la complejidad inherente a la definición y garantía de la identidad mental y la continuidad psicológica en un contexto de cambios acelerados impulsados por la tecnología.

La noción de identidad mental abarca la integridad y coherencia de los procesos cognitivos, emocionales y volitivos que constituyen la esencia misma de un individuo. En un mundo donde las fronteras entre la mente humana y la máquina se desdibujan cada vez más, surge la interrogante sobre si los neuroderechos son suficientemente robustos para preservar esta identidad frente a las posibles manipulaciones y modificaciones neurotecnológicas.

La dificultad para garantizar los neuroderechos se agudiza al considerar las implicaciones filosóficas y éticas de las mejoras neurológicas y las aspiraciones transhumanistas; la búsqueda de la mejora y la optimización del rendimiento humano puede colisionar con la preservación de la autonomía, la dignidad, entre otros derechos de la persona. Es así como, en este sentido, los neuroderechos se enfrentan a un dilema fundamental: el de encontrar un equilibrio entre el avance tecnocientífico y la protección de los valores y derechos humanos. En última instancia, la reflexión sobre los neurodere-

chos nos conduce a cuestionarnos sobre el futuro de la humanidad en una era marcada por la convergencia, y casi fusión, entre la mente y la máquina.

II. Materiales y métodos

El presente trabajo se enmarcó en el paradigma propuesto por la Escuela de Frankfurt, especialmente por la primera generación de la teoría crítica; esta, con representantes como Max Horkheimer y Theodor Adorno, presenta un marco epistemológico desde el cual hacer una inmersión en la realidad inagotable que nos plantea el escenario tecnocientífico. Este paradigma va más allá de una mera postura descriptiva, tomando en consideración que los fenómenos deben analizarse e interpretarse a partir del contexto sociohistórico en el que se dan.

Como diseño de investigación se hizo utilización del método triangular de la bioética planteado por Elio Sgreccia en el *Manual de Bioética* (1996), el cual divide el proceso investigativo en tres momentos: en el primero realiza una consideración de los aspectos técnicos científicos; en un segundo momento se reflexiona, se discute y se indaga por las implicaciones que ese fenómeno, que esa realidad, pueden suponer para el ser humano y las futuras generaciones; en un último momento se busca ofrecer respuestas o determinadas soluciones al fenómeno en concreto que originó la duda o el vacío que se nos presenta.

Teniendo en cuenta lo anterior, el método utilizado para el recaudo y análisis de la información obtenida fue el de la revisión documental, aplicada al rastreo, disposición y comprensión de la información contenida en fuentes documentales especialmente relevantes al objeto estudiado. Se consultaron bases de datos académicas reconocidas como *Scopus*, *JStor* y *Google Scholar*, incluyendo artículos, estudios y libros escritos en inglés y en español; excluyendo artículos con información desactualizada no relevante para el objeto de estudio.

III. Surgimiento de los neuroderechos

Frente al avance y desarrollo de las neurociencias y neurotecnologías, se han planteado preocupaciones frente a las posibles amenazas y riesgos que pueden ocasionarse en la autonomía, dignidad, entre otros, derechos fundamentales de las personas con ocasión de su utilización.

Es así como surge por parte de investigadores en el campo de las neurociencias una propuesta para el establecimiento de neuroderechos que protejan al ser humano y establezcan unos límites éticos y jurídicos frente a los posibles excesos. Lo anterior, se fundamenta en el supuesto de que los derechos humanos, tal como están establecidos, no son suficientes y no hay instrumentos o declaraciones dotados de fuerza vinculante dentro del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) que traten específicamente sobre estos particulares avances tecnocientíficos.

La propuesta para el establecimiento de los neuroderechos es atribuida en primer lugar a los profesores Ienca y Andorno, quienes en su artículo de 2017 titulado “Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology”, proponen cuatro neuroderechos humanos: el derecho a la libertad cognitiva, el derecho a la intimidad, el derecho a la integridad psíquica y el derecho a la continuidad psicológica (Ienca y Andorno, 2017).

Posteriormente, en el mismo año 2017, Yuste y Goering publican el artículo “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”, donde establecen cuatro prioridades éticas que requieren, a su juicio, ser abordadas de forma rápida, tanto en las aplicaciones neurotecnológicas como en la inteligencia artificial, siendo la privacidad y el consentimiento, la agencia y la identidad, el aumento y el sesgo (Yuste *et al.*, 2017).

Dicha publicación se constituyó en el primer paso para el surgimiento de la Neurorights Initiative² que establece la necesidad de inclusión, dentro de las normativas nacionales e internacionales sobre derechos humanos, de cinco nuevos derechos humanos o neuroderechos, mencionando primero tres de ellos: el derecho a la agencia, el derecho a la privacidad mental y el

² La Neurorights Initiative se fundó en la Universidad de Columbia, bajo la dirección de Rafael Yuste, para servir como una organización de defensa de las directivas de derechos humanos y para desarrollar una guía ética adicional para la innovación neurotecnológica. <https://neurorightsfoundation.org/mission>

derecho a la protección contra el sesgo algorítmico (Yuste, Genser y Herrmann, 2021); haciendo especial mención, por la temática de este artículo, de los dos restantes:

el derecho a la identidad, o la capacidad de controlar tanto la integridad física como mental de uno mismo y el derecho a un acceso equitativo a la mejora mental, o la capacidad de asegurar que los beneficios de las mejoras en la capacidad sensorial y mental, a través de la neurotecnología, se distribuyan equitativamente en la población. (Yuste, Genser y Herrmann, 2021, p. 160)

La intención plasmada en esta propuesta de establecimiento de los neuroderechos es garantizar que todas aquellas investigaciones y tecnologías que comprenden el estudio y manipulación del cerebro humano sean utilizadas de forma ética y respetuosa con los sujetos participantes, salvaguardando así a las generaciones futuras de posibles cambios que se pueda sufrir como especie en la integridad, identidad y privacidad mental producto de estas intervenciones.

Resulta importante, sin embargo, de cara a asegurar la protección integral de las personas, como es la pretensión de la Neurorights Initiative, analizar los neuroderechos propuestos por estos; puesto que, dada la complejidad del objeto que abordan: el sistema nervioso y la mente como emergente de este, es muy difícil, si no imposible, predecir cómo intervenciones puntuales sobre el sistema nervioso afectarían el devenir de la persona como un todo, y así mismo es aún más difícil predecir cómo acuerdos puntuales en lo normativo implicarían cambios paradigmáticos profundos en la manera como se concibe el ser humano. Por lo cual, entender estos cinco neuroderechos como entes discretos, con un funcionamiento independiente, se puede tornar problemático.

IV. Análisis sobre los neuroderechos

1. *El derecho a la identidad personal y sus implicaciones*

Toda esta revolución científico-tecnológica por la que ha venido atravesando la sociedad, ha impactado en la conceptualización de los derechos humanos;

es así como se establece que, los neuroderechos buscan proteger a la persona, protegiendo su mente, su cerebro, de una forma particular que el derecho tradicional no ha hecho. En este sentido, según Mascitti (2022):

El derecho tradicional protegió a la personalidad psicológica por medio del derecho personalísimo a la intimidad, concepto iusprivatista que se reflejó en diversas normativas de otras ramas del derecho tuitivas de dicha esfera de privacidad de la persona. Sin embargo, en esta sociedad de la transparencia dicha herramienta resulta insuficiente para una protección plena de la psique humana, ya que la revolución tecnológica digital modificó la realidad de modo impactante, generando la necesidad de cambiar los paradigmas de algunas disciplinas científicas, por ejemplo, el derecho. (p. 154)

Teniendo en cuenta lo anterior, y particularmente con relación al neuroderecho a la identidad personal, se tiene que, es esencial establecer límites que impidan que la tecnología afecte la percepción de la identidad personal. Las neurotecnologías podrían llegar a desvanecer la distinción entre la conciencia individual y los estímulos tecnológicos externos, por las conexiones dadas entre las redes digitales y las personas (Ienca y Andorno, 2017).

Este neuroderecho, como está planteado, resulta problemático y amerita una revisión más minuciosa, ya que pareciera no evidenciarse lo fácil que este puede ser vulnerado si se tiene en cuenta el funcionamiento de aquellos sistemas involucrados en la estructuración de lo que se define como “identidad personal”.

Es así que existe la posibilidad de que el uso indebido de las neurotecnologías conduzca a que una persona adopte comportamientos que no se alinean con su verdadera personalidad. Por consiguiente, se destaca la importancia de preservar la identidad única de cada individuo frente a cualquier tipo de intervención o manipulación de este tipo de tecnologías (Comité Jurídico Interamericano de la OEA, 2023).

Lo anterior, dado que el cerebro humano controla todos los aspectos vitales de un individuo, al igual que configura su esencia personal, cualquier alteración en su actividad podría entrañar riesgos significativos para la identidad, la autonomía y el desarrollo personal libre.

Para dar una apreciación válida sobre este tema, es imperativo partir de un conocimiento suficiente y unívoco de aquello que se entiende como

“identidad personal”, para lo cual habría que preguntarse qué es lo que da el sentido de identidad, valga decir el sentido de sí-mismo. Para dar respuesta a esta pregunta, las ciencias que estudian la mente recurren al concepto de “personalidad”, entendido como la “forma de pensar, percibir o sentir de un individuo, que constituye su auténtica identidad, y que está integrada por elementos de carácter más estable (rasgos) y elementos cognitivos, motivacionales y afectivos más vinculados con la situación y las influencias socio-culturales” (Bermúdez *et al.*, 2011, p. 34).

La personalidad está estructurada a partir de varios elementos: biológicos, contextuales, experienciales y relacionales; los cuales están en constante interacción. Esta lógica sistémica lleva a que las modificaciones que se lleven a cabo en alguno de estos elementos afecten el funcionamiento de los otros; lo cual puede conducir incluso a cambios estructurales profundos (Bermúdez *et al.*, 2011; Costa *et al.*, 2002; Caprara y Cervone, 2000; Haslam, 2007; Pervin, 1998).

En función de lo anterior, cobra más peso la pregunta sobre si en verdad se pueden controlar todas las posibles consecuencias que una modificación del sistema nervioso (o cualquier otro que influya en la construcción de la personalidad), por más puntual que sea, tendría sobre todo aquello que constituye lo psíquico.

Si bien, siguiendo la premisa antes enunciada, una modificación de cualquiera de los elementos que definen la personalidad puede llegar a influir el funcionamiento de los demás; existe un consenso de que el elemento biológico, entendiendo como “sistemas psicofísicos, que representan tendencias y capacidades básicas del individuo” (Costa *et al.*, 2002), es la base sobre la cual se constituyen todos los procesos mentales y, en esta medida, una modificación en este sería más significativa, e implicaría una reconfiguración —en grados variables— de todos los procesos que se sustentan allí.

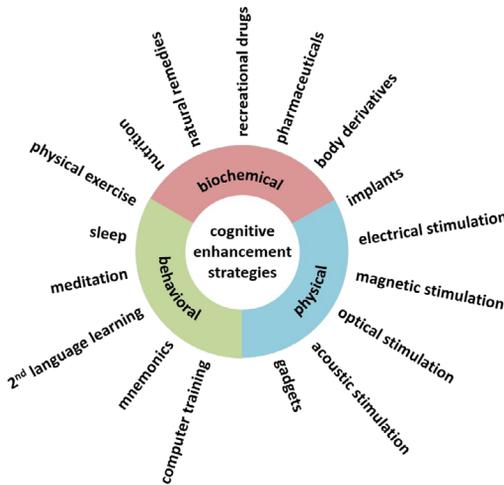
Lo anterior ha sido reivindicado constantemente por la evidencia empírica, en la cual se han reportado cambios en varios aspectos de aquello que compone lo mental, posterior a modificaciones realizadas sobre el sistema nervioso, tanto de manera intencional como no intencional, los cuales pueden ir desde alteraciones en procesos psicológicos básicos, hasta modificaciones significativas en rasgos de personalidad. Sin embargo, esto no ha impedido que cada vez más se acometan procedimientos sobre el sistema nervioso; los cuales, en muchos casos, más allá de buscar la recuperación

de detrimentos en el funcionamiento resultado de patologías o lesiones, están enfocados en mejorar el rendimiento de personas sanas, dándose un camino difícil de delimitar de lo terapéutico a lo aumentativo (Ferry, 2017).

Para entender las implicaciones que las intervenciones sobre los sistemas psicofísicos, con el fin de lograr mejoras, tienen sobre la identidad personal no se tiene que recurrir a un futuro especulativo, simplemente basta con dar una mirada a lo que sucede en la actualidad, donde se ha evidenciado de manera reiterativa que, además de los cambios buscados, han aparecido consecuencias no previstas (y difícilmente controlables) posteriores a dichas intervenciones.

Siguiendo la tipología de mejoras cognitivas propuesta por Dresler *et al.* (2019) (véase figura 1), y haciendo un especial énfasis sobre aquellas que implican una intervención directa sobre sistemas fisiológicos, se evidenciará cómo, dada la lógica misma de estos procedimientos, se hace extremadamente difícil prever, y en función de esto controlar, sus consecuencias, incluyendo acá las modificaciones que se efectúan sobre el concepto de uno mismo, patrones conductuales y/o rasgos de personalidad.

Figura 1.
Estrategias de mejora cognitiva



FUENTE: Dresler *et al.*, (2019).

2. Mejoras mediante estrategias bioquímicas

Las intervenciones realizadas sobre el sistema nervioso se pueden dar de manera directa o pueden estar mediadas por agentes bioquímicos que alteran su funcionamiento. Siendo estas las estrategias de mejora de más vieja data; ya que, desde los albores mismos de la humanidad, sustancias como la caféina, el cacao o la glucosa han venido siendo utilizadas para optimizar el desempeño cognitivo, mejorando niveles de atención, memoria y rapidez de procesos mentales en general (Sellers y Nguyen, 2018).

En épocas más recientes, además de este tipo de sustancias ya presentes en la dieta cotidiana, se han venido sintetizando compuestos artificiales que, imitando la función de algunos neurotransmisores u hormonas, han logrado mejorar los procesos mentales. Este es el caso de la adrenalina, los receptores GABA, los glucocorticoides y/o diferentes neuropéptidos (Sellers y Nguyen, 2018). Sin embargo, dado que estas hormonas, más allá de regular el desempeño de funciones puntuales, se ocupan de determinar el funcionamiento de sistemas muy complejos; la modificación de sus niveles en sangre, inevitablemente generarán cambios colaterales en el funcionamiento del organismo. Por ejemplo, la oxitocina, deseable en la medida en que en altos niveles potencia vínculos afectivos, ha sido correlacionada con la aparición de conductas de riesgo ya que potencia una búsqueda constante de novedad (Nigro *et al.* 2016); así mismo la testosterona, utilizada para potenciar el aumento de masa muscular o mejorar el desempeño sexual en los hombres, también se ha correlacionado con la aparición de conductas agresivas o la falta de empatía, esto en la medida en que esta hormona actúa como marcador biológico de búsqueda de dominancia (Seller y Nguyen, 2018; Van Honk *et al.*, 2011).

3. Mejoras mediante estrategias físicas

Las intervenciones directas sobre la fisiología del sistema nervioso tienen diferentes niveles: algunos son de características no invasivas, como la estimulación magnética transcranial (EMT), mediante la cual se induce corriente secundaria en las neuronas corticales a partir de campos electromagnéticos (Malavera *et al.*, 2014). Utilizada inicialmente para el tratamiento de personas con condiciones neuropsiquiátricas (esclerosis múltiple, epilepsia, migraña,

trastorno bipolar, esquizofrenia, estrés postraumático, entre otros), recientemente se viene aplicando en sujetos sanos con el fin de mejorar su rendimiento cognitivo, logrando mejoras en procesos como la codificación de recuerdos, desempeño del lenguaje, adquisición de nuevas habilidades, entre otras (Freitas, Fregni y Pascual-Leone, 2009; Fitzgerald *et al.*, 2012; Salanova, 2018; Malavera *et al.*, 2014; Rossi *et al.*, 2009).

Sin embargo, además de las mejoras evidenciadas, no son pocos los casos en los que se han reportado convulsiones, cefaleas y afectaciones del umbral auditivo (Malavera *et al.*, 2014; Wagner, Valero-Cabre y Pascual-Leone, 2007; Wassermann, 1998); así mismo, se han presentado afectaciones psiquiátricas agudas como la aparición de episodios de hipomanía, síntomas psicóticos, ansiedad, ideación suicida e insomnio (Rossi *et al.*, 2009; Janicak *et al.*, 2008; Zwanzger *et al.*, 2002). Es importante resaltar que a la fecha no se tiene total claridad sobre el nexo causal entre la EMT y estos efectos secundarios (Malavera *et al.*, 2014).

Existen otras intervenciones que, a diferencia de la EMT, requieren la implantación de dispositivos electrónicos directamente en el sistema nervioso. Este es el caso de la estimulación cerebral profunda (ECP), un procedimiento mediante el cual se introduce un dispositivo que envía señales eléctricas a áreas determinadas del cerebro. Este procedimiento ha sido utilizado para tratar enfermedades como el Parkinson, ciertos tipos de epilepsia, trastorno obsesivo compulsivo, entre otros (Perlmutter y Mink, 2006). Sin embargo, al igual que la EMT, además de la mejora sintomática que en la mayoría de los casos se presenta, se han evidenciado cambios inesperados en rasgos de la personalidad de aquellos sometidos a este procedimiento.

Algunos de ellos con connotaciones positivas, como en el caso de personas que reportan sentirse tranquilos y experimentar una predisposición a la felicidad; otros pacientes, por el contrario, reportan sentirse impacientes, irritables o intolerantes frente a situaciones que antes les eran indiferentes; lo cual ha redundado en conductas agresivas que, según reportan tanto los pacientes como personas cercanas a ellos, no eran comunes previos a la intervención (Schüpbach *et al.*, 2006).

Un estudio particularmente interesante es aquel conducido por Thomson *et al.* (2020) en el cual se hizo un seguimiento a 22 pacientes sometidos a procedimientos de ECP con el fin de controlar las manifestaciones de la en-

fermedad de Parkinson y a los familiares cercanos; dieron cuenta que, si bien las intervenciones efectivamente controlaban la sintomatología, estas mejorías venían anudadas a cambios en la personalidad. Algunas deseables —y esperables— como el regreso a un “yo-anterior” donde la persona se evidenciaba más animada, aduciéndolo a la ausencia de alteraciones motoras; otras cuya aparición no estaba prevista, y no siempre era deseada. Así, en el seguimiento que se les hizo a nueve pacientes posterior a la operación estos reportaron:

Los cambios experimentados variaban desde cambios positivos del estado de ánimo (n = 4 p. ej. Sentirse más felices, alegres y eufóricos) hasta cambios negativos del estado de ánimo (p. ej. más deprimidos [n = 2]; furiosos, frustrados, irritables [n = 5], cambios en el pensamiento y la cognición (alerta, rapidez y lucidez [n = 2]; más confusión, lentitud y olvidadizos [n = 3]), y cambios en el comportamiento y el relacionamiento interpersonal (p. ej. más asertividad y directividad [n = 2]; fijación y obsesividad [n = 2]; impulsividad e impaciencia [n = 2]; demanda, desinhibición e insensibilidad [n = 1]; abstinencia [n = 2]. Los pacientes aclararon que estas percepciones se diferenciaban de su sí mismo usual. (Thomson *et al.*, 2020, p. 2223)

A partir de la revisión sistemática en la literatura científica relacionada, pesquisando la existencia, o no, de consecuencias adicionales a aquellas deseadas en personas que han realizado modificaciones bioquímicas con fines de mejorar procesos cognitivos; se ha evidenciado que, bien sea por la ausencia de un completo conocimiento de la acción de las intervenciones que se realizan, como es el caso de la EMT o la ECP, o por la naturaleza misma de los sistemas que están siendo modificados, como es el caso de la utilización de compuestos sintéticos que emulan la función de neurotransmisores u hormonas; es imposible prever, y por ende controlar, las consecuencias que tengan estas intervenciones. Consecuencias que, no en pocos casos, implican cambios en lo que, para la persona y aquellos cercanos a esta, son rasgos importantes de la identidad de aquellos que se someten a estos procedimientos.

V. Neuroderechos y transhumanismo

1. Contexto del transhumanismo

El transhumanismo es una corriente ideológica y cultural que impulsa la utilización de la tecnología para potenciar y extender las habilidades humanas. Los transhumanistas creen en la posibilidad de superar las limitaciones físicas y mentales del ser humano a través de avances científicos y tecnológicos.

El movimiento transhumanista se apoya en el reconocimiento de tres libertades básicas: libertad morfológica, libertad reproductiva y libertad cognitiva, de cara a garantizar a los individuos el empleo de la tecnología para convertirse progresivamente en transhumanos y finalmente en poshumanos. Todo dentro de un proceso que entienden como evolución participativa. (Parames, 2016, p. 56)

Los presupuestos del transhumanismo se pueden resumir así: la tecnología siempre ha sido una herramienta para el progreso, por lo que no aprovecharla para mejorarnos sería una falta moral (Savulescu, 2012). Derivado de lo anterior, afirman entonces que no es posible trazar un límite claro entre lo terapéutico y lo mejorativo; la mejora es un fin deseable en sí mismo, y el método para alcanzarla, ya sea a través de la cultura, la educación o, en este caso, la biotecnología, no es éticamente relevante. Finalmente, no existe una naturaleza humana inmutable que sustente un respeto irrestricto por la dignidad, y si existiera, su preservación no sería una obligación moral absoluta, es decir, si hay posibilidad de transformación de lo humano ¿por qué limitarse? (Bostrom, 2009).

Entre los objetivos más generales del transhumanismo, se encuentran la mejora humana (morfológica y cognitiva), la extensión de la vida, la superación de enfermedades y la aspiración a un estado donde las capacidades humanas estarían significativamente aumentadas (poshumanismo). Para alcanzar estos objetivos, el transhumanismo se apoya en “nanotecnologías, biotecnologías, informática (big data, Internet de las cosas) y cognitivismo (inteligencia artificial), es decir lo que conocemos como NBIC” (Ferry, 2017, p. 61), siendo una de las áreas más prometedoras en el ámbito transhumanista: las neurotecnologías.

Ya que una de las áreas centrales de interés en el transhumanismo es la mejora cognitiva, las neurotecnologías representan una herramienta crucial para alcanzar la mejora humana, ya que a través de aquellas, es posible no sólo tratar enfermedades neurológicas, sino también potenciar la memoria, la inteligencia y otras funciones cognitivas, buscando una ampliación y optimización de las capacidades intelectuales y mentales de los seres humanos.

Estas neurotecnologías, que incluyen interfaces cerebro-computadora, implantes neuronales y otros dispositivos avanzados, tienen el potencial de mejorar las capacidades cognitivas y sensoriales humanas de maneras que antes sólo se podían imaginar en la ciencia ficción.

La mejora cognitiva, según la perspectiva transhumanista, busca superar las limitaciones naturales del cerebro humano mediante intervenciones tecnológicas. Estas mejoras tienen un amplio rango de utilización y propósito, pues abarcan desde el uso de fármacos nootrópicos (*smart drugs*) como potenciadores cognitivos

que supuestamente incrementan ciertas funciones mentales humanas como la memoria, la capacidad de concentración, el aprendizaje, la creatividad, la motivación y los procesos de toma de decisiones. A pesar de que están autorizadas para enfermedades específicas, como por ejemplo el trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDHA), o la narcolepsia, son tomados por individuos sanos, con la finalidad de mejorar su rendimiento. (Reyes, 2018, p. 81)

Hasta las interfaces cerebro-computadora (conocidas como BCI por sus siglas en inglés), entendiéndolo como “un sistema que mide actividad del Sistema Nervioso Central (SNC) y la convierte en salidas artificiales que reemplazan, restauran, mejoran y suplementan salidas naturales por parte del SNC” (Alonso-Valerdi, Arreola-Villarruel y Argüello-García, 2019, p. 4).

Así pues, la finalidad última es aumentar la inteligencia, la memoria, la concentración y otras capacidades cognitivas, proporcionando a los individuos una ventaja significativa en la resolución de problemas altamente complejos, así como en la adaptación a entornos cambiantes.

A pesar del entusiasmo por las posibilidades que ofrece la mejora cognitiva, es claro que existen preocupaciones éticas significativas; siendo una de

las principales, la cuestión de la equidad, pues el acceso a estas tecnologías podría estar limitado a individuos o grupos con mayores recursos económicos, exacerbando así las desigualdades sociales ya existentes. Además, la modificación de capacidades cognitivas plantea serios interrogantes sobre la identidad personal y la autonomía: ¿qué significa ser humano si nuestras capacidades mentales pueden ser ampliamente modificadas y mejoradas?

El transhumanismo y la mejora cognitiva propugnan como bandera la transformación radical de la condición humana, las tecnologías emergentes en este campo tienen el potencial de superar muchas de las limitaciones cognitivas que tenemos como individuos, abriendo, de acuerdo con este movimiento, nuevas posibilidades para el desarrollo humano.

2. El acceso equitativo al aumento mental

El transhumanismo, como ya se planteó, se sustenta sobre los principios de libertad morfológica y cognitiva, argumenta que cada persona, de acuerdo con sus necesidades y deseos, tiene obligación moral de buscar mejoras para alcanzar una optimización máxima de sus habilidades y capacidades. Desde esta lógica surge el derecho a la autodeterminación mental, el cual propugna por un mejoramiento mental de acuerdo con los deseos y aspiraciones de cada uno.

Sin embargo, sea lo primero decir que, surge la inquietud de si los individuos pueden tomar decisiones informadas sobre un procedimiento cuyos resultados y consecuencias son inciertos, pues una decisión verdaderamente libre debe ser una decisión informada (Declaración de Bioética y derechos humanos, 2005; Declaración de Helsinki, 2013) y una decisión libre no puede responder a influencias externas (Franca-Tarragó, 2016).

Si se tiene en cuenta la primera premisa, que es la necesidad de información veraz y suficiente previa toma de la decisión, se evidencia un problema y es que la existencia de un derecho a la identidad personal lleva a una conclusión fundamentalmente errada, pudiéndose cuestionar las decisiones que se tomen en función de este. Esto ya que se presupone la posibilidad de que existan intervenciones sobre las bases bioquímicas de aquello que constituye lo mental, cuyos alcances se circunscriban a mejoras en habilidades cognitivas puntuales, y que como tal estén exentas de consecuencias

colaterales no deseadas que afecten, en mayor o menor medida, el sentido de *sí mismo* de aquellos que se sometan a estos procedimientos.

Dado el profundo desconocimiento de la mayoría de los componentes de aquello que constituye lo mental y la naturaleza sistémica e interconectada de aquellos que sí se conocen, se hace imposible en el presente, y de muy difícil previsión para el futuro, pensar en un escenario donde se puedan controlar todos los posibles efectos que una intervención sobre estos sistemas tenga, incluyendo, como se pudo evidenciar, aquellos que constituyen la identidad personal; por ende se dificulta concebir un futuro donde la existencia del neuroderecho a la identidad mental o a la continuidad psicológica tenga pertinencia en la medida en que haya una posibilidad real de que este sea garantizado.

En cuanto al segundo elemento que se debe garantizar para que haya un acceso realmente libre a las mejoras cognitivas: la no coacción al momento acceder a estas, pareciera que también se ve paradójicamente comprometido por la existencia misma de los neuroderechos, en teoría creados para proteger a la humanidad de los excesos que pueden derivar del uso de las neurotecnologías; en este caso en particular por el del derecho al acceso equitativo al aumento mental (Yuste, Genser y Herrmann, 2021), cuya existencia conlleva el riesgo de reconocer, legitimar e incentivar el acceso a mejoras cognitivas a una población cada vez más amplia. Frente a esto, resulta importante señalar que este acceso equitativo a las mejoras, sean cognitivas o físicas, viene siendo defendido desde hace tiempo atrás por el movimiento transhumanista, planteando un libre acceso para todos los ciudadanos de un Estado determinado, llamando a esto: *ciencia ciudadana* (Sánchez, 2021).

En principio, la existencia del neuroderecho al acceso equitativo al aumento mental puede tenerse como algo loable, en la medida en que este reconoce que el uso de las neurotecnologías llega a plantear problemas de carácter social, siendo uno de ellos el aumento en la brecha de desigualdad que naturalmente se produciría, ya que, debido a los altos costos en la utilización de estas tecnologías, solamente unas cuantas personas podrían acceder a ellas. Esto generaría un incremento en el desempeño cognitivo de ciertos individuos, que podría perturbar la estructura social generando un desequilibrio en la misma, ocasionando una mayor disparidad al intensificar la brecha socioeconómica.

Esto es particularmente evidente en la Declaración de principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y derechos humanos (2023),³ que establece en su principio 5 referente a la igualdad, no discriminación y acceso equitativo a las neurotecnologías, que

Los Estados deberían garantizar el acceso equitativo a las neurotecnologías, respetando sus costumbres y tradiciones, además de desarrollar políticas públicas de innovación responsable, procurando avanzar hacia el cierre de las brechas de desigualdad y discriminación, especialmente respecto a los grupos más vulnerables. (p. 3)

Sin embargo, habría que ir más allá y considerar las ramificaciones que esto tiene; ya que, dicho acceso equitativo al convertirse en un derecho fundamental generaría como consecuencia que los Estados sean los encargados de garantizar el cumplimiento de este. Esto implica una reflexión sobre si las tecno mejoras deberían incluirse dentro de los bienes primarios en la sociedad, entendiendo bienes primarios como aquello que un individuo racional dentro de una sociedad quisiera tener y, por ende, se le debiera garantizar.

La cuestión sobre cómo las consecuencias irreversibles o los efectos negativos de las tecnologías que propugnan los transhumanistas, pueden llegar a impactar en el aumento de la desigualdad, es uno de los grandes puntos críticos en las que hay que detenerse, y que suele dejarse muchas veces en un segundo plano.⁴ Es una exigencia prestar más atención a las problemáticas políticas del transhumanismo (Diéguez, 2021) (comunicación personal, 11 de junio, 2024).

³ Es importante conocer que esta Declaración contó con la participación dentro de un proceso de reflexión y análisis de un grupo interdisciplinario de expertos donde participó Rafael Yuste, quien como ya se advirtió, es uno de los fundadores de la Neurorights Initiative.

⁴ La gran crítica que se le hace al transhumanismo y donde se ha concentrado mayormente la reflexión filosófica es lo que atañe a la naturaleza humana. A una negación de esta bajo el entendido de que, para el transhumanismo, no existe una naturaleza humana que sea universalmente compartida, y que se constituya en una base absoluta de fundamentación para una dignidad que debiera permanecer inviolable. Frente a este argumento, se sostiene que la naturaleza humana es intocable (Fukuyama, Kass) y a su vez una autocomprensión ética de nuestra especie (Habermas).

Actualmente, se tiene por ejemplo el caso de Chile, que en 2021 aprobó la Ley 21.383 que modifica su carta constitucional, estableciendo en su artículo 19, núm. 1, que: “La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella” (Constitución Política de la República de Chile, 1980).

Actualmente, en el mismo país, está en curso el Proyecto de Ley 13.828 sobre la neuroprotección y que regula el desarrollo de la investigación y el avance de las neurotecnologías, entre los objetivos, se establece en su artículo 1o.: “el acceso sin discriminaciones arbitrarias a aquellas neurotecnologías que conlleven el aumento de las capacidades psíquicas” (Senado de Chile, 2019, p. 8), por lo que en su artículo 10 se dispone que “El Estado velará por la promoción, acceso equitativo a los avances en neurotecnología y neurociencia” (Senado de Chile, 2019, p. 10).

A lo anterior, se le suma con preocupación, lo dispuesto en su artículo 4o. de medidas para proteger la integridad y privacidad mental, donde en primer lugar se prohíbe cualquier intervención que puede dañar la continuidad psicológica y psíquica de la persona, es decir, su identidad individual; sin embargo, más adelante el mismo artículo establece que hay excepciones para ello, expresando que “Las únicas excepciones admitidas a la alteración de la continuidad psíquica o autónoma serán en casos de investigación o terapia clínico-médicas, en cuyo caso se aplicará el código sanitario vigente”.

Estas disposiciones que tratan en un inicio de proteger y establecer límites a las intervenciones, pueden llegar a favorecer los intereses transhumanistas de mejora cognitiva, pues en el mismo articulado del Proyecto de Ley se habla de un aumento de las capacidades psíquicas que el Estado al final de cuentas deberá garantizar, por estar ya elevada su protección a rango constitucional, desdibujándose la protección a una identidad personal, y resultando en la imposibilidad de determinar cómo podrá ser su alteración, como ya se explicó.

Es necesario comprender que, en la actualidad, el transhumanismo como ideología viene teniendo implicaciones cada vez más fuertes respecto de los derechos humanos, implicaciones que llegan a resultar problemáticas. Según Diéguez (2021):

Es cada vez más evidente que, con independencia de sus fines explícitos, el discurso transhumanista está desempeñando una función ideológica en determinados contextos culturales y políticos, y con esto lo que quiero decir es que está sirviendo para legitimar ciertas prácticas tecnológicas y para promover cambios sociales de acuerdo con ciertos fines, valores y principios. Tiene, pues, un carácter ineludiblemente normativo. (p. 81)

Y esto es lo que está presentándose en este caso, pues nos encontramos en una delgada línea de protección de la persona, de su dignidad y su integridad, en este caso particular de su mente, a través de los derechos humanos, los cuales actualmente también llegan a contener las libertades de mejora de la humanidad.

En el caso particular, nos situamos en un punto crítico donde se entrecruzan la salvaguarda de la individualidad, la dignidad y la integridad de la persona, especialmente en relación con su esfera mental. Este delicado equilibrio se sostiene sobre los pilares y principios de los derechos humanos, los cuales empiezan a incluir y abarcar también las libertades relacionadas con el mejoramiento humano. Nos encontramos ante una encrucijada donde la tecnociencia avanza de manera exponencial, desafiando nuestras concepciones tradicionales de derechos y también de responsabilidades.

En esta era de avances tecnológicos vertiginosos, surgen nuevas concepciones respecto de los derechos humanos que reflejan la convergencia exponencial entre la tecnociencia y la humanidad. Debido a ello es que ya se ha comenzado a referirse a estos derechos emergentes como derechos transhumanos (Puppinck, 2020). Estos derechos abogan por la libertad (morfológica y cognitiva) del ser humano, de buscar mejoras y potenciaciones que trascienden los límites naturales de la condición humana.

Sin embargo, este concepto de derechos transhumanos plantea desafíos éticos, filosóficos y jurídicos significativos, tales como la imposibilidad de garantizar completamente que estas intervenciones no atenten contra la igualdad, la justicia y la dignidad humana, por ejemplo; bajo este manto de nuevas libertades y derechos que, en aras del llamado progreso tecnocientífico, llegan a legitimar procedimientos riesgosos y no seguros en la esfera mental y biológica de las personas. Estas cuestiones son cruciales para asegurar que la evolución tecnológica se produzca de manera ética y equitativa, respetando

siempre la dignidad ontológica del ser humano, y por su supuesto, el respeto a sus derechos fundamentales.

VI. Conclusiones

Para abordar estas preocupaciones, es fundamental establecer regulaciones y directrices claras sobre el uso de las neurotecnologías en relación con la mejora cognitiva; en primer lugar, identificando puntualmente qué es lo que se entiende por mejoras cognitivas, precisamente para lograr delimitar concretamente qué es lo que estos neuroderechos llegarían a legitimar. Ante todo, es fundamental que estas regulaciones deban estar basadas en principios de justicia y equidad; el debate sobre los neuroderechos y el transhumanismo destaca la importancia de encontrar un equilibrio entre la libertad que puedan llegar a tener los individuos al mejorar sus capacidades cognitivas y por supuesto, la protección de su identidad personal.

Para esto es imprescindible tener un enfoque reflexivo, crítico y ético que tenga en cuenta las intrincadas facetas de la naturaleza humana y las implicaciones generadas a partir de las intervenciones neurotecnológicas en el ámbito cognitivo.

De acuerdo con lo anterior, para este fin se presentan las siguientes recomendaciones como un paso inicial para lograr abordar de una manera más efectiva los desafíos jurídicos, éticos y sociales relacionados a los neuroderechos tal como fueron analizados, con las implicaciones en la identidad mental de las personas y un acceso equitativo a las mejoras por el que se propende.

VII. Recomendaciones

1. *Ética e investigación*

No puede desconocerse un actor influyente como lo es la industria tecnocientífica, la cual tiene un gran interés en la investigación y desarrollo de estas tecnologías emergentes, y que por supuesto busca que el resultado de la innovación genere rentabilidad en los mercados; es por esto y, debido a la comple-

alidad del tema, que resulta imprescindible un abordaje multidisciplinar desde las primeras fases de la investigación, por lo que la constitución de comités de ética independientes que estén integrados por neurocientíficos, psicólogos, abogados, eticistas, filósofos, etcétera, y por supuesto, representantes de la sociedad civil. Dichos comités deberán evaluar los proyectos de investigación y procedimientos en materia de neurotecnologías teniendo siempre la persona como centro y permitiendo que se dé una evaluación más equilibrada de las implicaciones éticas, jurídicas y sociales de dichas investigaciones.

Lo anterior requiere de una especialización y claramente del uso mismo de las tecnologías, donde se pueda echar mano de diferentes herramientas de simulación para predecir los impactos a largo plazo de las neurotecnologías en la sociedad. Es una manera de aprovechar dichos instrumentos, en el orden que puedan ayudar a identificar posibles riesgos futuros, así como los beneficios de las tecnologías emergentes. Es aquí donde también se hace necesario efectuar sistemas de vigilancia posteriores a la implementación de las neurotecnologías, para poder monitorear de forma óptima los efectos adversos y beneficios a largo plazo de las neurotecnologías en las diferentes poblaciones (especialmente si se trata de poblaciones vulnerables).

Esta continuidad en el seguimiento es esencial, por no decir que obligatoria, para controlar que las tecnologías sean seguras a lo largo del tiempo; esto ya que las decisiones y ajustes que se tomasen estarían basados en datos empíricos.

2. Neurotecnología en psicología

Además de dar cuenta de los riesgos, es importante analizar los aportes que los avances en la neurotecnología pueden tener sobre el ejercicio de la psicología, especialmente en el campo clínico; así, de la misma manera que en la actualidad se combinan tratamientos psicoterapéuticos y farmacológicos, en el abordaje de patologías severas como la esquizofrenia o algunos trastornos del estado de ánimo, con un alto grado de efectividad; así mismo, se pueden pensar intervenciones donde converjan las sesiones de terapia con procedimientos como la EMT o la ECP con el fin de llegar a mejores resultados. Así mismo, esta colaboración permitiría modular los posibles efectos colaterales que se han evidenciado en intervenciones físicas sobre el sistema nervioso.

De igual manera, las interfaces máquina-cerebro y otro tipo de aumentos podrían llevar a mejorar el ejercicio psicoterapéutico; permitiéndole tener acceso a información a partir de microgestos faciales o sutiles inflexiones de la voz, que para un artefacto bien calibrado serían evidentes; pero que, incluso para un clínico con una mirada agudizada por años de ejercicio profesional, muchas veces se le pasan por alto. Así mismo, este podría, mediante el uso de sistemas de inteligencia artificial, evidenciar tendencias y patrones en autorreportes que un paciente pudiese hacer sobre su estado de ánimo, niveles de ansiedad, patrones de sueño y otros indicadores de salud mental. Lo cual permitiría llegar a diagnósticos y pronósticos más precisos, y así ajustar las intervenciones de una manera más precisa y personalizada.

3. Normatividad y derechos fundamentales

Debe establecerse un marco regulatorio flexible que pueda adaptarse rápidamente a los avances tecnológicos y que se base en evidencia científica actualizada. Este marco debe incluir procesos regulares de revisión y actualización para asegurar que las regulaciones se mantengan adecuadas y efectivas.

En este sentido, la formación y educación a los legisladores y operadores jurídicos es fundamental; el bioderecho como rama del derecho, ofrece un marco de discusión ética y jurídica, donde no solo se trata de la creación de normas sin un objetivo claro, pues se debe primero comprender el fenómeno, la realidad de estas prácticas biocientíficas de última generación, para así posteriormente implementar la regulación requerida. Se deben instituir marcos regulatorios con vinculación internacional que trasciendan los ámbitos locales, y establecer políticas más particulares que se ajusten al contexto social de los diferentes Estados.

Lo anterior, lleva a considerar la creación de laboratorios de políticas tecnológicas (internacionales y regionales) donde expertos en derecho, ética y tecnología trabajen con un enfoque colaborativo y multidisciplinario, para conjuntamente estudiar y crear nuevas normativas ajustadas a lo anteriormente señalado, llevando así al estudio de estrategias de fomento de participación pública en las decisiones sobre el uso y desarrollo de neurotecnologías. Por último, es de suma importancia, debido a todos los actores que convergen en estas problemáticas, y cada uno con intereses muy diversos, que se dé ca-

bida a la escucha de todos ellos, para llegar a estructurar una regulación verdaderamente legítima.

VIII. Referencias

- Alonso-Valerdi, L., Arreola-Villarruel, M. y Argüello-García, J. (2019). Interfaces cerebro-computadora: conceptualización, retos de diseño e impacto social. *Revista Mexicana de Ingeniería Biomédica*, 40(3), 1-18. <https://doi.org/10.17488/RMIB.40.3.8>
- Asociación Médica Mundial. (2013). Declaración de Helsinki, octubre 2013. <https://www.wma.net/es/que-hacemos/etica-medica/declaracion-de-helsinki/>
- Baylis, F. (2013). I am who I am: On the perceived threats to personal identity from deep brain stimulation. *Neuroethics*, 6(3), 513-526. <https://doi.org/10.1007/s12152-011-9137-1>
- Bermúdez, J. (2006). Personality science, self-regulation, and health behavior. *Applied Psychology: An International Review*, 55(3), 386-396. <https://doi.org/10.1111/j.1464-0597.2006.00259.x>
- Bermúdez, J., Pérez, A., Ruiz, J., Sanjuán, P. y Rueda, B. (2011). *Psicología de la personalidad*. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Bostrom, N. (2009). Why I want to be a posthuman when I grow up. *Medical enhancement and posthumanity*. Springer Dordrecht.
- Caprara, G. V. y Cervone, D. (2000). *Personality: Determinants, dynamics, and potentials*. Cambridge University Press.
- Constitución Política de la República de Chile, 21 octubre 1980. <https://bcn.cl/2ff6sk>
- Costa, P., Herbst, J. H., McCrae, R. R., Samuels, J. y Ozer, D. (2002). The replicability and utility of three personality types. *European Journal of Personality*, 16(S1), 73-88. <https://doi.org/10.1002/per.533>
- Diéguez, A. (2021). *Cuerpos inadecuados*. Herder Editorial.
- Dresler, M., Sandberg, A., Bublitz, C., Ohla, K., Trenado, C., Mroczko-Wąsowicz, A., Kühn, S. y Repantis, D. (2019). Hacking the Brain: Dimensions of Cognitive Enhancement. *ACS Chemical Neuroscience*, 10(3), 1137-1148. <https://doi.org/10.1021/acschemneuro.8b00571>

- Estévez, R. (2021). Neuroética. En M. López (Ed.), *Manual de bioética laica II: Cuestiones de salud y biotecnología* (pp. 159-176). Aranzadi (Thomson Reuters).
- Ferry, Luc. (2017). *La revolución transhumanista. Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*. Alianza.
- Fitzgerald, P. B., Hoy, K. E., Herring, S. E., McQueen, S., Peachey, A. V., Segrave R. A., Maller J., Hall P. y Daskalakis, Z. J. (2012). A double-blind randomized trial of unilateral left and bilateral prefrontal cortex transcranial magnetic stimulation in treatment resistant major depression. *Journal of Affective Disorders*, 139(2), 193-198. <https://doi.org/10.1016/j.jad.2012.02.017>.
- Franca-Tarragó, O. (2016). *Manual de psicoética: ética para psicólogos y psiquiatras*. Desclée de Brower.
- Freitas, C., Fregni F. y Pascual-Leone, A. (2009). Meta-analysis of the effects of repetitive transcranial magnetic stimulation (rTMS) on negative and positive symptoms in schizophrenia. *Schizophrenia Research*, 108(1-3), 11-24. <https://doi.org/10.1016/j.schres.2008.11.027>
- Haslam, N. (2007). *Introduction to personality and intelligence*. SAGE Publications Ltd. <https://doi.org/10.4135/9781446279144>
- Ienca, M. y Andorno, R. (2017). Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. *Life Sciences, Society and Policy*, 13(5), 1-27. <https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1>
- Janicak, P., O'Reardon, J., Sampson, S., Husain, M., Lisanby, S., Rado, J., Heart, K. y Demitrack, M. (2008). Transcranial magnetic stimulation in the treatment of major depressive disorder: A comprehensive summary of safety experience from acute exposure, extended exposure, and during reintroduction treatment. *Journal of Clinical Psychiatry*, 69(2), 222-32. <https://doi.org/10.4088/jcp.v69n0208>.
- Malavera, M., Silva, F., García, R., Rueda, L. y Carrillo, S. (2014). Fundamentos y aplicaciones clínicas de la estimulación magnética transcranial en neuropsiquiatría. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 43(1), 32-39. [https://doi.org/10.1016/S0034-7450\(14\)70040-X](https://doi.org/10.1016/S0034-7450(14)70040-X)
- Mascitti, M. (2022). El rango constitucional de los neuroderechos como una exigencia de justicia. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (46), 149-176. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2022.46.17051>

- Neurorights initiative. (2019). Los cinco neuroderechos. <https://neurorights-foundation.org/mission>
- Nigro, M., Monteleone, A. M., Steardo, L., Patriciello, G., Di Maso, V., Cimino, M. y Monteleone, P. (2016). Oxytocin secretion in anorexia nervosa and bulimia nervosa: Investigation of its relationships to temperament personality dimensions. *European Psychiatry*, 33, S161-S162. <https://doi.org/10.1016/j.eurpsy.2016.01.317>.
- Perlmutter, J. y Mink, J. (2006). Deep Brain Stimulation. *Annual Review of Neuroscience*, 29(1), 229-257. <https://doi.org/10.1146/annurev.neuro.29.051605.112824>
- Pervin, L. A. (1998). The three disciplines of personality and the problem of volition. En J. Bermúdez, B. de Raad, J. de Vries, A. M. Pérez-García, A. Sánchez-Elvira y G. L. Van Heck (Eds.), *Personality psychology in Europe* (pp. 85-108). Tilburg University Press.
- Puppink, G. (2020). *Mi deseo es la ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*. Encuentro
- Reyes, J. (2018). Fármacos potenciadores del rendimiento. Un fenómeno emergente en salud laboral. *Revista Enfermería del Trabajo*, 8(2), 81-83. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6817409>
- Rossi, S., Hallett, M., Rossini, P. M. y Pascual-Leone, A. (2009). Safety of TMS Consensus Group. Safety, ethical considerations, and application guidelines for the use of transcranial magnetic stimulation in clinical practice and research. *Clinical Neurophysiology*, 120(12), 2008-2039. <https://doi.org/10.1016/j.clinph.2009.08.016>.
- Sabin, J. (2001). Enhancing Human Traits: Ethical and Social Implications (review). *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 26(1), 807-810. <https://doi.org/10.1215/03616878-26-4-807>
- Salanova, V. (2018). Deep brain stimulation for epilepsy. *Epilepsy & Behavior*, 88, 21-24. <https://doi.org/10.1016/j.yebeh.2018.06.041>
- Sánchez Salazar, D. (2021). Biohacking, ¿mejoramiento o abandono de nuestra humanidad? En *Humanismo y transhumanismo: reflexiones desde las ciencias humanas y sociales*. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Savulescu, J. (2012). *¿Decisiones peligrosas? Una bioética desafiante*. Tecnos
- Schüpbach, M., Gargiulo, M., Welter, M., Mallet, L., Béhar, C., Houeto, J., Maltête, L., Mesnage, V. y Agid, Y. (2006). Neurosurgery in Parkinson di-

- sease: a distressed mind in a repaired body? *Neurology*, 66(12), 1811-1816. <https://doi.org/10.1212/01.wnl.0000234880.51322.16>
- Sellers, J. y Nguyen, T. (2018). *The SAGE Handbook of Personality and Individual Differences: Volume II: Origins of Personality and Individual Differences*. SAGE Publications Ltd. <https://doi.org/10.4135/9781526470317>
- Senado de Chile. (2019). Proyecto de Ley. Boletín 13828-19. https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13828-19
- Sgreccia, E. (1996). *Manual de Bioética*. Diana.
- Skorburg, J. y Sinnott-Armstrong, W. (2020) Some ethics of deep brain stimulation. En D. Stein y I. Singh, *Global Mental Health and Neuroethics. in Practice, Global Mental Health and Neuroethics* (pp. 117-132). Academic Press.
- Thomson, C., Segrave, R., Racine, E., Warren, N., Thyagarajan, D. y Carter, A. (2020). He's back so i'm not alone: The impact of deep brain stimulation on personality, self, and relationships in Parkinson's disease. *Qualitative Health Research* 30(14), 2217-2233. <https://doi.org/10.1177/1049732320951144>
- UNESCO. (2005). Declaración de Bioética y derechos humanos, 19 octubre 2005. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa
- Van Honk, J., Schutter, D. J., Bos, P. A., Kruijt, A., Lentjes, E. G. y Baron-Cohen, S. (2011). Testosterone administration impairs cognitive empathy in women depending on second-to-fourth digit ratio. *Proceedings of the National Academy of Science*, 108, 3448-3452.
- Wagner, T., Valero-Cabre, A. y Pascual-Leone, A. (2007). Noninvasive human brain stimulation. *Annual Review of Biomedical Engineering*, 9(1), 527-65. <https://doi.org/10.1146/annurev.bioeng.9.061206.133100>.
- Wassermann, E. (1998). Risk and safety of repetitive transcranial magnetic stimulation: report and suggested guidelines from the International Workshop on the Safety of Repetitive Transcranial Magnetic Stimulation. *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology*, 108(1), 1-16. [https://doi.org/10.1016/s0168-5597\(97\)00096-8](https://doi.org/10.1016/s0168-5597(97)00096-8)
- Yuste, R., Genser, J. y Herrman, S. (2021). It's Time for Neuro-Rights. *Horizons*, 18, 154-164. <https://www.perseus-strategies.com/wp-content/uploads/2021/03/Neuro-Rights-Horizons-Winter-2021.pdf>
- Yuste, R., Goering, S. y Agüeray Arcas, B. *et al.* (2017). Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. *Nature*, 551(7679), 159-163. <https://doi.org/10.1038/551159a>

Zuckerman, M. (1991). *Psychobiology of personality*. Cambridge University Press.

Zwanzger, P., Ella, R., Keck, M., Rupprecht, R. y Padberg, F. (2002). Occurrence of delusions during repetitive transcranial magnetic stimulation (rTMS) in major depression. *Biological Psychiatry*, 51(7), 602-3. [https://doi.org/10.1016/s0006-3223\(01\)01369-5](https://doi.org/10.1016/s0006-3223(01)01369-5)

Cómo citar

IJJ-UNAM

Sánchez Salazar, Diana Vanessa y Rivera Estrada, Jairo Esteban, “Neuroderechos y transhumanismo: análisis sobre el acceso equitativo al aumento mental y la identidad personal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 169, 2024, pp. 277-305. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.19102>

APA

Sánchez Salazar, D. V. y Rivera Estrada, J. E. (2024). Neuroderechos y transhumanismo: análisis sobre el acceso equitativo al aumento mental y la identidad personal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(169), 277-305. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.19102>

Constitución y poder

Constitution and power

Diego Valadés Ríos

 <https://orcid.org/0000-0002-5551-4266>

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Correo electrónico: valades@servidor.unam.mx

Recepción: 25 de abril de 2024 | **Aceptación:** 7 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.19061>

Resumen: El poder político lleva milenios siendo estudiado; y seguirá estudiándose porque es un fenómeno social cuya fluidez hace que de continuo ofrezca elementos para su análisis. Como expresión de fuerza y como capacidad para imponer conductas, el poder es un hecho social presente en todos los grupos humanos. Su regulación germinal corresponde a las primeras formas de organización; cuando los detentadores del poder adoptaron regularidades elementales, comenzó a darse lo que se identifica como Estado arcaico. Este ensayo atañe a las diferentes formas de entender el poder que tienen relevancia para el ordenamiento constitucional.

Palabras clave: Constitución, derecho, gobierno, poder.

Abstract: Political power has been studied for millennia. It will continue to be so because it is a social phenomenon whose fluidity means that it continually offers elements for analysis. As an expression of strength and as the ability to impose behavior, power is a social fact present in all human groups. Its germinal regulation corresponds to the first forms of organization; When those in power adopted elementary regularities, the archaic State began to occur. This essay concerns the different ways of understanding power that are relevant to the constitutional order.

Keywords: Constitution, law, government, power.

Sumario: I. *Introducción.* II. *La práctica del poder.* III. *La apariencia del poder.* IV. *Constitucionalismo y poder.* V. *Taxonomía del poder.* VI. *Poder e hybris.* VII. *Enfermedad en el poder.* VIII. *Factores reales de poder.* IX. *Otros actores del poder.* X. *Poder, autoridad e influencia.* XI. *Autoritarismo.* XII. *Carácter polisémico de poder.* XIII. *Poder y contrapoder.* XIV. *Dimensión transnacional del poder.* XV. *Cratología.* XVI. *Contenido del poder.* XVII. *Conclusiones.* XVIII. *Referencias.*

I. Introducción

La Constitución es un instrumento para racionalizar el fenómeno del poder estatal, cuya complejidad no permite encuadrarlo sólo a través de reglas de organización y funcionamiento. Las relaciones entre norma y poder implican una multiplicidad de interacciones y la forma como se articulen determina el régimen de gobierno. En este ensayo presento un panorama acerca de algunas de las expresiones del poder contemporáneo que inciden en la configuración del ordenamiento. La normativa constitucional acentúa, mitiga o dificulta determinadas expresiones del poder. Abordo diferentes aspectos, iniciando con la práctica del poder, y concluyendo con la enunciación de algunos de sus contenidos. No es un ejercicio enciclopédico, por lo que seleccioné algunos de los aspectos que considero más relevantes para el constitucionalismo contemporáneo.

II. La práctica del poder

Los problemas prácticos del ejercicio del poder fueron advertidos con claridad desde el mundo clásico. Sócrates decía que “reyes y gobernantes no son precisamente los que llevan cetro ni los que, por azar, fueron elegidos por la mayoría, o favorecidos por la suerte o que hayan usurpado el poder por la violencia o por la astucia, sino los que saben mandar. [...] es propio del gobernante impartir órdenes sobre lo que es útil para la práctica, y propio del súbdito obedecerlas” (Jenofonte, 1993).

Si bien se identifica al poder con la capacidad de imponer conductas a terceros, en la práctica el poder tiene también otros objetivos y procedimientos que no están regulados ni atienden al deber ser. En la puridad del constitucionalismo un ejercicio razonable del poder se caracteriza por la formulación de reglas, siguiendo los procedimientos vigentes que las legitiman; por aplicarlas sin exceso ni defecto, y por dirimir conflictos sujetándose a normas basadas en los principios de justicia y equidad que nutren al constitucionalismo. Además de regular, juzgar y administrar a través de normas que ordenan, permiten, prohíben y premian, el poder político se proyecta hacia la sociedad con efectos secundarios que pueden transgredir el ordena-

miento, para cuyo caso por lo general hay remedios previstos por la propia norma, pero hay una diversidad de formas de incidir en la conducta de terceros que no son sólo las de contenido coercitivo. Por ejemplo, la acción política no regulada ni sancionada confiere a los titulares del poder la oportunidad de amenazar, atraer, cooptar, doblegar, hostilizar, inhibir, persuadir o seducir a terceros. Para esto el poder político no tiene que utilizar sus facultades legales sino sólo aplicar la fuerza que le confiere su posición preeminente.

III. La apariencia del poder

Uno de los grandes problemas para construir y operar instituciones políticas, que son la esencia del poder, consiste en las concesiones para ofrecer una apariencia democrática. La democracia es un concepto polimorfo que se utiliza con fines contrapuestos y que lo mismo da lugar a que se le aborde con la mayor objetividad posible mediante la observación y sistematización científica de sus contenidos, o que se le manipule con la subjetividad propia de la demagogia. Hay una miríada de concepciones que componen un abanico de opciones, que van del candor que atribuye a la democracia efectos taumaturgicos, al rigor, que le entiende como la menos mala de las formas de organizar, ejercer y controlar el poder. Fue en este sentido que Churchill recordó una expresión de origen impreciso cuando señaló: “se ha dicho que la democracia es la peor forma de gobierno, excepto todas las demás que ha sido intentadas a través del tiempo” (Churchill, 1947).¹ La democracia está lejos de significar lo que en todos los casos se le atribuye. La transferencia del poder al pueblo es un constructo; ni siquiera las instituciones de la democracia directa evitan la formación de élites que apelan al electorado como una forma para encumbrarse en el poder y ejercerlo en el supuesto nombre del pueblo.

¹ Se puede consultar en el *Hansard* de esa fecha. La frase, con ligeras modificaciones, se suele atribuir al estadista inglés, pero al indicar que “se ha dicho”, implica que tomó la referencia de una tercera persona, tal vez otro parlamentario, a quien no identifica.

IV. Constitucionalismo y poder

En el constitucionalismo es esencial preservar los mayores espacios posibles para las libertades, como base de la igualdad, la seguridad jurídica, la verdad y la justicia. El constitucionalismo contemporáneo cuenta con los instrumentos para mantener al poder político en los cauces de lo razonable. Para conseguirlo, en la organización y ejercicio del poder se deben aplicar las siguientes prevenciones: legitimarlo, distribuirlo, equilibrarlo, supervisarlo, limitarlo y controlarlo.

Legitimidad. Las formas de legitimación democrática están bien identificadas; sin embargo, no siempre son diseñadas con el cuidado necesario. El sistema electoral debe ser construido midiendo todos los efectos de su contenido. Por ejemplo, a veces se considera que la fuente de legitimidad está en la mayoría absoluta de los electores. La experiencia demuestra que es un error, pues a trueque de conseguirla se pulveriza a los partidos y se fuerza a los electores a votar por opciones secundarias, con las que no se identifica y a las que sólo acude para sortear un episodio electoral coyuntural. Esto desnaturaliza a los partidos, en detrimento de la confianza ciudadana.

Distribución. La separación de poderes es un elemento medular en el proceso evolutivo del constitucionalismo. Si bien su implantación fue influenciada por Montesquieu, conviene tener en cuenta que las bondades de distribuir el poder fueron valoradas desde la Antigüedad. En el libro VI de *Política*, Aristóteles hizo un extenso análisis de las funciones del poder público y de las razones por las cuales conviene mantenerlas separadas, haciéndolas parte de magistraturas diferentes. De esta manera, dijo, nadie sería depositario de la totalidad del poder ni podría hacer por sí solo todos los bienes ni causar todos los males.

La tensión entre distribuir y concentrar el poder es una constante histórica, y la distribución se ha convertido en una de las claves del constitucionalismo moderno y contemporáneo.

Equilibrio. La concentración del poder es una propensión atávica. Las pulsiones hegemónicas están presentes, siempre, en toda organización. El constitucionalismo es el mayor esfuerzo político que se haya hecho nunca para organizar y hacer funcionar al poder conforme a pautas previsibles, reguladas y razonables. Conforme a ese propósito, los sistemas políticos y la experiencia

muestran que la sola distribución de facultades no es suficiente. Las asimetrías, deliberadas o imprevistas, perturban la actividad institucional, por lo que es indispensable adoptar equilibrios entre los órganos y las funciones que les son asignadas, de manera que no se evite al máximo posible que haya predominios o bloqueos en el interior de las estructuras del Estado que mermen la eficacia del aparato del poder en perjuicio de la gobernabilidad.

Supervisión. El poder tiene por definición un componente jerárquico. De ahí que, para distribuirlo y ejercerlo, se tenga que contar con niveles superpuestos dentro de los mismos órganos y con estructuras laterales propias de otros órganos. La idea de supervisar al poder es sencilla de enunciar, pero no todas las actuaciones del poder son fáciles de identificar e individualizar. Así parezca un oxímoron, lo que se vuelve público del poder público es apenas un segmento de un quehacer cuya mayor parte se lleva a cabo en una zona umbrosa. Trasciende lo que interesa al poderoso o lo que no consigue evitar que aflore. Por lo mismo, la supervisión del poder requiere mecanismos que permitan acceder al menos a una parte de sus secretos. Las fuentes documentales son las más relevantes; también cuentan las testimoniales. Cada sistema tiene sus formas de tomar decisiones y de dejar constancia del proceso decisorio; varía asimismo el rigor para elaborar y resguardar la documentación correspondiente. Por estas razones, además del acceso a la información pública del que toda persona dispone en las sociedades abiertas, es indispensable adoptar al menos un par de medidas: atribuir facultades de investigación a las minorías parlamentarias de manera que dispongan del instrumental adecuado para indagar todo lo que resulte de relevancia institucional, y además instituir el derecho a la verdad por virtud del cual los titulares de los órganos del poder deban documentar sus decisiones.

Limitación. Además de evitar la concentración del poder y su ejercicio críptico, el Estado constitucional implica otras salvaguardias para su forma democrática. La limitación del poder político se produce por diversas vías entre las que sobresalen una temporalidad razonable en la titularidad de los órganos políticos y la menor discrecionalidad posible en cuanto a las decisiones.

El límite temporal está relacionado con los periodos electorales, de manera que incluso donde la reelección esté permitida, la ciudadanía disponga de la posibilidad de no refrendar el mandato. La lógica de los nombramientos vitalicios o por plazos largos que caracterizan a los integrantes de las cortes

de justicia se explica porque en su caso la temporalidad como salvaguardia opera en el sentido de garantizar su independencia, en tanto que los gobernantes y representantes deben someterse a evaluaciones periódicas por parte de los gobernados y representados. Los periodos de gobierno extensos o la reelección de los gobernantes carecen de justificación democrática en la medida misma en la que los límites se imponen a los electores.

Control. Las modalidades de control son muchas. Desde la perspectiva de quienes ejercen el control en un Estado constitucional, hay controles administrativo, jurisdiccional, político y social. Por lo que respecta al ámbito donde se llevan a cabo, hay controles intraorgánicos e interorgánicos. En lo que atañe a la interacción entre los órdenes del poder, los controles pueden ser verticales, si los agentes se encuentran en planos jurídicos diferenciados; u horizontales, si se relacionan de manera lateral.

La teoría del control está muy desarrollada, toda vez que uno de los enunciados básicos del constitucionalismo moderno consistió en que el poder debía controlar al poder. Esta es, por lo demás, una regularidad en el ejercicio del poder en tanto que no es posible la existencia de un poder absoluto, porque se liquidaría a sí mismo. Las instancias y procedimientos de control son una aportación del constitucionalismo; pero como fenómeno propio del poder siempre han existido resistencias o condiciones que, en cierta forma, funcionaban como un sistema de poderes y contrapoderes. Incluso en sus versiones más arcaicas, la hegemonía de los jefes tribales ha debido corresponder al menos con algún tipo de rito y contar con la asistencia de algún subordinado, a su vez detentador de una cuota mínima de poder.

Esos seis factores: legitimidad, distribución, equilibrio, supervisión, limitación y control, son el mínimo que un ordenamiento bien construido debe incluir para que el poder político funcione de la manera más razonable posible. Tales factores sólo son posibles donde el sistema de derechos fundamentales incluye el acceso al poder mediante sufragio universal, secreto, libre, directo e informado. Además, según el enfoque desde el cual se contemple el diseño constitucional, se incluirán otros elementos. Por ejemplo, si el diseño se hace con la perspectiva de la razón pública, se tendrán presentes los valores aceptados y practicados por la ciudadanía (Rawls, 2001, pp. 131 y ss.). En síntesis, los contenidos específicos de los factores mencionados deben ser afines con los objetivos procurados.

V. Taxonomía del poder

La taxonomía del poder permite la individualización de cada uno de sus componentes para efectos de análisis, pero el funcionamiento concierne a la integridad del conjunto. La fluidez del poder hace que en un mismo momento y en un mismo lugar coexistan elementos democráticos y autoritarios. Los titulares de los órganos del poder pueden derivar su legitimidad de un entramado de legalidad y carisma. Los tipos puros, identificados por Weber, lo son sólo para efectos de estudio pues los esquemas electorales de nuestro tiempo, todavía inexistentes durante la vida del sociólogo alemán, facilitan que “la devoción personal” por el “gran demagogo” (Weber, 2014, p. 1390) se exprese a través de procedimientos regulados, libres, democráticos.

El Estado puede ejercer de manera simultánea el monopolio de la coacción legítima y practicar la coerción ilegal. Aquí surge un dilema existencial para el constitucionalismo pues el ordenamiento se ve atrapado por realidades excluyentes en el ejercicio del poder. Cuando se da la ruptura del orden constitucional, el problema se simplifica pues quien perpetra ese golpe queda excluido del sistema; pero lo que se presenta en numerosos casos es que la suma de incidencias autoritarias no son lo bastante contundentes para que se registre esa fractura constitucional, y coexisten con otras acciones relacionadas con el desempeño autorizado del poder.

En un sistema electoral libre, abierto, plural y competitivo los contendientes pueden ser y declararse adversarios de la democracia y, no obstante, concurren al proceso para obtener un poder legítimo desde el que atentan contra la democracia. En estos casos se abre un flanco vulnerable en el constitucionalismo cuya remediación se dificulta cuando no existen medios eficaces de control político al alcance de las minorías parlamentarias, como son las acciones de investigación y las mociones de censura, que aun siendo rechazadas por la mayoría sirven para alimentar el debate democrático y alertar a la sociedad. También es relevante la presencia de una judicatura competente e independiente, que preserve el ejercicio de los derechos fundamentales, para que así puedan operar los controles sociales, como los que desempeñan los intelectuales, los medios de comunicación, las organizaciones sociales y profesionales, por ejemplo.

VI. Poder e *hybris*²

La lucha por el poder es en extremo compleja. Entre sus móviles convencionales están los ideológicos y los programáticos, pero estos se entremezclan con intereses, afán de prestigio o de riqueza, e incluso con patologías personales. La lucha llega al paroxismo cuando ese tejido de motivos impide distinguir entre lo lícito en un sistema democrático, el pluralismo, y lo subyacente, lo que se oculta bajo la apariencia de una posición política tutelada por las libertades. Eso sucede cuando el desequilibrio emocional afecta a los gobernantes.

Para determinar lo más cercanamente posible los estados emocionales de los protagonistas del poder son de utilidad los relatos personales y testimoniales. En las culturas políticas donde se habitúa llevar diarios o notas personales para documentar reuniones de trabajo, es posible disponer de materiales que, cotejados, permiten alcanzar cierto grado de certidumbre acerca de las razones aducidas e incluso de las palabras pronunciadas al tomarse decisiones. Esta práctica permite a los biógrafos e historiadores reconstruir escenarios políticos relevantes. Heródoto y Tucídides, dos historiadores de la Antigüedad, fueron testigos de muchos de los hechos que relataron; Julio César hizo otro tanto con su *Guerra de las Galias*. Las relaciones de Antonio Pérez exhibieron la crueldad de Felipe II, de quien fue secretario; los *Diarios* de Samuel Pepys, parlamentario y alto cargo real, publicados un siglo después de su fallecimiento, dejan ver la intimidad de la corte de James II, el último monarca católico, en las cercanías de la Revolución Gloriosa; las *Memorias de ultratumba*, de René de Chateaubriand, son un documento literario y político excepcional para entrar a los salones de la restauración. Estos son sólo ejemplos eminentes de ese gran género literario que ayuda a navegar por los meandros del poder; en nuestro tiempo los ejemplos se pueden multiplicar, sobre todo en Europa occidental y en Estados Unidos. Una obra de particular importancia, por ejemplo, es la historia de la Segunda Guerra Mundial de Winston Churchill, en cuyos seis robustos volúmenes se transcriben, en-

² *Hybris* o *hubris* no son voces muy usadas en español. Utilizo la grafía *hybris* porque así aparece registrada por Manuel Seco (1999, vol. II, p. 2540) con el significado de “orgullo”, con la marca “raro”.

tre otros documentos, los comunicados entonces secretos cruzados entre él, Franklin D. Roosevelt y Joseph Stalin. En textos de esa naturaleza fluye la espontaneidad y dejan ver las interioridades del poder.

En esas confidencias se puede advertir una de las dolencias que a veces afectan a los detentadores del poder; la que en el mundo clásico se conoció como *hybris* (ὕβρις). Esta voz fue utilizada para denotar arrogancia, desenfreno, ofensa de los derechos de los demás, espíritu dominante, agresividad por parte del poderoso.³ Merced a la nocividad de la *hybris*, Eurípides explicó la derrota de Jerjes a manos de los griegos en Salamina, batalla en la que el poeta también combatió.⁴ En la Grecia clásica *hybris* era una patología caracterizada por la insaciabilidad del apetito de poder (Jaeger, 1978, p. 238).

Los poderosos de nuestro tiempo no siempre se sustraen a incidir en esa *hybris*, que encuentra refugio en las libertades y en el pluralismo, introduciendo un factor más de distorsión en el proceso del poder público. En la operación de las instituciones lo subjetivo cuenta. El talante de una persona con poder se deja sentir en la orientación de las instituciones. Se puede ser ríjoso o conciliador; voraz o mesurado; esforzado o indolente; empático o indiferente. Se puede tener vocación democrática o despótica; se puede estar sano y enfermar al contacto con el poder. Las combinaciones son tantas como las personalidades de quienes desempeñan altos cargos. Las salvaguardias institucionales tienen que estar construidas para potenciar las virtudes y atenuar las perturbaciones de los protagonistas. No todos los caracteres están hechos para resistir la presión, el halago, el deslumbramiento o la seducción de los excesos.

VII. Enfermedad en el poder

La gestión del demagogo es predecible antes de que arribe al poder; pero hay otros personajes que actúan conforme a una conducta estándar y el contacto con el poder modifica su forma de actuar. A veces, por ejemplo, acentúa

³ Homero, *Odisea*, I-368; IV-321 y IV-627, por ejemplo.

⁴ La sombra de Darío, hablando desde ultratumba, acusa a su hijo Jerjes de haber dilapidado su herencia por padecer ese grave mal: “Florece la *hybris* / y trae como fruto la ceguera / cuya cosecha es rica en lágrimas” (Esquilo, 820).

su propensión por el consumo de alcohol o de otras sustancias, o desarrollan padecimientos que afectan sus facultades intelectivas. A manera de ejemplo, Woodrow Wilson sufrió episodios circulatorios que modificaron algunos aspectos de su personalidad y, en una fase grave, también mermaron su excepcional capacidad oratoria. Los efectos de ese padecimiento, ocultado por su médico y su esposa, pudieron ocasionar que fracasara el trámite en el Senado para aprobar el tratado de la Sociedad de las Naciones. Es posible que los equívocos en la negociación del tratado se hayan debido a los padecimientos circulatorios y neurológicos del presidente estadounidense, con las consecuencias adversas para la paz que condujeron al segundo gran conflicto mundial del siglo XX.⁵

Wilson llegó a la presidencia de Estados Unidos antecedido por una carrera brillante en la que hizo numerosas aportaciones a las ciencias sociales, como profesor, escritor y dirigente académico. Ya en el poder aparecieron síntomas que llamaron la atención de su círculo, y un colaborador cercano, el embajador Bullitt, convenció a Freud para hacer un estudio psicológico del presidente. El texto fue publicado en 1966, casi treinta años después de la muerte del científico y apenas unos meses antes de que falleciera el diplomático.⁶ En 2023 Weil dio a conocer numerosos fragmentos inéditos.

Según Freud y Bullitt (1973, p. 208), los signos de neurosis de Wilson aparecieron en 1919, mientras discutía con los primeros ministros George Clemenceau y David Lloyd George los términos del Tratado de Versalles y de la Liga de las Naciones. Con la formación de esta Liga, Wilson aspiraba a ser el constructor de una paz perpetua. Cuando regresó a Estados Unidos, encontró en el Senado una resistencia del Partido Republicano con respecto al posible compromiso de que Estados Unidos se involucrara en los potenciales conflictos bélicos europeos del futuro, sin la aprobación del Congreso. Con este motivo, el senador Henry Cabot Lodge propuso una reserva en el sentido de que la eventual participación estadounidense en una lucha armada estaría sujeta a cumplir con lo dispuesto por la Constitución. Wilson se negó, aduciendo que eso estaba sobreentendido (Weil, 2023, p. 23 y ss.). La reserva

⁵ El interés por el estudio de este tema ha resurgido. Para un examen detallado, véase Rebecca Boggs (2023) y Patrick Weil (2023).

⁶ Hay edición en español, *El presidente Thomas Woodrow Wilson: un estudio psicológico*.

era muy razonable y habría permitido a Estados Unidos participar en la Sociedad. La negativa presidencial tuvo mucho de enigmático.

Una de las funciones del constitucionalismo es adoptar disposiciones para que las instituciones superen el riesgo, siempre presente, de que las tensiones que generan las luchas por el poder y en el poder quebranten el ordenamiento. De ahí la relevancia de que la norma constitucional regule el ejercicio del poder en términos tales que los gobernados tengan la certidumbre de sus derechos ante el poder, y que los gobernantes puedan resolver entre sí las contradicciones y las divergencias ocasionadas por el poder. Las constituciones regulan procesos muy dinámicos y no siempre armoniosos. Los actores públicos disponen de fuerza real para dañar. El rumbo de las instituciones está expuesto a presiones intensas. La vida pública depende de múltiples vicisitudes.

VIII. Factores reales de poder

En un par de célebres conferencias pronunciadas en abril y agosto de 1862 ante círculos obreros, Lassalle (2012) construyó una teoría sociológica de la Constitución, identificando como autores de la norma suprema a los factores reales del poder. Al aludir a un concepto formal de Constitución, como “la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del derecho público de la nación”, señaló que con eso se alude a la formación de la norma, pero no al ser de la norma (Lassalle, 2012, p. 67). Mucho después, Loewenstein resolvió este problema mediante su clasificación ontológica de las constituciones. En la definición de las constituciones actúan los “factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad”, como la fuerza “activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas”. Entre esos factores Lassalle incluyó a la monarquía, la aristocracia, la gran burguesía, los militares, los pequeños banqueros, la pequeña burguesía y la clase obrera. En este punto es en el que reside la argumentación de Lassalle, con la que también dio las bases de la doctrina socialdemócrata. Al inquirir acerca de qué sucedería si algunos de esos factores se aliaran para privar de sus derechos a la pequeña burguesía y a la clase obrera, respondía que estos también son un fragmento de la Constitución y que, llegado el caso, actuarían solidarios en un frente común para defender sus libertades. “Nos

dejaremos matar” antes que consentir la pérdida de las libertades, decía Lassalle (2012, p. 68).

A diferencia de K. Marx, que durante mucho tiempo fue amigo suyo, Lassalle no aceptaba la lucha de clases como solución; él se decantaba por el parlamentarismo, la democracia, y el sistema electoral abierto y plural. Fue por esto por lo que Lenin, en diferentes escritos, lo tildó como socialista burgués. Para Bernstein (1982, pp. 194, 199, 204, 213, 225), en cambio, fue objeto de referencias frecuentes y encomiásticas.

Si la Constitución organiza al poder, y esta, a su vez, es un producto de los factores de poder, significa que el poder se autorregula. En cierta forma, esta concepción lasaliana anticipa la identidad entre Estado y derecho, así como la intuición de una configuración policéntrica del poder que sería entendida y sistematizada mucho después por Dahl. Con la expresión *poliarquía*, Dahl alude al conjunto de procesos sociales que caracterizan la democracia, con lo que amplió la visión de los solos pesos y contrapesos de Filadelfia. Además, introdujo una perspectiva innovadora de lo que Lassalle llamaba “factores reales de poder” al admitir la presencia de una diversidad de grupos con poder político. Para Dahl (1993, p. 23) la democracia se consigue cuando, luego de transitar de un sistema hegemónico a uno oligárquico competitivo, se avanza hacia una poliarquía inclusiva. Esta evolución hacia la poliarquía debe ir acompañada por un incremento en la autoridad “de las instituciones políticas sensibles” a los nuevos intereses (Dahl, 1993, p. 197). Gobiernos y congresos adquieren una dimensión diferente en un sistema abierto en contraste con uno cerrado, por lo que la configuración al completo del poder debe ponerse en sintonía con el pluralismo.

La poliarquía sugiere una participación diversificada en el poder. Su secuencia, por consiguiente, es que surja una *policracia*. Esto significa que los centros de poder tienden a multiplicarse. La composición de cada palabra, *arkhê* (origen) y *kratos* (poder), permite construir dos conceptos complementarios. La policracia facilita acomodar la tesis de Lassalle en un horizonte democrático, máxime que ayuda a sortear el problema de la concentración del poder. Esto no implica una fragmentación del poder estatal; por lo contrario, el Estado es un orden jurídico, y este orden incluye a todos los integrantes del pueblo soberano que habitan un espacio determinado.

IX. Otros actores del poder

En mi estudio sobre el control del poder (Valadés, 1998) apunté la emergencia de un Estado intangible. Aunque implica una licencia semántica, toda vez que el Estado sólo es uno, algunas potestades coercitivas se han ido diversificando en la sociedad contemporánea por vías variadas y son ejercidas de manera legítima e ilegítima, en ambos casos eficaz. El Estado intangible no equivale a los grupos de presión, como organizaciones que influyen, o pretenden hacerlo, en las políticas del Estado; ni a los grupos de interés, como asociaciones formales o informales con objeto de conseguir un objetivo determinado en la relación con el Estado. Además de estas expresiones, existen organizaciones legales que llevan a cabo servicios públicos y que imponen sus condiciones al Estado y a los gobernados. En este caso los ejemplos abundan. A raíz de las decisiones políticas para reducir la presencia estatal en la actividad económica, como las protagonizadas por el thatcherismo británico, numerosos servicios públicos fueron reintegrados a los particulares. Aunque los títulos de concesión son otorgados por el Estado, en muchos casos las asimetrías entre el prestador del servicio y el Estado sin tales, que quien se ve obligado a aceptar las condiciones del concesionario es el concedente. Hay empresas transnacionales cuyo capital es superior al producto nacional de los estados con los que contratan, de manera que son ellas quienes dictan los términos en los que están dispuestos a operar. En otros casos puede no darse una desproporción tan ostensible, pero las condiciones de exclusividad o el contexto en el que se presta un servicio dan lugar a que el concesionario actúe en los márgenes de las reglas, y que incluso ejerza actos que ponen en riesgo la prestación del servicio (eléctrico, de agua, de trasporte, etcétera) a cambio de modificaciones tarifarias o de la extensión de los términos del contrato.

También en las áreas de seguridad está presente la acción privada, no siempre en términos de sujeción a las políticas del Estado. Sucede así con los servicios de vigilancia aduanera, portuaria, aeroportuaria, de instalaciones públicas o en la administración de reclusorios, por ejemplo. Como casos elocuentes extremos se tienen las nuevas modalidades mercenarias, como las que ejemplifican las fuerzas Wagner y Blackwater, pero existen decenas de empresas que reclutan a exmilitares, expolicías e incluso a personas de ori-

gen menos identificable, les proporcionan adiestramiento de combate y les proveen de armamento ultramoderno, para luego actuar por cuenta y orden de estados que no desean involucrar a sus tropas o que llevan a cabo acciones combinadas de tropas regulares y mercenarias.

Desde que planteé en 1998 esa presencia de un Estado intangible a la fecha han aparecido otros fenómenos. A pesar de su intangibilidad, esas modalidades de la acción estatal están reguladas; sin embargo, en los estados donde sus condiciones de gobernabilidad entran en déficit no se registra la presencia de un Estado intangible, sino de anomía, que es un fenómeno diferente. En estos casos el ordenamiento experimenta tensiones máximas originadas por la incapacidad de una respuesta articulada de las instituciones. Casos como estos se registran donde, por razones estructurales, como la ausencia de instrumentos adecuados, o coyunturales, como la ineptitud de los titulares de las instituciones, el aparato estatal deja de dar las respuestas que las crisis exigen.

En cambio, hay otro tipo de circunstancias patológicas que afectan la vida del Estado y comienzan a dar lugar a otro tipo de intangibilidad estatal. La presencia de organizaciones delincuenciales tiene diferentes expresiones según sea la posición del Estado. Las acciones del poder pueden tener éxito o pueden fracasar por falta de recursos organizativos, técnicos o de otro orden. En este caso, la gravedad del problema consiste en que las instituciones no tenían o habían visto menguada su capacidad de respuesta. Esto tiene solución mediante acciones de recuperación institucional. Hay un caso aún más complejo: que el fracaso ante el embate delictivo se deba a que las estructuras del poder no dieron respuestas adecuadas por incapacidad, por temor o por connivencia. Sea cual fuere la causa, o la combinación de causas, el hecho denota una corrupción intrínseca en el sistema.

En México se registra una situación que la retórica oficial ya no puede ocultar. Las organizaciones delincuenciales crecen cada año y, según datos difíciles de corroborar, sus efectivos alcanzan cifras muy significativas, con tasas elevadas de crecimiento anual merced a varios factores: reclutamiento forzado de jóvenes, en especial en comunidades rurales y en circuitos urbanos marginados; adhesión espontánea motivada por el atractivo del éxito económico súbito; emulación, en la que influye una cultura popular que enaltece a las figuras emblemáticas de la delincuencia; propensión a la violencia, afán

de notoriedad, y muchos otros factores que estudian la antropología social, la sociología, la psicología social y la criminología.

X. Poder, autoridad e influencia

La distinción entre autoridad (*auctoritas*), en el sentido de contar con conocimientos reconocidos de manera general, y poder (*potestas*), en cuanto que se dispone de atribuciones públicas a las que se obedece, encuentra su génesis en la Roma republicana y no hay indicios de que cuente con precedentes griegos (Domingo, 1999, p. 14). Sus implicaciones constitucionales consistían en que el derecho era el conjunto de principios contenidos en las obras elaboradas por los juristas con autoridad reconocida, en tanto que la ley era la regla específica dictada por los magistrados en ejercicio de facultades (Domingo, 1999, p. 29 y ss.). Un buen ejemplo de la distinción la ofrecen los códigos Teodosiano, que recopila y sistematiza leyes y decretos de los emperadores emitidos entre 313 y 438, y el de Justiniano, de 529, que hace otro tanto, y el Digesto, también de Justiniano, de 533, que compila la doctrina de los jurisconsultos.

Autoridad y poder siguen siendo formas diferenciadas de aludir al ejercicio de tareas de relevancia pública. Los juristas de nuestro tiempo no son considerados autoridad para efectos de formular enunciados vinculantes, y su autoridad se asocia al prestigio por la obra realizada, a su reputación personal, a su capacidad intelectual y de trabajo, a la independencia de su criterio y a la objetividad de sus juicios. En este caso la autoridad consiste en emitir opiniones con cierto efecto en la opinión pública y en algunas personas que desde sus cargos públicos mantienen cierta receptividad.

Se ha extendido el uso de la voz *autoridad* para referirse a personas que ejercen un cargo y, en general, a corporaciones públicas; de ahí que haya autoridades especializadas (centrales, civiles, eclesiásticas, fiscales, judiciales, hacendarias, militares, portuarias, etcétera). También se aplica a las denominadas “altas autoridades”, para significar una posición jerárquica especialmente encumbrada. Otra acepción equipara autoridad con potestad, facultad, función u órgano. Esta dirección tiende a equiparar autoridad con poder desde la perspectiva del desempeño de una tarea pública.

En 1967 Friedrich publicó sus lecciones en Harvard, donde subrayaba que la distinción entre autoridad y poder es una de las claves de la ciencia política contemporánea. Señalaba también que la influencia es “poder oculto” (Friedrich, 1967, p. 124). El tiempo le ha dado la razón. La influencia no es poder ni autoridad; es un género intermedio. La definición de Friedrich resulta funcional. Con un abordamiento aún más preciso, Luhmann caracterizó la influencia como “una orientación significativa compartida”, cuyo objeto es “provocar no solamente la experiencia, sino también la acción”. El polímita alemán agrega la distinción entre autoridad, que ejerce una “influencia temporalmente generalizada”, y liderazgo, que corresponde a una “influencia circunstancialmente generalizada” (Luhmann, 1995, p. 105 y ss.).

La voz *influencia* en el sentido vigente inicia, en casi todas las lenguas, en la Edad Moderna. Tiene ciertos trasuntos de asociación con las predicciones astrológicas de la Edad Media tardía. Las derivaciones de la voz latina *influo* estaban vinculadas con *fluir*, como los ríos; con la riqueza (de ahí *afluencia*, en el sentido de abundancia), y sólo de manera ocasional con producir efectos en el ánimo de las personas. Es en este sentido que Cicerón decía: “Coincido con Platón que creía que nada influye tanto en los ánimos tiernos y delicados como la música”.⁷ En la actualidad, la palabra *influir* ha adquirido una dimensión excepcional. De suerte que a los viejos conceptos de autoridad y poder puede añadirse el de influencia; no en el sentido de mantener una relación personal con alguna persona, sino en el de generar corrientes de opinión que tienen efecto en la elección de cargos públicos o en las decisiones públicas.

XI. Autoritarismo

Un fenómeno lingüístico significativo consiste en que el desbordamiento del poder es calificado como *autoritarismo*, es decir, como un exceso en el ejercicio de la autoridad. Resultó más sencillo derivar la denominación de esa pa-

⁷ “*Adsientor enim Platoni, nihil tam facile in animos teneros atque molles influere quam varios canendi sonos...*” (Cicerón, *Leyes*, II.38).

tología de la palabra *autoridad* que de *poder*, que habría dado *poderismo* u otras expresiones análogas.

La trayectoria de las voces *autoritario* y *autoritarismo*, a la que se puede añadir *autoritarista*, todavía no registrada en los lexicones de la Asociación de Academias de la Lengua Española, nos ofrecen un panorama acerca de cómo ha cambiado, en un sentido negativo, el antiguo concepto de autoridad.

Aunque el concepto jurídico político es polisémico, en términos generales el adjetivo *autoritario* y el sustantivo *autoritarismo* se entienden como un régimen en el que prevalece la voluntad de quien ejerce un poder muy concentrado y arbitrario.

A su vez *poder*, como concepto y como fenómeno, lleva siglos de debate. La sustantivación del verbo poder se produjo en francés antes que en las demás lenguas europeas. Hay registros de *podir*, en el sentido de una facultad para obligar a otro, desde el año 842. En el siglo XII ya se aplicaba en francés a la autoridad del gobierno (Rey, 2006), y en el XIII en inglés (Oxford English Dictionary, s. f.). En español el primer registro de sustantivación es de la misma época, aunque todavía no en el sentido de político de mando o imperio sino en el de posesión (Corominas, 1970).⁸ El caso más llamativo aparece en el siglo XIII, cuando el poeta toscano Chiaro Davanzati (1965, XXI, 15), amigo de Dante, escribe un verso según el cual “el nombre de rey no vale sin poder” (“*Nome di re non val senza podere*”).⁹ Sin duda fue una inferencia circunstancial, pero denota que, en la época que escribía, esa acepción tal vez no fuera corriente aunque comenzaba a usarse.

XII. Carácter polisémico de *poder*

Para identificar los alcances del gobierno constitucional es necesario desdoblarse los pliegues del poder, pues en cada uno de ellos se localiza una reserva de energía cuyos efectos contribuyen a un mejor o peor desempeño de quie-

⁸ Estas primeras referencias aparecen en *Cantar de Mio Cid* (2011, pp. 33 y 208). El poema dice en el verso 486 “el castillo dexó en so poder”, y en el 3535 indica “ellos son en poder del rey”.

⁹ De acuerdo con Salvatore Battaglia (1966, p. 1118), en este caso la palabra *podere* fue usada en el sentido de poder político asociado a la coerción.

nes ejercen funciones gubernativas. Ese desempeño se proyecta en la promoción y observación de los derechos fundamentales, o en su afectación, así como en la calidad y la eficacia del gobierno. Por esto conviene recurrir a los hallazgos conceptuales acerca del poder político llevados a cabo con diferentes métodos de observación.

Por la complejidad del fenómeno, el análisis de los contenidos y del funcionamiento del poder exige de múltiples miradas metodológicas. El poder contiene una miríada de elementos que sólo pueden ser desentrañados merced a un ejercicio analítico muy versátil. Además, por su carácter proteico muchos de esos elementos presentes hoy, no lo estaban en el pasado; y a la inversa, muchas de sus especificidades corresponden a etapas superadas y no figuran en el elenco de contenidos actuales. Proceder a esa identificación no es una tarea sencilla. En mi caso, tampoco es un objetivo de este estudio. Aquí me interesa subrayar apenas algunos rasgos relevantes para el mejor diseño del gobierno constitucional contemporáneo.

Maquiavelo fue el primer tratadista moderno que abordó los procesos del poder político; empero, no empleó la voz *poder*. En su extensa obra utilizó las palabras *potentato*, *potente* y *potenza*, pero no *potere* ni *podere*. En 1576 Bodino aludía a *puissance* (potencia) que se volvía absoluta, soberana y perpetua cuando alguien disponía de los bienes, de las personas “y de todo el Estado a su placer” (Bodin, 1986, p. 187). En cambio, Grocio, en su célebre *De iure belli ac pacis*, publicada en 1625, ya distinguía diversos tipos de poder: de los monarcas, de los nobles, del Estado y del pueblo, en este caso como parte de un gobierno republicano (Grocio, 2005, p. 133).

El primer gran tratado que de manera expresa versa sobre el poder se debe a Hobbes (1651). El título completo de su obra más influyente es: *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Al ser prohibida la reedición de la obra en Inglaterra, en 1668 aparece la edición latina en Ámsterdam; y en 1683, ya fallecido el autor, sus obras *Leviatán* y *El ciudadano* (*De cive*) son quemadas en Oxford. *El ciudadano* es anterior a *Leviatán*; su primera edición apareció en 1642. Ahí formula su primera teoría del contrato (utiliza de manera indistinta *contractus* y *pactum*) (Hobbes, *De cive*, II, 9 y 10) y *societas contracta* (Hobbes, *De cive*, V, 5) como origen y fundamento del poder político. Incluso formuló una fuerte crítica a la doctrina de que “el poder

supremo se puede dividir”, argumentando que la potestad civil, que incluye la fiscalidad, no puede compartirse (Hobbes, *De cive*, XII, 5).

El cúmulo de obras donde se indaga acerca de su contenido ya ha dado material para tratados. Para los efectos de esta monografía me interesa identificar algunas de sus características más relevantes, que permitan ubicar la dinámica del gobierno constitucional de nuestro tiempo. Para tener un horizonte extenso y una visión clara, que permita advertir los desafíos crecientes para el diseño de las instituciones políticas, es necesario contar asimismo con aportaciones complementarias del universo jurídico.

El monumental tratado de ciencia política de Burdeau es, en esencia, un gran tratado de teoría constitucional. La obra se basa en la tesis de que el poder político es a la vez un fenómeno social y jurídico. El primero de los diez volúmenes está dedicado a ese poder, cuya función es enunciada de manera categórica: “la función del poder es crear el derecho”. Esta es la perspectiva que recorre todo el tratado, para lo cual Burdeau (1966, p. 545 y ss.) contrasta el dualismo que distingue las esferas separadas del derecho y del poder, y la que él mismo sustenta en el sentido de la integración de uno y otro.¹⁰ Sus argumentos descansan en consideraciones lógicas y empíricas, y muestra que sin poder coercitivo la norma carece de validez, mientras que el poder sin derecho es una mera expresión de fuerza ajena a la organización de una sociedad. Con este mismo criterio rechaza la teoría contractual, aduciendo que el contractualismo es la exaltación del individualismo, en tanto que cada individuo se convierte en una parte del contrato. Desde su perspectiva, la sociedad política se caracteriza por la adhesión a los objetivos comunes y se traduce en lo que denomina “sentimiento de comunidad” (Burdeau, 1966, p. 79 y ss.). Esta es una parte débil de la teoría de Burdeau, ya que no explica cómo se forma esa comunidad a la que cada individuo se suma antes de que se dé la adhesión; a menos que se tratara de un acto instantáneo y simultáneo, lo que resulta tan ajeno a la realidad histórica como el pacto o contrato societario. La postura anti contractualista de Burdeau nada agrega a su concepto del poder y el derecho como unidad; y sí, en cambio, prescinde

¹⁰ El décimo volumen del tratado apareció en 1986, dos años antes de la muerte de su autor, y se refiere a la “revuelta de los colonizados”. Los nueve primeros tomos, donde se encuentra la médula de su pensamiento, fueron publicados entre 1966 y 1976.

del contractualismo como un constructo que sirve para diseñar los controles que el poder se impone a sí mismo, cuando otorga derechos y garantías a sus destinatarios, y cuando articula mecanismos generadores de equilibrios institucionales y de controles jurisdiccionales y políticos. Para profundizar en el concepto de poder, que Burdeau (1942) había abordado casi al inicio de su vida académica un año después de publicado el tratado,¹¹ colegas y discípulos suyos publicaron un robusto volumen en homenaje suyo, con el título de *Poder* (Burdeau, 1977).¹²

En 1942 Ferrero publicó la misma obra con títulos diferentes en inglés y en francés (Ferrero, 1942). La versión original fue escrita en francés; sin embargo, su publicación en Nueva York se debió a que, en plena guerra mundial y muy crítica con el totalitarismo, no hubo editor en Francia ni en algún otro país europeo. No obstante, Ferrero deseaba ser leído en su continente. El subtítulo en francés es con el que se ha difundido en mayor medida en español: “los genios invisibles de la ciudad”. Más que un estudio acerca del poder como fenómeno, es un examen de la legitimidad del poder a través de la historia, que resulta de utilidad especial cuando se indaga acerca de sus fundamentos democráticos. Otra perspectiva histórica es la Rosinski, historiador militar, quien ve al poder en términos de relaciones internacionales basadas en la civilización industrial, el avance tecnológico y la fuerza armada (Rosinski, 1967, p. 282).

Entre los enfoques sociológicos más recientes, además de la monumental obra de Luhmann, descuellan los trabajos de Popitz (2019, p. 250), quien hace una revisión crítica de los conceptos del poder, y Lukes (2022, p. 244), cuya teoría tridimensional del poder (decidir, fijar la agenda y orientar o influir) alude a las cuestiones que están en el centro del debate contemporáneo.

Habermas profundizó en el concepto de soberanía popular para identificarlo como una forma de relación entre gobernados y gobernantes, con lo que ofrece una nueva base al constitucionalismo democrático. Una derivación de la soberanía popular consiste en distinguir entre el poder social y el

¹¹ La versión enriquecida de esta obra se convirtió, en 1966, en el volumen inicial de su tratado.

¹² Las numerosas contribuciones que aparecen en esta obra abarcan teoría del Estado y del derecho, derecho constitucional francés y comparado, derecho administrativo, derecho internacional e historia de las ideas políticas.

poder estatal, que en este caso se concreta al poder gubernativo. Por eso Habermas (1996, p. 168 y ss.) es categórico al afirmar que conforme al principio de soberanía popular “toda la autoridad gubernamental deriva del pueblo”, y que es el poder comunicativo quien genera la ley, la que a su vez se convierte en poder administrativo. Con apoyo en esta perspectiva se puede concluir que la obediencia del gobernado a la ley está vinculada a la obediencia del gobernante a la ley y, en tanto que el poder originario está en el pueblo, la ley es elaborada por los representantes directos del gobernado, por lo que cuando el pueblo obedece a la ley, en realidad se obedece a sí mismo. Aquí el poder adquiere una dimensión separada de la coerción, lo que explica la adhesión espontánea a la norma por parte del gobernado pues, en el concepto de Habermas, es el verdadero gobernante. El acatamiento espontáneo sería una expresión de la acción comunicativa que fluye entre el detentador y el destinatario del poder. Podemos asumir además que esa interacción se complejiza en función de las variantes que tiene cada código de comunicación; de esta manera, el poder produce una miríada de efectos indirectos, además de los que resultan de las decisiones específicas que adoptan sus detentadores.

La propuesta habermasiana es una teoría abarcadora de la norma y la democracia que ha dado lugar a numerosas reflexiones, y lo seguirá haciendo; lo que confirma que el concepto de poder se enriquece por la doctrina. Así ocurre, como un ejemplo adicional, con Foucault, quien descubrió nuevas claves para desentrañar los contenidos del poder político.

Foucault abordó extensamente múltiples aspectos del poder. Para los efectos de este estudio me interesa en especial el énfasis que pone en el carácter relacional de la política (Foucault, 1997, pp. 150 y ss.), que resulta de utilidad para el diseño de las instituciones democráticas donde se supere la posición jerarquizada de detentadores y destinatarios del poder, permitiendo establecer un flujo del poder que atribuya poder a los gobernados. La consecuencia de ese vínculo relacional consiste en que los representantes de los gobernados ejercen el poder que ellos les delegan para controlar a los titulares de otros órganos del poder. En esta medida adquiere una particular relevancia la distribución del poder, con todas sus implicaciones, vista desde una perspectiva dinámica diferente a la adoptada con fundamento en las tesis de Montesquieu.

XIII. Poder y contrapoder

Por definición, en un Estado constitucional el poder de gobierno es legítimo. También, como he mencionado, se da un conjunto de factores que suponen la presencia de otras expresiones de poder. Ahora bien, la legitimidad del poder no excluye la presencia de elementos portadores de resistencias al cambio y de inercias, regresivas o arcaizantes. Las combinaciones de estos factores impiden, difieren o ralentizan la evolución del poder. Este fenómeno introduce contradicciones en el funcionamiento del poder pues las pulsiones inmovilistas y las tendencias adaptativas y transformativas coinciden en tiempo y espacio, produciendo resultados diferentes.

La prevalencia de los diversos extremos posibles en las varias articulaciones del poder impacta en el conjunto institucional. Veamos el caso de México. A partir del otorgamiento del voto a la mujer, primero en el ámbito municipal, en 1948, y luego en el nacional, en 1953, inició un proceso de cambios democratizadores, si bien con un ritmo muy lento. La siguiente reforma tardó diez años. En 1963 fue introducida la modalidad de los “diputados de partido”, para abrir espacios a la oposición, pero sólo en la Cámara de Diputados. Casi otros diez años tuvieron que transcurrir para que en 1972 volviera a ser modificado el artículo 54 constitucional, aumentando el máximo de veinte a veinticinco el número posible de diputados de partido, y reduciendo del 2.5 al 1.5 el porcentaje mínimo de votos requeridos para la asignación de ese tipo de representantes. Luego los tiempos tuvieron una discreta aceleración y en 1977 sobrevino una reforma política de mayor calado. Comenzó entonces una serie de avances sucesivos que se detuvo en 2014, cuando fue incluida en la Constitución la figura de los gobiernos de coalición. La revocación, adoptada por la reforma de 2019, fue una decisión demagógica carente de móviles y objetivos democráticos.

En los 37 años transcurridos entre 1977 y 2014 fueron modificados de manera sustancial los sistemas electoral, jurisdiccional y representativo. En este último caso sólo en cuanto a la conformación de los congresos federal y locales. También se llevó a cabo una relevante reforma municipal. En cuanto al gobierno, se avanzó en autonomización de algunas funciones administrativas y en la previsión de coaliciones de gobierno.

En cambio, el núcleo duro del poder, depositado en la concentración de atribuciones presidenciales, ya muy relevantes cuando en 1917 se optó por un “presidencialismo fuerte”, se vio robustecido por una serie de reformas incrementales de las facultades del presidente de la República, que sólo tuvieron dos discretos matices, en 1988, al establecerse los principios en materia internacional a los que debía ceñirse el presidente, y luego, otras que sujetan algunos nombramientos del gabinete a la ratificación congresual, así como la integración de agencias especializadas substraídas a la dependencia presidencial. Estas últimas han mostrado su fragilidad, en tanto que el propio presidente ha obstaculizado el nombramiento de sus miembros y acosado a los organismos reduciendo su presupuesto y desprestigiando a sus integrantes.

Debe distinguirse entre contrapoder y control del poder. Los controles se encuentran previstos por el ordenamiento y consisten en que los órganos del poder participen, en concurrencia con otro u otros órganos, en decisiones conjuntas que les competan; constaten que los demás órganos también actúan conforme a sus facultades, y apliquen las medidas correctivas previstas en el caso de que no ocurra así. El contrapoder es un fenómeno de hecho que se traduce en resistencia u oposición por parte de fuerzas dentro de la estructura del poder, que contrarrestan los impulsos democráticos. Los contrapoderes auspician el *statu quo*, promueven acciones regresivas o antagonizan los avances democráticos.

El caso más ostensible en México es la resistencia sistemática ofrecida por los presidentes de la República ante cambios que modifiquen la concentración extrema de poder que detentan. Los cambios introducidos en favor de la democratización del país generan un efecto paradójico pues propician un conflicto entre los órganos y procedimientos reformados y el absolutismo presidencial, que se ha acentuado para frenar una dinámica democrática que resulta adversa a sus intereses. De esta manera hay un segmento de poder democratizado que contiene con un contrapoder opuesto a la democracia.

Los partidos políticos mexicanos tuvieron su mejor momento cuando, estando excluidos del poder político, asumieron la bandera de la democracia y durante varios lustros fueron abriendo espacios antes reservados a la hegemonía que prevaleció por décadas. Cuando todos los partidos tuvieron la oportunidad de practicar el patrimonialismo asociado al poder presidencial, abandonaron su trayectoria previa. En cierta forma, fungieron como

un contrapoder y transformaron la lucha electoral en un proceso de arribada a los cargos públicos con fines ajenos al interés colectivo. La corrupción tampoco fue combatida mediante la profesionalización de la burocracia. Con esto los partidos demeritaron su presencia, al punto de que, habiendo sido los constructores de avances democráticos durante más de tres décadas, la sociedad perdió la confianza en ellos. Los partidos mexicanos propiciaron su descrédito al dejar de conducir la democratización del sistema y plegarse a la inercia presidencialista.

XIV. Dimensión trasnacional del poder

La complejidad del poder político tiene una dimensión mayúscula en el siglo XXI. Los derechos fundamentales estuvieron en el origen del constitucionalismo. Mucho después de su aparición, el grado de vesania alcanzado en el ejercicio del poder en el siglo XX generó una respuesta muy innovadora, que se tradujo en la formación de organismos internacionales para tratar de conjurar algunas patologías, en especial las que se expresan en conflictos bélicos internacionales. Este fue el objetivo perseguido primero por la Sociedad de las Naciones, y luego, ante su fracaso, por la Organización de las Naciones Unidas.

La carta fundacional de la ONU incluyó a la dignidad entre los principios que cada Estado se comprometió a respetar y defender. Otros esfuerzos de orden mundial y regional enriquecieron el ordenamiento internacional hasta integrar un elenco que hoy se identifica como derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Para la validez y eficacia de ese nuevo conjunto también se institucionalizaron instancias jurisdiccionales internacionales, como una modalidad de garantía de los derechos conferidos por el ordenamiento internacional y por los ordenamientos nacionales. En la actualidad, en numerosos estados constitucionales coexisten derechos fundamentales de fuente nacional y derechos fundamentales de fuente internacional. Parecería que el circuito de garantías está completo.

Empero, la experiencia muestra que ese objetivo no es satisfactorio ni suficiente. Aunque para asegurar la convivencia en Europa y en América existen disposiciones internacionales relacionadas con la observancia

de principios democráticos, la realidad política indica que la normativa internacional es tan vulnerable como la nacional, por la misma causa: el ejercicio no contralado del poder público. La democracia formal no siempre coincide con la democracia real. Este es un hecho que de manera tradicional afecta a las comunidades nacionales, pues el poder desnudo, al que se refirió Bertrand Russell, estraga la convivencia social y la vida cotidiana de las personas. La remediación de este fenómeno es posible si se acierta en el diseño de las instituciones, que, entre otras cosas, implica la previsión de medios de garantía adecuados. Por esto he planteado que, en adición a las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales de los derechos, que son bien conocidas, se construyan las garantías políticas (Valadés, 2023) como elemento complementario. En términos generales este tipo de garantía consiste en las acciones de deliberación y control que deben ejercer los órganos de representación política. Es imposible diseñar instituciones a prueba de todo tipo de contingencia, derivada de una patología política o social; pero sí es viable construir salvaguardas razonables para evitar, o al menos dificultar, las distorsiones del poder que se traduzcan en cualquier tipo de afectación de los derechos de los gobernados.

Hasta aquí parecería que sólo los miembros de un determinado Estado nacional se encuentran expuestos a los excesos del poder y que su defensa reside en la conjugación de ordenamientos e instancias nacionales e internacionales. Sin duda se han conseguido avances relevantes en esa dirección, pero de manera progresiva se advierte que los daños ocasionados por los poderes públicos nacionales también afectan los derechos fundamentales de personas en otros estados.

Entre tanto la afectación de derechos fundamentales va en aumento. Las decisiones adoptadas por los gobiernos nacionales tienen repercusión más allá de sus fronteras, y en las condiciones actuales del desarrollo del derecho nacional e internacional carecen de controles posibles. Como sucede con muchos problemas del Estado contemporáneo, su enunciación es más o menos sencilla, pero casi siempre se corre el riesgo de la simplificación.

La concentración del poder suele verse acompañada por un haz de consecuencias en detrimento de los derechos fundamentales. Las evidencias indican que, a mayor concentración, mayor discrecionalidad y arbitrariedad; y que, en la medida que estos fenómenos aumentan, lo hacen asimismo la im-

punidad y la corrupción, las que a su vez repercuten en niveles decrecientes de la gobernabilidad democrática. La concentración desencadena un proceso que se realimenta sin cesar y que, en condiciones estándar, daña en grados diferenciados los derechos de los gobernados. Este es un asunto de interés interno de los estados constitucionales. La expansión de sus efectos es parte de la internacionalización de las economías, acerca de lo cual hay algunas respuestas concernidas con la regulación del comercio internacional y la resolución de los diferendos que se suscitan con motivo de los intercambios.

Sin embargo, hay fenómenos que tienden a agravarse, como la expulsión de personas, la violencia delictiva y el deterioro del ambiente. En estos tres capítulos de la agenda planetaria inciden las decisiones tomadas por gobiernos democráticos y no democráticos. El gobierno de un país afecta derechos más allá de sus fronteras, por ejemplo, si contribuye a generar movimientos migratorios masivos; si permite o combate sin resultados las acciones delictivas asociadas al tráfico de personas o al consumo de drogas; o si se aparta de los compromisos para la preservación del ambiente o ni siquiera los suscribe. El fenómeno migratorio ha estado presente desde la dispersión misma de los primeros humanos; sus implicaciones políticas se dieron con los procesos expansivos limítrofes de las comunidades, de manera más acusada por la movilización de grupos sociales enteros, como los bárbaros,¹³ y por supuesto con motivo de las colonizaciones que seguían a las conquistas territoriales. En nuestro tiempo la causa impelente de las migraciones resulta de las guerras, de la violencia interior, de las carencias económicas, del caos que se produce cuando hay crisis de gobernabilidad, y también por la atracción de estándares de vida apetecibles que se difunden a través de los medios de comunicación y culturales, como la música o la cinematografía, por ejemplo. Está comenzando a asomar una nueva fuerza expulsora relacionada con el cambio climático global. Un ejemplo es el ofrecido por Bangladesh, cuyas costas se han visto afectadas en las décadas más recientes por la elevación del nivel del mar y por catástrofes ocasionadas por los ciclones.

¹³ La voz *bárbaro* no tenía un sentido peyorativo; fue empleada durante el imperio romano conforme a su significado en griego: βάρβαρος (*bárbaros*) era el adjetivo con que se conocía a los extranjeros.

Para atenuar los efectos que resultan de las decisiones, de las indecisiones o de las decisiones insuficientes de los gobiernos nacionales que ocasionan perjuicios en terceros estados, no es posible recurrir a medidas coercitivas de la comunidad internacional, por lo que la solución debe buscarse dentro del propio Estado. Lo único acorde con la vocación institucional de los estados constitucionales consiste en generar condiciones para la democratización institucional eficaz de los estados nacionales.

Ahora bien, la presencia de un entramado de factores de poder dificulta ese tipo de acciones. El sistema de gobierno de un país puede estar desalineado con relación a la democracia constitucional, pero se tenderá a consentir sus excesos o desviaciones —e incluso a propiciarlos— si la ubicación de ese país resulta estratégica para fines comerciales o militares de otras potencias, democráticas o no. En otras palabras, pueden prevalecer los intereses coyunturales ajenos a la eficacia y preservación de los derechos fundamentales, de tal suerte que la hipótesis de los factores reales de poder de Lassalle cobra una dimensión inusitada.

En tanto que la espiral de riesgos planetarios va haciéndose cada vez más acentuada, la democratización de los estados, como condición para el respeto efectivo de los derechos fundamentales de los nacionales afectados en terceros estados, se convertirá en una exigencia generalizada en el mundo. En cierta forma esto comienza a ocurrir como ilustra la exigencia de grupos de consumidores que demandan la certificación de trabajo justo en el caso de productos que proceden de países donde subsiste la explotación humana. Las comunidades donde la democracia constitucional ha echado raíces están conscientes de la importancia de actuar en defensa de los derechos humanos en ese tipo de países. Falta el siguiente paso: que también se exija evitar los daños procedentes de países con déficits democráticos.

XV. *Cratología*

Karl Loewenstein (1966), discípulo destacado de Max Weber,¹⁴ consideró que el poder debía ser objeto de estudio por sí mismo, y bautizó la disciplina

¹⁴ Además de analizar la actualidad de las tesis weberianas, Loewenstein hace un recuerdo

como *cratología*. Para el jurista y politólogo alemán el poder político es discernible, observable, explicable y evaluable “sólo por sus manifestaciones externas”, sin que se haya podido definir “su substancia y esencia” (Loewenstein, 1957, p. 5). Por eso se requiere una ciencia que examine y mida sus regularidades. Su propuesta aún no prospera. Sin embargo, la cantidad y calidad de estudios realizados en la segunda mitad del siglo XX y en lo que va del XXI denotan que la ciencia del poder ha avanzado de manera considerable. La *cratología* existe, aunque no se haya adoptado todavía esa denominación en los estudios universitarios; será comprensible que en algún momento se establezca.

En la Antigüedad el examen del poder comenzó siendo abordado por la filosofía, la historia y la literatura. Se mantuvo en ese ámbito hasta que surgieron como ciencias autónomas la antropología, la política y la sociología. En la actualidad, también forma parte de los estudios de comunicación e informática, y tiende a serlo de las ciencias cognitivas y de la inteligencia artificial, si bien es un tema frecuentado por juristas, desde la perspectiva normativa. En el caso de Loewenstein, aplicó las herramientas de la política y del derecho constitucional, como también lo hizo Burdeau (1966), por ejemplo.

Por sus características, el estudio del poder es multidisciplinar. A los enfoques tradicionales se adicionan las ciencias cognitivas, también interesadas en estudiar el fenómeno del poder con nuevas herramientas, como demostró Daniel Kahneman al obtener el premio Nobel de Economía en 2002. En cuanto a los estudios del poder con el instrumental de esas ciencias, uno de los más sugerentes es el de Lakoff, relacionado con la forma de tomar decisiones.

La documentada obra de Lakoff sustenta que la empatía es el eje de la vida democrática. Él se refiere en especial a Estados Unidos, donde recoge sus evidencias empíricas, pero no resulta difícil extender algunas de sus conclusiones a otros sistemas constitucionales democráticos. Así como Kahneman mostró que los postulados clásicos, basados en el comportamiento racional, son insuficientes para entender el funcionamiento de la economía,

de su estancia como estudiante en Heidelberg y de su relación con el célebre maestro y científico social a quien aplica las palabras con las que Cicerón definió a Ático: *auctoritas, urbanitas, labor et industria*, que tradujo como “estatura intelectual, cortesía del corazón, esfuerzo incesante y trabajo incansable” (Loewenstein, 1966, p. 104).

Lakoff abunda en argumentos acerca de la relevancia de la empatía como factor que tiende a movilizar a la sociedad a interesarse por los derechos humanos, el ambiente y los pesos y contrapesos en el desempeño del poder. Desde su perspectiva, la actitud empática de la mente influirá cada vez más en la relación con los partidos y los gobernantes (Lakoff, 2009, p. 267 y ss.). Sin duda aporta hallazgos significativos, si bien representan sólo uno de los muchos ángulos desde los que se puede entender al poder. Refuerza, por ende, la utilidad de sistematizar su estudio con el instrumental que ofrecen diversas ciencias.

XVI. Contenido del poder

El Estado moderno surgió en las postrimerías de la Edad Media. Acompañando la caduqueza del Imperio romano, el poder político se fue fragmentando de manera progresiva hasta que Europa fue un mosaico de unidades políticas que llegaron a sumar varios centenares (Strayer, 2016, pp. viii y 59). Para superar esta dispersión influyeron numerosos factores, que a su vez generaron múltiples consecuencias. Una de estas fue la concentración del poder, hasta entonces diseminado, en una amplia gama de formas de dominación. La concentración del poder, que alcanzó niveles extremos en las monarquías absolutistas, tuvo a su vez profundos efectos en la relación entre gobernantes y gobernados. El vasallaje medieval, que afectaba a un segmento mayoritario de la población, pero no a sus *señores*, fue sustituido por la aparición de los súbditos de la corona, que incluía a la totalidad de la población. La estratificación social se acentuó, y con ella los atropellos en perjuicio de la población. Sucesivas acciones revolucionarias, precedidas o acompañadas —según los casos— por un nuevo pensamiento político, modificaron esa situación. El Estado absolutista ofreció una resistencia férrea, pero en la lucha por las libertades acabó imponiéndose el Estado constitucional, caracterizado por el surgimiento de los derechos fundamentales.

La acción del poder público para proveer estándares de bienestar es demostrable a lo largo de la historia. El primer gran experimento de normas que fijaron los precios de bienes y servicios fue el intentado por Diocleciano al promulgar un edicto en 301, donde habló de atender las necesidades colec-

tivas (*communis necessitudinis*) para alcanzar el bienestar general (*communes aequo*) (Tenney, 1940, p. 311). Es indiscutible que el Estado paternalista ha tenido graves desviaciones en perjuicio de las libertades, pero también lo es que la aplicación de medidas protectoras en el contexto de un Estado constitucional produce más beneficios que daños. Un ejemplo reciente es el ofrecido por la fijación de precios máximos para los energéticos en Europa, a raíz de la invasión rusa de Ucrania. De no haberse actuado de manera eficaz en ese sentido, el costo de la guerra habría sido insoportable para los consumidores europeos.

Los efectos paradójicos de las decisiones del poder pueden tener muchas causas, con frecuencia asociadas a errores en el diseño de las instituciones. El bienestar colectivo es un inobjetable. Sin embargo, los excesos del poder asociados con las políticas encaminadas a ese bienestar abren el espacio a posiciones conservadoras reacias a ese tipo de decisiones. Las libertades, la igualdad y el Estado de derecho son el eje del constitucionalismo democrático. Empero, las tensiones generadas por la violencia delictiva llevan a algunas sociedades a privilegiar la seguridad por encima de la institucionalidad. Cuando las sociedades se pliegan ante la demagogia, los instrumentos de la democracia se vuelven un peligro para la democracia misma. Todas estas paradojas son riesgos potenciales para los estados constitucionales, por lo que deben aprovecharse las experiencias para prever los instrumentos que permitan sortear los escollos. Todas las democracias están expuestas a ser amenazadas; pero las mal diseñadas pueden ser amenazadoras para las libertades que dicen postular.

Ante los problemas tan semejantes que se multiplican en la geografía político-constitucional del planeta, surgen el desconcierto general y una tendencia a culpar a la política del surgimiento y predominio de demagogos y déspotas. Es un error explicable, porque el ciudadano promedio, expuesto a información incompleta y alarmista, y a la exacerbación de pasiones y dudas, atribuye los males del poder a una especie de determinismo histórico. No hay tal. El poder *per se* no es bueno ni malo; el poder político es un fenómeno social, no un ente monstruoso. Su caracterización como *Leviatán* fue un recurso retórico de Hobbes, que suele ser mal entendido, pues en el diálogo entre Job y Jehová, éste concluye diciéndole que Leviatán “es rey sobre todos los soberbios” (*Biblia*, Job, 41:34). La imagen dominante es la inversa, pues

sólo toma en cuenta la descripción que hace Jehová cuando dice que Leviatán con “su aliento enciende los carbones, y de su boca sale llama”, pero agrega que “en su cerviz mora la fortaleza y espárcese el desaliento delante de él” (*Biblia*, Job, 41:34).

La versión de que Leviatán es la representación monstruosa del poder es parte de prejuicio con relación a la obra de Hobbes. En el capítulo XVII, Hobbes (2014/1651) establece que, para superar la condición de guerra que resulta de las pasiones humanas, es necesario que las normas estén secundadas por un poder que infunda temor; en otras palabras, que haya una coacción legítima. Este poder sólo es posible mediante un convenio entre todas las personas entre sí, que equivalga a decir

autorizo y delego a este hombre o a esta asamblea de hombres el derecho que tengo de gobernarme a mí mismo, a condición de que tú también transfieras esos derechos en su favor, y autorices todos sus actos de la misma manera.

Ese pacto hipotético corresponde al momento fundacional del Estado (Hobbes usa las palabras *civitas* y *republica*). Y es entonces cuando se requiere del Leviatán que, si lo encarna una sola persona, lo hace con el carácter de *dios mortal*, para diferenciarlo del inmortal. Su misión es “asegurar la paz y la defensa común”. La violencia entre los miembros de la comunidad y su vulnerabilidad frente a otros grupos fue lo que impelió a las personas a celebrar el pacto, convenio o contrato mediante el cual se impusieron restricciones a sí mismos, erigiendo un poder que capaz de hacer valer las “leyes de la naturaleza (como justicia, equidad, modestia, misericordia y, en suma, haciendo a los demás como nos harían a nosotros)” (Hobbes, 2014/1651, p. 255 y ss.).

Sabiendo que el concepto de poder es difícil de precisar y que depende de muy diversas formas de percibirlo, es comprensible que genere reacciones por parte de quienes experimentan situaciones adversas. Esta actitud tiende a generalizarse cuando además es impulsada con argumentos atractivos acerca de los derechos fundamentales, a los que se contraponen con la presencia del poder estatal. Para quienes se decantan por el Estado mínimo y por la liberación de las fuerzas del mercado, ese tipo de argumentos ayudan a que sus prédicas encuentren un terreno propicio.

Desde que la historia existe se sabe que la organización se complejizó al punto de hacer indispensable un poder organizador, incumbido de contribuir a la seguridad del grupo, a la solución de los conflictos entre sus miembros y, en una etapa más avanzada, a la regulación de sus actividades. En su primera versión lo que surgió fue un poder organizado: el gobernante. En una etapa avanzada, que se produjo al cabo de una evolución muy tardía, con la formación pausada del constitucionalismo, surgió el poder organizador: el gobernado. Para considerarse poderes, ambos disponen de atributos propios. El gobernante goza del monopolio legítimo de la coacción y el gobernado del monopolio original de la legitimidad. La expresión más conocida de este poder es la de soberanía.

La legitimación del poder organizador depende del poder organizado, que se pronuncia a través de comicios periódicos, con un extenso elenco de modalidades, y en un contexto institucional permanente de libertad, igualdad y seguridad jurídica. Todo, comicios periódicos y contexto permanente, forman la unidad que conocemos como ordenamiento constitucional. Ahí convergen y se combinan la periodicidad y la permanencia.

La racionalización del poder consiste en minimizar sus desventajas y maximizar sus ventajas. Esta no es una meta retórica. El estudio comparado de sistemas y culturas constitucionales y políticas ofrece un extenso panorama de experiencias; empero, sólo deben tomarse como referentes para formular diseños propios, pues la combinación de instituciones produce efectos diferentes en contextos distintos. No deben confundirse la información y el análisis con la identificación de los problemas vernáculos y la adopción de las soluciones más razonables. Lo único que es dable compartir son los objetivos del Estado constitucional: alcanzar la mayor confianza posible en las instituciones mediante la adhesión espontánea a un ordenamiento que garantice libertades, igualdad, equidad y bienestar.

XVII. Conclusiones

En el periodo del absolutismo el poder era pensado como un atributo de los gobernantes. A partir del movimiento ilustrado y del constitucionalismo moderno se situó a los gobernados como titulares y beneficiarios del poder.

La plasticidad de las constituciones permite organizar al poder político de tal manera que su ejercicio resulte lo más razonable posible para los gobernados.

La racionalización del poder exige entender su dimensión, su dinámica, su versatilidad, sus riesgos y su adaptabilidad. Considerar estos factores permite que los diseños institucionales den resultados favorables; en cambio, las constituciones desarrolladas a partir de consideraciones abstractas, que no toman en cuenta la maleabilidad del poder, propician el nominalismo constitucional. Los objetivos normativos del constitucionalismo contemporáneo suponen un conocimiento profundo del poder, cuya *domesticación* siempre es necesaria; pero sólo algunas veces se consigue. Además, el poder dista de ser estático, por lo que exige diagnósticos constantes y respuestas oportunas.

XVIII. Referencias

- Battaglia, S. (1966). *Grande dizionario de la lingua italiana*. Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- Bernstein, E. (1982). *Las premisas del socialismo y las tareas de la socialdemocracia*. Siglo XXI.
- Biblia*.
- Bodin, J. (1986). *Les six livres de la république*. Fayard.
- Boggs Roberts, R. (2023). *Untold power*. Viking.
- Burdeau, G. (1942). *Le pouvoir politique et l'Etat*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Burdeau, G. (1966). *Traité de science politique*, t. I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Burdeau, G. (1977). *Le pouvoir; Mélanges offerts à Georges Burdeau*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Cantar de Mio Cid* (F. Rico, Ed.). (2011). Real Academia Española; Espasa.
- Churchill, W. (1947). Discurso en el Parlamento británico, noviembre 11 de 1947.
- Cicerón. *Leyes*.
- Corominas, J. (1970). Poder. En *Diccionario crítico etimológico de la lengua española*. Gredos.

- Dahl, R. (1993). *La poliarquía*. REI.
- Davanzatti, C. (1965). *Rime, canzone e sonetti* (A. Menichetti, Ed.). Commissione per i Testi di Lingua. <http://www.interbooks.eu/poesia/duecento/chia-rodavanzatti/rimecanzonisonetti.html> (Texto original publicado ca. s. XIII)
- Domingo, R. (1999). *Auctoritas*. Ariel.
- Esquilo. *Los persas*.
- Ferrero, G. (1942). The principles of power. The great political crisis of history. En *Pouvoir. Les genies invisibles de la cité*. Brentano's-Putnam's Sons.
- Foucault, M. (1997). *Il faut défendre la société*. Gallimard.
- Freud, S. y Bullitt, W. (1966). *Thomas Woodrow Wilson. Twenty-eight president of the United States. A psychological study*. Weidenfeld and Nicholson.
- Freud, S. y Bullitt, W. (1973). *El presidente Thomas Woodrow Wilson, un estudio psicológico*. Letra Viva.
- Friedrich, C. J. (1967). *An introduction to political theory*. Harper y Row.
- Grocio, H. (2005). *The rights of war and peace*, t. I. Liberty Fund.
- Habermas, J. (1996). *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Massachusetts Institute of Technology.
- Hobbes, T. (2014). *Leviathan*, vol. II. Clarendon Press. (Obra publicada originalmente en 1651)
- Hobbes, T. *De cive*.
- Homero. *Odisea*.
- Jaeger, W. (1978). *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Fondo de Cultura Económica.
- Jenofonte. (1993). *Recuerdos de Sócrates; Banquete; Apología* (J. D. García Bacca, Trad.; 2a. ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lakoff, G. (2009). *The political mind*. Penguin.
- Lassalle, F. (2012). *¿Qué es una Constitución?* Tecnos.
- Loewenstein, K. (1957). *Political power and the governmental process*. University of Chicago Press.
- Loewenstein, K. (1966). *Max Weber's political ideas in the perspective of our time*. University of Massachusetts Press.
- Luhmann, N. (1995). *Poder*. Universidad Iberoamericana; Anthropos.
- Lukes, S. (2022). *Power. A radical view*. Bloomsbury.
- Oxford English Dictionary. (s. f.) Power. En *Oxford English Dictionary*. <https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=power>

- Popitz, H. (2019). *Fenómenos del poder*. Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2001). *The law of peoples, with the “idea of public reason revisited”*. Harvard University Press.
- Rey, A. (Dir.). (2006). Pouvoir. En *Dictionnaire historique de la langue française*. Le Robert.
- Rosinski, H. (1967). *El poder y el destino humano*. Paidós.
- Seco, M., Andrés, O. y Ramos, G. (1999). *Diccionario del español actual* (vol. II). Aguilar.
- Strayer, J. R. (2016). *On the medieval origins of the Modern State*. Princeton University Press.
- Tenney, F. (1940). *An economic survey of ancient Rome. Rome and Italy of the empire* (vol. V). Johns Hopkins Press.
- Valadés, D. (1998). *El control del poder*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Valadés, D. (2023). Retos y exigencias del control político. El control parlamentario como garantía política. En M. Aragón, J. Tudela y D. Valadés (Coords.), *Derecho constitucional del siglo XXI: Desafíos y oportunidades*. Fundación Jiménez Abad.
- Weber, M. (2014). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- Weil, P. (2023). *The madman in the Whitehouse*. Harvard University Press.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Valadés Ríos, Diego, “Constitución y poder”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 169, 2024, pp. 303-341. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.19061>

APA

Valadés Ríos, D. (2024). Constitución y poder. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(169), 303-341. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.169.19061>