

BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 171

Nueva Época Vol. 57 Núm. 171 Septiembre-Diciembre 2024

ISSN versión electrónica: 2448-4873

ISSN versión impresa: 0041-8633

<https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171>

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Secretaria técnica

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 57, número 171, septiembre-diciembre 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.ijj@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: 11 de diciembre 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

La fuerza de atracción de los regímenes especiales para el manejo de recursos públicos en Colombia: el uso de los poderes legislativos del Ejecutivo para la creación de excepciones al régimen general de contratación estatal.	3
Yenny Andrea CELEMÍN CAICEDO	
Antonio Alejandro BARRETO MORENO	
Hacinamiento entre rejas: una aproximación al sistema de cupos carcelarios	47
Renzo Joel CHAIÑA DURÁN	
El Estado diligente como garante del derecho humano de los cuidados	85
Jessica ESPINOZA-ESPINOZA	
Privilegio cliente-abogado y comunicaciones privadas en el derecho de la competencia en México	117
Alejandro FAYA RODRÍGUEZ	
Estudio comparado de la legislación cooperativa México-Brasil. Aprendizajes para la armonización del derecho cooperativo latinoamericano	153
Tatiana Vanessa GONZÁLEZ RIVERA	
Daniel Francisco NAGAO MENEZES	
El recurso indirecto en el contencioso-administrativo español y francés: entre legalidad y seguridad	187
Pedro HARRIS MOYA	

La debida diligencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	211
Diego Alejandro Sánchez Cárdenas	
Mariagrazia Hilda Cáceres Montes	
Luis Fabian Paredes Romero	
El elemento subjetivo en la responsabilidad del superior por crímenes de derecho penal internacional	239
Yuri Antonio SANTANDER VÁSQUEZ	
Aproximación teórica a la tipología de la responsabilidad constitucional	275
Enrique URIBE ARZATE	
Diego Enrique URIBE BUSTAMANTE	
La promozione delle missioni di pace delle Nazioni Unite come modello di politica estera: un confronto tra la strategia della Repubblica Popolare Cinese e quella dell'Argentina, del Brasile e dell'Italia sulla base dei principi del Diritto Internazionale Pubblico	311
Julio Francisco VILLARREAL	
Flaminia MAIETTI	

ARTÍCULOS

La fuerza de atracción de los regímenes especiales para el manejo de recursos públicos en Colombia: el uso de los poderes legislativos del Ejecutivo para la creación de excepciones al régimen general de contratación estatal

The force of attraction of special regimes for the management of public resources in Colombia: the use of the Executive's legislative powers for the creation of exceptions to the general regime of government contracting

Yenny Andrea **Celemín Caicedo**

 <https://orcid.org/0000-0002-3308-0129>

Universidad de los Andes. Colombia

Correo electrónico: ya.celemin24@uniandes.edu.co

Antonio Alejandro **Barreto Moreno**

 <https://orcid.org/0000-0003-2180-9864>

Universidad de La Sabana (Chía). Colombia

Correo electrónico: antonio.barreto@unisabana.edu.co

Recepción: 16 de julio de 2024 | **Aceptación:** 7 de noviembre de 2024

Publicación: 11 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19354>

Resumen: En atención a las necesidades especiales de ciertas entidades públicas, y a la importancia de cumplir requerimientos insatisfechos, el legislador colombiano, a la par de expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, creó algunas excepciones a las reglas de este, mediante el diseño de regímenes especiales. Esta generación de excepciones debería atender a criterios de máxima racionalidad legislativa, e incluso restringir en un solo órgano, y por muy pocas y predefinidas razones, su emisión; y no dejarse, simplemente, al arbitrio de la libertad configurativa del Congreso. Esto, al entender la importancia cardinal que tiene el ejercicio de la función contractual para el cumplimiento de los fines del Estado. De forma adicional, el presidente de la República, en uso de sus facultades de legisla-

dor extraordinario y excepcional, ha creado sin mayores exigencias un sinnúmero de regímenes especiales, y ha contribuido por esta vía a difuminar la pretensión de que exista un régimen general de contratación pública, con pocas y limitadas excepciones. En este escrito se analizarán las implicaciones de la creación de regímenes especiales de contratación por parte del presidente de la República, en uso de facultades de legislador extraordinario y excepcional, y se abogará por buscar un balance entre la agilidad, la autonomía o la especialidad que se les quiere otorgar a ciertas entidades para contratar, pero sin soslayar la transparencia y el manejo ético de los recursos públicos.

Palabras clave: contratación; recursos públicos; regímenes especiales de contratación; legislador extraordinario; Ejecutivo.

Abstract: In response to the specific needs of certain public entities and the importance of addressing unmet requirements, the Colombian legislature, while issuing the General Statute on Public Administration Procurement, created exceptions to this statute by establishing special regimes. The creation of these exceptions should adhere to the highest standards of legislative rationality, ideally limiting their issuance to a single body and for only a few, predefined reasons, rather than allowing them to fall under Congress's broader discretionary powers. This approach underscores the fundamental role of public contracting in fulfilling the purposes of the State. Additionally, the President of the Republic, exercising extraordinary legislative powers, has introduced multiple special regimes without substantial requirements, which has further blurred the notion of a general regime in public procurement with limited exceptions. This paper will examine the implications of the President's creation of special procurement regimes through extraordinary legislative powers, advocating for a balance that enables agility, autonomy, or specialization for certain entities while upholding transparency and the ethical management of public resources.

Keywords: contracting; public resources; special contracting regimes; executive powers to legislation.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Los regímenes especiales en el sistema de compra pública en Colombia.* III. *Cómo se crean las puertas de escape al régimen general de la contratación estatal: la creación de los regímenes especiales a través de las facultades para legislar del presidente.* IV. *La creación de fondos cuenta y patrimonios autónomos como regímenes exceptuados al régimen general de la contratación mediante el ejercicio de los poderes legislativos del Ejecutivo.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

I. Introducción

En Colombia, la contratación estatal se compone de dos clases de regímenes. El primero es el régimen general de contratación, regulado por la Ley 80

de 1993 —por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública—, norma que fue emitida por el Congreso de la República en virtud de la competencia establecida en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política. Por otra parte, se encuentran los regímenes especiales de contratación, regidos por las normas propias del derecho privado; es decir, son regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 80 de 1993, aunque las entidades con esta clase de regímenes están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, previsto para la contratación estatal, y deben aplicar los principios de la función administrativa y la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política (Ley 1150 de 2007, artículo 13).

La justificación de la existencia de estos regímenes especiales de contratación¹ se encuentra en la naturaleza especial de ciertas entidades públicas y sus necesidades especiales de contratación para poder competir con sujetos de derecho privado en ciertos mercados de bienes y servicios, y así poder mantener la influencia del Ejecutivo en ciertos sectores. Aunque la vocación de la Ley 80 de 1993 era que ciertos sectores y entidades de derecho público contrataran bajo regímenes especiales regulados por el derecho privado, en la realidad, se observa que se ha presentado una continua y creciente proliferación de estos regímenes como puerta de escape a los procedimientos establecidos en el Estatuto General de Contratación.

Lo que resulta cuestionable es que, gran parte de las entidades públicas con regímenes especiales de contratación, han sido creadas por el presidente de la República en uso de facultades legislativas extraordinarias. En este escrito se mostrará cómo el presidente de la República, en uso de tales facultades excepcionales, ha propiciado la creación de regímenes especiales como instrumentos de manejo presupuestal, tales como los patrimonios autónomos y/o fondos cuenta creados para atender necesidades especiales del Ejecutivo. Todo esto, sin pasar por el filtro de discusión en el Congreso de la República, lo que es requerido para la creación de entidades públicas con personería

¹ Barreto Moreno (2019) ha dividido los regímenes especiales de contratación en cuatro grupos, conforme a los siguientes criterios: (1) el sector donde se ubican; (2) la entidad específica excluida del Estatuto General; (3) el objeto del contrato sometido a reglas particulares, y (4) el fondo creado para la administración de los recursos por fuera del régimen general de contratación (p. 233).

jurídica. De las disposiciones de la carta política de 1991 se podría entender que, si el Congreso es el órgano facultado para expedir el Estatuto General de Contratación, lo consecuente sería que él mismo —y no el presidente de la República— fuese quien estableciera los regímenes exceptuados.

Para dar trámite a este propósito, en la primera parte de este escrito se abordará la justificación de que existan regímenes especiales en Colombia que estén exceptuados de la aplicación de la Ley 80, que contraten bajo normas de derecho privado (1); posteriormente, se expondrá cómo estos regímenes especiales de contratación creados en uso de facultades excepcionales del presidente han constituido puertas de escape al régimen general (2); finalmente, se abordará, en concreto, la creación de fondos cuenta y patrimonios autónomos como regímenes exceptuados de la Ley 80 en uso de las facultades de legislación extraordinaria que posee del Ejecutivo (3).

II. Los regímenes especiales en el sistema de compra pública en Colombia

Un acuerdo generalizado en las instituciones jurídicas colombianas para explicar la promulgación de la Ley 80 de 1993 es el de destacar la primacía que dicha Ley le iba a dar a lo dispuesto en el Código Civil y de Comercio, en relación con el desenvolvimiento de las relaciones, obligaciones, derechos y deberes entre las partes del contrato estatal. Lo anterior, sin obviar la necesaria introducción de algunos principios, prerrogativas, y requisitos provenientes del derecho público, y que se derivan del interés público que se debe proteger, cuando se efectúa la gestión contractual del Estado de forma conjunta con los particulares.

La codiciada armonización entre el derecho público y el derecho privado, que propuso la Ley 80 de 1993 hace ya 30 años, se forjó en torno a la premisa que pregonaba: la reducción de la complejidad de la gestión contractual. Esto mediante la expedición de una norma que, al unificar² —y por esta

² Sobre las dificultades que entraña la utilización de verbo unificar, y/o su uso como adjetivo único, la doctrina ha señalado que: “en Colombia no existe único régimen de contratación pública. La Corte Constitucional sostuvo que el mandato contenido en el artículo 150 de la Constitución Política no obligaba al legislador a expedir un estatuto único de contratación,

vía, reducir el ritualismo y tramitología que caracterizó a la gestión contractual del Estado antes de la Constitución de 1991—,³ facilitara el tránsito de las relaciones contractuales mediadas por el uso de los recursos públicos.

Los mecanismos de simplificación de la gestión contractual que se diseñaron en la Ley 80 de 1993 fueron múltiples. Uno de los más destacados fue el de permitir que sólo ciertas entidades de naturaleza pública o semipública, en unos pocos sectores administrativos, conservaran o tuvieran la dispensa, por autorización legal, de hacer uso de los recursos públicos bajo el régimen del derecho común, o bajo un régimen mixto en el que la intensidad del derecho público sería menor que la del régimen general. En otros términos, sólo una porción contenida de regímenes quedaría exceptuada del cumplimiento de las normas de la Ley 80 de 1993: “La ley (80 de 1993) tiene una vocación universal reforzada por la eliminación de la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, reemplazada por la noción de contratos estatales” (Benavides, 2004, p. 50).

Para entonces, la decisión del tamaño y la cantidad de parcelas que iban a ser excluidas del régimen general obedeció a un criterio de especialidad diseñado por el legislador, que algunos han descrito como racional, al sugerir que tomaba en consideración la idea de que para ciertos casos “la atracción del derecho privado es más significativa” (Benavides, 2004, p. 54). La Ley 80 de 1993 resolvió que, derivado de: (1) la naturaleza de los organismos y entidades de conformación pública y/o semipública que requerían competir con organismos y entes privados para ofrecer bienes y servicios en los mercados en condiciones de igualdad y celeridad; (2) la especialidad de determinados sectores administrativos específicos, que de forma previa a 1993, contaban con regímenes diferenciales en sus procesos contractuales, o (3) para resguardarse frente a la malsana influencia del Ejecutivo sobre otro

sino un estatuto de carácter general que contuviera reglas y principios que orientaran la actividad contractual del estado. Así mismo, consideró que la Ley 80 de 1993 tenía la naturaleza de ley ordinaria, pese a la denominación de Estatuto General de la Contratación Estatal” (Morillo Carrillo, 2019, p. 53).

³ Este panorama ha sido descrito por autoras como Palacios (2008) en los siguientes términos: “Por ejemplo en el tema de las licitaciones, había que introducir las ofertas en una urna con tres llaves. Pero si la urna tenía dos llaves se sancionaba, si tenía una llave se sancionaba. Se nos prendió en la piel de los colombianos un tema tramitológico terrible” (p. 192).

tipo de sectores necesitados de autonomía frente a él,⁴ era necesario que estas parcelas de exclusión al régimen general continuaran funcionando de forma concomitante con el régimen general.

De esta manera, una buena síntesis del propósito de la Ley 80 de 1993 sería describirlo como un régimen que le daba una alta primacía al derecho común para estas escasas parcelas del funcionamiento del Estado en las que se justificaba la excepción. Al mismo tiempo, la norma apostaba por una preferencia para que las partes restantes del Estado, que para ese momento eran la gran mayoría, funcionaran con la incorporación de ciertas pinceladas de derecho público para la protección de los intereses públicos. Pinceladas que, de todas formas, iban a ser menos intensas que aquellas cargadas de ineficacia, ritualismo y reglamentarismo que primaron con anterioridad a la expedición del llamado Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Sin embargo, treinta años después, este propósito de la Ley 80 de 1993 se encuentra completamente desdibujado. La “atracción del derecho privado” se tornó en una atracción fatal, al punto de que en la actualidad es motivo de mofa el defender la idea que existe un régimen general de contratación estatal. Son muchos los motivos que pueden explicar este fenómeno, sin que puedan exponerse de forma secuencial o con una correlación de causalidad directa. La constante intervención y el reformismo a la Ley 80 de 1993, como mecanismo para atajar actuaciones contrarias a la ética de lo público, pudo haber generado la necesidad de crear una puerta de escape a dicho régimen, que durante décadas perdió sus lineamientos originales y se transformó en un “monstruo” pesado y, en consecuencia, lento e ineficiente. Lo cierto es que la puerta de escape se está volviendo cada vez más grande, y ha venido transformando la versión original de regímenes especiales de contratación

⁴ Autores como Jojoa Bolaños (2012) han analizado este criterio de autonomía a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional para delimitar las razones de existencia de regímenes exceptuados del régimen general como los de las universidades públicas, a pesar de criticar el alcance de esta exclusión. Sobre esta particular, señala el autor: “En suma la alta corporación concluye que la autonomía universitaria se concreta entonces en la libertad académica y económica de las instituciones de educación superior, libres de interferencia del poder público. Para nosotros no es de recibo dicho entendimiento toda vez que la autonomía no es absoluta” (p. 93).

con recursos públicos, de un minimalismo contenido a su opuesto, es decir, a su versión sobrecargada.⁵ Esto se constata en la multiplicación exponencial de los regímenes especiales de contratación con recursos públicos.⁶

Esa multiplicación ha generado, a su vez, una necesidad de nuevas intervenciones del legislador, quien ha modificado el marco regulatorio originalmente establecido en la Ley 80 de 1993, con el fin de incorporar controles a la manera como se efectúa la gestión contractual, por parte de quienes se encuentran situados por fuera del régimen general. Estas transformaciones están acercando a los regímenes especiales de contratación al derecho público; lo cual ha comenzado a hacer nuevamente muy complejo el distinguir los distintos regímenes e imbricar las líneas divisorias entre ambos.⁷ La comprensión de los regímenes especiales, como aquellos que efectúan su gestión contractual a partir de las normas del derecho común, cada vez va perdiendo su sentido, en la medida en la que resulta necesaria, con mayor frecuencia, la integración legal de normas de derecho público para dar cumplimiento a los mandatos de legislador. Esta idea ha sido ya denunciada por la doctrina nacional, tal y como se evidencia en el siguiente extracto de una obra reciente sobre el tema:

⁵ El más reciente, de creación presidencial, fue el régimen especial del Instituto Nacional de Vías Regionales (INVIR), por medio del Decreto 1961 de 2023, artículo 35, cuyo régimen de contratación fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-398 de 2024. En resumen, señaló el alto Tribunal: “Sin embargo, en la solicitud de facultades extraordinarias, el presidente no hizo mención a la posibilidad de que, en el contexto de dicha definición, pudiera determinar que esa entidad fuera titular un régimen de contratación excepcional”.

⁶ Mientras que autores como Jojoa (2012, p. 77) denunciaban la existencia de por lo menos 29 regímenes especiales para el 2002, autores como Maldonado (2022) son parte de la vida de toda persona natural o jurídica, pública o privada, y son esenciales en la satisfacción de necesidades concretas. En el ámbito público, se han considerado como instrumentos de política pública y de materialización de las mismas y coadyuban a garantizar y gestionar el interés general. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) afirman que hasta 2022 existen 106 órganos, entidades o instrumentos con régimen exceptuado de contratación en el nivel nacional y 1785 en el orden territorial.

⁷ Sobre el principio de planeación contractual aplicable a los regímenes especiales de contratación, véase la Sentencia de 22 de noviembre de 2021, Exp. 51480, M. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; Sentencia del 27 de enero de 2016, Exp. 38449, M. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Es precisamente en este panorama donde se inscribe lo que se ha calificado como el objetivo frustrado del Estatuto de Contratación Estatal, de crear un estatuto universal, toda vez que, mientras que el Estatuto de tenía la intención de convertirse en el mínimo de derecho público común a todos los contratos del Estado, la realidad de la práctica, esto es, la proliferación de los regímenes exceptuados habría terminado por desfigurar la pretensión original del legislador de 1993. (Montaña Plata y Zapata García, 2022, p. 51)

Si bien no existen suficientes estudios que determinen las causas o factores que han facilitado la proliferación de los regímenes especiales de contratación, los efectos indeseados y el impacto de esta dispersión normativa en fenómenos como la corrupción, en la contratación con recursos públicos, sí ha tenido una mirada más aguda por parte de la academia nacional. Autores como Zuleta y Caro (2020) han concluido que, uno de los factores de mayor preocupación en la contratación estatal, se encuentra en la búsqueda de alternativas para circundar la pluralidad y la libertad de concurrencia de oferentes en procesos que garanticen la selección objetiva, bien sea a través del uso indiscriminado de mecanismos de contratación directa tolerados por el mismo Estatuto General, o también, mediante el uso de los regímenes especiales.

Sobre estos últimos, los autores mencionados han dicho que

Algunas entidades estatales han sido exceptuadas del régimen general de contratación con el argumento de requerir agilidad en la contratación, pasando por alto lo que ya había establecido la Ley 1150 sobre la modalidad de la selección abreviada. Este es el caso de la UPME,⁸ el antiguo FONADE,⁹ la Agencia Nacional de Seguridad Vial, Fondo Adaptación, entre otras. Esta situación es preocupante pues no hay claridad sobre las reglas del juego y el nivel de competencia en las adquisiciones de estas entidades. (Zuleta y Caro, 2020, p. 64)

Esta constatación de vínculos o relaciones entre fenómenos de corrupción y los regímenes especiales se constituyen en una explicación de las pri-

⁸ Unidad de Planeación Minero-Energética.

⁹ Fondo de Desarrollo de Proyectos de Desarrollo.

meras reformas legislativas integrales que se efectuaron al texto de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y algunas más recientes, contenidas en la Ley 2195 de 2022.

Estas normas determinaron la necesidad de evitar que estos regímenes especiales estuvieran tan alejados de los mandatos del derecho público, como para obviar los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, en sus procesos contractuales y, recientemente, el SECOP.¹⁰ Igualmente, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 —una norma que se ocupó de imponer las primeras limitaciones al uso de los recursos públicos a través de los regímenes especiales después de la promulgación de la Ley 80—, también instituyó la necesidad de que tales regímenes atendieran las restricciones a la capacidad para contratar con el Estado, establecidas en las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades consagradas en la Ley 80 de 1993; y por este medio eliminó una fuente de discrecionalidad en los procesos de selección de estos regímenes que no tenía relación alguna con los motivos originales para su preservación.

Por último, esta norma incorporó la obligación de los órganos y entidades autorizadas para efectuar la gestión contractual de dar cumplimiento a los principios de gestión fiscal, establecidos en el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia, también desarrollados en el artículo 3o. de la Ley 610 de 2000 y el Decreto 403 de 2020, dentro del conjunto que controles que desde el derecho público debían establecerse a la contratación de recursos públicos a través de esta clase de regímenes especiales.

Las prescripciones impartidas por el legislador en 2007 empezaron a descender a los manuales de contratación de las entidades, organismos e instrumentos autorizados para tener regímenes especiales de contratación. La autonomía y discrecionalidad de las entidades, órganos e instrumentos que usan regímenes especiales para interpretar la forma de incorporar los principios de la función administrativa y/o los de la gestión fiscal en sus

¹⁰ El Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) es el portal de compras públicas colombiano creado para modernizar la contratación pública, al servir no sólo como medio de publicidad, sino también como plataforma transaccional para las entidades estatales y los proveedores.

procesos contractuales, y las demás órdenes dadas por el legislador, generaron una nueva arista de complejidad ante la emergencia de un régimen mixto.

Estos fenómenos fueron explicados de la siguiente manera:

En la práctica, ello se traduce en dilaciones en la contratación, toda vez que en busca del cumplimiento de tales principios, las entidades estatales con régimen de contratación privado han optado por incluir dentro de sus procesos de contratación prácticas traídas del estatuto de contratación de la Administración Pública. (Grueso Rodríguez, 2014, p. 197)

El aterrizaje de los preceptos del legislador a los manuales propició, a su vez, la irrupción de dudas interpretativas sobre el alcance de estas órdenes de derecho público, en un contexto en el que debería primar el derecho común. Algunos analistas sobre esta materia han establecido un listado de dichas dudas, entre las que se destacan:

El perfeccionamiento del contrato, el cual, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, ocurre cuando exista acuerdo entre el objeto y la contraprestación y se “eleve a escrito”, lo que podría llevar a concluir que los contratos regidos por el derecho común no requerirían del requisito de constar por escrito, y que no le fueran aplicables, por ejemplo, algunas consideraciones relativas al enriquecimiento sin causa; (2) la falta de límites porcentuales para pactar pagos anticipados y anticipos para las entidades exceptuadas del Estatuto General de contratación; (3) algunos razonamientos derivados de las leyes presupuestales; (4) la adición, prórroga, cesión y subcontratación; y (5) la exigencia de garantías como la garantía única de cumplimiento, para mencionar tan solo algunas de las discusiones que han sido traídas a colación recientemente por la doctrina. (Montaña Plata y Zapata García, 2022, p. 55)

Estos asuntos y otros de mayor complejidad, como los relacionados con la incorporación de potestades excepcionales en los manuales de contratación de los regímenes especiales, y en dónde es posible que por mímica jurídica estas cláusulas se trasladen de un manual de contratación a otro, sin la revisión del detalle de la autorización legal previa que permite su incorporación,

siguen evidenciando la confusión que existe sobre la materia.¹¹ Otras inquietudes, en relación con las llamadas potestades unilaterales, que se desprenden del Estatuto General de la contratación, pero que algunas veces son incorporadas en los manuales contractuales de los regímenes especiales, dejando en posición del privilegio a la entidad estatal, sin que dicha posición sea la usual en el derecho común, siguen aún sin ser esclarecidas, ni siquiera en instancias jurisdiccionales.¹²

Pese a que el tema es poco pacífico, y que se constituye como uno de los factores explicativos de la “hiperinflación normativa” que caracteriza el sector,¹³ el legislador ordinario se ha ocupado de establecer nuevas obliga-

¹¹ Un caso paradigmático para mostrar esto es el caso *Canta Rana*, un caso discutido en la sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera-Subsección B del diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021), R (38237), M. P. Alberto Montaña. En esta sentencia, se tomó una decisión, por el Consejo de Estado, ante la imposición de una potestad excepcional de caducidad de un contrato que una empresa de servicios públicos declaró sin que en el contrato se hubiera incorporado el uso de esta potestad excepcional. Mientras la empresa de servicios públicos sostenía que era procedente el uso de la caducidad, a pesar de que no se hubiera pactado, porque así se lo permitía su manual de contratación y el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que determina a la caducidad como una potestad excepcional, la contratista alegaba la imposibilidad de imponer la declaratoria de caducidad del contrato, por ser uno de aquellos en los que se requería pacto. En su solución, el Consejo de Estado decidió darle la razón al contratista, al verificar que lo establecido en el manual de la empresa estaba en contravía de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios en la que existen unas reglas específicas para la declaratoria de caducidad de los contratos. Reglas que, para casos en los que se afecta la continuidad y prestación ininterrumpida del servicio, le difieren a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, y no a las empresas de servicios públicos, la determinación de hacer posible, o no, la inclusión de las potestades excepcionales en ciertos tipos de contratos que celebren estas empresas, como el que gobernaba el caso resuelto.

¹² Autores como Morillo (2019) sintetizaron la divergencia interpretativa existente en el Consejo de Estado en relación con la imposibilidad de que las entidades y órganos de régimen especial puedan liquidar unilateralmente un contrato estatal, por la subsección B del Consejo de Estado, sobre la base de la improcedencia de la liquidación del contrato en el derecho común, y la tesis opuesta sobre la materia que es sostenida por la subsección C. Subsección que entiende que es posible pactar esta cláusula unilateral en favor de la administración para que la autoridad administrativa liquide el contrato sin el concurso del contratista, también en los contratos de régimen exceptuado. De forma más reciente, Montaña Plata acentúa la continuación de esta división al interior de la sección Tercera del Consejo de Estado (Montaña y Zapata, 2022, p. 61).

¹³ Sobre el tema de hiperinflación, Dávila (2016) señala que “la continua y malsana variación del derecho positivo no genera un mejoramiento de la actividad del estado sino un retroce-

ciones a los órganos y entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de manera cada vez más frecuente. Es por ello que el legislador colombiano desarrolló, en la Ley 2195 de 2022 (artículo 53), una obligación para que quienes se encuentren en regímenes especiales cumplan con el deber de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II), o en la plataforma encargada de dar publicidad a los procesos contractuales de quienes están sometidos al Régimen General de la Contratación Estatal.

Esta misma norma también señala, en su artículo 56, la obligación de que algunos órganos, entidades e instrumentos que hagan uso de regímenes especiales en sus procesos contractuales, y que no sean identificables como instituciones de Educación Superior públicas, las Empresas Sociales del Estado, Sociedades de Economía Mixta o Empresas Industriales y Comerciales del Estado, hagan uso de los pliegos tipo desarrollados por la agencia Colombia Compra Eficiente en los procesos contractuales, en virtud de lo reglado por la Ley 1882 de 2018 (artículo 4o.) y en la Ley 2022 de 2020. Eso sí, “dejando en claro” que la excepción que cubre a los regímenes especiales puros, es decir, los creados directamente por la Ley 80 de 1993, sólo cubre a los contratos de su giro ordinario y que pueden adoptar los pliegos tipo como buena práctica dentro de sus manuales contractuales.

Todos estos desarrollos legislativos son fuentes de confusión, por cuenta de las imbricaciones que existen entre derecho público y privado en este tipo de regímenes, y la diversidad y pluralidad de maneras en las que se pueden manifestar estas interrelaciones. La creación de un orden discrecional y mixto, pero que tiene una naturaleza reglamentaria, y sobre el que ni las partes contractuales ni los órganos de control, y en muchos casos los órganos jurisdiccionales tienen claridad sobre cómo debería funcionar para conciliar la agilidad, la autonomía o la especialidad, pero sin soslayar la transparencia y el manejo ético de los recursos públicos, aumentan la dispersión normativa en el sector de la gestión contractual. Estos problemas ponen de presente

so. A esta conclusión me arrimo si comparo lo existente en octubre de 1993 con lo actual, caracterizado hoy por una hiperinflación normativa, por exceso de procedimientos, por la permanencia de fenómenos alcistas de ineficiencia administrativa y de corrupción que las nuevas normas supuestamente pretendían corregir” (p. 1).

la importancia de evitar un maximalismo en la generación de regímenes exceptuados al régimen general y/o la propia existencia y utilidad de un régimen general, si este, por sustracción de materia, termina siendo la excepción bajo la excusa de sus ineficiencias.

Uno de los caminos para evitar, entonces, que se continúe desdibujando la pretensión de simplificación de la gestión contractual, es el de repasar la pretensión original de la Ley 80 de 1993 de una visión minimalista y contenida de regímenes especiales. El otro será el de eliminar el régimen general. El primero de estos caminos parece ser el menos traumático en el contexto colombiano, pese a que el Estatuto General pretendió implementar un modelo de principios, y que, al no lograr sus propósitos, se presentaron fallas de mercado. Estas fallas se han logrado corregir a través de la regulación de la compra pública (Pulido Ortiz y Barreto Moreno, 2021). Pero, para ello se precisa del análisis de las posibles causas que están generando el problema de la sustracción de materia del régimen general de la contratación estatal, a raíz de la creación indiscriminada de regímenes especiales de contratación con recursos del Estado. En lo que se sigue, este trabajo se ocupará de este análisis.

III. Cómo se crean las puertas de escape al régimen general de la contratación estatal: la creación de los regímenes especiales a través de las facultades para legislar del presidente

Existen varios criterios para determinar las maneras como se pueden crear los regímenes especiales de contratación estatal. Estos criterios pueden variar dependiendo de su origen temporal —si son anteriores o posteriores a la Ley 80 de 1993—, así como de su alcance, pues en ciertos casos no se trata de un régimen especial, sino de modalidades o tipologías de contrato que están autorizadas para usar el marco del derecho común, tal y como lo autoriza el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, después de la modificación contenida en la Ley 1150 de 2007.¹⁴ Y también dependen de la naturaleza del suje-

¹⁴ Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos

to contractual que recibe la autorización para contratar por fuera del régimen general. En relación con el último de estos criterios, es claro que la mayoría de los recursos públicos que se gestionan en regímenes especiales funcionan por la decisión directa del legislador ordinario de crear entidades públicas y órganos del Estado que pertenecen a la rama ejecutiva, que tienen una naturaleza pública o semipública, y que son dotados de personalidad jurídica. Al tener personalidad jurídica, estos órganos y entidades pueden ejercer la contratación como manifestación de lo que significa ser persona. Sin embargo, esta tipología de sujeto contractual no es la única que cuenta con competencia y/o con capacidad para ejercer la función contractual. Una de las novedades más importantes que incorporó la Ley 80 de 1993 fue la de desligar la idea de personalidad jurídica privada y/o pública de la idea de tener capacidad/competencia para celebrar contratos.

En este orden de ideas, el contenido del artículo 2o. de la Ley 80 de 1993 determina que no se requiere ser una persona jurídica para el ejercicio de la función contractual, en calidad de sujeto contractual público.¹⁵ Esta situación generó en su momento cierta perplejidad a los ciudadanos, que acudieron en el año de 1994 a la Corte Constitucional para que el alto tribunal se pronunciara sobre esta materia. En la acción pública de constitucional se demandó el artículo segundo de la Ley 80 de 1993, bajo los siguientes cargos:

La ley 80 de 1993, que contiene el Estatuto General de Contratación, vulnera este principio [la persona es sujeto de derechos y obligaciones] al permitir que organismos que carecen de personalidad jurídica, sean parte en los contratos, y comparezcan a los procesos que en desarrollo de ellos puedan suscitarse.

generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: [...] Parágrafo 1. Modificado por la Ley 1150 de 2007, artículo 15. Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

¹⁵ Por su parte, está misma idea se replica para los sujetos de naturaleza privada en el artículo séptimo a los que se les autoriza a constituir consorcios y/o uniones temporales, como una especie de forma asociativa pero carente de personalidad jurídica.

Uno de los requisitos que exige la ley para que exista el contrato, es el acuerdo de voluntades, y de esa voluntad sólo puede gozar quien sea persona, y tenga la capacidad para obligarse, es decir, sea sujeto de derechos.¹⁶

La Corte desestimó la demanda, y declaró la exequibilidad de la norma demandada bajo el entendido de que, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se determinaba la elección del legislador de permitir que “sujetos contractuales”¹⁷ que no tuvieran personalidad jurídica contaran con competencia para efectuar contratos a nombre del Estado. Sobre esta decisión, se ha comentado por la doctrina nacional, que

En su momento la norma fue demandada ante la corte constitucional, por ser modificatoria, a juicio del demandante de la estructura que nuestra carta política establecía para la administración pública. La Corte declaró la exequibilidad afirmando que había que diferenciar entre la personería y la capacidad para contratar y que esta última podría ser restringida y ampliada por el legislador sin que ello implicara un reconocimiento de personería. (Dávila Vinuesa, 2016)

Ahora bien, a pesar de lo dicho por la Corte, la manera como se comprende quién puede otorgar esa competencia, para que sujetos contractuales de naturaleza pública puedan contraer obligaciones a partir de contratos estatales, no está definida ni es clara en el enunciado normativo contenido en el artículo segundo de la Ley 80 de 1993. Este enunciado, en los apartes finales del numeral dos del artículo en cita, sólo establece que tienen esta potestad “los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. Como se observa, el sustantivo “la ley”, que integra la oración, no tiene ningún tipo de calificación que permita comprender qué tipo de ley es la que puede otorgar a un sujeto contractual público la capacidad para celebrar contratos.

Sin embargo, la práctica ha empezado a mostrar que la expresión “ley”, a la que se refiere el enunciado normativo de la Ley 80 de 1993, no sólo hace referencia a la ley entendida en sentido formal y ordinario, sino que, esta ex-

¹⁶ Demanda de inconstitucionalidad, sentencia C-374 de 1994.

¹⁷ *Gaceta del Congreso*, núm. 75, 23 de septiembre de 1992, p. 16.

presión, también incluye a los poderes de creación legislativa que la Constitución le autoriza ejercitar al presidente. En este orden de ideas, aunque el aparte final del artículo segundo del numeral segundo de la Ley 80 de 1993 no hizo una distinción entre el legislador ordinario y el legislador extraordinario o excepcional a la hora de otorgar a sujetos contractuales públicos la posibilidad para contratar, sin contar con personalidad jurídica, los agentes del Estado situados en el Ejecutivo sí han empezado a hacer esa distinción. El Ejecutivo, entonces, ha empezado a sacar provecho de la ambigüedad inherente al concepto de *ley*.

A partir de allí se tiene que, tanto el legislador ordinario como el Ejecutivo, cuando usan facultades extraordinarias, y también facultades legislativas excepcionales, están otorgando (1) competencia a órganos y dependencias para contratar el régimen general; pero, especialmente, (2) capacidad para que estos órganos o dependencias usen los recursos públicos, aunque para contratar a través de regímenes excepcionales. En este orden de ideas, la sobreexplotación, cada vez más frecuente, de la regla contenida en el enunciado normativo del artículo segundo de la Ley 80 de 1993, para crear órganos, dependencias e instrumentos con capacidad de para contratar, y que son exceptuados del régimen general de la contratación estatal, es la causa explicativa de la llamativa proliferación de los regímenes excepcionales.

Una de las aristas que más ha contribuido a esta multiplicación de los regímenes especiales de contratación estatal está dada en el uso que el presidente de la República ha hecho de la legislación material para generar instrumentos de manejo presupuestal, tales como fondos cuenta y/o patrimonios autónomos creados y diseñados para atender necesidades especiales del Ejecutivo, y que son constituidos sin pasar por el filtro de la discusión del Congreso, que es el que se requiere para crear una entidad pública con personalidad jurídica. Para explotar esa arista, el Ejecutivo hace uso o bien de facultades extraordinarias que le son concedidas por el legislador a través de un proceso previo de habilitación (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 150, número 10), o bien mediante las facultades excepcionales (C. P., artículos 213, 214 y 215) que la Constitución le autoriza usar al presidente de forma directa para la solución de los estados de excepción. La cada vez más habitual apelación a esta movida, por parte del Ejecutivo, debería ser objeto de alarma en la comunidad jurídica, no sólo cuando aparece algún escándalo de co-

yuntura, que es expuesto por los medios de comunicación por la utilización indebida de estos recursos,¹⁸ sino a través de un análisis más estructural de la ocurrencia de este fenómeno. Estas alarmas deberían obligar a la reflexión sobre la viabilidad constitucional de este tipo de puertas de escape al régimen general, a pesar de que, como se verá más adelante, las autoridades judiciales las hayan avalado con algunas restricciones hasta el momento.

En efecto, la Constitución establece que es al Congreso, y no al presidente, a quien corresponde definir quién está adentro del régimen general, al ordenar que son funciones del Congreso “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”. Si esto es así, también debería ser el Congreso el órgano al que le corresponde definir quién está afuera de este régimen. Por esta razón, sólo la ley en sentido formal debería poder determinar o configurar la existencia de regímenes especiales de contratación estatal. De lo contrario se produce una ruptura del sistema de frenos y contrapesos diseñado por la Constitución.

Esto porque mientras que, la creación de una persona jurídica de derecho público con capacidad para contratar por fuera del régimen general, es necesaria la colaboración y coordinación entre el Congreso y el presidente, en virtud de lo señalado por el artículo 150 núm. 7 y el 154 de la Constitución Política, a su vez desarrollados en el artículo 49 de la Ley 489 de 1998, paradójicamente, no sería necesario el ejercicio de contrapeso de ninguna índole, para que el Ejecutivo pueda crear un centro de intereses o un instrumento con capacidad para contratar exceptuado del cumplimiento del Estatuto General de la Contratación.

Al permitirse, sin mayores limitaciones, que el presidente use sus poderes de promulgación de legislación material, para concentrar recursos públicos para ejercicio de la contratación estatal por fuera del régimen general sin que el Congreso necesariamente autorice o ratifique dichos usos, se crea una vía mucho más expedita para desdibujar la existencia de dicho régimen. Esto agrava el problema de la proliferación de las excepciones, del cual también ha sido responsable el legislador, pero que al menos tiene en la idea del debate parlamentario y del proceso legislativo una barrera de contención.

¹⁸ Sobre el particular véanse Delgado (2023) y El Periódico (2023).

Si se insiste en la idea de tener un régimen general, la incubación de excepciones debería atender a criterios de máxima racionalidad legislativa, y no dejarse simplemente al arbitrio de la libertad configurativa del legislador, entendiendo la importancia cardinal que tiene el ejercicio de la función contractual para el desarrollo del Estado social de derecho. El uso de la legislación material para estos propósitos está aún más lejos de esta exigencia. No obstante, la Corte Constitucional ha avalado este uso de la legislación material para extraer el manejo de los recursos públicos del régimen general al derecho común. Aun a pesar de este aval, es preciso señalar que esta autorización parte de una interpretación ingenua y problemática de la reserva legal contenida en esta norma, y del sistema de frenos y contrapesos diseñado por la Constitución de 1991, para evitar los excesos de poder del Ejecutivo. En este orden de ideas, dejar este poder en manos del presidente, sin contrapesos suficientes y/o adecuados, desdibuja la idea de control a esta rama del poder público.

Aunado a lo anterior, para situaciones excepcionales —cuando tienen lugar las facultades legislativas del presidente—, la Ley 80 de 1993 establece, en el artículo 42, las causales bajo las cuales procede la declaratoria de urgencia manifiesta, y que permite la contratación directa bajo el artículo 2o., numeral 4, de la Ley 1150 de 2007. Entre los supuestos para su procedencia se encuentran las situaciones relacionadas con los estados de excepción, por lo que la propia Ley 80 establece las herramientas para atender las necesidades de contratación en escenarios excepcionales, atándolas al régimen general, sin que se requiera de la creación de nuevos regímenes especiales.

En este orden de ideas, si es grave que no se le exija mucho al legislador para crear excepciones, es aún más preocupante que al presidente no se le exija nada para que abra la puerta a las excepciones. Autores como Maldonado coinciden con la conclusión acerca de la necesidad de revisar los argumentos sobre la constitucionalidad de esta clase de decisiones, aunque por otras razones, al señalar:

Pero independientemente de los regímenes de contratación particulares que la Cpol ha dispuesto, la creación desmedida de regímenes especiales por parte del legislador o *del gobierno en uso de facultades extraordinarias para legislar, podría no resultar ajustado a la constitución*, pues la norma general que es el EGCAP, que tuvo

su justificación en la dispersión normativa y en las discusiones sobre los contratos que celebraba la administración, hoy en día presenta más excepciones que se han convertido en la regla general y que pueden atentar contra valores, principios y derechos constitucionales como la igualdad, la efectividad de los derechos y la participación, entre otros. (Maldonado, 2022, p. 80)

Aquí se quiere adicionar a lo señalado por Maldonado que, además de las facultades extraordinarias, el Ejecutivo también ha empezado a usar las facultades excepcionales para la creación de instrumentos separados o por fuera del régimen general de la contratación estatal, y que lo está haciendo cada vez de forma más frecuente. La apelación a la necesidad de atender de forma pronta necesidades insatisfechas de los ciudadanos termina normalizando la excepción, sin que se repare en el costo de continuar desdibujando la existencia de un régimen general. Con todo, la facultad legislativa debería asignarse al presidente de manera limitada y excepcional.

En lo que se sigue, el artículo se va a centrar en hacer un análisis más detallado de la forma como el presidente está usando los poderes de creación de legislación material para desdibujar la pretensión de la existencia de un régimen general de contratación con recursos públicos.

IV. La creación de fondos cuenta y patrimonios autónomos como regímenes exceptuados al régimen general de la contratación mediante el ejercicio de los poderes legislativos del Ejecutivo

La estrategia del Ejecutivo para concentrar poderes de ejecución presupuestal, destinados a contratar a través de regímenes especiales al usar legislación material, ha consistido en explotar las ambigüedades del aparte final del numeral dos del artículo segundo de la Ley 80 de 1993, que, desde la misma expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, también ha sido sobreexplotada por el legislador ordinario. De esta forma, cuando el presidente expide decretos ley y otro tipo de legislación material, el Ejecutivo se decide, preferiblemente, por ordenar la creación de “órganos” o, instrumentos de gestión con capacidad para contratar; o, en términos

del Consejo de Estado, “centros de intereses”, pero que no tienen personalidad jurídica (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2222, 2015).

Es común que, en esta estrategia, cuando dicho instrumento o centro de intereses es administrado por un órgano o entidad central al que le corresponde la toma de decisión sobre el manejo de estos recursos, el Ejecutivo prefiera sacarlo del régimen general de la contratación estatal. Se utiliza en este escrito la conjugación del verbo “preferir” porque se requeriría hacer un análisis cuantitativo de toda la legislación en sentido material que se expide por el Ejecutivo, y que se sirve de esta norma de la Ley 80 para dar capacidad contractual, y así ofrecer conclusiones absolutas sobre el tema. Este aspecto escapa al ámbito de análisis de esta investigación.

No obstante, la legislación material que se analizará en este texto muestra la preferencia del Ejecutivo por crear fondos cuenta o autorizar la creación de patrimonios autónomos como técnica para otorgar una capacidad de contratación con recursos públicos, pero por fuera del régimen general o bajo un régimen exceptuado. La misma naturaleza del segundo de estos instrumentos, es decir, de los patrimonios autónomos, hace que su creación esté directamente conectada con el régimen común. Por el contrario, la creación de los fondos cuenta a través de legislación material sí implica la toma de una decisión del Ejecutivo de permitir que dicho fondo sea un régimen exceptuado o no lo sea.

Un fondo cuenta es un instrumento de utilización común en diversidad de sectores administrativos, como el de defensa,¹⁹ el de agricultura,²⁰ el de in-

¹⁹ Es el caso de los creados por medio de la Ley 352 de 1997, Fondo-Cuenta del Subsistema de Salud de Las Fuerzas Militares y Fondo-Cuenta del Subsistema de Salud de La Policía Nacional, a través de los cuales se administra presupuesto destinado a la salud de ambas instituciones.

²⁰ Tales como el Fondo de Solidaridad Agropecuario, erigido por la Ley 302 de 1996 con el objetivo de otorgar apoyo económico a los pequeños y medianos productores agropecuarios, forestales, de acuicultura y pesqueros.

clusión social y reconciliación,²¹ el de cultura,²² entre otros. Ha sido definido por el Consejo de Estado como “un sistema separado de cuentas, herramienta o vehículo para el manejo de los bienes o recursos de la Nación, en procura del cumplimiento de finalidades específicas” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2222 de 2015). En relación con esta definición inicial, debe señalarse que un fondo cuenta es una especie de ingreso, reconocido en el ordenamiento jurídico, pero no de forma detallado, en virtud de lo establecido en el artículo 30 del Decreto 111 de 1996, y el artículo 27 de la Ley 225 de 1995, principalmente, y no cuenta con características definitorias compartidas con otro tipo de ingresos o recursos que integran el presupuesto nacional. Sin embargo, ellos deben ser incorporados a él (Celemín, 2019).

En la exposición de motivos de la Ley 222 de 1995 se lee sobre este particular que

El ajuste en la clasificación presupuestal de la vigencia tiene como fin ubicar adecuadamente en el presupuesto general de la nación recursos como los fondos sin personería jurídica, las rentas para el sector justicia consagradas en las Leyes 55 de 1985, 6ª de 1992 y 66 de 1993, los recursos provenientes de la utilización de las plantas térmicas temporalmente en poder de la Nación y en general algunos recursos que no son ingresos corrientes, recursos de capital ni se enmarcan dentro de la definición de contribuciones parafiscales. (Congreso de la República de Colombia, *Gaceta* 242 de 1995)

Al ser una especie del género presupuestal *ingreso*, un fondo cuenta es completamente atípico y, respecto de él, ni el legislador ni el Ejecutivo tienen parámetros para determinar los límites de su funcionamiento. De esta manera, una vez que el fondo cuenta ha sido creado, se puede autorizar al representante legal de tal fondo para operar por dentro o fuera del régimen general de contratación estatal. Autoras como Celemín, por ejemplo,

²¹ Establecido con la finalidad de garantizar la financiación de los planes y programas de prevención y lucha contra la explotación sexual y la pornografía con menores de edad; y por vía de la Ley 679 de 2001 nace el Fondo Contra la Explotación Sexual de Menores a cargo del ICBF.

²² Fondo Filmico Colombia.

han descrito cómo en el sector administrativo de cultura el Fondo de Desarrollo Cinematográfico, creado por el artículo 10 de Ley 814 de 2003, es operado absolutamente con reglas de derecho privado.

Asimismo, el Fondo Filmico Colombia, creado por el artículo 3o. de la Ley 1556 de 2012, opera y es administrado con un carácter privado. Otros fondos, como el Fondo Cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y el Fondo Cuenta del Subsistema de Salud de la Policía Nacional pueden ser administrados con un carácter mixto. La norma de creación de este instrumento establece una cierta discrecionalidad para que quien decide el manejo de los recursos. Es decir, la Dirección General de Sanidad Militar o el Director de Sanidad de la Policía Nacional determinan cómo van a administrar los fondos, pero, al mismo tiempo, la norma los faculta para administrarlos a través de “encargo fiduciario conforme a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” (Ley 352 de 1997, artículo 38).

Por su parte, un *patrimonio autónomo* es una categoría especial de “centro de intereses” que ha sido definido por la jurisprudencia nacional en los siguientes términos:

Los patrimonios autónomos que se denominan así justamente porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica; y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de inocultable utilidad socio-económica, las cuales tanto pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigios. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2222 de 2015)

Los patrimonios autónomos pueden ser constituidos con recursos privados, públicos o ambos. Cuando se constituyen con recursos públicos, a pesar de no contar con una personalidad jurídica, sí tienen una capacidad para contratar, derivada no sólo de lo estipulado por el aparte final del numeral dos del artículo segundo de la Ley 80 de 1993, sino también por integración legal de los artículos 1226, 1227 y 1233 del Código de Comercio. Estos ar-

títulos establecen que, los bienes afectos al contrato de fiducia, garantizan el cumplimiento de las obligaciones contraídas para facilitar el cumplimiento del fin deseado.

El Consejo de Estado ha sido claro en afirmar que no se puede confundir la capacidad para celebrar contratos de los patrimonios autónomos, que están por fuera del régimen general, de la competencia que tendrían las entidades estatales para celebrar fiducias públicas o encargos fiduciarios, que estarían dentro del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Lo anterior en la medida en que, para este tipo de contrato, estipulados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no se constituyen patrimonios autónomos (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2222 de 2015).

Sin embargo, es preciso revisar la forma como está imitando esta competencia el legislador material cuando a partir de decretos ley, decretos legislativos y decretos con fuerza de ley crea estos instrumentos. A la fecha, no existen estudios para determinar qué elección prefiere el Ejecutivo cuando otorga capacidad a dichos instrumentos. En lo que se sigue, se va a revisar y a sintetizar la forma como se han utilizado de forma reciente los poderes de creación de legislación material; esto es, por medio de decretos legislativos (1) y decretos ley (2), para explotar la ambigüedad del aparte final del numeral dos del artículo segundo de la Ley 80 de 1993, y de esta forma, atraer la gestión de recursos públicos derivados de la gestión contractual, a través de excepciones al régimen general mediante el uso de fondos cuenta y de patrimonios autónomos.

1. La creación de excepciones al régimen general de contratación estatal a partir del uso de decretos legislativos en virtud del estado de emergencia económica, social y ecológica

La Constitución otorga al presidente de la República la facultad de ejercer potestades para crear legislación en ciertos casos de emergencias, en los que las estabilidad social y política están en juego. En estas circunstancias, el presidente puede acudir a la declaratoria de un estado de excepción, y expedir decretos legislativos o decretos con fuerza de ley para conjurar la crisis ocasionada por la emergencia. El uso de estas potestades debe seguir los estrictos

tos y precisos términos de los artículos 212, 213 y 214 constitucionales para la declaratoria de los estados de excepción de guerra exterior y de conmoción interior; y 215 para la declaratoria de los estados de emergencia económica, social y ecológica. Adicionalmente, esta clase de declaratoria de estado de excepción debe ser acompañada de una motivación estricta, en la que se justifique suficientemente la necesidad de expedir normas jurídicas con la exclusiva finalidad de conjurar la crisis o impedir extender los efectos de la emergencia.

Lo anterior implica que esta libertad de configuración satisfaga como mínimo los criterios de necesidad²³ y de motivación,²⁴ el de conexidad material²⁵ y el de finalidad²⁶ en los términos en los que estos criterios han sido desarrollados tanto por la Ley 137 de 1994, como por la jurisprudencia constitucional sobre la materia. Adicionalmente, esta legislación material, sea expedida bajo la modalidad de decreto legislativo o de decreto con fuerza de ley, debe ser proporcional, tiene que cumplir con estándares de no discriminación y también satisfacer estándares de ausencia de arbitrariedad. (Celemín Caicedo, 2023, p. 104)

Ahora bien, la Constitución le permite al presidente, en los estados de excepción, expedir decretos legislativos y decretos con fuerza de ley, dependiendo del tipo de excepcionalidad que el líder del Ejecutivo pretenda conjurar. Sobre las diferencias entre estos tipos de legislación material ha dicho la doctrina:

²³ Artículo 11 de la ley 137 de 1994: “Necesidad. Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente”.

²⁴ “Busca establecer si la medida adoptada se refiere a los mismos asuntos que causaron y justificaron la declaración del estado de excepción” (Fuentes Contreras, 2017; Jojoa Bolaños, 2018, p. 558).

²⁵ Coteja que los motivos estén justificados. En el caso que la medida restrinja un derecho constitucional, se requiere por parte del intérprete constitucional un juicio más fuerte o estricto de validación de las razones por la cual se tomó la medida.

²⁶ Artículo 10 de la Ley 137 de 1994: “Finalidad. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos”.

Los decretos legislativos que se dicten en estado de guerra exterior y de conmoción interior son transitorios, suspenden las leyes que sean incompatibles y rigen mientras dure el estado de excepción. En el caso del estado de emergencia económica, social y ecológica, su vigencia es indefinida hasta que el Congreso los modifique o derogue, excepto cuando se trate de nuevos tributos o de variación de los existentes, evento en el cual dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente. (Ortiz y Ramírez, 2008)

Como se verá enseguida, en múltiples ocasiones el presidente ha hecho uso de los poderes de excepcionales, contenidos en el artículo 215 de la Constitución, para crear excepciones al régimen general de la contratación, a partir de la expedición de decretos legislativos para generar excepciones al régimen general de la contratación mediante la creación de fondos cuenta o de patrimonios autónomos. La siguiente tabla sintetiza la información.

Tabla 1. Decretos en uso de facultades excepcionales para crear regímenes especiales de contratación

Tipología Decreto	Régimen Creado	Síntesis
Decreto Legislativo 810 de 2020	Patrimonio autónomo	Creado para promover, financiar y apoyar el emprendimiento, la formalización y el fortalecimiento empresarial de las mujeres en Colombia, administrado por una sociedad fiduciaria de naturaleza pública que designe el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
Decreto Legislativo 444 de 2020	Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME)	Creado para atender las necesidades de recursos para la atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento en el marco de la situación del COVID-19. Fondo cuenta sin personería jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Decreto Legislativo 552 de 2020	Se adicionan recursos al Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME	Adicionó recursos al Fondo de Mitigación de Emergencias - FOME, provenientes del Fondo de Riesgos Laborales - FRL en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.
Decreto 1250 de 2023	Patrimonio autónomo	Ordena al Ministerio de Vivienda la contratación directa de una fiducia mercantil que tenga por objeto la constitución de un patrimonio autónomo para la ejecución de los proyectos de agua y saneamiento básico en La Guajira, podrá contar con recursos del Presupuesto General de la Nación, los que asignen las entidades nacionales, de los entes territoriales, de las empresas operadoras de servicios públicos del departamento, municipio, de organismos internacionales de cooperación y otras personas naturales y jurídicas. Este patrimonio autónomo estará sujeto al cumplimiento de las normas que le sean aplicables.

Fuente: elaboración propia, con base en revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Por ser normas expedidas en el desarrollo de las funciones de legislación, y no de ejecución del presidente, corresponde a la Corte Constitucional la adecuación de la creación de estos fondos cuenta y/o patrimonios autónomos a partir de decretos legislativos o con fuerza de ley, dependiendo del ámbito temporal de su duración. Enseguida, se resumirán los pronunciamientos de la Corte en relación con estas normativas.

A. Decreto Legislativo 810 de 2020

Frente a este Decreto, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-396 de 2020, declaró su exequibilidad indicando que *de fondo* no era contrario a las disposiciones constitucionales. Adicionalmente, menciona el cumplimiento de una serie de requisitos formales de validez tales como 1) la suscripción del decreto por el presidente de la República y todos sus ministros; 2) su ex-

pedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia y, 3) la existencia de motivación. Aunque la Corte menciona el desarrollo de un examen formal para este documento, es necesario señalar que, para este, sólo se verificó el cumplimiento de tres exigencias básicas: 1) la suscripción del decreto por el presidente de la República y todos sus ministros; 2) su expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia y, 3) la existencia de motivación. La Corte encontró que las tres condiciones fueron satisfechas.

En relación con la excepción del patrimonio autónomo como régimen exceptuado de la Ley 80 de 1993, el alto tribunal expresó lo siguiente:

En efecto, el decreto en revisión dispone que el consejo directivo determinará el régimen de contratación del patrimonio autónomo, el cual en todo caso deberá regirse por las reglas del derecho privado y observará los principios de transparencia, economía, igualdad, publicidad, y en especial, el de selección objetiva, así como el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades. [...] En esos términos, pese a contar con recursos públicos —provenientes del presupuesto general de la Nación o de entidades a nivel nacional o territorial (artículo 4, núm. 1 y 2)—, el patrimonio no está obligado a cumplir las reglas contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal, en especial, frente a las modalidades de selección. De manera que es evidente que la voluntad del Gobierno fue suspender la aplicación de las normas de contratación que rigen a la administración pública y preservar únicamente algunos principios. En su lugar, autorizar el uso de las reglas negociales entre particulares para el ejercicio de las funciones del mecanismo y no al uso de procedimientos estatales como el de contratación directa. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-396 de 2020)

La Corte Constitucional recordó —como lo ha expresado en anteriores pronunciamientos— que si bien en la ley se plasmaron las exigencias y formalidades de la contratación pública conforme al inciso final del artículo 150 constitucional, también la ley puede disponer, por razones de orden público económico, de excepciones transitorias que permitan atender las necesidades y circunstancias generadas por situaciones de emergencia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-396 de 2020).

Sin embargo, este análisis omite considerar que la misma Ley 80 de 1993 establece que, para casos de urgencia manifiesta como los que se originan en la declaratoria un estado de excepción, es posible hacer uso de mecanismos expeditos que garanticen los principios de eficiencia y celeridad para la atención oportuna de estos eventos por parte del Estado, pero dentro del marco del régimen general de la contratación estatal. En efecto, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 señala que, una de las vías para hacer uso de la contratación directa, es el escenario de la declaratoria de la urgencia manifiesta, como consecuencia de un estado de excepción. A partir de esta norma, resulta posible que se autorice la creación de un encargo fiduciario, de los que trata el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y se ordene la contratación directa de la sociedad fiduciaria por parte del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, como un mecanismo también expedito y garante de los principios de celeridad y eficacia (C. P., artículo 209.) para la atención de la emergencia constitucional. Esto, al aplicar la facultad que otorga el 42 de la Ley 80 de 1993 de apelar a la vía de contratación directa en estas circunstancias, pero por dentro de la autorización que da el régimen general de crear una excepción a través del contrato de fiducia pública.

Es necesario aclarar que, aunque una fiducia pública y un patrimonio autónomo son figuras que tienen similitudes, debido a que mediante ambos instrumentos se contrata bajo las normas del derecho común, también tienen sus diferencias. Una diferencia importante es que, mientras en el encargo fiduciario contratado por urgencia manifiesta el control fiscal de la Contraloría es automático, este mismo control será selectivo en el caso de la creación de un patrimonio autónomo. Para hacer más simple el argumento, cuando el gobierno sigue la ruta prevista en la Ley 80 de 1993 para el caso de las emergencias constitucionales, se va a encontrar de frente con la evaluación de la Contraloría a la gestión fiscal efectuada con esos recursos. En la ruta diseñada por el Ejecutivo, esto se convierte en una mera posibilidad. En efecto, la Ley 80 de 1993 determina una obligación al Ejecutivo para que se envíe la documentación de estos contratos una vez superado el estado de excepción, “al organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad”.

Pero esta ruta rápida de atención dentro del régimen general no es explorada ni explicada por el Ejecutivo, que se limita a señalar que, el único mecanismo con el que cuenta para atender la emergencia, es el trámite de una

ley para la creación de un patrimonio autónomo, lo que generaría los problemas propios de la demora que se desprenden de la promulgación de una ley en el seno del parlamento. En el caso en específico, la Presidencia le muestra al guardián de la Constitución que la única vía posible para atender de forma rápida la emergencia es a través del trámite de una ley para crear el patrimonio autónomo y que, por este motivo, ante la premura del tiempo, se promulgó la legislación material. De esta manera, el Ejecutivo señala lo siguiente, en la respuesta que envió a la Corte ante la pregunta que el alto tribunal realizó para que explicara “las razones por las cuales la finalidad perseguida en el Decreto objeto de revisión no se podía alcanzar a través los medios ordinarios disponibles en el ordenamiento jurídico”:

Si bien la finalidad del decreto podría haberse alcanzado por los medios ordinarios disponibles en el ordenamiento jurídico, tales como la expedición de una ley de la República que constituyera el patrimonio y le asignara una partida presupuestal, hubiese implicado que se tomara los tiempos propios del trámite legislativo, los cuales en esta situación de crisis impiden que se dé una respuesta y se reaccione de forma oportuna por parte del Estado para atender y corregir los efectos negativos de la pandemia en la población femenina. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-396 de 2020)

La clave del argumento se encuentra en desentrañar lo que implica la expresión “tales como la expedición de una ley”, pues, como se argumentó anteriormente, otra de las posibilidades para el Ejecutivo era la creación del encargo fiduciario para que, a través del uso del derecho común que la Ley 80 de 1993 autorizó a usar en esta modalidad contractual, se pudiera atender de forma célere y oportuna la emergencia constitucional. Sin embargo, este instrumento no es ni enunciado, ni examinado por el alto tribunal, quien, por el contrario, da total credibilidad a la argumentación del Ejecutivo y que motiva la declaración de constitucionalidad de la norma que creó el patrimonio autónomo con las siguientes motivaciones:

Así las cosas, partiendo de la base de que las medidas del Decreto Legislativo 810 de 2020, pretenden actuar de forma rápida en la solución de una situación que afecta a las mujeres en mayor medida que a los hombres, esta Corporación

considera que el criterio de tiempo es relevante. Por tal razón, el mecanismo ordinario pierde idoneidad para concretar tal fin y, por tanto, puede concluirse que se supera el juicio de necesidad jurídica. Lo anterior, debido a que el trámite ordinario ante el legislador podría tardar un tiempo considerable, mientras que el patrimonio autónomo creado en el decreto legislativo plantea una solución para la situación de las mujeres agravada por el impacto diferencial de la pandemia. Como se dijo, la pandemia no discrimina, pero sus efectos sí, de manera que han afectado de manera considerable los derechos de las mujeres, sobre quienes debe centrarse también la atención estatal debido al rezago que han padecido históricamente en el disfrute de sus derechos. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 396 de 2020)

En este orden de ideas, un mejor escenario para el Ejecutivo es tener una actuación oportuna y rápida para responder a un problema originado en la emergencia constitucional, pero sin controles; es decir, sin la revisión necesaria ineludible de los órganos de control a la responsabilidad fiscal. Y aunque, en virtud de lo sostenido por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, también existe la posibilidad del control fiscal de los recursos públicos que se usan en los regímenes especiales, la diferencia es que, en este último caso, dicho control depende de la contingencia de que el órgano de control lo seleccione para dicho ejercicio. Así, mientras la Corte no examine los criterios de necesidad que el Ejecutivo usó para fundamentar el desplazamiento del Estatuto General de la Contratación Estatal, no se puede comprender el fundamento de necesidad y conexidad que implica la creación de la excepción al régimen general.

B. Decreto Legislativo 444 de 2020

La Corte Constitucional declaró exequible este Decreto mediante la Sentencia C-194 de 2020. Frente al análisis formal del escrito, determinó que cumple con todos los requisitos formales de constitucionalidad, ya que (1) fue suscrito por el presidente y los 18 ministros; (2) fue proferido durante la vigencia y en desarrollo del estado de emergencia económica, social y ecológica, declarado mediante el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, en tanto que (a) fue expedido el 21 de marzo de 2020, esto es, dentro de los 30 días siguientes a dicha

declaratoria del estado de emergencia, y (b) tiene por objeto “dictar disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” y, (3) contiene motivación, puesto que expresa las razones que justificaron su expedición, el objeto que persigue, la finalidad de las medidas adoptadas, así como su relación con la emergencia económica, social y ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020. Finalmente, (4) el requisito referido a la determinación del ámbito territorial de aplicación no es aplicable al caso concreto, por cuanto el Decreto que declaró el estado emergencia económica, social y ecológica no fijó un determinado ámbito de aplicación, sino que sus efectos se extienden a todo el territorio nacional.

En referencia a la excepción del fondo cuenta como régimen exceptuado de la Ley 80 de 1993, el alto tribunal expresó lo siguiente:

La Corte considera que la referida disposición del inciso 2 del artículo 6 del Decreto Legislativo *sub examine* es compatible con la Constitución Política. En efecto, la Corte ha reiterado que “*es constitucional que estos fondos se rijan por el derecho privado*”, habida cuenta de que “*el régimen de contratación privada permite celebrar contratos de manera más expedita*”. Particularmente, en relación con los fondos creados mediante decretos legislativos, la Corte ha señalado que “*se ha permitido que se sometan a las reglas del régimen de contratación privada como una excepción al de contratación pública, consagrado en el Estatuto de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993) y la Ley 1150 de 2007*”. La aplicación del régimen de contratación privada se justifica, según la Corte, en “*la urgencia de las situaciones que deben atender, pues requieren medidas necesarias y proporcionales que ayuden a superar las circunstancias particulares que les dieron origen*”. Por estas razones, la Corte concluye que someter la ejecución de los recursos del FOME al régimen de derecho privado no es incompatible con la Constitución Política. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-194 de 2020)

En esta decisión, al igual que la anterior, la Corte tampoco observa o repara qué tipo de justificación utilizó el Ejecutivo para el uso de estos mecanismos, sino que su argumentación es más bien autorreferencial y dedicada a explicar lo que es un fondo cuenta, pero no a desentrañar las razones por las cuales es este el instrumento que permite de forma más adecuada la atención de la emergencia constitucional y, por esta vía, a dejar de lado el régimen general.

C. Decreto 1250 de 2023

La Corte revisó la constitucionalidad de este Decreto y lo encontró contrario a la Constitución Política de Colombia, en la Sentencia C-364 de 2023. En esta decisión, el alto tribunal no se pronunció sobre el patrimonio autónomo creado en esta legislación material, porque el decreto también creaba el Instituto de la Gestión Aguas de la Guajira (la entidad que iba administrar el patrimonio) y esta norma la declaró inexecutable (artículo 13) en la sentencia. Esto, al considerar que dicho desarrollo legislativo contrariaba el principio de necesidad, y conexidad estricta con la emergencia económica, en la medida en que el mencionado instituto no se creó para conjurar la crisis sino para resolver problemas estructurales de la zona. En este orden de ideas, si la norma sobre la creación de instituto se declaró como inexecutable, la creación del patrimonio autónomo que esta entidad iba administrar se declaró inconstitucional por consecuencia.

2. La creación de excepciones al régimen general a partir del uso de decretos ley

Un decreto ley, por otra parte, es una norma con rango de ley, que no requiere de los procedimientos y etapas propios de la ley en sentido formal, lo que le corresponde promulgar ordinariamente al Congreso. En el decreto ley, el presidente ejerce una autorización que la Constitución directamente, o una ley habilitante, le ha otorgado para que desarrolle la regulación sobre un determinado asunto. A partir de estas facultades que el Congreso le confiere al presidente, en virtud de lo preceptuado en el numeral 10 del artículo 150 de la C. P., o que se pueden otorgar directamente a través de actos legislativos,²⁷ se le delega de forma extraordinaria al presidente la competencia para expedir legislación en sentido material; pero sobre la base en unas facultades precisas, que deben ser ejercidas en un tiempo determinado, que no puede exceder los seis meses y que excluye la regulación de materias propias de las leyes de carácter orgánico, las leyes estatutarias o las leyes contentivas

²⁷ Al respecto, véanse: Acto Legislativo, 01 de 2017; Acto Legislativo, 04 de 2019, entre otros.

de códigos, leyes sobre impuestos o sobre los servicios administrativos y técnicos de la Cámara y el Senado.

Tabla 2. Decretos en uso de facultades extraordinarias para crear regímenes especiales de contratación en virtud de la promulgación de decretos ley

TIPOLOGÍA DECRETO	RÉGIMEN CREADO	SÍNTESIS
Decreto Ley 691 de 2017	Sustituye el Fondo de Sostenibilidad por un patrimonio autónomo denominado Fondo Colombia en Paz.	Por el cual se sustituye el Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto por el “Fondo Colombia en Paz (FCP)” y se reglamenta su funcionamiento.
Decreto Ley 903 de 2017	Patrimonio autónomo que servirá de receptor de todos los bienes y recursos patrimoniales monetizados y no monetizados inventariados.	Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC EP (artículo 3o.).

Fuente: elaboración propia, con base en revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Los pronunciamientos de la Corte sobre los mencionados decretos ley se sintetizan a continuación.

A. Decreto Ley 691 de 2017

En desarrollo de las facultades legislativas para la paz, que el Acto Legislativo 01 de 2016 confirió al presidente de la República para desarrollar el Acuerdo de Paz, se profirió el Decreto 691 de 2017, con el fin de sustituir el Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto, creado por la Ley 1769 de 2015, por el Fondo Colombia en Paz, cuyo régimen de contratación es el derecho privado conforme al artículo tercero del referido Decreto Ley. Por medio de la Sentencia C-438

de 2017, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad al afirmar de forma expresa que este tipo de decisión hace parte de “la libertad de configuración del legislador extraordinario”. De acuerdo con el alto tribunal:

Así pues, aun cuando en esas oportunidades la Corte se pronunció acerca de la posibilidad de exceptuar del régimen de contratación pública a entidades, mientras que en este caso se trata de un fondo-cuenta, en los dos casos se trata del manejo de recursos públicos que, en principio, deberían someterse a dicho régimen y la creación de los dos fondos surgió de un contexto de transición, por lo cual debe respetar un límite temporal. Por lo anterior, su existencia no puede ser indefinida y debe responder a su fundamento o esto es un instrumento ágil para la canalización de recursos de forma temporal. Esta condición se cumple plenamente en este caso, ya que la normativa fija la existencia del Fondo al término de 10 años, de conformidad con el Plan Marco para la Implementación de los Acuerdos, previsto en el numeral 6.1.1 del Acuerdo Final. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-438 de 2017)

En línea con lo anterior, la Corte no encontró ningún reproche de constitucionalidad del citado Decreto Ley 691, en tanto que (1) se cumplió con los principios de especificidad y reserva legal para la ordenación del gasto, pues aunque la norma remita a otros instrumentos para conocer el detalle de su destinación, ésta es claramente discernible y está demarcada de forma precisa; (2) las funciones asignadas al Fondo Colombia en Paz son instrumentales para llevar a cabo su objeto, y se encuadran dentro del margen de configuración del legislador extraordinario y, (3) la designación de la forma de administración de un *fondo cuenta* organizado mediante un patrimonio autónomo también hace parte de la libre configuración que tiene el presidente en ejercicio de sus facultades de legislador extraordinario, que admite una delegación para que entidades públicas o privadas administren la ejecución de sus recursos o subcuentas. De esta forma, por lo expuesto, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 2o. del Decreto Ley 691 de 2017 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-438 de 2017).

En este caso, el tema del *tiempo* como límite justifica el uso de esta medida extraordinaria para el manejo de recursos a través de un centro de intereses como el patrimonio autónomo administrado por el Departamento Adminis-

trativo de la Presidencia de la República. No obstante, si bien es cierto que se requería atender los asuntos de la paz de forma rápida, también lo es que la vigencia por diez años del régimen de excepción escapa a parámetros razonables como para que se acepte la idea, sin mayor justificación, de que el legislador extraordinario tiene la misma libertad configurativa del legislador ordinario para determinar la creación y la duración por ese periodo tan grande, de una excepción al estatuto general de la contratación pública.

Más grave aún resulta el análisis de los recursos que integran el Fondo Colombia en Paz, de conformidad con lo que dispone el numeral segundo del artículo 10 del mencionado decreto ley. De acuerdo con esta norma, este fondo podrá tener como fuente de recursos “los recursos del Sistema General de regalías, de acuerdo con el régimen jurídico aplicable”. Sobre esta particularidad en la mencionada decisión, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

respecto a la posibilidad de que el FCP (Fondo Colombia en Paz) cuente con la financiación del Sistema General de Regalías, esta corte estima que esa fuente de financiación tampoco resulta inconstitucional si se tiene en cuenta que las regalías son una contraprestación económica cuya titularidad se encuentra en cabeza de la nación y sobre la cual el legislador tiene un amplio margen de configuración.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional no impuso mayores limitaciones al uso de fuentes de financiación que operan, desde el nivel central, con recursos que la Constitución ha dispuesto para el uso de la satisfacción de las necesidades de las entidades territoriales, y sin que mediara una ley orgánica para este tipo de medidas, tal y como lo ordena expresamente el artículo 361 de la Constitución. Lo anterior muestra la debilidad del control constitucional de la Corte a la figura creada por el decreto ley.

B. Decreto Ley 903 de 2017

En desarrollo de las facultades legislativas para la paz que el Acto Legislativo 01 de 2016 confirió al presidente de la República para desarrollar el Acuerdo de Paz, se profirió el Decreto 691 de 2017, que en su artículo tercero

ordena la creación de un patrimonio autónomo —un Fondo de Víctimas— que servirá de receptor de los bienes inventariados que las FARC²⁸ entregaron como resultado del proceso de Paz. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-071 de 2018, declaró exequibles los artículos 1o., 3o., 5o. y 6o. del Decreto Ley 903 de 2017. Adicionalmente, declaró exequible el artículo 2o. del mismo decreto, en el que precisó que su contenido no constituye una amnistía o indulto respecto de los hechos cometidos con anterioridad de la entrega definitiva del inventario, sino que tiene por objeto la distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la JEP, a partir de determinar si los hechos fueron cometidos antes o después de la entrega del inventario.

Adicionalmente, la Corte también declaró exequible el artículo 4o. de este decreto, salvo la expresión “y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final”, que esta corporación declaró como inexecutable. Esta norma señalaba la posibilidad de que se usaran estos recursos para financiar los programas de reinserción de los excombatientes con los recursos del patrimonio autónomo. La Corte consideró que esta finalidad era contraria al derecho a la reparación de las víctimas del conflicto.

Asimismo, la Corte examinó el cumplimiento de los límites a la competencia legislativa del presidente de la República, derivada del Acto Legislativo 01 de 2016. Al constatar que el decreto fue expedido dentro del término de vigencia de las facultades legislativas para la paz, también concluyó que el contenido del Decreto Ley revisado tiene conexidad objetiva, estricta y suficiente respecto del Acuerdo Final.

En relación con la creación del patrimonio autónomo para la utilización de estos recursos mediante derecho privado el alto tribunal indicó lo siguiente:

El Fondo de Víctimas constituye un patrimonio autónomo y, aunque no constituye una persona jurídica, el fondo en cuestión sí es un centro de imputación jurídica de derechos y de obligaciones, que no modifica la estructura de la Administración Pública. Tiene una finalidad particular establecida en el artículo cuarto del Decreto Ley 903 de 2017. Es un patrimonio autónomo de creación legal, y la concretización de las reglas de su administración se realizará a través del ne-

²⁸ Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, grupo armado con el que el gobierno colombiano firmó un Acuerdo de Paz en 2016.

gocio fiduciario. Como lo pone de presente la interviniente de la SAE, la figura creada por este decreto ley no encuadra en la llamada fiducia pública, definida en el artículo 32, numeral 5 de la Ley 80 de 1993, ya que en la misma no se transfiere, en principio, la propiedad de los bienes y, por lo tanto, no se constituye un patrimonio autónomo. El recurso público a la figura de la fiducia mercantil ha sido encontrado ajustado a la Constitución en otras ocasiones por esta Corte, particularmente en la sentencia C-438 de 2017 donde se declaró la constitucionalidad de la sustitución del Fondo para la Sostenibilidad ambiental y el Desarrollo Sostenible en zonas afectadas por el conflicto, que no constituía patrimonio autónomo, por el Fondo Colombia en Paz, creado como patrimonio autónomo de administración fiduciaria. [...] En el caso concreto se reara de un fondo cuenta, que por lo tanto, no crea una entidad pública que modifique la estructura de la Administración Pública, no cuenta con personería jurídica y resulta de la creación legal otorgada del decreto ley bajo revisión.

Con todo, la Corte Constitucional encontró ajustada a la Constitución la creación del Fondo de Víctimas, al encontrarse dentro del margen de las facultades de legislador extraordinario otorgadas al presidente. No obstante, como se ha reiterado en este texto, la Corte desconoce que la propia Constitución le otorga competencia exclusiva al Congreso para definir aspectos relacionados con el régimen general de contratación y los regímenes exceptuados del mismo. La estrategia argumentativa de la Corte, en este caso concreto, es la de explicar la figura de fondo cuenta y patrimonio autónomo, así como sus propios precedentes en los que ha declarado como constitucional la creación de esta clase de excepciones, bajo lo que la Corte ha denominado “libertad de configuración del legislador extraordinario”. Sin embargo, no hay justificaciones en su jurisprudencia que permitan desentrañar dónde reside esta competencia, ni esta libertad de configuración del Ejecutivo para desarticular el Estatuto General de la Contratación Estatal.

V. Conclusiones

Los poderes legislativos extraordinarios y excepcionales del presidente están siendo usados en Colombia para propiciar excepciones al régimen ge-

neral de contratación estatal. Para estas finalidades, el Ejecutivo ha creado fondos cuenta o patrimonios autónomos como una técnica para otorgar una capacidad de contratación con recursos públicos, pero con las normas de derecho privado. Como se expuso, la controversia surge por las siguientes razones: (1) una falta de competencia del presidente, pues el numeral 25 del artículo 150 de la Constitución Política otorga esta facultad exclusivamente al legislador y de forma taxativa; (2) la función legislativa sólo puede asignarse de manera excepcional y limitada al presidente; (3) se está produciendo una disminución de contrapesos para el manejo de los recursos públicos, que quedan más fácilmente al alcance del Ejecutivo; (4) la Ley 80 de 1993 contiene las herramientas para afrontar las necesidades de contratación en situaciones excepcionales, sin que sea necesario crear nuevos regímenes especiales; (5) se están creando entidades con regímenes especiales de contratación, sin el filtro de discusión en el Congreso que es requerido para la creación de entidades públicas con personería jurídica.

Bajo este entendido, los decretos ley y legislativos, expedidos por el presidente para la conformación de regímenes especiales de contratación, conforman una extralimitación de sus competencias y adolecen de vicios formales. Si bien desde la expedición de la Ley 1150 de 2007 y de otras normas del sector de la contratación pública es necesario que los regímenes especiales cumplan con los principios contractuales y la función pública, también es preciso que se planteen con mayor claridad las razones constitucionales incitas en la competencia del presidente para romper el Estatuto General a partir de la promulgación de legislación material. La revisión de las decisiones de control constitucional sobre la materia, revisadas en este escrito, no muestra una argumentación sólida y convincente de la Corte en la justificación de las vías de escape a la contratación por el régimen general que hace el Ejecutivo, cuando utiliza la legislación extraordinaria y la excepcional para abrir dichas vías.

La idea de una libertad configurativa del legislador extraordinario, así se someta a límites temporales (que como se vio pueden extenderse hasta por diez años), no encuentra un sustento constitucional sólido. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, a pesar de imponer algunas limitaciones en relación con el carácter temporal o transitorio de esta clase de usos, no ha dado luces claras sobre los criterios que deberían evitar por esta vía el frac-

cionamiento y la ruptura del régimen general; por el contrario, ha permitido la apertura de una puerta más riesgosa a la ya frágil idea del cumplimiento de las funciones derivadas de la contratación estatal a través de un estatuto que oriente meridianamente el adecuado y eficiente funcionamiento de la administración.

VI. Referencias

- Barreto Moreno, A. A. (2019). *El derecho de la compra pública*. Legis.
- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado* (2a. ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Celemín Caicedo, Y. A. (2019). Bosquejo del fondo cuenta: Un instrumento jurídico atípico para el fomento del cine en Colombia. *Opinión Jurídica*, 18(37), 179-207. <https://doi.org/10.22395/ojum.v18n37a7>
- Celemín Caicedo, Y. A. (2023). Los poderes de excepción del presidente. Apuntes para contribuir a su comprensión en Colombia a partir de la emergencia económica, social y ecológica generada por la COVID-19. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 67(3), 91-123. <https://doi.org/10.5380/rfdufr.v67i3.88209>
- Congreso de la República de Colombia (1995). *Gaceta del Congreso*, 242 de 1995. <https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/PUBLICACIONES%20PERIODICAS/TEXTOS%20COMPLETOS%20Y%20TABLAS%20DE%20CONTENIDO/GACETA%20DEL%20CONGRESO/GACETA%20DEL%20CONGRESO%201995/GC%20242%20DE%201995.PDF>
- Constitución Política de Colombia (1991). *Gaceta Constitucional*, núm. 116. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional de Colombia (s. f. a). *Sentencia C-194 de 2020. M. P. Carlos Bernal Pulido*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-194-20.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (s. f. b). *Sentencia C-396 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-396-20.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2017, julio 13). *Sentencia C-438-17*. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-438-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2018, julio 4). *Sentencia C-071-18*. M.P. Alejandro Linares Cantillo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-071-18.htm>
- Dávila Vinueza, L. G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal* (3a. ed.). Legis.
- Decreto Ley 111 de 1996 [presidente de la república de Colombia]. Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. 15 de enero de 1995. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0111_1996.html
- Decreto Ley 691 de 2017 [presidente de la república de Colombia]. Por el cual se sustituye el Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto por el “Fondo Colombia en Paz (FCP)” y se reglamenta su funcionamiento. 27 de abril de 2017. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=81398>
- Decreto Ley 903 de 2017 [presidente de la república de Colombia]. “Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC EP”. 29 de mayo de 2017. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=81834>
- Decreto Legislativo 444 de 2020 [presidente de la república de Colombia]. “Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencia-FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. 21 de marzo de 2020. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0444_2020.html
- Decreto Legislativo 552 de 2020 [presidente de la república de Colombia]. “Por el cual se adicionan recursos al Fondo de Mitigación de Emergencias—FOME, creado por el Decreto 444 de 2020, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y se dictan otras disposiciones”. 15 de abril de 2015. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0552_2020.html

- Decreto legislativo 810 de 2020 [presidente de la república de Colombia]. “Por el cual se crea el patrimonio autónomo para el emprendimiento, la formalización y el fortalecimiento empresarial de las mujeres, con el fin de mitigar los efectos de la Emergencia Social, Económica y Ecológica”. 4 de junio de 2020. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0810_2020.html
- Delgado, D. (2023, julio 13). Gobierno del cambio está repitiendo vieja práctica de nepotismo: congresistas. *El Heraldó*. <https://www.elheraldo.co/colombia/de-nepotismo-califican-contratacion-del-esposo-de-minminas-al-fondo-colombia-en-paz-1014975>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2015). Concepto Sala de Consulta C. E. 2222 de 2015 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. EVA - Gestor Normativo. EVA - Gestor Normativo. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=64491
- El Periódico. (2023, enero 23). “Cartel de contratistas” a los que alcaldes Pdet le entregaron la plata de las víctimas. *El Periódico*. <https://elperiodico.net.co/cartel-de-contratistas-a-los-que-alcaldes-pdet-le-entregaron-la-plata-de-las-victimas/>
- Fuentes Contreras, E. H. (2017). *Legislación en sentido material: análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre las normas con rango, fuerza y valor de ley expedidas por la rama ejecutiva* (Tesis de Doctorado inédita). Universidad de Sevilla.
- Grueso Rodríguez, M. E. (2014). Las particularidades de las entidades estatales de naturaleza única y régimen especial. *Revista Republicana*, (17), 193-214. <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/11>
- Jojoa Bolaños, A. (2012). *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*. Grupo Editorial Ibañez.
- Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. 28 de octubre de 1993. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 41.094. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993_pr001.html#64
- Ley 302 de 1996 “Por la cual se crea el Fondo de Solidaridad Agropecuario, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones”. 30 de ju-

- lio de 1996. Congreso de la República de Colombia. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0302_1996.html
- Ley 352 de 1997 “Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”. 17 de enero de 1997. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 42.965. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0352_1997.html
- Ley 679 de 2001 “Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución”. 3 de agosto de 2001. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 44509. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0679_2001.html
- Ley 814 de 2003 “Por la cual se dictan normas para el fomento de la actividad cinematográfica en Colombia”. 2 de julio de 2003. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 45237. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0814_2003.html
- Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. 16 de julio de 2007. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 46.691. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Ley 1556 de 2012 “Por la cual se fomenta el territorio nacional como escenario para el rodaje de obras cinematográficas”. 9 de julio de 2012. Congreso de la República, *D. O.* núm. 48.486. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1556_2012.html
- Ley 1882 de 2018 “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”. 15 de enero de 2018. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 50.477. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html
- Ley 2195 de 2022 “Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”. 18 de enero de 2022. Congreso de la República de Colombia, *D. O.* núm. 51.921. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/nor->

mativa/LEY%20195%20DEL%2018%20DE%20ENERO%20DE%202022.pdf

- Maldonado Rincón, J. E. (2022). Reforma al sistema de contratación estatal colombiano; Regímenes especiales, esquemas predominantes a redefinir para la adecuada ejecución de los recursos públicos [Tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid]. Repositorio Institucional – Universidad Carlos III de Madrid. [<http://purl.org/dc/dcmitype/Text>, Universidad Carlos III de Madrid]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=317295>
- Montaña Plata, A., y Zapata García, P. A. (2022). La necesaria claridad conceptual y teórica sobre los contratos estatales que se rigen por el derecho privado como presupuesto para su control judicial efectivo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (27), 45-72.
- Morillo Carrillo, S. (2019). El ejercicio de las facultades unilaterales en los regímenes exceptuados. En M. N. Velásquez Rico (Ed.), *Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia.
- Ortiz, F. U., y Ramírez, M. F. Q. (2008). Los decretos en el sistema normativo colombiano: Una política estatal de invención normativa. *Vniversitas*, 57(116), 53-83.
- Palacios, M. T. (2008). La contratación estatal como instrumento para la creación de las políticas y los cometidos públicos. En *Memorias del III Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública*. Alcaldía Mayor de Bogotá.
- Pulido Ortiz, F. E., y Barreto Moreno, A. A. (2021). Los principios jurídicos y sus demonios. Un análisis de los documentos tipo en el mercado de compra pública colombiano: Un análisis de los documentos tipo en el mercado de compra pública colombiano. *Revista de Derecho Administrativo*, (33), 311-312. <https://doi.org/10.7764/redae.33.6>
- Zuleta, M. M., y Caro, C. A. (2020). Mirada a las alertas de riesgo de corrupción del sistema de compra pública colombiano identificadas en el cálculo del índice con la metodología del IMCO. *Fedesarrollo*. <http://www.repositorio.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3930>

Cómo citar

IIJ-UNAM

Celemín Caicedo, Yenny Andrea y Barreto Moreno, Antonio Alejandro, “La fuerza de atracción de los regímenes especiales para el manejo de recursos públicos en Colombia: el uso de los poderes legislativos del Ejecutivo para la creación de excepciones al régimen general de contratación estatal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 3-46. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19354>

APA

Celemín Caicedo, Y. A., y Barreto Moreno, A. A. (2024). La fuerza de atracción de los regímenes especiales para el manejo de recursos públicos en Colombia: el uso de los poderes legislativos del Ejecutivo para la creación de excepciones al régimen general de contratación estatal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 3-46. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19354>

Hacinamiento entre rejas: una aproximación al sistema de cupos carcelarios

Overcrowding behind bars: an approach to the prison quota system

Renzo Joel **Chaiña Durán**

 <https://orcid.org/0000-0001-8617-3102>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Perú

Correo electrónico: renzo.chaina@unmsm.edu.pe

Recepción: 5 de junio de 2024 | **Aceptación:** 29 de septiembre de 2024

Publicación: 10 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19198>

Resumen: El sistema de cupos carcelarios es una de las medidas menos tratadas por la academia en lo que atañe al hacinamiento de las prisiones, pese a encontrar sustento normativo en el principio XVII de la Resolución 1/08, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ser considerado por algunos como el único modo de poner límite a la actual tendencia global de encarcelamiento masivo. La presente contribución tuvo como finalidad explorar las pautas de aplicación del mencionado sistema y reflexionar sobre su vinculatoriedad tomando como referencia al ordenamiento peruano, habiéndose con este propósito analizado diversas fuentes literarias y normativas. Se concluyó que, el sistema de cupos tiene potencial para disminuir la reclusión de forma significativa y evitar el retorno a una situación penitenciaria crítica, pues entraña: el establecimiento de una comisión multisectorial que determine los cupos carcelarios y fiscalice su cumplimiento; la publicación y control del registro de los cupos declarados y ocupados; la regulación de las medidas de *deshacinamiento* y su procedimiento de aplicación; así como, la prohibición de hacinar, con la correspondiente sanción en caso de inobservancia. Y, si bien no existe un instrumento regional vinculante orientado a combatir la sobreocupación, el principio XVII fue dotado de valor normativo por el Perú y es de obligatoria observancia, vinculando al Estado a implementar el sistema a través de una ley.

Palabras clave: prisión; hacinamiento; sobreocupación; sistema de cupos carcelarios; ley de control de cupos.

Abstract: The prison quota system is one of the measures least discussed by the academy with regard to prison overcrowding, despite finding normative support in principle XVII of Resolution 1/08 of the Inter-American Commission on Human Rights and being considered by some as the only way to limit the current global trend of mass incarceration. The purpose of this contribution was to explore the guidelines for the application of the aforementioned system and to reflect on its binding nature, taking the Peruvian legal system as a reference, having analyzed various literary and normative sources for this purpose. It was concluded that the quota system has the potential to significantly reduce incarceration and avoid a return to a critical prison situation, since it entails: the establishment of a multisectoral commission to determine prison quotas and oversee their compliance; the publication and control of the register of declared and occupied quotas; the regulation of prison depopulation measures and their application procedure; as well as the prohibition of overcrowding, with the corresponding sanction in case of non-compliance. And, although there is no binding regional instrument aimed at combating overcrowding, principle XVII was endowed with normative value by Peru and is of obligatory observance, binding the State to implement the system through a law.

Keywords: prison; overcrowding; overpopulation; prison quota system; quota control law.

Sumario: I. Introducción. II. Método. III. Hacinamiento carcelario. IV. Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. V. Vinculatoriedad. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. Introducción

A pesar de que el hacinamiento carcelario no es nada novedoso, sigue siendo el más grave de los problemas que enfrentan la mayoría de países americanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2011). Se estima que en lo que va del siglo la población carcelaria mundial creció un 24 %, habiendo Centroamérica y Sudamérica registrado un incremento respectivo del 77 % y 200 % (Forero-Cuellar, 2023).

Además de suponer una directa transgresión a las condiciones carcelarias mínimas, así como un trato cruel, inhumano y degradante (Carranza, 2012), el hacinamiento viene acompañado de sendas y serias vulneraciones iusfundamentales, especialmente a los derechos a la vida e integridad (Verdugo, 2023), al punto de erigirse en la principal causa de violación de derechos al interior de los establecimientos penitenciarios de todo el mundo (Naciones Unidas, 2021).

Abordar este fenómeno “no se trata de medir únicamente la proporción entre cupos, personas presas y espacio disponible [...] sino de las características que debe reunir un establecimiento de reclusión para ser jurídicamente aceptable” (Ariza y Torres, 2019, p. 235); por lo que no es baladí ni tiene una connotación exclusivamente estadística, al gozar de relevancia constitucional y ser su combate una tarea, más que jurídica, humanitaria (Düinkel, 2017).

Los países de la región han desplegado diversas acciones en el afán de suprimir el problema o, al menos, mitigar sus efectos. Brasil declaró el estado de cosas inconstitucional (ECI) (Gutiérrez y Rivera, 2021), construyó nuevos establecimientos penitenciarios, y descriminalizó el porte y consumo de drogas para uso personal (CIDH, 2018); Ecuador dispuso un estado de excepción, reguló nuevos supuestos de indultos presidenciales, creó mega cárceles (CIDH, 2022) y cambió constantemente a las autoridades de su sistema (Verdugo, 2023); Colombia aplicó el estado ECI hasta en tres oportunidades, ofreciendo cada vez una lectura distinta del fenómeno (Ariza y Torres, 2019); medidas todas que resultaron ineficaces, habida cuenta de que no se produjo una disminución sustancial de la población carcelaria o, incluso, esta se incrementó (respectivamente, Ariza y Torres, 2019; CIDH, 2018; CIDH, 2022; Gutiérrez y Rivera, 2021; Verdugo, 2023).

En el caso peruano, el sistema penitenciario atraviesa una crisis sistemática que niega el cumplimiento del fin más importante de la pena (Pezo y Bellodas, 2023), habiendo el Tribunal Constitucional (TC) declarado el ECI “respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional” (Sentencia 5436-2014-PHC/TC, 2020, apartado 3 del fallo). Además, con ocasión de la propagación de la COVID-19 y el ECI el gobierno aprobó normativa para facilitar la excarcelación.

Lamentablemente, la situación de albergue no mejoró significativamente. A pesar de las medidas adoptadas en pandemia, entre el 2007 y 2022 se produjo un incremento del 116.8% de la población penitenciaria, lo que es incongruente con el 18.3% de aumento de la población demográfica del mismo periodo (Pezo, Bellodas y Ponce, 2024); asimismo, de acuerdo al Instituto Nacional Penitenciario peruano (INPE), para mayo de 2024 el to-

tal de internos fue de 97,235, mientras que la capacidad de albergue era de solo 41,556, por lo que la ocupación ascendía al 234 % (2024) y se presentó un escandaloso 134 % de sobrepoblación.

La literatura denuncia la ineficacia de las medidas estatales para afrontar al hacinamiento y postula algunas alternativas, siendo las más recurrentes la excarcelación inteligente o compasiva —generalmente empleada en contextos de crisis de salud, como la producida por la COVID-19—; la reforma de la ponderación de severidad de las penas; la excarcelación monitoreada por mecanismos electrónicos y sociales de trabajo comunitario; y, la reclusión domiciliaria (Chará, 2021).

Uno de los mecanismos menos abordados en este campo, pero que es considerado por Bombini (2014, 2020) y Zaffaroni (2011) como el único modo de poner coto al encarcelamiento masivo que se viene produciendo a nivel global es el sistema de cupos carcelarios, en cuya virtud se fija un límite a la ocupación de los establecimientos penitenciarios y establece la imposibilidad jurídica de superarlo, como una restricción concreta y cierta a las políticas radicales en la materia.

El sistema de cupos encuentra sustento internacional en el principio XVII, denominado medidas contra el hacinamiento, de la Resolución 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y tiene como eje a una ley de control de cupos que cada Estado debería promulgar (Resolución 1/08, 2008).

Pese a ello, y a pesar de que la Resolución 1/08 y el Estado peruano pertenecen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a la fecha no existe una norma interna como la mencionada, situación que determinó la necesidad de reflexionar acerca del aludido sistema, en clave a los derechos fundamentales de los internos y los estándares en materia penitenciaria.

II. Método

El estudio tuvo como finalidad explorar las pautas de aplicación del sistema de cupos carcelarios y analizar su vinculatoriedad tomando como referencia al ordenamiento peruano. El enfoque fue cualitativo al no contemplar unida-

des cuantificables (Sánchez, Reyes y Mejía, 2018), sino categorías, las cuales fueron: hacinamiento carcelario y sistema de cupos carcelarios.

La investigación fue exploratoria, toda vez que el estado del arte en torno al aludido sistema es escaso y la técnica aplicada fue el análisis de contenido, que permitió la obtención de información por medio del estudio de documentales (Ríos, 2017), consistentes en la literatura y normativa.

Se desarrollaron tres apartados. El primero —acápito III— estuvo centrado en el hacinamiento carcelario, sus implicancias fácticas y jurídicas, y regulación en instrumentos regionales; el segundo —acápito IV— abordó la Resolución 1/08, su principio XVII y las pautas de su aplicación en los ordenamientos internos; y, el tercero —acápito V— se avocó a la vinculatoriedad del citado instrumento tomando en cuenta su naturaleza y acogida en el ordenamiento peruano.

La descripción de las implicancias del hacinamiento —subacápito 1 del acápito III— estuvo basada en información de artículos extraídos de Scopus, coincidentes con los términos de búsqueda *overcrowding* y *prison*, integrados al área temática de ciencias sociales y de una antigüedad no mayor a diez años, habiéndose empleado veinte artículos que satisficieron los criterios de inclusión y exclusión, y describían al menos un efecto fáctico o jurídico del hacinamiento. En el resto del trabajo —a partir del subacápito 2 del acápito III— se invocaron fuentes normativas que, dado el corte cualitativo-exploratorio de la investigación, fueron complementadas con literatura seleccionada con base en su pertinencia con el objeto de investigación y la postura favorable a la descarceración que el autor asume.

En concreto, como aparece en la Tabla I, en los instrumentos regionales sobre carcerería se seleccionaron productos normativos de la OEA, CIDH y Corte IDH —subacápito 2 del acápito III—; mientras que en el siguiente apartado, de la Resolución 1/08 —acápito IV—, se invocó la normativa de deshacinamiento europea y americana; y, finalmente, en lo pertinente a la vinculatoriedad de la resolución —acápito V— se precisaron las normas peruanas que sostienen su obligatoriedad interna.

Tabla I
Fuentes normativas

Instrumentos regionales sobre carcerería	
Origen	Norma
OEA	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
CIDH	Resolución 1/08.
Corte IDH	Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.
	Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú.
	Caso López Álvarez vs. Honduras.
	Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela.
Normas de deshacinamiento	
Origen	Norma
Europa	Reglas penitenciarias europeas.
	Sentencias piloto del TEDH (Rusia, Italia, Bulgaria, Hungría, Bélgica, Rumanía y Ucrania).
América	Resolución 1/08.
	Caso Brown vs. Plata (EE.UU).
	Caso Verbitsky (Argentina).
	Sentencia del exp. 5436-2014-PHC/TC, Caso Pocollay (Perú).
	Proyecto de ley que crea el Registro de cupos carcelarios de la provincia de Buenos Aires (Argentina).
	Ley para la acreditación funcional de establecimientos para la privación de la libertad y control de la superpoblación, de 2017 (Argentina).
	Ley para la acreditación funcional de establecimientos para la privación de la libertad y control de la superpoblación, de 2018 (Argentina).
	Proyecto de ley de estándares mínimos sobre condiciones de habitabilidad y cupos de alojamiento en establecimientos penitenciarios (Argentina).
	Proyecto de Ley 201, de 2013 (Colombia).

Normas peruanas relativas a la vinculatoriedad de la Resolución 1/08	
Origen	Norma
TC peruano	Sentencia del exp. 5436-2014-PHC/TC.
	Sentencia del exp. 2579-2003-HD/TC.
	Sentencia del exp. 3741-2004-AA/TC.

III. Hacinamiento carcelario

El hacinamiento o sobreocupación se produce cuando existen más personas privadas de libertad (PPL) que la capacidad prevista para una prisión o la totalidad del sistema (Noel, 2015). De acuerdo Hernández, puede ser explicado en clave a la diferencia entre la cantidad de plazas carcelarias y la de privados de libertad, hablándose de hacinamiento cuando la segunda es superior a la primera (2018). En consecuencia, el hacinamiento se vincula a la ocupación de los establecimientos penitenciarios y es definido en función a la diferencia entre su capacidad teórica y ocupación real.

El término puede ser aplicado tanto a los establecimientos —en particular— como a todo el sistema penitenciario —en general—. Lo último es por demás relevante, al explicar por qué el hacinamiento es uno de los estándares más empleados para analizar y presentar la gravedad de la situación carcelaria, al medir los altibajos en la consolidación de la política criminal y penitenciaria de los países (Ariza y Torres, 2019; Pérez, Cavallaro y Nuñovero, 2021).

Así, este fenómeno no sólo tiene vínculos con el sufrimiento de las PPL y la vulneración de sus derechos, sino también con la crisis de los sistemas penitenciarios y la política criminal de cada Estado (Chará, 2021); lo que lo convierte en un punto relevante en los debates sobre si puede justificarse la cárcel (Lugo y Wooldredge, 2017) y la violencia histórica con la que se ensaya respuestas al delito.

El hacinamiento carcelario es un problema global (Coyle, Heard y Fair, 2016; Olaya, Gomez-Quintero y Navarrete, 2018; Zaitzow y Willis, 2021). Es revelador que, a lo largo de todo el mundo, las prisiones de 22 países alberguen un número de reclusos que supera el doble de su capacidad máxima, que las de otros 28 operen entre el 150% y 200% de su capacidad (Di Vita,

2020) y que, en general, más del 60 % de los países estén afectados de hacinamiento (Heard, 2020), llegando algunos informes a revelar que son 115 los que tienen sistemas superpoblados (Al-Fijawi, Shah, Aung y Muhammad, 2019).

Una mirada superficial del hacinamiento podría dar a entender que este es un asunto de mera infraestructura y relativa fácil superación mediante el crecimiento de los establecimientos penitenciarios —en número y capacidad—. No obstante, la academia considera que el aumento de la capacidad de las prisiones no ofrece una solución duradera (Turturro, 2020), al ser el hacinamiento más que un simple problema de falta de espacio (Van Zyl y Snacken, 2013), cuya solución pasa por cuestiones amplias y confusas (Pfaff, 2017).

El hacinamiento es multicausal (Osorno, 2020), y no obedece única ni principalmente a la ausencia o deficiencia de infraestructura (Sentencia 05436-2014-PHC/TC, 2020, fj. 26). El encarcelamiento masivo en América Latina y los problemas de hacinamiento se pueden entender mejor a través de un enfoque multidimensional, que considere las tendencias e influencias sociales, políticas y económicas de cada nación (Limoncelli, Mellow y Na, 2020).

Como precisara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre los factores fundamentales que dan lugar a la congestión se encuentran las políticas de tolerancia cero o mano dura, que ven en la cárcel a la respuesta fundamental del problema de inseguridad ciudadana, el abuso de la prisión cautelar y sancionatoria, y la incapacidad estatal para desarrollar los procesos penales y la ejecución de las penas de forma adecuada y celeré (CIDH, 2011).

Lo que se ve reflejado en el Perú, pues se advirtió que los factores más relevantes en el alza de la población penitenciaria del último quindeño residieron en el incremento desproporcional de las penas, la prohibición de beneficios penitenciarios de liberación anticipada, el empleo de la cárcel preventiva y, en general, la alta diferencia entre el número de ingresos y egresos penitenciarios (Pezo, Bellodas y Ponce, 2024).

1. *Implicancias*

El hacinamiento carcelario incide negativamente en las condiciones de privación de la libertad, así como en los derechos de los internos y, por ende, en el

cumplimiento de las obligaciones de los Estados. En tal sentido, sus implicancias son tanto fácticas como jurídicas.

A. Implicancias fácticas

Partiendo de la premisa que mientras más personas estén reclusas, menores serán los recursos para distribuir en los establecimientos penitenciarios (Manchano, Andrade y Guaranga, 2022), es posible advertir que los efectos de la sobreocupación desbordan a la sola disminución de un espacio físico disponible por prisionero.

En líneas generales, el hacinamiento extiende sus alcances a las condiciones de vida de los internos, deteriorándolas (Guimarães, Barata y Rebelo, 2022; Manchano, Andrade y Guaranga, 2022). Lo que se agrava en el caso de América Latina, pues sus prisiones aglutinan un microcosmos de todos los desafíos que padece la región (Palacios, 2022).

Con el hacinamiento se imposibilita la satisfacción de las necesidades básicas de las PPL, como alimentación y saneamiento (Arandia, Ronquillo, García y Macías, 2022); entrando en riesgo la privacidad y condiciones mínimas de vivienda, lo que incide negativamente en aspectos como la higiene de los internos y del propio alojamiento, la presencia de luz natural y artificial, las condiciones climáticas, la ventilación, el volumen cúbico disponible y el uso de mobiliario (Guimarães, Barata y Rebelo, 2022).

Se brinda una deficiente o nula atención médica a los internos, los problemas individuales de salud mental y el estrés se elevan (Manchano, Andrade y Guaranga, 2022), es mayor la propagación de enfermedades —tanto dentro de la prisión como hacia el exterior— (Zaitzow y Willis, 2021; Craig, Kim y Beichner-Thomas, 2024; Mei, Kowalski, Reddy, MgGlynn, Stohr, Hemmens, y Lil, 2024) y se profundiza el estado emocional negativo de las PPL (Guimarães, Barata y Rebelo, 2022).

Desde una perspectiva social, se reduce la asistencia (Jesús, Plaza y Herráez, 2020) y traba la participación en programas de resocialización (Hernández, 2017). El hacinamiento afecta el acceso a actividades laborales (Quirino, Rolim y Barbosa, 2020) y educativas (Rangel, 2019), y puede interferir con las asignaciones de trabajo, la disponibilidad de programas, las visitas y la accesibilidad telefónica, con lo que se reduce el tiempo de pro-

ductividad, y genera aburrimiento, estrés y frustración, así como una mayor probabilidad de mala conducta (Glazener y Nakamura, 2018).

Existe más racismo y violencia, se incrementan los grupos delictivos dentro de los establecimientos penitenciarios (Mancheno, Andrade y Guaraniga, 2022). El gran número de reclusos dificulta su seguimiento (Guimarães, Barata y Rebelo, 2022) y las labores de los guardias penitenciarios (Arandía, Ronquillo, García y Macias, 2022), tanto más si la cantidad de estos últimos ya es de por sí insuficiente (Rangel, 2019), lo que es negativo desde el punto de vista de la seguridad del propio centro penitenciario.

Se impide la separación o segregación de las PPL, lo que puede contribuir a la violencia, desorden y angustia (Muirhead, Butler y Davidson, 2020). Los internos están continuamente compitiendo por recursos limitados —ropa, camas, sábanas, etcétera—, por ende, aumenta la tensión, sumándose a ello que la escasez de espacio dificulta que las autoridades mantengan separadas a facciones que rivalizan (Quirino, Rolim y Barbosa, 2020), desencadenando enfrentamientos, separatismo y violencia aun mayor (Guimarães, Barata y Rebelo, 2022).

Las deficientes condiciones causadas por el hacinamiento no son perjudiciales solo para los reclusos, también impactan en todos los que están directa o indirectamente conectados con el sistema penitenciario, llámense funcionarios, familiares, abogados, proveedores de bienes y servicios, etcétera (Magán, 2016).

A grandes rasgos, son estos los efectos factuales negativos del hacinamiento; sin embargo, se debe tener cautela al intentar generalizarlos ya que pueden variar en función al contexto en que se inserta el fenómeno.¹

B. Implicancias jurídicas

¹ Por ejemplo, no puede considerarse que todas las prisiones superpobladas son *per se* violentas (Limoncelli, Mellow y Na, 2020), en tanto se mostró que la heterogeneidad de las prisiones, internos y los aspectos metodológicos de las propias investigaciones, privan de éxito a los intentos de proporcionar evidencia consistente de una relación entre el hacinamiento y la mala conducta (Glazener y Nakamura, 2018). En similar sentido, si bien algunos fenómenos como el alza de los suicidios son generalmente asociados a la mayor población, rotación, seguridad y gestión pública carcelarias, un estudio sugiere que no se identificaron indicadores de una relación entre el hacinamiento y las tasas de suicidio (Van Ginneken, Sutherland y Molleman, 2017).

En la medida en que las PPL no pierden la condición de sujetos, sólo son admisibles aquellas restricciones en estricto necesarias porque así lo impone la ley, la decisión condenatoria o la condición de recluso, debiendo por imperio del principio de normalización modelarse la vida cotidiana en los entornos penitenciarios para asemejarla en la mayor medida posible a la vida en el exterior (Heard, 2020), pues no puede existir un tratamiento y resultados penitenciarios adecuados cuando la sobrepoblación reduce las condiciones para el crecimiento individual (Arandía, Ronquillo, García y Macías, 2022).

Sin embargo, la literatura es contundente al considerar que el hacinamiento carcelario entraña una frecuente o, incluso, sistemática transgresión de los derechos (Jesús, Plaza y Herráez, 2020). Con él se pierde la necesidad de respeto a los derechos que sustentan la dignidad (Mancheno, Andrade y Guaranga, 2022) y se confrontan las nociones de lo que debe ser humanamente tolerado (Ballon, 2016).

El hacinamiento transgrede los derechos de personalidad, siendo los más afectados la integridad física, salud, integridad personal y privacidad (Guimarães, Barata y Rebelo, 2022). Se restringe el ejercicio de otros derechos como la educación (Rangel, 2019), y por la sobrepoblación y las deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas como relativas a la falta de provisión de servicios básicos, se contraviene la progresividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Palacios, 2022).

No solo se limita las condiciones de vida de las PPL, sino también el cumplimiento de los fines de la pena (Olaya, Gomez-Quintero y Navarrete, 2018). “El porcentaje de efectividad en la resocialización presenta una alta correlación inversa con el porcentaje de hacinamiento” (Gómez, Zapata y Sandoval, 2022, p. 110), creando la sobreocupación ambientes propicios para la reincidencia (Limoncelli, Mellow y Na, 2020).

Pese a que el respeto de los bienes jurídicos fundamentales obliga a que, por coherencia, se procure la resocialización o, al menos, evitar la desocialización, el Estado impulsa el uso del sistema carcelario con recursos limitados y orientado a poblaciones específicas, con lo que no se satisface las necesidades vitales de las PPL, empujándolas a cometer delitos para sobrevivir, convirtiéndose las prisiones en centros delincuenciales guiados por la ley del más fuerte y la libertad delictual (Mancheno, Andrade y Guaranga, 2022).

2. Instrumentos regionales sobre carcelería

Las guerras mundiales revelaron la importancia de desarrollar normas de carácter universal que luego dieran lugar a actos jurídicos regionales, vocación holística de los instrumentos internacionales que, desde luego, extiende sus alcances al fenómeno carcelario, sobre el que muestra cierta desconfianza (Castro, 2018).

Empero, el ordenamiento interamericano que proviene de la Organización de los Estados Americanos (OEA) no contiene una declaración específica sobre los derechos de las PPL, siendo una de las actividades previstas en el Plan de trabajo de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas la elaboración de un proyecto de Declaración de Principios sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad (Posada, 2010), esto es, de una norma regional vinculante en la materia.

La protección interamericana de los derechos de las PPL tuvo que ser plasmada a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo 25 prevé que todo interno tiene derecho a un tratamiento humano, norma que goza de obligatoriedad para los Estados miembros de la OEA (Posada, 2010).

En similar sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos recoge en su artículo 5o., entre otros, el derecho a la integridad física, psíquica y moral —inciso 1—, el derecho al respeto de la dignidad de las PPL, la prohibición de la tortura u otros malos tratos o penas —inciso 2— y el fin resocializador de la pena —inciso 6— (1969), normas cuyo cumplimiento entra en cuestión cuando se habla de congestionamiento penitenciario.

Siguiendo con las normas provenientes de la OEA, de los artículos 6o. y 7o. de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura se desprende la obligación de los Estados de adoptar medidas eficaces para prevenir y sancionar severamente la tortura y otros malos tratos o penas en contra de las PPL (1985).

Por su parte, la CIDH emitió la Resolución 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, que comprende estándares varios aglutinados en: *a)* principios generales; *b)* principios relativos a las condiciones de privación de libertad, y *c)* principios relativos a los sistemas de privación de libertad (2008).

A nivel jurisprudencial, entre las múltiples resoluciones en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado sobre este fenómeno resalta la del Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, en que se estableció que el hacinamiento causa a los internos una aflicción antijurídica mayor que la de la mera carcelería y, eventualmente, que se transgreda los incisos 2 y 6 del artículo 5o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativos a la prohibición de tortura y otros malos tratos o penas, y el fin resocializador de la pena. Frente a lo que, por compensación y políticas de descarceración, es menester que se establezca un cómputo diferenciado de la ejecución de la privación de libertad, en cuya virtud debe disminuirse su duración de forma proporcional al hacinamiento —a la mitad cuando la ocupación es del 200 %— (2018, párrs. 120 y 121).

Si bien la suerte de beneficio del dolor del cómputo diferenciado no soluciona el problema de raíz, el aceleramiento del flujo de internos tiene importantes consecuencias prácticas y debe ser extendido de forma sistemática (Godoy y Silva, 2021); sin embargo, resultará siempre antitético que, reconociéndose la vulneración iusfundamental que proviene del encarcelamiento, sólo se busque reducir el periodo por el que transcurre y no suprimir la transgresión por completo.

Así mismo, en el Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* (2005) la Corte IDH sostuvo que el hacinamiento sumado a situaciones de falta de mobiliario, luz natural, ventilación, higiene, visitas y la posibilidad de comunicarse con el exterior transgrede la integridad personal y la resocialización (párrs. 221 y 223).

En el Caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006), se manifestó que cuando se expone a alguien a hacinamiento permanente, una celda reducida habitada por numerosos reclusos y dormir en el suelo durante un largo período, sin contar con alimentación adecuada, agua potable ni condiciones higiénicas indispensables, el Estado incumple su posición de garante respecto a los derechos de los detenidos, al no otorgarles un trato que respete la dignidad (párrs. 108 a 110).

En el Caso *Montero Aranguren y otros [Retén de Catia] vs. Venezuela* (2006), se precisa que un espacio aproximado de 30 cm² por recluso es manifestamente inaceptable y *per se* un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad y violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos, que además elimina la privacidad de los internos en su vida diaria, exponiéndolos a riesgos altos de intimidación y violencia (párrs. 91 y 92).

Lo que reprocha la Corte IDH en todos estos casos no es el mandato de carcelería, sino la forma en que es ejecutado. Es en función de la materialidad de la cárcel que podrá decirse que el hacinamiento entraña vulneraciones iusfundamentales.

IV. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas

Preocupada por la latente situación crítica de los lugares de privación de libertad en las Américas, en el año 2008 y a instancia de la Relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas, la CIDH sancionó la Resolución 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

La resolución es actualmente el único instrumento específico que se puede mencionar a nivel de la región en materia de hacinamiento. Como su *nomen iuris* indica, adopta una serie de principios como requisitos *sine qua non* para la reinserción (Gómez, 2019). Los diferentes principios —que en realidad tienen estructuras de principios y reglas— fueron agrupados en: a) principios generales; b) principios relativos a las condiciones de privación de libertad, y c) principios relativos a los sistemas de privación de libertad (Resolución 1/08, 2008).

Los principios generales o rectores son producto de criterios jurisprudenciales del tribunal supranacional orientados a regular la privación de la libertad en el ámbito estatal (Bombini, 2015), estos son los de trato humano, igualdad y no discriminación, libertad personal, legalidad, debido proceso legal, control judicial y ejecución de la pena, y petición y respuesta (Resolución 1/08, 2008, principios I al VII).

En los principios relativos a las condiciones de privación de la libertad se enmarcan aspectos tan diversos como los derechos y restricciones de las PPL, el ingreso, registro, examen médico y traslado de los internos, la salud, la alimentación y agua potable, el albergue, condiciones de higiene y vesti-

do, la educación y actividades culturales, el trabajo, la libertad de conciencia y religión, la libertad de expresión, asociación y reunión, las medidas contra el hacinamiento, el contacto con el mundo exterior, y la segregación de los internos por categorías (Resolución 1/08, 2008, principios VIII al XIX).

Mientras que, en los principios relativos a los sistemas de privación de libertad se engloba el perfil del personal de los lugares de privación de libertad, los registros corporales, inspección de instalaciones y otras medidas, el régimen disciplinario, las medidas para combatir la violencia y situaciones de emergencia, las inspecciones institucionales y la interpretación más favorable al privado de libertad (Resolución 1/08, 2008, principios XX al XXV).

En esencia, a lo largo de estos principios se plasman diversos estándares internacionales (Palacios, 2022) que versan sobre los supuestos más trascendentes de la privación de libertad por parte de un Estado, así como de las garantías y mecanismos de protección de los derechos (Castro, 2010), convirtiéndose la resolución en una herramienta importante para regular la relación del Estado con las PPL (Villagra, 2020), bajo un enfoque centrado en los derechos de estas últimas.

1. *El principio XVII*

La resolución es, sin duda, el documento prácticamente exclusivo que regula soluciones concretas para reducir y controlar el hacinamiento carcelario (Bombini, 2015), al ser muy clara sobre la necesidad de que la ocupación carcelaria no alcance niveles que impidan cumplir la normativa internacional (UNODC, 2014).

El sistema de cupos carcelarios encuentra sustento en su principio XVII, denominado Medidas Contra el Hacinamiento, del que se desprenden cuatro pautas de acción: a) la implementación del mecanismo de cupos carcelarios mediante una norma interna —ley de cupos—; b) la intervención judicial inmediata en tanto en cuanto la norma interna no se haya evacuado; c) la determinación e investigación de las razones que motivaron la sobrepoblación y el establecimiento de la responsabilidad funcional derivada, y d) la adopción de medidas preventivas para evitar la reiteración de lo ocurrido (Bombini, 2014).

A. Ley de cupos carcelarios

La ley de cupos o ley de control de cupos es la norma que consagra el sistema cupos carcelarios dentro del ordenamiento interno y sirve para que los Estados den cumplimiento a la Resolución 1/08 (Noel, 2015).

Este sistema entraña un control de la ocupación de las prisiones. Si bien la mayoría de Estados tienen meridianamente definidos sus cupos, estos son de conocimiento público y existen procedimientos varios para cuestionar la forma en que se ejecuta la carcelería, por lo que, podría parecer que una ley al respecto es un acto irrelevante por declarativo; la existencia de la ley entraña importantes consecuencias vinculadas a la existencia de medidas para superar al hacinamiento y no regresar a él.

De la revisión de la literatura y normativa internacional no se advierte una ley de cupos carcelarios que sirva de marco referencial a nivel comparado. Las mayores aproximaciones se encuentran en Argentina, donde se cuenta con proyectos de ley de control de cupos a nivel provincial y federal que no fueron aprobados por los entes legislativos correspondientes (Noel, 2015).

Entre estos textos propositivos se hallan: el Proyecto de ley que crea el Registro de cupos carcelarios de la provincia de Buenos Aires, gestado en la Honorable Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires (2012); Ley para la acreditación funcional de establecimientos para la privación de la libertad y control de la superpoblación, de la Procuración Penitenciaria de la Nación (2017); proyecto de la Ley para la acreditación funcional de establecimientos para la privación de la libertad y control de la superpoblación, del Senado y Cámara de Diputados de Argentina (2018); proyecto de ley de estándares mínimos sobre condiciones de habitabilidad y cupos de alojamiento en establecimientos penitenciarios, del Senado y Cámara de Diputados de Argentina (2020).

Sin embargo, considerando el tenor del principio XVII, es posible afirmar que la ley ha de acopiar el marco normativo de la prevención, investigación, sanción y erradicación del hacinamiento. Son aspectos medulares: a) el mecanismo de control de cupos carcelarios, mediante controles cuantitativos y cualitativos; b) las medidas de regularización de estado de ocupación, y c) la investigación y sanción de los causantes del hacinamiento.

Sobre estos puntos, en primer lugar, se contempla la obligación estatal de acopiar información estadística precisa para concordar los cupos declarados con los efectivamente ocupados. Esta tarea es más compleja de lo que aparenta, la resolución se remite a otros estándares vigentes en materia internacional sin especificar cuáles, por lo que no se conocen las reglas aplicables ni, mucho menos, el espacio mínimo que debería existir entre una persona y otra para asegurar su vitalidad y derechos.

La verificación del cumplimiento ha de ser tanto cuantitativa como cualitativa ya que además de comprobar que se conozcan los cupos ocupados y se respeten los declarados, corresponde que, celda por celda, pabellón por pabellón y prisión por prisión, un grupo de especialistas determine si se respetan los estándares de alojamiento y se viabiliza la resocialización a través de condiciones coherentes a los derechos de los internos.

En segundo lugar, que se prevean las medidas para regularizar la ocupación exige que se consoliden mecanismos jurídicos que disminuyan la ocupación carcelaria hasta niveles tolerables y respeten los cupos disponibles, dando respuesta a los factores empíricamente conducentes a la sobreocupación, a saber: el mayor ingreso que egreso penitenciario, el mayor tiempo de permanencia en prisión y la falta de mecanismos eficaces de descompresión carcelaria (Salinero, 2012).

La Resolución 1/08 impulsa las medidas sustitutivas de la cárcel (Escobar, 2011). Para reducir el hacinamiento mediante la descarceración no basta con equiparar el número de egresos de los establecimientos penitenciarios al de ingresos, pues la mayor permanencia en prisión por la alta duración de las penas ocasiona que el fenómeno persista (Gómez y Zapata, 2020). Adicionalmente, si el sistema se encuentra ya hacinado y las tendencias carcelarias son solo de crecimiento, la normalización de las cifras de ocupación demanda que los egresos superen a los ingresos. Es la admisión a las prisiones lo que demanda mayor atención, incluso más que la liberación anticipada (Pfaff, 2017), debiendo en consecuencia la normativa de descarceración comprender medidas capaces de disminuir la aplicación de la cárcel y disminuir el tiempo en prisión, imprimiendo especial rigor en las primeras.

Al ser la carcelería de *ultima ratio* en los sistemas procesal y de sanciones, la libertad es siempre prevalente (Chaiña, 2024) y son las prohibiciones o restricciones a la descarceración las que requieren justificación, debiéndose para

ello acudir a evidencia empírica que sustente la necesidad de aplicar y mantener la privación de la libertad en clave a la probabilidad de reincidencia.

Si no se identifica y aplica lo que funciona en la prevención del crimen desde el ámbito de la ejecución penal, es probable que con el uso la cárcel se desperdicien recursos o, peor, que se tenga un resultado contrario al buscado —efecto criminógeno— (Sherman, Farrington, Welsh y MacKenzie, 2004), por cuanto, paradójicamente, existe evidencia de que las personas sometidas a medidas de evitamiento de la cárcel presentan menores tasas de reincidencia (Dobbie, Goldin y Yang, 2018), que la liberación anticipada reduce el riesgo de reincidencia de forma más significativa que el cumplimiento integral de la prisión (Monnery, Wolff y Henneguelle, 2020), que elevar el tiempo de encarcelamiento necesario para alcanzar la liberación anticipada no influye en la reincidencia —previniéndola o generándola— (Al Weswasi, Sivertson, Bäckman y Nilsson, 2023) y que se pueden hacer grandes liberaciones de la población carcelaria, sin poner en peligro la seguridad del público (Sundt, Salisbury y Harmon, 2016).

Sin embargo, este punto no se agota con la descarceración, al no ser la única respuesta posible al hacinamiento, correspondiendo al Estado hacer uso inteligente de todas las medidas posibles para combatir al hacinamiento. Por ejemplo, podría tener lugar la construcción de nuevos establecimientos o el incremento de cupos carcelarios, así como la redistribución de los internos de espacios hacinados a no hacinados. Dada la precaria situación actual de la infraestructura penitenciaria, ocupar construcciones modernas podría conferir a los internos un entorno acorde a sus derechos.

No obstante, debe siempre considerarse que el crecimiento de la infraestructura carcelaria es un paliativo rápido (Limoncelli, Mellow y Na, 2020), pero insostenible en el tiempo, pues no solo demanda muchos recursos, sino que tampoco se cuenta con data fáctica que evidencie su éxito a largo plazo como estrategia de deshacinamiento (Noel, 2010). Por el contrario, se advirtió que la construcción de nuevas prisiones eleva las cifras de encarcelación, en una espiral en que la necesidad de construir nuevos establecimientos penitenciarios no tiene dónde acabar (Bonneau y Hall, 2024; Mathiesen, 2003).

Algo similar ocurre con la redistribución de internos, ya que la migración masiva a espacios no hacinados puede terminar extendiendo el hacinamiento (Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, 2018, párr. 116) al punto

de generalizarlo, sin mencionar que el desplazamiento incide en los derechos de los internos y fines resocializadores de la pena, dada la extracción de las PPL de sus arraigos.

En todo caso, ante la ineficacia de las medidas que pretenden solucionar el hacinamiento manteniendo las cifras de carcerería es imperativo acudir a la descarceración —incluso masiva— y considerarla como el único medio posible para cesar la vulneración de la normativa internacional en materia de derechos humanos (Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, 2018, párr. 117).

En tercer lugar, quizá el más problemático de los aspectos que ha de abordar la ley es el de la investigación y sanción de los responsables del hacinamiento. La sobreocupación es un fenómeno estructural en cuyas causas se encuentran involucrados múltiples actores, cuya participación y responsabilidad individual puede aparecer difusa e insignificante a la luz de la magnitud del problema. Es, sin embargo, crucial comprender que el encarcelamiento masivo es un producto casi exclusivo del sector público y la política, cuyos agentes encuentran ciertos incentivos al actuar del modo en que lo hacen y deben ser controlados por ello (Pfaff, 2017).²

B. Intervención judicial

La intervención judicial a la que alude el principio XVII es de suplencia —opera en tanto la norma interna no esté vigente—, pero inmediata y, al igual manera que la ley, persigue que se supere el hacinamiento de forma concreta y sostenible en el tiempo (Bombini, 2014).

Como la experiencia práctica indica, el rol de los jueces respecto al hacinamiento es clave. Dependiendo de la posición en que estos se encuentran, pueden operar como auténticos controles internacionales y nacionales (Castro, 2018).

A nivel internacional, adquieren particular relevancia las sentencias piloto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con las que es posible atender los graves problemas de hacinamiento persistente (Brenda Pascual,

² Sobre el particular se profundiza en el acápite subsiguiente.

2020),³ lo que se vio concretizado en las sentencias contra el estado carcelario de Rusia, Italia —en el tan conocido Caso Torreggiani—, Bulgaria, Hungría, Bélgica, Rumanía y Ucrania, países que adoptaron cambios legislativos, jurisprudenciales y administrativos que lograron reducir las PPL (Turturro, 2020).

Siendo también de importancia la labor de la Corte IDH, que impuso medidas concretas de descarceración que deberían ser aplicadas de forma sistemática por los miembros de la OEA (Godoi y Silva, 2021).

No obstante, la Resolución 1/08 está orientada a los Estados y a los actores nacionales del sistema de justicia, es decir, los que son parte de la justicia ordinaria y constitucional, mismos que reciben un estándar internacional a considerar en sus decisiones: la ocupación de un establecimiento por encima del número de plazas, en caso implique la vulneración de derechos humanos, deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante.

El repaso jurisprudencial de diversos tribunales permite avizorar una enjundiosa doctrina a favor del desarrollo y preservación de los derechos de las PPL (Bombini, 2020). Dentro de todos estos pronunciamientos, cabe seguir la línea de aquellos pronunciamientos internos que se orientan a la sobreocupación como problema estructural y plantean respuestas concretas, es decir, con incidencia factual.

Resulta paradigmática la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso Brown vs. Plata, de 2011, en que se condenó la combinación tóxica de hacinamiento, enfermedad crónica y negligencia médica, propia de los sistemas penitenciarios estadounidenses (Simon, 2021). Pronunciamiento que, considerando el vínculo entre hacinamiento, sufrimiento y muerte, fuera el que produjo una de las mayores descarceraciones en la historia de aquel país, al haberse ordenado la liberación de decenas de miles de reclusos —se ordenó la reducción del 25% de la población carcelaria de California en el plazo de 2 años— (Zaitzow y Willis, 2021).

³ A diferencia de nuestra región, Europa cuenta con una declaración de derechos de las PPL las Reglas Penitenciarias Europeas (Consejo de Europa, 2006), cuya vigencia se ve optimizada con las sentencias piloto que, a su vez, contienen indicaciones a los Estados sobre cómo resolver sus problemas sistémicos o estructurales de derechos humanos, y tienen potencial de ser más efectivas para inducirlos a cumplir sus obligaciones internacionales (Favuzza, 2017).

Desde aquella sentencia California se mantiene a la vanguardia de los esfuerzos para reducir el encarcelamiento, pues impulsó el Proyecto de Ley 109 de la Asamblea en el 2011 —de transferencia de prisiones estatales a establecimientos locales de administración del condado, a agentes no violentos, no graves y no sexuales— y la Proposición 47 en el 2014 —de reducción de las penas de delitos de drogas y contra la propiedad de menor nivel—, medidas ambas que fueron objeto de críticas basadas en el temor del incremento de la delincuencia, pero resultaron altamente efectivas —se pasó de 165,062 PPL en el 2010 a 128,625 en el 2018, disminución equivalente al 22%—, sin que exista evidencia de un impacto negativo en las cifras de crimen, arrestos o enjuiciamiento (Groff, Ward y Wartell, 2021); tendencia de descarceración que trascendió a la propagación de la pandemia sin que, nuevamente, se haya verificado detrimento alguno a la seguridad pública (Kubrin y Bartos, 2024).

Especial relación al sistema de cupos encuentra la sentencia del Caso Verbitsky, de 2005, proceso constitucional en que se enjuició la insostenible situación carcelaria bonaerense, que luego diera lugar a los Proyectos de ley de control de cupos carcelarios (Noel, 2015). Decisión en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina confirió valor normativo a las Reglas Nelson Mandela y estableció la necesidad de involucramiento de todos los poderes públicos provinciales junto a la sociedad civil, pero que no arribó a buen puerto (Bombini, 2020), toda vez que, luego del inicial decaimiento de la carcelería punitiva y cautelar en los tres primeros años, el uso del encierro volvió a ascender (Schiappa, 2011).

Otros pronunciamientos nacionales de ineludible mención son todos aquellos que aplican el ECI en materia carcelaria, como ocurrió en el Perú hace no mucho (Sentencia. 05436-2014-PHC/TC, 2020, apartado 3 del fallo). Con tales actos se comprende el corte estructural del fenómeno, así como la vinculación de múltiples actores y la necesidad de adoptar medidas, también, de nivel estructural.

Pese a todo lo expuesto y al inestimable valor de las decisiones judiciales, a diferencia de la ley de cupos carcelarios, que debería tener una vocación general y abstracta, tales decisiones son en su mayoría concretas y de alcance restringido, pudiendo quedarse cortas dadas las limitaciones de la justicia ordinaria y constitucional, así como el hecho que las reformas exitosas del sis-

tema penitenciario no suelen partir de la judicatura sino, desde la acción política del más alto nivel de Gobierno: la Presidencia de la República y el ministerio respectivo (Carranza, 2012). Por ello, la actuación judicial no puede ser considerada homóloga a la ley, resultando necesario la promulgación de esta última.

C. Investigación y sanción de las conductas sobrepobladoras

Dada su complejidad, es sin duda difícil abordar la investigación y sanción de las conductas *sobrepobladoras*. La administración penitenciaria se encarga de la reclusión, pero cumple mandatos de la autoridad judicial, a su vez, el aparato judicial aplica la ley evacuada por el legislador, mientras que, el legislador puede haber reflejado demandas sociales de dudosa justificación.

A los jueces les escuda la independencia, a los parlamentos la inviolabilidad, a los legisladores las prerrogativas constitucionales de inviolabilidad e inmunidad (Lasagabaster, 2020), y a la población, la democracia. Sin embargo, tales instituciones no pueden cobrar vigencia para nada más que vulnerar derechos fundamentales.

Esta pauta del principio XVII tiene dos enfoques, la identificación y respuesta ante las prácticas que dan génesis al hacinamiento, y que se evite una reiteración en las mismas. Además, por coherencia, la conducta sobrepobladora que se pretende perseguir no es sólo la del sistema en su conjunto, sino, principalmente, la particular; es decir, aquella presente en algunos establecimientos o pabellones, pese a que pudiera no existir un hacinamiento generalizado.

Para hacer posible este tipo de sanción debería haberse cumplido previamente la primera pauta del principio XVII. No se podrá sancionar a los actores si desconocen la cantidad de cupos carcelarios disponibles, ni, mucho menos, la condición de estos y lo que ofrecerían a los internos. Tampoco es posible atribuir responsabilidad alguna si no existe una posibilidad legal y material de actuar en diferente sentido —dejar de contribuir al hacinamiento—.

Además, se ha de prever las tasas permisibles de ocupación carcelaria, luego de las que la reclusión será sancionable. En este sentido, Bombini destaca al Proyecto de Ley 201, de 2013, que expide el Código Penitenciario y Carcelario colombiano, cuyo artículo 240 prevé la calificación de las ta-

sas de ocupación carcelaria, siendo el 105 % de hacinamiento temprano, el 110 % de hacinamiento crítico y el 120 % de hacinamiento extremo, mientras que en sus artículos 267 y siguientes se dirige mandatos de no hacinamiento a todo el aparato público; en particular, en el artículo 268 se señala en relación a la magistratura: “en todo caso los jueces de control de garantías y los jueces penales de conocimiento deberán abstenerse de enviar personas privadas de la libertad a establecimientos penitenciarios que registren niveles de hacinamiento crítico”, y en el artículo 269, respecto a los legisladores: “al legislar sobre reformas a la normatividad penal o de procedimiento penal, el Congreso de la República tendrá en cuenta el impacto que estas tengan en las condiciones de reclusión del sistema penitenciario y carcelario de reclusión” (2020).

Por otro lado, es vital que una se evalúe las causas del hacinamiento y, dentro del entramado de conductas generadoras, se identifique aquellas que son indebidas, ameritan reproche y han de ser tipificadas. El ejercicio sancionatorio demanda como presupuesto que se tipifiquen las infracciones —sobrepobladoras—, mismas que deben estar recogidas en una norma con rango de ley e inherente a la actividad en la que se desenvuelve el agente.

Es también posible implementar mecanismos patrimoniales de protección a los internos y sanción al Estado por el deficiente funcionamiento del ente penitenciario. Precisamente por ello, en el Proyecto de ley que crea el Registro de cupos carcelarios de la provincia de Buenos Aires (2012) la Cámara de Diputados de Buenos Aires propone obligar al aparato estatal a contratar seguros de vida para los internos afectados por el hacinamiento, siendo sus familiares los beneficiarios.

Es inadmisibles que quede impune la vulneración de los derechos de los internos. Al margen de que pueda reducirse el tiempo efectivo de privación de la libertad mediante un cómputo diferenciado, corresponde disponer medidas adicionales de reparación a favor de las PPL.

D. Evitamiento de la reiteración

El evitamiento de la reiteración supone actuaciones de cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados. Es el Estado el ente que asume una posición de garante y, paralelamente, causa la vulneración de los dere-

chos de las PPL, por lo que está obligado a remediarla y evitar que vuelva a acaecer.

Se busca un salir y no regresar al hacinamiento. La ley de cupos carcelarios puede alcanzar mayor vigencia en esta finalidad que en cualquier otra. Es ilusorio que el hacinamiento sea suprimido solo a través de una ley que indique que no debería existir, no cabe caer en la confianza desmedida y ciega en el normativismo (Bombini, 2020); sin embargo, luego de aplicadas las medidas que sirven para deshacinar, que ha de promover el Estado, esta norma alcanza relevancia al prever un mecanismo de control que niega la posibilidad de incremento de la ocupación en base a la cantidad de cupos penitenciarios que respetan las condiciones mínimas de alojamiento y dignidad.

V. Vinculatoriedad

La literatura invoca la Resolución 1/08 con frecuencia, pero no hace mayor hincapié en su vinculatoriedad. Al emprender la tarea de esclarecer si la resolución es —o no— de obligatorio cumplimiento, debe considerarse al órgano emisor y la naturaleza del acto.

La resolución fue evacuada por la CIDH, institución convencional receptada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Salvioli, 2022), que es de las de mayor antigüedad a nivel del derecho internacional de los derechos humanos y, también, la que cuenta con más funciones y atribuciones (Donaires, 2006), teniendo sus productos un notorio valor moral, jurídico y político (Hitters, 2008).

Entre los actos de la CIDH cabe distinguir a los que provienen de ella como órgano de protección de los que son parte de su rol de órgano de promoción (Donaires, 2006). La resolución no fue evacuada en mérito a una actividad cuasijudicial o de protección, sino más bien, como una directriz propia —abstracta— en materia carcelaria, con miras de servir de base a una declaración posterior en la materia (Resolución 1/08, 2008, exposición de motivos), mostrando por tanto ser una actividad de promoción, en que está presente una suerte de ambivalencia —como directriz interna y antecedente de un proyecto normativo dirigido al Sistema Interamericano—.

A pesar de que el contenido y fórmula de redacción de la resolución le dan la apariencia de un tratado, los documentos normativos que sostienen las facultades de la CIDH dan cuenta de que este ente no tiene competencia para generar normas de tal envergadura y comprometer a los Estados como sujetos internacionales del sistema regional.

La resolución no puede ser calificada como *hard law* ni *soft law*, dado que en ambos casos este tipo de normas son evacuadas por la negociación de entes con capacidad de vincular los Estados (Salmón, 2017); correspondiendo, en consecuencia, tomarla como un estándar internacional, cuyos postulados no son por sí mismos de obligatorio cumplimiento.

Es por lo que autores como Posada (2010) y Noel (2015) niegan que la resolución tenga fuerza vinculante, posición desde la que, no obstante, remarcan su relevancia y abogan por su uso voluntario en cada Estado.

Sin embargo, se pueden encontrar posturas diferentes, como la defendida por Bombini, para el que la resolución es vinculante al ser un estándar constitucional primordial en materia de privación de libertad (2015). Para arribar a tal conclusión, Bombini acude a los criterios interpretativos formulados tanto por la Corte IDH como —principalmente— por la jurisdicción bonaerense en el caso Verbitsky, expresándose sobre estos últimos que existió una suerte de sometimiento voluntario con carácter retroactivo (2015).⁴

Al respecto, los criterios interpretativos de la Corte IDH se encuentran en normas que si bien tienen carácter vinculante —su jurisprudencia—, ello no implica que un texto que las acopie y ordene pueda encontrar igual vinculatoriedad. Así mismo, al margen de la innegable importancia de la sentencia del caso Verbitsky, este pronunciamiento no proviene de un ente con capacidad normativa a nivel interamericano ni, mucho menos, puede vincular a los Estados de la región, a los que se deja espacio de decidir no adoptar la Resolución 1/08.

Por lo anterior, se puede advertir que *prima facie* la resolución no tiene carácter vinculante, pudiéndose, sin embargo, defender su obligatoria observancia a nivel local si cada Estado le reconoce fuerza normativa, bajo el entendido que la resolución es el único documento internacional que contempla de for-

⁴ La sentencia es de data anterior a la Resolución 1/08.

ma específica los estándares en la materia e, igualmente, el único capaz de guiar la actuación de los Estados de la OEA.

En lo que atañe al plano peruano, en la sentencia del Caso Pocollay, el TC invocó múltiples fuentes de carácter universal y regional, entre las que figura la Resolución 1/08 y su principio XVII, señalando de forma seguida que

bajo dichos estándares, en aplicación de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, corresponde interpretar los mandatos de la Constitución en lo que respecta a las condiciones básicas que el Estado debe garantizar a una persona que ha sido detenida o recluida en establecimientos penitenciarios.

[...] [El] trato digno, al que estas personas tienen derecho, se materializará en el cumplimiento del conjunto de estándares, mencionados supra (principalmente, las Reglas Mandela, los “Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, entre otros complementarios que resulten pertinentes). (Sentencia 5436-2014-PHC/TC, 2020, f. 52 y 92, respectivamente)

Con ello, queda claro que en lo que importa a la Resolución 1/08 —en general— y el principio XVII —en particular—, el máximo intérprete de la Constitución peruana explicita que sólo mediante su cumplimiento será posible el respeto de la normal constitucional, especialmente en lo que incumbe al derecho de los internos a un trato digno.

En tal sentido, puede afirmarse que el Perú ha dotado de valor normativo a la Resolución 1/08, mediante una vinculación voluntaria a nivel interno, reflejando con ello el cumplimiento de la obligación positiva de adoptar todas las medidas internas de tutela para las personas recluidas en establecimientos penitenciarios.

Podría objetarse al respecto que los pronunciamientos del TC en mérito a un procedimiento concreto solo pueden vincular a las partes del conflicto; sin embargo, es de recordar que la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución peruana es vinculante para todos los poderes públicos a los que se dirige, siendo los destinatarios en el Caso Pocollay todos los del sistema, habida cuenta del empleo de la técnica del ECI y el corte estructural

ral del problema, por lo que los efectos de la sentencia se extienden más allá de las partes del proceso (Sentencia 2579-2003-HD/TC, 2004, fj. 19).

Como este mismo ente señalara, dado que las sentencias del Tribunal Constitucional contienen la interpretación constitucional efectuada por el máximo tribunal del país, son fuente de derecho y tienen carácter vinculante respecto a todos los poderes estatales (Sentencia 3741-2004-AA/TC, 2005, fj. 42).

VI. Conclusiones

El hacinamiento carcelario es más que un problema de infraestructura. El fenómeno es multicausal y estructural, siendo patente la vinculación entre hacinamiento y vulneración iusfundamental, así como su inconstitucionalidad, por lo que debe ser combatido.

La Resolución 1/08 es el único instrumento regional que propone medidas concretas para hacer frente al hacinamiento y confiere sustento internacional al sistema de cupos carcelarios a través de su principio XVII; sin embargo, esta no *es per se* vinculante.

Por su parte, el sistema de cupos es, probablemente, el único mecanismo con el que se puede contrarrestar la tendencia global de encarcelamiento masivo. Son puntos imprescindibles para la implementación del sistema: el establecimiento de una comisión multisectorial que especifique los cupos carcelarios en cada pabellón, establecimiento y en el sistema en general y, luego, se encargue de fiscalizar su respeto; la publicación y control del adecuado registro de los cupos declarados y ocupados; la regulación de las medidas y el procedimiento para alcanzar el deshacinamiento; y, la prohibición de hacinar, con la subsiguiente sanción en caso de incumplimiento.

A pesar de que no existe un instrumento regional vinculante en la materia, el principio XVII fue dotado de valor normativo en el ordenamiento peruano, a través de una decisión del TC que vincula a todos los poderes públicos, siguiendo de ello que, además de jurídicamente viable, la aplicación del sistema de cupos carcelarios es un imperativo para el Perú.

Si bien esta tarea representa una serie de desafíos debido a la complejidad de la administración de los establecimientos penitenciarios, así como

los problemas legales, éticos y logísticos que entraña reducir la cantidad de reclusos y asegurar el cumplimiento de los cupos, cuyo abordaje excede los propósitos de la presente investigación; estando a la vinculatoriedad del sistema, así como a la data sobre los efectos favorables de la descarceración, es posible argüir que la implementación del sistema y el éxito de una comisión multisectorial establecida para buscar su eficacia se encuentran fundamentalmente supeditadas a la voluntad política y el cambio del ideario que subyace al uso de la prisión.

VII. Referencias

- Al-Fijawi, M. F. A., Shah, M. A., Aung, U T., y Muhammad, M. K. (2019). Violations of basic rights of prisoners in conventional and islamic law: Theory and practice. *Intellectual Discourse*, 27(2), 455-474. <https://www.proquest.com/openview/072b6094333a9d4afbda407276f8a6b9/1?pq-origsite=gscholar&cbl=826340>
- Al Weswasi, E., Sivertsson, F., Bäckman, O., y Nilsson, A. (2023). Does sentence length affect the risk for criminal recidivism? A quasi-experimental study of three policy reforms in Sweden. *Journal of Experimental Criminology*, 19(4), 971–999. <https://doi.org/10.1007/s11292-022-09513-1>
- Arandia, J., Ronquillo, O., García, G., y Macias, S. (2022). Hacinamiento de las cárceles ecuatorianas y la violación a la dignidad humana. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(55), 485-489. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/3316/3256>
- Ariza, L., y Torres, M. (2019). Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2(21), 227-258. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7632>
- Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho* (2018). Corte IDH. Medidas provisionales respecto de Brasil. Resolución del 22 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf
- Ballon, V. (2016). Overcrowding: Nobody's fault? When some struggle to survive waiting for everyone to take responsibility. *International Review of the Red Cross*, 98(903), 831–843. <https://doi.org/10.1017/S1816383117000583>

- Bombini, G. (2014). Fundamentos para la exigibilidad de una ley de cupo carcelario para los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En Grupo de Investigación Crítica Penal (Comp.), *Fundamentos y materiales para la limitación del encarcelamiento: el debate sobre el establecimiento de mecanismos de control y cupo carcelario* (pp. 94-141). Asociación Pensamiento Penal y Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar de Plata. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/08/miscelaneas44046.pdf>
- Bombini, G. (2015). Los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”. Estándares constitucionales en materia de privación de libertad en la Argentina. En M. Riquert, M. Buigo, F. Figueroa, y N. Espina (Coords.), *XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal. I Encuentro de jóvenes penalistas* (pp. 163-190). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. <http://www.saij.gob.ar/lmnoprst-uvw-d-octr-inac-fl60088flpdf/%20name:CF160088F1.PDF>
- Bombini, G. (2020). *Cárcel y derechos humanos. Enfoques locales y estrategias de reducción de daños*. EUEDEM.
- Bonneau, D. D., y Hall, J. C. (2024). The impact of new prison construction on the likelihood of incarceration. *American Journal of Economics and Sociology*, 83(1), 199–222. <https://doi.org/10.1111/ajes.12529>
- Carranza, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, (8), 31–66. <https://doi.org/10.5354/adh.v0i8.20551>
- Casals, P., y Patiño, L. (2014). Sobrepopulación carcelaria: una problemática que perdura en el tiempo. En Grupo de Investigación Crítica Penal (Comp.), *Fundamentos y materiales para la limitación del encarcelamiento: el debate sobre el establecimiento de mecanismos de control y cupo carcelario* (pp. 4-58). Asociación Pensamiento Penal y Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar de Plata. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/08/miscelaneas44046.pdf>
- Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* (2005). Corte IDH. Sentencia del 25 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf

- Caso López Álvarez Vs. Honduras* (2006a). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas Sentencia del 1 de febrero. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf
- Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela* (2006). Corte IDH. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de julio. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf
- Castro, A. (2010). Derechos Humanos: Los desafíos de la crisis penitenciaria. *Revista Mensaje*, 59(593), 41-44. https://repositorio.uahurtado.cl/static/pages/docs/2010/n593_41.pdf
- Castro, A. (2018). Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad. *Anuario de Derechos Humanos* (14), 35-54. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2018.49161>
- Chaiña, R. J. (2024). Prognosis de pena: el límite dúctil de la prisión preventiva. *YachaQ: Revista de Derecho*, (16), 35-55. <https://doi.org/10.51343/yq.vi16.1274>
- Chará, W. (2021). Crisis en los sistemas penitenciarios: derechos humanos, hacinamiento y desafíos de las políticas criminales. Una aproximación desde la producción bibliográfica. *Estudios de Derecho*, 78(171), 117-138. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v78n171a05>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Observaciones preliminares de la visita in loco de la CIDH a Brasil*. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPesp.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Personas privadas de libertad en Ecuador*. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VE.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. CIDH Resolución 1/08. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiosppl.asp>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica (1969). OEA. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). OEA. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>
- Coyle, A., Heard, C., y Fair, H. (2016). Current trends and practices in the use of imprisonment. *International Review of the Red Cross*, 98(903), 761-781. <https://doi.org/10.1017/S1816383117000662>
- Craig, M. O., Kim, M., y Beichner-Thomas, D. (2024). Incarcerated in a Pandemic: How COVID-19 Exacerbated the “Pains of Imprisonment”. *Criminal Justice Review*, 49(2), 244-266. <https://doi.org/10.1177/07340168231190467>
- Di Vita, G. (2020). Recent legislative measures to reduce overcrowding of prisons in Italy: a preliminary assessment of their economic impact. *European Journal of Law and Economics*, 49(2), 277-299. <https://doi.org/10.1007/s10657-020-09639-5>
- Dobbie, W., Goldin, J., y Yang, C. (2018). The Effects of Pre-Trial Detention on Conviction, Future Crime, and Employment: Evidence from Randomly Assigned Judge. *American Economic Review*, 108(2), 210-240. https://law.yale.edu/sites/default/files/area/workshop/leo/leo16_yang.pdf
- Donaires, P. (2006). El carácter vinculante y la ejecutabilidad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho y Cambio Social*, (7). https://www.derechoycambiosocial.com/revista007/comision%20interamericana.htm#_ftn1
- Dünel, F. (2017). European penology: The rise and fall of prison population rates in Europe in times of migrant crises and terrorism. *European Journal of Criminology*, 14(6), 629-653. <https://doi.org/10.1177/1477370817733961>
- Escobar, R. (2011). Medidas sustitutivas a la pena de privación de libertad. *Derecho y Humanidades*, (18), 41-50. <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/19462>
- Favuzza, F. (2017). Torreggiani and Prison Overcrowding in Italy. *Human Rights Law Review*, 17(1), 153-173. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw041>
- Forero-Cuellar, A. (2023). Prison overcrowding and ill-treatment: sentence reduction as a reparation measure. A view from Latin America and Europe. *Torture Journal*, 33(3), 18-38. <https://doi.org/10.7146/torture.v33i3.136824>
- Glazener, E., y Nakamura, K. (2018). Examining the Link Between Prison Crowding and Inmate Misconduct: Evidence from Prison-Level Panel

- Data. *Justice Quarterly*, 37(1), 109-131. <https://doi.org/10.1080/07418825.2018.1495251>
- Godoi, R., y Silva, I. (2021). The benefit of pain: paradoxes of the Inter-american Court of Human Rights intervention in a prison of Rio de Janeiro. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 8, 1-45. <https://doi.org/10.19092/reed.v8.613>
- Gómez, J. (2019). Los derechos humanos de las personas privadas de la libertad: importancia y aplicación. *Revista Mexicana de Medicina Forense y Ciencias de la Salud*, 4(2), 57-74. <https://doi.org/10.25009/revmedforense.v4i2.2671>
- Gómez, O., y Zapata, S. (2020). Efectividad de la política criminal colombiana hacia la prevención del delito. *Revista Criminalidad*, 62(3), 103-118. <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v62n3/1794-3108-crim-62-03-103.pdf>
- Gómez, O., Zapata, S., y Sandoval, L. (2022). Modelado dinámico del fenómeno criminal en Colombia para la toma de decisiones de política pública. *Revista Criminalidad*, 64(2), 101-125. <https://doi.org/10.47741/17943108.358>
- Groff, E., Ward, J., y Wartell, J. (2021). Tracing the effects of reducing penalties on crime and prosecution. *Journal of Criminal Justice*, 75(101831). <https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2021.101831>
- Guimarães, A., Barata, M., y Rebelo, F. (2022). A sobrelotação prisional os direitos fundamentais e os direitos de personalidade dos reclusos. *International Humanities Review*, 15(5), 2-9. <https://doi.org/10.37467/revhuman.v11.4294>
- Gutiérrez, S., y Rivera, O. (2021). La incidencia del estado de cosas inconstitucional frente al hacinamiento carcelario en América Latina: la crisis humanitaria del siglo XXI. *Opinión Jurídica*, 20(43), 71-94. <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n43a2>
- Heard, C. (2020). Commentary: Assessing the global impact of the covid-19 pandemic on prison populations. *Victims and Offenders*, 15(7-8), 848-861. <https://doi.org/10.1080/15564886.2020.1825583>
- Hernández, N. (2017). La resocialización como fin de la pena – una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano. *Caderno CRH*, 30(81), 539-560. <https://doi.org/10.1590/S0103-49792017000300010>

- Hernández, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes y EAFIT. <https://n9.cl/0saa>
- Hitters, J. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (10), 131-156. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>
- Instituto Nacional Penitenciario-INPE. (2024). *Informe estadístico. Mayo 2024*. <https://www.inpe.gob.pe/estad%C3%ADstica1.html>
- Jesús, J. de, Plaza, B., y Herráez, R. (2020). Interpretación del sistema carcelario ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(4), 16-20. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000400016&lng=es&tlng=es
- Kubrin, C. E., y Bartos, B. J. (2024). The COVID-19 Pandemic, Prison Downsizing, and Crime Trends. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 40(1), 113-137. <https://doi.org/10.1177/10439862231190206>
- Lasagabaster, I. (2020). *Parlamento, Tribunal Constitucional, separación de poderes (con obligada referencia a Cataluña)*. Instituto Vasco de Administración Pública-IVAP.
- Ley para la acreditación funcional de establecimientos para la privación de la libertad y control de la superpoblación. (2017). Procuración Penitenciaria de la Nación. https://ppn.gov.ar/pdf/proyectoslegislativos/PROYECTO%20DE%20LEY_0.pdf
- Ley para la acreditación funcional de establecimientos para la privación de la libertad y control de la superpoblación. (2018). Senado y Cámara de Diputados de Argentina. <https://hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1021-D-2018>
- Limoncelli, K., Mellow, J., y Na, C. (2020). Determinants of Intercountry Prison Incarceration Rates and Overcrowding in Latin America and the Caribbean. *International Criminal Justice Review*, 30(1), 10-29. <https://doi.org/10.1177/1057567719830530>
- Lugo, M., y Wooldredge, J. (2017). Overcrowding in Prisons. *The Encyclopedia of Corrections*, 1-8. <https://doi.org/10.1002/9781118845387.wbec163>

- Magán, J. (2016). Overcrowding in the Peruvian prison system. *International Review of the Red Cross*, 98(903), 851–858. <https://doi.org/10.1017/S1816383117000649>
- Mancheno, G., Andrade, I., y Guaranga, J. (2022). Personas privadas de la libertad, aglomeración en cárceles: derecho a la inclusión social. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(6), 496-504. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/download/3399/3343/>
- Mathiesen, T. (2003). *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*. (Zamune, A., traductor.) EDIAR. https://proletarios.org/books/Mathiesen-Juicio_a_la_prision.pdf
- Mei, X., Kowalski, M. A., Reddy, L., McGlynn, C., Stohr, M. K., Hemmens, C., y Lil, J. (2024). The Deleterious Health Consequences of COVID in United States Prisons. *American Journal of Criminal Justice*, 49(2), 435-461. <https://doi.org/10.1007/s12103-024-09758-8>
- Monnery, B., Wolff, F., y Henneguelle, A. (2020). Prison, semi-liberty and recidivism: Bounding causal effects in a survival model. *International Review of Law and Economics*, 61. <https://doi.org/10.1016/j.irle.2019.105884>
- Muirhead, A., Butler, M., y Davidson, G. (2020). “You can’t always pick your cellmate but if you can...it is a bit better”: Staff and prisoner perceptions of what factors matter in cell allocation decision-making. *Kriminologie*, 2(2), 159-181. <https://doi.org/10.18716/ojs/krimoj/2020.2.4>
- Naciones Unidas. (2021). *Common Position on Incarceration*. Naciones Unidas. https://www.unodc.org/res/justice-and-prison-reform/nelsonmandelaru-les-GoF/UN_System_Common_Position_on_Incarceration.pdf
- Noel, M. (2015). *Hacinamiento penitenciario en América Latina: Causas y estrategias para su reducción*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/13691>
- Noel, M. (2010). Estrategias y buenas prácticas para reducir el hacinamiento en las instituciones penitenciarias. *Documento presentado en el Taller sobre Estrategias para Reducir el Hacinamiento en Instituciones Penitenciarias, Duodécimo Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal*, 211-217. https://www.una-fei.or.jp/publications/pdf/12th_Congress/25Maria_Noel_Rodriguez.pdf
- Olaya, C., Gomez-Quintero, J., y Navarrete, A. (2018). Crime and punishment as a social system: the case of prison overcrowding. *Kybernetes*, 47(2), 369-391. <https://doi.org/10.1108/K-05-2017-0190>

- Osorno, M. (2020). Factores de la sobrepoblación carcelaria en América Latina. En C. Barros, y M. Ortega (Coords.), *La sobrepoblación carcelaria en América Latina* (pp. 103-110). Universidad de Ixtlahuaca CUI.
- Palacios, Y. (2022). Encarcelamiento masivo y violaciones a los derechos humanos: estudio ligado a personas afrodescendientes. *Sociologia, Problemas e Praticas*, (98), 91-112. <https://doi.org/10.7458/SPP20229820787>
- Pascual, B. (2020). Condiciones de detención. Hacinamiento. Recursos eficaces. TEDH, *Affaire Petrescu c. Portugal*, 3 de diciembre de 2019, y *Affaire J. M. B. et autres c. France*, 30 de enero de 2020. *Debates sobre derechos humanos*, (4), 343-351. <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/debatesddhh/issue/view/49/DDHH4>
- Pezo, O., Bellodas, C., y Ponce, J. (2024). Análisis criminológico de variables que influyen en el incremento de la población penitenciaria en el Perú entre los años 2007 a 2022. *Política Criminal*, 19(37), 250-275. <https://politicrim.com/wp-content/uploads/2024/07/Vol19N37A9.pdf>
- Pezo, O., y Bellodas, C. A. (2023). Condiciones de hacinamiento penitenciario y el reingreso a los establecimientos penitenciarios del Perú. *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho y Justicia*, 8(24), 369-393. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v8i24.661>
- Pérez, J., Cavallaro, J., y Nuñovero, L. (2021). Towards a Governance Model of Ungovernable Prisons: How Recognition of Inmate Organizations, Dialogue, and Mutual Respect Can Transform Violent Prisons in Latin America. *Catholic University Law Review*, 70(3), 367-420. <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol70/iss3/7/>
- Pfaff, J. F. (2017). *Locked in: The true causes of mass incarceration-and how to achieve real reform*. Basic Books.
- Posada, J. (2010). Normas interamericanas frente a los derechos de los reclusos. *Revista Holística Jurídica*, (7), 81-95. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24685.pdf>
- Proyecto de ley de estándares mínimos sobre condiciones de habitabilidad y cupos de alojamiento en establecimientos penitenciarios. (2020). Senado y Cámara de Diputados de Argentina. <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/0454-D-2021.pdf>

- Proyecto de ley 3943-D-2012 TP 067. (2012). Honorable Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion27975.pdf>
- Quirino, J., Rolim, M., y Barbosa, V. (2020). Incarcerated people in prisons: A public health priority in resource-poor settings. *Forensic Science International: Mind and Law*, 1(100007). <https://doi.org/10.1016/j.fsimpl.2019.100007>
- Rangel, H. (2019). Cooperation and education in prison: A policy against the tide in the Latin American penitentiary crisis. *International Review of Education*, 65, 785–809. <https://doi.org/10.1007/s11159-018-9747-5>
- Reglas Penitenciarias Europeas (2006). Consejo de Europa. https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/recce/Reglas_Penitenciarias_Europeas_Actualizacion_2020_ES.pdf
- Ríos, G. (2017). *¡Hagamos juntos tu tesis de Derecho! Teoría y práctica*. Ideas.
- Salinero, S. (2012). ¿Por qué aumenta la población penal en Chile?: un estudio criminológico longitudinal. *Ius et Praxis*, 18(1), 113-150. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000100005>
- Salmón, E. (2017). *Nociones básicas de Derecho Internacional Público*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170667/06%20Nociones%20b%C3%A1sicas%20de%20derecho%20internacional%20con%20sello.pdf?fbclid=IwAR2lnmrkII4-XkbCW6-2vdmT_-I96KX3jKQDKc-J6AU-BRk4dmIuQ1yPQoh
- Salvioli, F. (2022). *La edad de la razón: el rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y el valor jurídico de sus pronunciamientos*. Tirant lo Blanch.
- Sánchez, H., Reyes, C., y Mejía, K. (2018). *Manual de términos en investigación científica, tecnológica y humanística*. Vicerrectorado de Investigación de la Universidad Ricardo Palma. <https://www.urp.edu.pe/pdf/id/13350/n/libro-manual-de-terminos-en-investigacion.pdf>
- Schiappa, L. A. (2011). Prisión preventiva y reforma procesal penal en Argentina. En L. Lorenzo, M. Duce, y C. Riego (Comp.), *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas volumen 2*, (pp. 13-126). CEJA-JSCA. <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3135/PrisionPreventivaylaReformaProcesalPenalenArgentina-2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Sentencia 2579-2003-HD/TC (2004). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>
- Sentencia 3741-2004-AA/TC (2005). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.pdf>
- Sentencia 5436-2014-PHC/TC (2020). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf>
- Sherman, L., Farrington, D., Welsh, B., y MacKenzie, D. (2004). *Evidence-Based Crime Prevention*. Routledge.
- Simon, J. (2021). Dignity and its discontents: Towards an abolitionist rethinking of dignity. *European Journal of Criminology*, 18(1), 33–51. <https://doi.org/10.1177/147737082097657>
- Sundt, J., Salisbury, E., y Harmon, M. (2016). Is downsizing prisons dangerous?: The effect of california's realignment act on public safety. *Criminology and Public Policy*, 15(2), 315-341. <https://doi.org/10.1111/1745-9133.12199>
- Turturro, S. (2020). Las sentencias piloto del TEDH sobre los tratos inhumanos y degradantes en las cárceles europeas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (18), 130-147. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5267>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el Delito-UNODC. (2014). *Manual sobre Estrategias para Reducir el Hacinamiento en las Prisiones*. Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HBOncOvercrowding/UNODC_HB_on_Overcrowding_ESP_web.pdf
- Van Ginneken, E., Sutherland, A., y Molleman, T. (2017). An ecological analysis of prison overcrowding and suicide rates in England and Wales, 2000–2014. *International Journal of Law and Psychiatry*, (50), 76-82. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2016.05.005>
- Van Zyl, D., y Snacken, S. (2013). *Principios de derecho y política penitenciaria europea: penología y derechos humanos*. Tirant lo Blanch.
- Verdugo, J. (2023). La realidad penitenciaria en el Ecuador, sobrevivencia, descarte social de seres humanos o rehabilitación integral. *Foro: Revista de Derecho*, (39), 87-105. <https://doi.org/10.32719/26312484.2023.39.5>
- Villagra, C. (2020). Los desafíos del sistema penitenciario desde un enfoque de derechos humanos en contexto de crisis. *Revista anales*, (17), 357-377. <https://anales.uchile.cl/index.php/ANUC/article/download/58938/62446/201023>

Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. EDIAR. <https://fundacion-rama.com/wp-content/uploads/2022/11/5402.-La-palabra-de-los-muertos.-Conferencias-%E2%80%A6-Zaffaroni.pdf>

Zaitzow, B., y Willis, A. (2021). Behind the wall of indifference: Prisoner voices about the realities of prison health care. *Law*, 10(1), 1-21. <https://www.mdpi.com/2075-471X/10/1/11>

Cómo citar

IJJ-UNAM

Chaiña Durán, Renzo Joel, “Hacinamiento entre rejas: una aproximación al sistema de cupos carcelarios”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 47-84. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19198>

APA

Chaiña Durán, R. J. (2024). Hacinamiento entre rejas: una aproximación al sistema de cupos carcelarios. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 47-84. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19198>

El Estado diligente como garante del derecho humano de los cuidados

The diligent State as a guarantor of the human right to care

Jessica Espinoza-Espinoza¹



<https://orcid.org/0000-0002-5025-0580>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: juristaandinajee@gmail.com

Recepción: 3 de junio de 2024 | **Aceptación:** 1 de noviembre de 2024

Publicación: 11 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19191>

Resumen: Las tareas de los cuidados han sido reconocidas en las últimas décadas, a nivel internacional y regional, como derecho humano de carácter universal de todas las personas, más allá de los mandatos de género. Para la realización efectiva de este derecho no basta su reconocimiento formal en el texto de las leyes, sino que, es necesaria la acción positiva por parte del Estado como elemento fundamental de realización. Esa idea del Estado ha sido producto de los cambios a lo largo del tiempo, desde una posición liberal clásica de no actuación e intervención, hasta una actuación positiva y eficaz. Los recientes avances jurídicos han identificado que este concepto clave es el “Estado diligente” como el portador del mayor estándar de realización y condiciones de eficacia de los derechos humanos en general, y de los cuidados en concreto. Por tanto, este trabajo ha tenido como objetivo identificar, mediante la revisión bibliográfica, el significado y dimensión conceptual del Estado(s), desde la perspectiva diligente, como el marco de máxima realización de los cuidados. Metodológicamente, se desarrolló el enfoque cualitativo aplicando un diseño documental. Concluyendo que, el rol del Estado diligente, es el más próximo a crear garantías en aplicación de un nuevo enfoque de derechos humanos, a través de normas y políticas públicas, ajustando su diseño e implementación al logro de resultados concretos, medibles y evaluables en el reconocimiento, redistribución, reducción, retribución y regulación en el aseguramiento del cierre de la brecha de igualdad

¹ Becaria del Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJJ). Universidad Nacional Autónoma de México. México. Asesorada por la doctora Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña. Miembro del SNII de CONAHCYT.

sustantiva, que aún se mantiene entre mujeres y hombres, en la realización y desarrollo de las tareas de los cuidados.

Palabras clave: derechos; cuidados; perspectiva de género; Estado diligente.

Abstract: In recent decades, care work has been recognized at both international and regional levels as a universal human right, extending beyond traditional gender roles. To effectively realize this right, formal recognition in law is insufficient; proactive measures by the State are essential. The concept of the State's role in this regard has evolved over time, moving from a classical liberal stance of minimal intervention to one of positive and effective action. Recent legal advancements refer to this key concept as the "diligent State" an entity committed to upholding the highest standards for the realization and effectiveness of human rights, particularly in care work. The aim of this study is to examine, through a bibliographic review, the meaning and conceptual scope of the State from a diligent perspective as a framework for maximizing the realization of care. Methodologically, this study follows a qualitative approach, applying a documentary design. It concludes that the role of the diligent State is pivotal in creating safeguards through a new human rights approach, involving the establishment and adaptation of norms and public policies to ensure concrete, measurable, and evaluable outcomes. These outcomes target the recognition, redistribution, reduction, remuneration, and regulation of care responsibilities, aiming to close the substantive equality gap that persists between men and women in care work.

Keywords: rights; care; gender perspective; diligent State.

Sumario: I. Introducción. II. Reconocimiento jurídico del Estado diligente en el derecho humano de los cuidados. III. Realidad social de los cuidados como reto del Estado diligente. IV. Contenido esencial de los cuidados como aspecto clave del Estado diligente. V. Medidas del Estado diligente en el ejercicio efectivo del derecho humano de los cuidados. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. Introducción

El rol de los Estados es fundamental para garantizar el desarrollo efectivo de los derechos humanos. No obstante, esta idea no ha sido siempre aceptada para la garantía de todos los derechos, y ha estado en permanente análisis a lo largo de los siglos XX y XXI. Esto, especialmente, ante la definición tradicional de la generación de los derechos en primera, segunda y tercera generación (Karel Vasak, 1984), donde propuso que la postura del Estado ante los derechos civiles y políticos (DCP) debe ser de no intervención, mientras

que en los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) existe un mandato positivo de actuación por la progresividad de derechos. No obstante, esta dicotomía más allá de aclarar genera dudas en una realidad donde han surgido derechos que requieren una perspectiva más amplia y completa. Nos referimos a los cuidados reconocidos en los últimos años desde diferentes fuentes jurídicas como auténticos derechos humanos.

En el actual paradigma constitucional y derechos, los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos por el hecho de ser personas. Para García y Hernández (2020), se constituyen en un instrumento fundamental que “definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado” (García y Hernández, 2020, p. 118). En ese sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece que el Estado debe actuar mediante medidas positivas que garanticen un entorno que permita a todas las personas disfrutar de sus derechos.

A partir de las revoluciones francesa y americana de finales del siglo XVIII, la idea de los derechos humanos ha impulsado muchos movimientos revolucionarios por el empoderamiento y control sobre quienes ejercen el poder, de los gobiernos en particular (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020). Tomando una posición no solo de garantía, sino de defensa de los derechos humanos ante el poder del Estado.

Los cuidados en una primera etapa fueron definidos como parte del amplio catálogo de tareas concretas, destinadas, dirigidas y reconocidas a grupos afectados por algún grado de dependencia relacionado con la situación de salud física, mental, por la edad, la discapacidad, etcétera. Desde esta perspectiva, la responsabilidad es de la familia, y dentro de esta, las mujeres como las cuidadoras “naturales” de tales personas, mientras los hombres como los proveedores materiales y económicos del hogar y las familias.

No obstante, esa situación sobre la definición de los cuidados en los últimos cincuenta años ha cambiado. Actualmente, son considerados desde importantes referentes jurídicos de tipo dogmático, normativo, jurisprudencial y de política pública comparada, como derecho humano universal de todas las personas, más allá de su sexo, y de los mandatos de género, de forma transversal a todas las personas en el ámbito de la familia y en el ámbito público, no solo en momentos de especial dependencia como los grupos de particular

atención, antes referidos, sino en todos los ciclos de la vida desde el nacimiento hasta la muerte.

A partir del mencionado enfoque, el reconocimiento de los cuidados como derecho humano se ha constituido como tema estratégico de los Estados, especialmente en torno a su realización efectiva en términos de universalidad. Este reconocimiento ha pasado por la necesidad de reconocer el derecho de todos a crear medidas que impliquen una nueva perspectiva de percibir el rol de los Estados a través de algunos temas claves, tales como: presupuestos, servicios y gestión pública, los cuales permitan avanzar hacia sociedades más igualitarias, superando el sistema sexo/género que ha pesado sobre las mujeres afectando su calidad de vida. En este amplio contexto, un importante marco técnico, jurídico y jurisprudencial, reconoce que es un derecho no solo de libertad sino de igualdad de condiciones, desde el planteamiento de la universalidad integrado por los principios de interrelación, interconexión, progresividad, dignidad humana, y corresponsabilidad social entre el Estado, la familia, el sector público y privado.

La perspectiva feminista de Gilligan (2013) propone que los cuidados son las tareas realizadas por los seres humanos; cuidar de sí mismos y de los demás es una capacidad humana natural. No son asuntos de mujeres, sino que, son intereses humanos y capacidades que pueden ser desarrolladas por todas las personas, y que implican a ambos sexos en igualdad de condiciones, obligaciones y requerimientos.

Continuando con el aporte crítico del derecho, desde el feminismo jurídico, los cuidados han sido definidos como un derecho social universal de carácter fundamental (Marrades, 2016). Sumado a esto, los aportes jurisprudenciales latinoamericanos (México en el amparo directo [AD] 6/2023; en Ecuador, la acción de protección [AP] 3-19 JP/20; en España, la sentencia T-583-23 de la Corte Constitucional, y, en Colombia, la sentencia T-583 de 2023). Estos antecedentes le han dado una nueva definición de derechos humanos a los cuidados, producto de la combinación entre la primera y segunda generación de derechos, para referirse a un “nuevo derecho social universal”. Es decir, nos encontramos ante derechos subjetivos de expectativas que requieren del Estado en ciertas dimensiones *un hacer* y en otras un *no hacer* para hacerlos efectivos en la realidad social. De acuerdo a Momblac (2020), esto es producto de la necesidad de acceso a los servicios y apoyos necesarios

desde el Estado, ante un contexto que, para Gracia (2022) implica mayores garantías en su cumplimiento.

Desde ese enfoque, la Corte Constitucional ecuatoriana (2020) considera que todas las personas deben de contar con el tiempo necesario y suficiente para desarrollar vínculos en una manifestación de respeto, consideración, y empatía a otra persona. Por el derecho a ser cuidado, las personas requieren ser atendidas por necesidad, carecer de autonomía, tener su autonomía disminuida o no contar con las condiciones para ejercer el autocuidado.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) reconoció, en 2023, que “todas las personas tienen el derecho humano a cuidar, a ser cuidadas y al autocuidado, y el Estado tiene un papel prioritario en su protección y garantía”. De esta forma, estamos ante un bien social fundamental para todas las personas, que garantiza la vida digna, supervivencia y bienestar sin excepción. Asimismo, estamos en los “trabajos de reproducción social”, del conjunto de innumerables actividades indispensables para que el ser humano goce de bienestar físico, biológico y emocional, cuyo fin será satisfacer necesidades básicas y desarrollar su vida cotidiana, tanto en la intimidad, como en el espacio público. Estos pueden ser provistos por cada persona, o a través de otras, y pueden ser sin remuneración, cuando no se recibe retribución económica a cambio; o bien, realizado por personas trabajadoras, vinculadas a labores de cuidados, a cambio de una remuneración económica.

En virtud de lo anterior, este trabajo tiene como objetivo, en medio de todos estos cambios a nivel jurídico, hacer una revisión bibliográfica para identificar el significado y dimensión conceptual del Estado(s), desde la perspectiva diligente, como referente de máxima realización de los cuidados al haberse reconocido como derechos que deben realizarse en el marco de la libertad y la igualdad de condiciones. La pregunta de investigación plantea ¿cuál es el rol que debe cumplir el Estado, en la realización efectiva del derecho humano de los cuidados, desde una perspectiva de diligencia?

Metodológicamente, para responder la pregunta de investigación, aplicaremos el enfoque cualitativo de análisis documental sobre la normativa internacional y regional de derechos humanos, base técnica, jurisprudencia y normativa. Según Hernández y Mendoza (2018), la comprensión y la interpretación de los datos y documentos se caracteriza por su flexibi-

lidad, contextualización y subjetividad, en cuanto paradigma interpretativo, que se sustenta en la comunicación como un proceso de interacción simbólica, de construcción del sentido de cuánta experiencia social, así como las acciones e intercambios intersubjetivos develan el conocimiento característico del mundo de la vida (Casanova et al., 2023).

En cuanto al diseño es documental porque se centra, según Hernández y Mendoza (2018), en la recopilación, análisis y presentación de datos en forma de documentos, como informes, artículos, libros, revistas, informes técnicos, normativa y jurisprudencia. En este aspecto, la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer, en opinión de Reynoso (2017, citado por Mendoza, 2021), es de mucha utilidad debido a que es el medio para “el estudio y la interpretación de textos” (p. 37).

Esperamos que este trabajo aporte al estudio de este tema tan importante que nos ha llevado a repensar el rol Estado ante la necesaria garantía de derechos humanos en general, y los sujetos de derechos de los cuidados en concreto, en el histórico debate liberal y más reciente de los últimos cincuenta años. El reto es la comprensión desde el enfoque teórico y conceptual de la actuación estatal que garantice los derechos humanos en el actual marco del Estado constitucional de derechos, a fin de entender el significado y alcance del denominado “Estado diligente”.

II. Reconocimiento jurídico del Estado diligente en el derecho humano de los cuidados

La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (Comisión IDH, 2021), afirmó que los Estados latinoamericanos deben actuar de manera “diligente” mediante la creación de normativa jurídica que valore el trabajo de las personas cuidadoras, de las/os trabajadoras/es domésticas/os, y la creación de medidas como los sistemas nacionales de cuidados con enfoque de derechos humanos.

Para Bobbio (2020), el Estado tiene la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos. Ahora bien, la perspectiva del “Estado diligente” implica que tiene la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos. Esto significa el deber de adop-

tar medidas para garantizar que sean accesibles y de calidad, especialmente de aquellas personas que necesiten asistencia por su condición de salud y edad.

Por primera vez, el concepto de la debida diligencia se incorporó en 1988 en la decisión de la Corte IDH en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. La Corte dictaminó que el Estado no había cumplido sus obligaciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), estableciendo que se trató de “un acto ilegal que viola los derechos humanos y que en un comienzo no es directamente imputable al puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado, no por el acto en sí, sino por la falta de la debida diligencia para impedir la violación o reaccionar a ella tal como lo exige la Convención”.

172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial.

No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

Posteriormente, la Convención Belén Do Pará (1993), en el artículo 7o., literal b, dispuso que los Estados, además de condenar todas las formas de violencia contra la mujer, debe adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), expresó que la violencia contra las mujeres y las niñas, ya sea en su vida pública o pri-

vada, es una cuestión de derechos humanos, y que los Estados tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y castigar actos de violencia, ya sean perpetrados por el Estado o por particulares, y de prestar protección a las víctimas.

De esta forma, la debida diligencia surge en el contexto de las desapariciones forzadas del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), pero se incorpora posteriormente a la violencia de género, reconocida como un problema de derechos humanos que debe ser abordado de manera integral no solo desde la sanción, sino desde la prevención y la reparación integral. Este concepto tan importante se ha convertido en el parámetro de control y medición de la actuación de los Estados en la protección, prevención y represión de actos que vulneren los derechos humanos de las mujeres.

Desde la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2011) la “debida diligencia” se define con el objetivo de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en relación a la actuación del propio Estado y de los particulares. Esto incluye la evaluación del impacto real y potencial de las actividades para calibrar los riesgos, identificando y evaluando las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de las relaciones entre distintos actores tanto públicos como privados.

En el mismo ámbito internacional, el Estado diligente, de acuerdo al artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, debe asegurar a todo ser humano un nivel de vida adecuado, incluyendo el derecho a los cuidados médicos y a la atención sanitaria, y el Estado es el principal garante de su realización efectiva. Esto significa la creación de medidas como medio efectivo para garantizar los cuidados en todas sus dimensiones y alcances.

La Corte IDH, mediante sus sentencias, ha marcado una línea jurisprudencial, conformando un acervo importante en la definición del Estado diligente con este enfoque de derechos humanos. Para lograrlo, utilizó la obligación de garantía establecida en el artículo 1.1 de la CADH, en cuyo texto exige el respeto y protección de los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado, señalando que “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”. Por su parte, el artículo 26 dispone que, por la característica de universalidad en la

dimensión prestacional, reúnen aspectos de auténticos derechos fundamentales y requieren de medidas de actuación estatal. En este sentido, encontramos la sentencia del Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras (1988); Caso Juan Humberto Sánchez *vs.* Honduras (2003); Caso Bulacio *vs.* Argentina (2003). Dichas sentencias, se concretan en la tutela estatal a los derechos, no solo en la sanción y reparación, sino, también, mediante la promoción y prevención de la vulneración de derechos desde la institucionalidad, la política pública, la normativa y garantías jurisdiccionales, de toda forma que ponga en riesgo a los derechos humanos hasta la reparación integral a las víctimas por parte del Estado.

En la misma jurisprudencia de la Corte IDH, en cuanto a los deberes de prevención y garantía a la protección de la tutela judicial efectiva de los derechos, las sentencias refuerzan la necesidad del Estado diligente. Tenemos el Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil (2006); Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay (2006); Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia (2006); y, el Caso de la Masacre de la Rochela *vs.* Colombia (2007).

Agregado a esto, el concepto de Estado diligente se vincula con los cuidados, por medio de un concepto clave, que es la “violencia estructural”, que, para La Parra y Tortosa (2003) es aplicable en situaciones que producen daño en la satisfacción de las necesidades humanas básicas (los cuidados), como resultado de los procesos de estratificación social (relaciones de poder entre mujeres y hombres). Este tipo de situaciones no siempre tiene formas de violencia directa, sino el inequitativo reparto, acceso o posibilidad de uso de los recursos a favor de alguna de las partes y en perjuicio de las demás, debido a los mecanismos de estratificación social, en el uso de los recursos materiales y sociales.

La relación de los cuidados con las formas de violencia que afectan a las mujeres, desde la falta de acción diligente del Estado, tiene relación con el injusto y el asimétrico reconocimiento, distribución y valoración social de los cuidados entre mujeres y hombres. Por lo que se torna imperioso el reconocimiento de los cuidados como derecho humano universal, luego, mediante la creación de los sistemas integrales que, mediante las expresiones institucionales, culturales, simbólicas, económicas y sistemáticas garanticen el reconocimiento de estas tareas como auténticos derechos humanos de carácter universal. Posteriormente, reduzcan la carga asimétrica sobre las mujeres

para proceder a redistribuirlas con los hombres, de las familias, a toda la sociedad donde el Estado es el principal garante de manera corresponsable; de la misma forma, se remuneren como trabajo creador de valor social y mediante condiciones dignas de trabajo que permitan superar la precariedad social y laboral en que se realizan, y el reconocimiento de todos los beneficios sociales. Todo esto, manteniendo los principios de solidaridad, valorización de los vínculos sociales, familiares y comunitarias de estas tareas esenciales para la sostenibilidad de la vida.

En este sentido, no se debe limitar el concepto de debida diligencia a la violencia, en su definición inicial más tradicional (física y directa), como el ámbito en el que se acuñó el concepto aplicado a las desapariciones forzadas del SIDH. Se debe hacer también expresiones más simbólicas, económicas, institucionales y estructurales de poder, que han perpetrado la desigualdad, precariedad y discriminación, que producen vulneración de derechos en diferentes y distintos modos e intensidades hacia las mujeres y creando beneficios para un modelo patriarcal de cuidados.

A esto hay que agregar el concepto clave de la “intersección”, como principio básico que debe utilizar el Estado diligente en la necesidad de abordar el *reconocimiento, la reducción, redistribución, remuneración y retribución* de los cuidados, mediante estrategias diversas y multifacéticas que garanticen la reducción de la carga que ha pesado históricamente sobre las mujeres, y la redistribuya a los hombres, la responsabilidad de la familia al Estado y a toda la sociedad. Además, *reduzca la carga y la redistribuya*, y desde ese aspecto se *remunere y retribuya* en condiciones dignas como un auténtico trabajo creador de valor social dotando a todas las personas de condiciones básicas para ejercer las capacidades de los cuidados.

A nivel institucional, el Estado diligente requiere del abordaje técnico, coordinado, interseccional, integral y corresponsable, en las dinámicas asociadas a los diferentes niveles de gobierno y competencias territoriales que se relacionan con la denominada “gobernanza de los cuidados”. Asimismo, que aseguren y articulen, de forma adecuada y eficaz, la optimización de los recursos mediante servicios y acciones suficientes, y de calidad, para todas las personas, sin discriminación.

Por otra parte, desde 1977, las Conferencias Regionales de la Mujer de América Latina y el Caribe (CEPAL), han cumplido un papel funda-

mental en la definición del Estado diligente. Avanzaron en compromisos concretos de los Estados, reconociendo la necesidad de organizar agencias nacionales de igualdad. Para esto, se estableció la creación de medidas de reconocimiento y aporte de las mujeres al bienestar de las familias y al desarrollo económico institucional de los Estados. Las Conferencias de República Dominicana (2013) y Uruguay (2016) reafirmaron a los cuidados como un derecho y ampliaron las bases para el diseño de sistemas de provisión de los cuidados. La Conferencia de Buenos Aires (2022) planteó la necesidad de la recaudación fiscal que financie de manera sostenible los cuidados, para transitar hacia una sociedad de los cuidados con igualdad de género hacia un nuevo estilo de desarrollo que priorice la vida y el planeta.

La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en el artículo 11, numeral 2, inciso c, (ONU, 1979), dispuso que

Los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia, con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

Los numerales 15 y 17, de la Declaración de San José sobre el Empoderamiento Económico y Político de las Mujeres de las Américas, de la Organización de Estados Americanos (OEA) (2012), dispusieron como deber de los Estados:

Impulsar el mejoramiento de la cobertura y la calidad de la infraestructura de cuidado [...] para las diferentes poblaciones que demandan de cuidados (niñas y niños, jóvenes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y otras) [...]. Promover la protección social para las mujeres que realizan [...] labores de cuidado [...].

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2011) en el Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, para mejorar las condiciones laborales y trabajo decente de los trabajadores del hogar, es-

tableciendo estándares de obligado cumplimiento para los Estados. Este Convenio, que fue aprobado y ratificado por Ecuador (2013) y México (2021) consolidando el compromiso de ambos Estados en la dignificación del trabajo de los cuidados domésticos.

El Convenio 190 (OIT, 2019) reconoció el derecho de toda persona al trabajo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género. Siendo la primera norma internacional que reconoció en este contexto, la seguridad y salud en el trabajo durante o como resultado del mismo. Este convenio fue ratificado por Ecuador (2021) y México (2022).

De la misma forma, los Estados adscritos a la ONU se comprometieron con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) 2015-2030, específicamente del objetivo 8 sobre el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos los hombres y mujeres. Estos ODS continuaron con la ruta de recomendaciones de la OIT, de *reconocer, reducir y redistribuir* el trabajo de cuidados, y el Programa de Trabajo Decente basado en la justicia social.

En la legislación comparada, México y Ecuador (Mendizábal, 2021) aborarán, de forma pionera, el reconocimiento del derecho a los cuidados desde otra perspectiva, más garantista, donde el Estado tiene un papel central. La Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia N. 3-19-JP/20 (2020), así como lo hizo México en el 2023 (tres años antes), se refirió a los cuidados como un derecho humano universal, y como principal garante al Estado.

En 2020, la Cámara de Diputados de México, aprobó elevar a rango constitucional el derecho al cuidado y a cuidar, como derecho humano, a través de un dictamen que reforma los artículos 4o. y 73 de la Constitución, en cuyo texto se estableció la obligación de promover la corresponsabilidad social mediante la creación de un sistema nacional de cuidados.

En este mismo país, la SCJN, en la sentencia de Amparo directo 6/2023, hizo lo que no se logró por la reforma constitucional de la federación, definir a los cuidados como un auténtico derecho humano, haciendo énfasis en el libre desarrollo de la personalidad de todas las personas. Por primera vez en la historia del país, se incluyó como parte del Programa Nacional para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (Proigualdad) 2020-2024 un objetivo que generara las condiciones necesarias para *reconocer, reducir y redistribuir* los trabajos domésticos y de cuidados de las personas entre las familias, el Estado, la comunidad y el sector privado. Donde el trabajo colaborativo,

interinstitucional y multisectorial, en los tres órdenes y poderes de gobierno, es la base para lograr un sistema de cuidados. Con lo cual se ha propuesto alcanzar el Estado de bienestar, que apoye el derecho de las personas a cuidar y ser cuidadas, pero, también, que responda a las necesidades de las mujeres para lograr su autonomía económica e igualdad sustantiva coincidente en sus necesidades de cuidados, trabajo remunerado, vivir en paz, y libres de todas las formas de violencias.

En el ámbito de las entidades federativas, la Constitución Política de la Ciudad de México (2017)² reconoció a nivel constitucional, en el ámbito de la ciudad solidaria, en el literal b, que toda persona tiene derecho al cuidado que sustente su vida, y le otorga los elementos materiales y simbólicos para vivir en sociedad a lo largo de toda su vida. Para lograr eso, las autoridades establecerán un sistema de cuidados que preste servicios públicos universales, accesibles, pertinentes, suficientes y de calidad que, además, atiendan, de manera prioritaria, a las personas en situación de dependencia, ya sea por enfermedad, discapacidad, ciclo vital, especialmente la infancia y la vejez, y a quienes, de manera no remunerada, están a cargo de su cuidado.

Respecto a la legislación comparada, en la Constitución ecuatoriana (2008) el Estado reconoció su actuación diligente, en varios aspectos estratégicos, con los cuidados. Por ejemplo, el derecho a la seguridad social de las personas que realizan las tareas de los cuidados remuneradas y no remuneradas. En este sentido, el artículo 43, garantiza a las mujeres embarazos y en periodo de lactancia, no ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral. En el artículo 332, se determina el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras mediante la eliminación de riesgos laborales que afectan la salud reproductiva, el acceso a la estabilidad en el empleo, derechos de maternidad, lactancia, y licencia por paternidad. Por su parte, el artículo 333, prescribe el régimen laboral de servicios, infraestructura, horarios de trabajo adecuados, servicios de cuidado infantil, de atención a las personas con discapacidad, y otros necesarios para que las personas trabajadoras puedan desempeñar sus actividades laborales. En cuanto a los

² La Ciudad de México si bien es pionera, no es el único caso de regulación en las entidades federativas. El Estado de Jalisco aprobó en febrero del 2024, la Ley del Sistema Integral de Cuidados.

grupos prioritarios, el artículo. 363, numeral 5, declara cuidado especializado mediante prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado. Asimismo, el artículo 369, hace mención al seguro universal obligatorio ante las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez y discapacidad. En esa misma línea, el Ministerio de Trabajo, en el Acuerdo 098 (2015), dispuso a los empleadores, la obligación de registrar el contrato del trabajo doméstico. En dicho texto, se manifiesta que, en caso de incumplimiento, tendrán que pagar multas, incluso, se determinaría prisión (de 3 a 7 días) (reforma penal del 2014). A esto continuó la promulgación de la primera Ley de los cuidados (2023) donde se dispuso la creación de un sistema nacional de cuidados, integrando los ejes de salud, trabajo, inclusión social y económica.

En conclusión, el reconocimiento de los cuidados, como derecho humano universal, ha ido de la mano de la definición del rol del Estado, en términos “diligentes”, en la obligación de crear medidas mediante actuaciones que garanticen el desarrollo efectivo, aplicando lo dispuesto en los instrumentos internacionales, regionales, jurisprudenciales y normativos comparados, como el marco de garantía en la creación de condiciones efectivas de igualdad, superando toda situación de vulneración de la igualdad, la no discriminación, una vida libre de violencia en situaciones de precariedad en el ámbito de la prestación, con calidad, suficiencia los servicios de los cuidados a todas las personas.

Los aspectos claves en la definición del Estado diligente parten, primeramente, del *reconocimiento* de los cuidados como derecho humano universal, algo que no se ha logrado en todos los países de la región y mucho menos del mundo. En México, tuvimos la acción del SCNJ mediante las garantías jurisdiccionales de carácter constitucional (2023), y en la Ciudad de México, en el texto de la Constitución Política (2017), quienes abrieron este camino de cambios. En Ecuador, si bien la Constitución (2008) marcó la ruta inicial, en el año 2023, la Asamblea Nacional (Poder Legislativo) promulgó la primera Ley Orgánica de los Cuidados (2023) que, hasta el momento, ha tenido un desarrollo muy incipiente.

En definitiva, de acuerdo a las reformas jurídicas encontradas en la región, la actuación del Estado diligente pasa por la creación del sistema

integral de cuidados que debe proponerse como objetivo *reducir, redistribuir, remunerar, retribuir*, los servicios y acciones de los cuidados utilizando desde la administración pública enfoques de derechos humanos, aplicación en la gestión pública, la interseccionalidad y la corresponsabilidad social para garantizar el cambio de paradigma tan necesario en el ejercicio efectivo de los cuidados como derecho humano universal.

III. Realidad social de los cuidados como reto del Estado diligente

La desigualdad entre mujeres y hombres se constituye en uno de los dilemas centrales de los Estados contemporáneos en las brechas que persisten en el ámbito de los cuidados. De acuerdo a la CEPAL (2022), los cuidados no son ajenos a las relaciones de poder y jerarquías, relaciones afectivas, vínculos e interacciones interpersonales entre mujeres y hombres. Son el reflejo de las culturas que las fundan y las transforman, acumulando recorridos históricos, políticos y sociales que las llevan a un momento determinado a cambiar. La cultura se manifiesta a través del sistema sexo/género, donde las mujeres han sido consideradas como las cuidadoras naturales, cumpliendo tareas en condiciones de auténtica desigualdad, violencia, discriminación y precariedad dentro del contexto económico, político, social y cultural.

De acuerdo a la evidencia empírica oficial, para la OIT (2019), ningún país del mundo registra una prestación de cuidados igualitaria entre mujeres y hombres, no solo por la inequitativa distribución de tareas, sino porque se ha infravalora el trabajo de las mujeres, y mucho más, si se relaciona con los cuidados, considerados ajenos a lo público, político y económico; en su lugar, se ha naturalizado en relación con el amor romántico, la maternidad y la feminidad en un contexto patriarcal.

Muchas mujeres para cumplir con el rol de género en el ámbito familiar han dejado de trabajar para dedicarse a cuidar, no existiendo ningún límite sobre la cantidad de esfuerzo y horario que deben dedicar. Tampoco se ha garantizado a estas personas los medios necesarios para cuidar, como medicinas, permisos, tiempo, preparación y apoyo técnico por parte del Estado. Por tanto, las condiciones personales y familiares en que se realizan son de

desigualdad y precariedad, entre el agobio, los problemas físicos y psíquicos, lo que supone una reducción del tiempo para el autocuidado.

La Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-27/21, expresa que los estereotipos de género constituyen una barrera para el ejercicio de los derechos de las mujeres, en particular, de los derechos laborales y sindicales. Según Gilligan (2013), esta no debería ser así, ya que las tareas no son asuntos de mujeres, sino intereses humanos donde la empatía de los humanos con sus congéneres debe darse por supuesta. En esto coincide con la SCJN de México, en el Amparo Directo 06/2023, y la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia Núm. 3-19-JP/20 (2020) al considerar que estas tareas, de ninguna forma, son consustanciales al hecho de ser mujeres u hombres, y que, en cambio, se han impuesto como parte de los mandatos de género. Según Pérez, Huertas y Padilla (2019), esto se ha producido porque existe un sistema social y cultural sexo/género que se ha construido infravalorando el aporte social, económico y político de las mujeres a través de las tareas tanto remuneradas y no remuneradas de los cuidados, por considerarlas seres que existen para otros y no para sí mismas, instrumentales al mercado, a la economía y al propio Estado.

Es por eso, que la precariedad familiar y laboral en las tareas de los cuidados es una expresión de la relación desigual y de poder entre mujeres y hombres, que se ha manifestado de diferentes formas, limitando que las mujeres realicen, efectivamente, sus derechos laborales, políticos, económicos y culturales. En lo laboral, las tareas remuneradas de los cuidados se han desarrollado en condiciones de escasa estabilidad laboral, temporalidad de los contratos por horas o tiempo parcial, bajos salarios o malas condiciones laborales que llegan a poner en riesgo su propia salud física y mental, sin beneficios sociales. En las tareas no remuneradas las condiciones familiares en un contexto dominado por la violencia doméstica, son las que menos garantías tienen para las mujeres, porque invisibilizan el real aporte que hacen a la sociedad, producto por los roles naturalizados de la “buena madre”, teniendo como resultado que estos trabajos están desvalorizados e invisibilizados por parte del Estado y toda la sociedad.

Los trabajos de los cuidados remunerados, en su mayoría, lo realizan las mujeres en situaciones económicas y sociales difíciles. Por ejemplo, pobres, jóvenes precarias, migrantes, desempleadas, que trabajan en la economía in-

formal a cambio de salarios muy bajos y condiciones precarias de trabajo, acompañado de mayores cargas de trabajo al interior del hogar, que siempre terminan siendo responsabilidad de ellas al momento de asegurar la salud y bienestar familiar. Además de la precariedad, se sobrecarga la triple jornada que cada mujer cuidadora debe repetir en su familia.

La crisis del COVID-19, según la CEPAL (2020), agudizó la situación de precariedad familiar y laboral de las mujeres en las tareas de los cuidados. Estas continuaron siendo relegadas a la responsabilidad de las familias, donde las mujeres han asumido el rol principal de cuidadoras, mientras que el trabajo doméstico remunerado fue uno de los sectores más golpeados, y altamente precarizados por las condiciones de su desempeño. Si algo se puso a prueba durante la pandemia, fue la operativización de los cuidados, los que, a diferencia de otros trabajos, no se pueden realizar de forma remota, lo que implica el riesgo físico y en salud mental de las mujeres en su realización por la falta de medios y condiciones necesarias. Muchas trabajadoras del sector salud y educación, experimentaron incertidumbre en su remuneración, sin estabilidad contractual en medio del incremento de las exigencias en los estándares de higiene para prevenir contagios e, incluso, hacerse cargo de la demanda de cuidados de la salud de los miembros del hogar en que trabajan, donde han estado más expuestas al contagio mediante actividades para las cuales no estaban capacitadas y tampoco se las proveía de las condiciones mínimas para la prestación de servicios seguros y de calidad. En las áreas de la salud, sufrieron la presión sobre los sistemas sanitarios, exponiéndolas al virus, la sobrecarga laboral y familiar.

Tras la crisis sanitaria de la pandemia, para la CEPAL (2021), la demanda de los cuidados ha regresado a casa, a la esfera doméstica, para ser atendidos por las mujeres con dobles y hasta triples jornadas de trabajo, en medio de condiciones agravadas de violencia, desigualdad y discriminación. Ellas continuaron siendo las cuidadoras en condiciones de desigualdad, producto del retroceso en la participación laboral, la pérdida de los empleos y el talento humano para la economía, el aumento de la desigualdad, de la pobreza y sus hogares, y los retrocesos en la calidad de los cuidados.

La precariedad en los cuidados está muy relacionada con las condiciones de desigualdad que ha marcado con mayor agudeza afectaciones a las condiciones de una vida digna para las mujeres. Las mujeres han tenido que elegir

entre cuidar y trabajar; eligiendo lo primero porque no han tenido los recursos suficientes para pagar a otra persona que lo haga por ellas, que por lo general es otra mujer, para que cuide de sus dependientes. Todas estas expresiones son producto de las discriminaciones estructurales e históricas que han marcado el trato diferenciado entre mujeres y hombres, que no solo tienen manifestación en el trato formal, sino en las condiciones materiales y objetivas. A la vez, desde el análisis de la interseccionalidad, encontramos la “discriminación múltiple”, que ha agudizado la situación de las mujeres no solo por su condición de mujeres, sino económica, social, cultural, migratoria, edad y discapacidad, etcétera.

La precariedad también tiene expresiones en las violencias hacia las mujeres, económicas-patrimoniales, porque las priva de ingresos justos y dignos, remuneraciones y beneficios sociales que aseguren condiciones dignas de trabajo. Esto produce un círculo vicioso entre desigualdad, discriminación y violencia que ha vulnerado los principios más elementales de los derechos humanos de las mujeres.

A criterio de Gilligan (2013), para superar esta problemática de derechos humanos, los cuidados deben ser entendidos en términos de justicia y democracia. En este contexto, la pervivencia de la perspectiva patriarcal en los cuidados es la antítesis de la democracia, donde el modelo binario y jerárquico del género se erige como un orden de poder, donde se cree que cuidar es lo que hacen las mujeres “buenas” consagradas al prójimo y a los otros. Sin embargo, es necesario dejar claro que los cuidados no son un asunto de mujeres, ni una batalla entre mujeres y hombres, sino un tema de justicia de género por el reparto igualitario de las tareas entre ambos sexos, tanto en el ámbito público como en el familiar. Esto lo dejó claro la jurisprudencia constitucional de México (2023) y Ecuador (2020) a través de las sentencias antes referidas.

Por tanto, se torna imperioso para el Estado social de derecho de deber ser “diligente”, superar la tradicional división sexual del trabajo, donde el trabajo de los cuidados es considerado sin valor social porque se asignan a las mujeres. Esto pasa por la necesidad de superar la tradicional subjetividad femenina que, en nombre del amor, la bondad, la abnegación, la maternidad, ha implicado la renuncia de su propia voz como sujeta de derechos en igualdad a diferencia con los hombres, que cuidan menos y sin responsabilidad asumen roles más valorados socialmente a nivel político, económico, social

y familiarmente. En un contexto democrático es fundamental cambiar esta situación hacia sociedades del cuidado que tengan como base la igualdad, la no discriminación, la eliminación de la precarización, y de toda forma de violencia hacia las mujeres.

Es absurdo sostener que los hombres no se interesan en los demás y que las mujeres no tienen sentido de la justicia. Liberar a los hombres de las restricciones de un modelo binario e inflexible del género y de la violencia asociada a la hombría patriarcal supone la transición de la hombría patriarcal a las masculinidades democráticas, los hombres se exponen a la vergüenza. El patriarcado ha deformado la naturaleza humana de ambos sexos, encuadrándolos en un modelo binario y jerárquico del género, de la división de la moralidad por razón de género, la masculinidad tradicional refiere a los hombres un pasaporte al descuido y la desatención, defendidos en nombre de los derechos y la libertad, mientras que la feminidad, implicada con la renuncia de derechos, a fin de preservar las relaciones y mantener la paz social y de las familias.

En el logro de una sociedad de cuidados, no solo implica reconocer, sino, mediante acciones concretas, transversales e interseccionales, reducir, redistribuir, remunerar y retribuir la carga entre ambos sexos, desde la familia a toda la sociedad, donde el Estado contribuya al cambio cultural que reivindique la humanidad de los cuidados. Asimismo, desde la remuneración y retribución económica, más que algo cuantitativo, es la valoración social de los cuidados en el aporte a la riqueza y la producción de lo público, donde los cuidados aportan un valor reproductivo que crea o sirve de base a lo productivo.

IV. Contenido esencial de los cuidados como aspecto clave del Estado diligente

En el marco amplio de esta definición de los derechos humanos y de los Estados diligentes, los cuidados, si bien en una primera etapa fueron definidos como parte del amplio catálogo de tareas concretas; destinadas, dirigidas y reconocidas a grupos afectados por algún grado de dependencia por su estado de salud física, mental, etaria, de discapacidad. Estas tareas fueron re-

conocidas como parte de las responsabilidades de las familias, y dentro de estas, las mujeres consideradas cuidadoras “naturales”, mientras a los hombres como los proveedores materiales y económicos. Estas consideraciones se fueron ampliando y cambiando. Actualmente, por importantes referentes jurídicos, normativos, dogmáticos, jurisprudenciales comparados, al ser un derecho humano universal de todas las personas más allá de los mandatos de género, de forma transversal a todas las personas en el ámbito de la familia y en el ámbito público, no solo son un derecho reconocido en momentos de dependencia sino en todos los ciclos de la vida desde el nacimiento hasta la muerte de todas las personas.

Por tanto, los cuidados en el amplio debate de los últimos años cincuenta años (Espinosa et al., 2021, p. 3) ha dejado claro que todos los seres humanos son titulares del derecho humano a los cuidados, a lo largo de toda su vida, y el principal obligado de la garantía efectiva es el Estado. En ese ámbito de realización, surge la perspectiva del Estado diligente por los países suscriptores de la ONU a nivel internacional, y de la OEA nivel regional mediante la CADH, y la Convención Belén Do Pará, en el compromiso de garantizar las condiciones objetivas y materiales para desarrollar la capacidad cuidadora a todas las personas que les permitan contribuir con la sostenibilidad de todos los ciclos de la vida sin discriminación alguna, en igualdad y libre de toda forma de violencia.

No obstante, en esa fase de reconocimiento universal y transversal, se debe considerar la situación desigual estructural e histórica de partida de las mujeres que representan la mitad de la población, a fin de que el Estado garantice que participen en igualdad, sin discriminación y libre de toda forma de violencia y precarización en el ejercicio y disfrute del derecho a los cuidados mediante la creación de un sistema integral que articule y gestione acciones, medidas, y presupuestos suficientes para generar condiciones de igualdad efectiva en el desarrollo de los cuidados.

Al ser prestada por el Estado o a través de terceros bajo la responsabilidad como garante principal del derecho a los cuidados, se torna en un servicio que debe ser asegurado mediante prestaciones de calidad que permita la redistribución, reducción y regulación de los cuidados de manera igualitaria entre hombres y mujeres, y de esta manera asegurar el cierre de la brecha de género.

Los cuidados no solo implican servicios, tareas o acciones relacionados a los aspectos físicos, sino emocionales, sociales e incluso financieros (Hernández, 2021). Puede variar según la necesidad de cada persona, e incluir servicios de atención médica, salud, permisos, guarderías, espacios, apoyo emocional y apoyo financiero. Por tanto, es fundamental la actuación del Estado a través de creación de medidas, presupuestos, prestaciones, servicios de atención de manera directa o a través de terceros. La prestación directa por el Estado o mediante terceros, debe ser producto de las acciones de corresponsabilidad social, familiar, comunitaria y empresarial. Esto tiene relación a su complejidad, conocimiento técnico necesario, dependiendo del tipo de servicio y apoyo que se le debe asegurar a las personas. En cuanto al alcance, estamos en la duración, extensión y la profundidad de estos servicios y apoyos que se proporcionan, y que dependerá de la formación y preparación de quienes vayan a cuidar, y del apoyo que requieran las personas que necesiten de los cuidados.

El despliegue de todas estas acciones, tareas o servicios implican recursos, tiempo, trabajo, esfuerzos y procesos de creación, tanto en las dimensiones de cuidar, recibir cuidados y el derecho de las personas al autocuidado implica aspectos técnicos. Esto además requiere preparación técnica en algunos casos, en donde el Estado y las empresas deben brindar las condiciones para prevenir y erradicar la precarización de los sujetos activos o pasivos de los cuidados. Para lograr eso, es fundamental que la sociedad en general y el propio Estado tenga claro que todas las personas somos potenciales sujetos tanto activos o pasivos de los cuidados de manera constante, durante todo el ciclo de la vida en una relación e interrelación constante con los otros y con nosotros mismos. Es un deber y un derecho al mismo tiempo.

En síntesis, los sujetos de derechos, los cuidados son las personas en general que requieren y reciben atención y apoyo. Desplegando un amplio compendio de actividades; desde intensivas hasta extensivas; desde mecánicas hasta empáticas y reflexivas, puestas a disposición de resolver las necesidades de otro ser vivo. Implican entender y atender a personas que no pueden resolver todas o parte de sus necesidades físicas, emocionales y/o afectivas. En su realización efectiva el Estado debe proteger y garantizar estos de manera integral en todas las dimensiones vitales de la existencia humana. Tanto en el

ámbito público, y de los particulares, en el ámbito empresarial, asociativo, comunitario y familiar.

V. Medidas del Estado diligente en el ejercicio efectivo del derecho humano de los cuidados

El reconocimiento de los cuidados como un auténtico derecho humano de carácter universal se ha constituido como tema estratégico de los Estados ha sido creciente desde el ámbito internacional y regional en las últimas décadas. Este reconocimiento ha pasado por la necesidad de reconocer el acceso universal mediante medidas y acciones compartidos que impliquen una nueva perspectiva de percibir el rol de los Estados a través de algunos temas claves, como: presupuestos sensibles al género, servicios y gestión pública interseccional, corresponsabilidad social, transversal, que permitan avanzar hacia sociedades más igualitarias que superen el sistema sexo/género que ha pesado sobre las mujeres.

Para reparar los efectos a largo plazo de la discriminación estructural, según Granda y Herrera (2020), se deben adoptar medidas concretas con enfoque integrales de derechos humanos. De acuerdo al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, estas medidas deben ser de carácter especial reconocidas en las leyes, políticas y prácticas, destinadas a garantizar el disfrute pleno e igualitario de derechos y libertades fundamentales. El artículo 4o. de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (1979), recomienda que estas medidas deben ser temporales, y no serán consideradas discriminatorias contra los hombres por hacer diferencias entre mujeres y hombres para acceder a condiciones efectivas de igualdad. Tan pronto como los objetivos se hayan logrado la igualdad de oportunidades y de trato, estas medidas deben ser interrumpidas; de lo contrario, constituirían privilegios injustificados para las mujeres y, en consecuencia, discriminación contra los hombres.

La OIT, en el marco de los Convenios 189 (2011) y 190 (2019) propone cinco recomendaciones para diseñar las medidas que garanticen el trabajo de los cuidados: *reconocer, reducir y redistribuir, remunerar y retribuir*, el trabajo de cuidados no remunerado; recompensar el trabajo de cuidados remunera-

do, promoviendo más trabajo y el trabajo decente para los trabajadores y trabajadoras de los cuidados, y garantizar la representación, el diálogo social y la negociación colectiva de las trabajadoras y trabajadores del cuidado. Es un enfoque de la política pública sensible a las cuestiones de género y basado en los derechos humanos, que crea un círculo virtuoso al mitigar las desigualdades relacionadas con los cuidados, encarar los obstáculos que impiden a las mujeres acceder a un trabajo remunerado y mejorar las condiciones de las cuidadoras y cuidadores no remunerados y de los trabajadores y trabajadoras del cuidado y, por extensión, de los beneficiarios de los cuidados.

Consideramos que la OIT, con las recomendaciones, nos aproxima de mejor manera al denominado “Estado diligente”. En esa misma línea, la CIM mediante la Ley modelo de los cuidados (2022), propone el contenido normativo de las cinco medidas propuestas por la OIT, para las leyes nacionales. Se hace énfasis en el *Reconocimiento del trabajo de cuidados*, *Reducción de este*, *Redistribución para avanzar hacia el paradigma de la corresponsabilidad social en los cuidados*, *Remuneración adecuada*, y *Representación de la voz* de las personas que cuidan y de quienes son cuidadas.

La Ley Modelo Interamericana de Cuidados (CIM, 2022), en relación con las cinco recomendaciones de la OIT, establece principios sobre los que se debería trabajar las reformas normativas en Latinoamérica.

En primer momento *la* necesidad de *reconocimiento* de los cuidados como trabajo y derecho universal al cuidado. A esto se debe sumar la construcción de cuentas satélites del trabajo doméstico y de cuidados no remunerado, y el diseño de políticas públicas, y la necesidad de un sistema nacional de cuidados como sistema corresponsable de acceso público, universal y de financiamiento solidario, que articula las diferentes modalidades de prestación de servicios públicas —nacionales y locales—, privadas y comunitarias.

En cuanto a la *reducción* del trabajo de cuidados que desproporcionadamente recae en las mujeres, es necesario la *redistribución* para cambiar avanzar hacia la corresponsabilidad social y familiar, mediante el régimen de licencias y permisos basados en el estándar internacional. Asimismo, la corresponsabilidad social de los actores económicos en las cadenas globales de valor, donde el Estado es el promotor e impulsor de estas medidas. Es fundamental la inversión en servicios e infraestructura, fomentando normas de calidad de los cuidados en la contratación pública y comercio exterior, la asociati-

dad, la contratación local y de mujeres; promoviendo la corresponsabilidad del sector privado con sus socios comerciales, a lo largo de toda su cadena de valor.

En la remuneración o *retribución* adecuada del trabajo de cuidado se reconoce de manera transversal a lo largo de toda la ley, particularmente, en el deber estatal de proveer seguridad social a las personas cuidadoras no remuneradas y en la garantía del acceso universal al sistema nacional de cuidados.

El estándar de los Estados diligentes en materia de derechos humanos, igualdad y no discriminación hacia las mujeres en los cuidados, se encuentran establecidos de manera muy clara por la OIT y la CIM, quienes proponen reformas normativas con enfoque integral, que recogen orientaciones claras al respecto.

Otro aspecto que la CIM agrega al concepto de Estado diligente es la aplicación en todo el accionar institucional mediante la gestión pública corresponsable aplicando los instrumentos internacionales que cumplen la función de orientadores de la interpretación y aplicación de los derechos, poniendo especial énfasis en el principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres, la interseccionalidad, interculturalidad y la universalidad en el ejercicio efectivo del derecho humano de los cuidados. Además, estos deberán ser atendidos mediante el diseño e implementación de las políticas públicas participativas. Para ello, facilitará los mecanismos necesarios y suficientes para que la ciudadanía pueda participar y manifestarse en los procesos de diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas en materia de cuidados.

Para enfrentar con éxito el Estado diligente, Bernal (2019), expresa que uno de estos desafíos es la financiación. Para este autor, el Estado debe garantizar que los recursos presupuestarios sean suficientes para cubrir los gastos relacionados con el cuidado, lo que puede ser un desafío especialmente en países con economías en desarrollo o en crisis económica. Otro de los desafíos es que señala Martínez (2023), cuando se refiere al desafío de la infraestructura: “el Estado debe garantizar que la infraestructura para los cuidados esté disponible y accesible para todos, lo que puede ser un desafío especialmente en áreas rurales o con pocos recursos” (p. 31). Grueso y García (2020), agrega el componente de capacitación, donde “el Estado debe garantizar que los profesionales de la salud y los cuidadores estén capa-

citados para proporcionar cuidados de alta calidad, lo que puede ser un desafío especialmente en áreas con pocos recursos humanos” (p. 553).

En síntesis, la matriz básica de actuación de los Estados diligentes para garantizar los cuidados debe aplicar el enfoque efectivo integral de derechos humanos, iniciando con el reconocimiento en los textos de las constituciones y las leyes, el derecho a los cuidados como universal. Luego mediante una gestión efectiva, integrando la interseccionalidad y el principio de la corresponsabilidad a los objetivos de la *reducción, redistribución, remuneración y retribución* de los cuidados. Además, el fomento, atención, desarrollo y conformación de sistemas integrales de cuidados, que aseguren a través de garantías básicas de libertad, seguridad, igualdad formal, las condiciones mínimas de realización de la capacidad cuidadora que tenemos todas las personas.

VI. Conclusiones

El Estado diligente, como concepto jurídico clave, desarrollado en las últimas cuatro décadas en latinoamericana, en materia de derechos humanos en general, pero, en concreto, aplicable a los cuidados, se ha consolidado como el más próximo a crear garantías en el aseguramiento del cierre de la brecha de igualdad sustantiva que aún se mantiene entre mujeres y hombres.

El Estado diligente es el principal garante para generar condiciones de oportunidades para que las personas podamos ejercer el derecho a los cuidados en todas sus dimensiones. Crea garantías para el ejercicio efectivo de los cuidados, mediante la promulgación de normas y políticas públicas, ajustando su diseño e implementación al logro de resultados concretos, medibles y evaluables en la redistribución, reducción y regulación de los cuidados y en el aseguramiento del cierre de la brecha social entre mujeres y hombres.

El Estado diligente es corresponsable desde el ámbito familiar hacia el público, junto con los ciudadanos, las empresas, la comunidad, mediante leyes y políticas públicas para crear las condiciones necesarias para que tanto hombres y mujeres pueden ejercer y desarrollar la capacidad cuidadora en su derecho a cuidar, ser cuidados, al autocuidado.

El Estado diligente avanza en la creación de un sistema social integral de cuidados como el espacio propicio para redistribuir las tareas dentro de la

familia, la comunidad, la empresa y en el propio Estado, entre hombres y mujeres, a fin de fomentar y fortalecer el ciclo de desarrollo de la vida humana y hacerla más sostenible y digna.

El Estado diligente garantizará un sistema social de los cuidados en la medida que asegure a mujeres y hombres las mismas oportunidades para desarrollar la capacidad cuidadora desde el ámbito familiar al laboral, económico, político y comunitario. El reto es crear un sistema de cuidados mediante un enfoque integral que permita a las mujeres la autonomía económica, laboral y financiera mediante la conciliación entre la vida pública y la vida privada, y la superación de perspectivas tradicionalistas que naturalizan en ella y las familias la tarea de los cuidados.

Los cuidados son deber y derecho de todos, organizados a través del Estado, que debe ser, en materia de derechos humanos, “diligente”. El Estado diligente aplica la “corresponsabilidad social” como pieza clave del engranaje para la sostenibilidad de la vida, mediante un sistema de cuidados integrales que inicia desde políticas macro hasta las micro, partiendo desde lo fiscal, presupuestario y de los cuidados que garanticen un cambio cultural en la sociedad, implicando a la familia, las empresas, la comunidad, y toda la sociedad.

El Estado diligente se fundamenta en la “corresponsabilidad social” desde lo público comunitario, privado y familiar. Además, debe reivindicar la labor productiva y el costo al trabajo remunerado y no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realizan en los hogares, mediante el impulso de la reciprocidad de las obligaciones familiares.

La corresponsabilidad de la vida personal, familiar, y laboral está estrechamente conectada con el ejercicio de la ciudadanía y con la efectividad de un Estado social donde el principio de igualdad, no discriminación y dignidad humana, son fundamentales para hacer posible la universalidad de los cuidados.

VII. Referencias

Amparo directo 6/2023. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México [SCJN]. México. 06/09/2023. https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/Mxgc-IsBTQ9SA1yhGUmH

- Bernal, M. (2019). La función policial desde la perspectiva de los derechos humanos y la ética pública. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 13(44), 251-279. <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v13n44/1870-2147-rius-13-44-251.pdf>
- Bobbio, N. (2020). *Derechos humanos en Brasil 2020: informe de la Red Social de Justicia y Derechos Humanos*. <https://www.theioi.org/downloads/20cj/Defensor%0.pdf>
- Casanova, Y. M., y Sulbarán, D. (2023). *Sistematización de experiencias: metodología de interpretación crítica reconstruccionista para investigar en función de lo vivenciado*. Universidad Nacional Experimental “Rafael María Baralt”.
- CEPAL (2013). Informe de la XII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Santo Domingo (República Dominicana), 14 a 18 de octubre de 2013. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/40198>
- CEPAL (2016). Informe de la XIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Uruguay (Montevideo), 25-28 octubre 2016. <https://repositorio.cepal.org/entities/publication/5be62871-89e0-42f9-91b2-09d095360fd6>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] (2022, marzo 15), *La sociedad del cuidado: horizonte para una recuperación sostenible con igualdad de género*. https://oig.cepal.org/sites/default/files/s2200704_es.pdf
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] (7-11 de noviembre de 2022). *Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe*. <https://www.cepal.org/es/organos-subsidiarios/conferencia-regional-la-mujer-america-latina-caribe>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] (2021, marzo 12). *La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad*. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46633-la-autonomia-economica-mujeres-la-recuperacion-sostenible-igualdad>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] (2020, julio 1). *Enfrentar los efectos cada vez mayores del COVID-19 para una reactivación con igualdad: nuevas proyecciones*. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45782-enfrentar-efectos-cada-vez-mayores-covid-19-reactivacion-igualdad-nuevas>

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] (2016, octubre 25). *54a. Reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer en América Latina y el Caribe*. <https://www.cepal.org/pt-br/node/38909>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos [CNDH] (2021). *Curso sobre respeto a DDHH en el entorno escolar*. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2021-05/COM_2021_132.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2020). *Los derechos humanos son irreversibles*. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados.asp>
- Constitución de la República del Ecuador. 4/10/2008. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Corte Constitucional de Ecuador. (2020). *Boletín Jurisprudencial*. <http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/BJMCCE/2020-jun.pdf>
- Corte Constitucional de Ecuador (2020). *Informe sobre el cumplimiento de sentencia de la Corte Constitucional Revisión de Garantías (JP) derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia*. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6j2VzY3JpdG8nLCB1d-WlkOic3YzJhZWl0Mi1iN2E1LTQxZjAtYjU3My03Yzk1NzVjY2JiNmIucGRmJ30=
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] (2021). *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género*. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp1.pdf
- Espinosa, L., Huerta, K., Pantoja, J., Velásquez, W., Cubas, D., y Ramos, A. (2021). El cuidado humanizado y la percepción del paciente en el Hospital EsSalud Huacho. *Revista Ciencia y Desarrollo*, 13(2), 1-9. <https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/cyd/article/view/1151>
- García, R., y Hernández, O. (2020). Derechos humanos y mecanismos de control normativo internacional en el marco de la pandemia Covid-19: reflexión desde el control de convencionalidad. *Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social*, 25(8), 116-132. <http://doi.org/10.5281/zenodo.4082011>
- Gracia, J. (2022). Derecho al cuidado: un abordaje desde los derechos (humanos). *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), 179-210. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1231>

- Granda, G., y Herrera, C. (2020). Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación. *Revista de Derecho*, 9(1), 251-268. <https://doi.org/10.31207/ih.v9i1.209>
- Gilligan, C. (2013). La ética del cuidado. *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 30, 1-58. https://www.revistasden.org/boletin/files/6964_etica_del_cuidado_2013.pdf
- Grueso, D., y García, L. (2020). El “derecho a la salud”: dificultades, logros y desafíos. *Revista Salud Pública*, 22(5), 552-555. <https://doi.org/10.15446/rsap.V22n5.80161>
- Hernández, D. (2021). Una experiencia fundamental para mejorar el arte y la ciencia de cuidar. *Revista y Ciencia de Cuidado*, 10(1), 59-69. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4454847>
- Hernández, R. y Mendoza, C. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Editorial McGraw-Hill. <http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/handle/54000/1292>
- La Parra, D. y Tortosa, J. M. (2003). Violencia estructural: una ilustración del concepto. *Documentación Social*, (131), pp. 57- 72. <https://www.ugr.es/~fentrena/Violen.pdf>
- Martínez, A. (2023). Desafíos del derecho a la protección de la salud en México. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 15(29), 29-51. <https://doi.org/10.32997/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4226>
- Marrades, A. (2016). Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional. *Revista de Derecho Político*, 97, 209-242. <https://doi.org/10.5944/rdp.97.2016.17623>
- Mendizábal, G. (2021). Hacia la construcción de un derecho social comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 54(162), 1-24. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17073>
- Mendoza, R. (2021). *Hilos teóricos del fenómeno socioproductivo en universidades politécnicas territoriales* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt. Venezuela.
- Momblac, L. (2020). El derecho de los pacientes: fundamentos teóricos y comparados. *Revista Lex*, 25(18), 57-92. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v18i25.2097>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU] (1995). IV Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing (China), 4 a 15 de septiembre de 1995.

- <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; “Convención de Belem do Pará”. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/belem-do-para-convencion-prevenir-sancionar-erradicar-violencia-mujer.pdf>
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (2012). *Comisión Interamericana de Mujeres*. <https://www.oas.org/es/cim/docs/DeclaracionSANJOSE-ES.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2019). *Resumen ejecutivo. El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*. <https://www.ilo.org/es/publications/major-publications/el-trabajo-de-cuidados-y-los-trabajadores-del-cuidado-para-un-futuro-con>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2011). Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos (entrada en vigor: 05/09/2013). https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2019). Convenio sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo (entrada en vigor: 25/06/2021). https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190
- Organización de la Naciones Unidas [ONU] (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. <https://www.ohchr.org/es/instrumentsmechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- Pérez, V., Huertas, M., y Padilla, A. (2019). Inserción de la mujer en el mercado laboral en los altos cargos directivos en el sector educativo. *Revista de Jóvenes Investigadores Ad Valorem*, 2(1), 19-34. <file:///D:/Dialnet-InsercionDeLa-MujerEnElMercadoLaboralEnLosAltosCarg-7513362.pdf>
- Vasak, Karel (1984). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Vol. I. Serbal, UNESCO.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Espinoza-Espinoza, Jessica, “El Estado diligente como garante del derecho humano de los cuidados”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 85-115. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19191>

APA

Espinoza-Espinoza, J. (2024). El Estado diligente como garante del derecho humano de los cuidados. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 85-115. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19191>

Privilegio cliente-abogado y comunicaciones privadas en el derecho de la competencia en México

Attorney-client privilege and private communications in Mexican competition law

Alejandro Faya Rodríguez

 <https://orcid.org/0009-0009-9085-9989>

Universidad Iberoamericana, México

Correo electrónico: afayardz@gmail.com

Recepción: 13 de agosto de 2024 | **Aceptación:** 8 de noviembre de 2024

Publicación: 11 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19451>

Resumen: La figura de privilegio cliente-abogado y el principio de inviolabilidad de comunicaciones privadas han cobrado gran relevancia en los procedimientos de competencia económica y en las estrategias de defensa de los agentes económicos que se oponen al uso de cierto tipo de evidencia. Si bien se trata de derechos reconocidos por la Constitución, es indispensable entender la naturaleza de cada uno de estos, de tal forma que cumplan su función sin interferir indebidamente en la implementación de medidas de interés público. El presente artículo explora al alcance de cada una de estas figuras y ofrece parámetros encaminados a darles vigencia en el contexto aludido.

Palabras clave: privilegio legal; privilegio cliente-abogado; comunicaciones privadas; competencia.

Abstract: Attorney-client privilege and the principle of inviolability of private communications have gained great relevance in economic competition procedures and in the defense strategies of economic agents who oppose the use of certain types of evidence. Although these rights are duly recognized by the Constitution, it is essential to understand the true nature of each of these, so that they fulfill their function without unduly hindering the implementation of public interest measures. This article explores the scope of these rights and offers parameters aimed at giving them validity in the referred context.

Keywords: legal privilege; attorney-client privilege; private communications; competition; antitrust.

Sumario: I. Introducción. II. ¿A quién pertenece el privilegio? III. ¿Abogados internos o externos? IV. Privilegio cliente-abogado en el contexto mexicano ¿mezcla de conceptos? V. Mecanismo COFECE. VI. Las comunicaciones privadas. VII. Conclusión. VIII. Referencias.

I. Introducción

En múltiples jurisdicciones, los conceptos de “privilegio legal”, “privilegio cliente-abogado” —los cuales serán usados de manera intercambiable en este capítulo— y nociones análogas han jugado un rol muy importante tanto en el derecho penal como en áreas del derecho administrativo. Esta figura supone que la autoridad no puede tener acceso o utilizar para fines incriminatorios o sancionatorios las comunicaciones sostenidas entre una persona y su abogado como motivo de su defensa; de lo contrario, cualquier decisión basada en la información obtenida de esta comunicación sería materia de anulación.

En México, hasta fechas recientes como explicaré más adelante, no había desarrollo de esta figura en el campo administrativo, por lo que resulta pertinente revisar la experiencia de las principales jurisdicciones del mundo.

Estados Unidos ha desarrollado esta doctrina bajo la noción de que las personas deben poder confiar en un experto legal que defenderá vigorosamente su posición. Ante la ausencia de confidencialidad, la representación efectiva se vería comprometida, pues los clientes serían prudentes en lo que les dicen a sus abogados y cuándo lo hacen (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, 2018).

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que

[E]l propósito del privilegio cliente abogado es fomentar plena y franca comunicación entre abogados y sus clientes y de esa manera promover objetivos públicos mayores en observancia al derecho y la administración de justicia. El privilegio reconoce que la asesoría legal sana sirve con propósitos públicos y que dicha asesoría depende de que el abogado sea informado plenamente por el cliente (Suprema Corte de los Estados Unidos, 1981).

En términos similares se ha expresado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH):

Mientras en algunos Estados miembros la protección contra la exhibición de comunicaciones entre abogado y cliente está basada principalmente en un reconocimiento de la propia naturaleza de la profesión legal en la medida que contribuye al mantenimiento del Estado de derecho, en otros Estados miembros la misma protección está reconocida por el requerimiento más específico (que, además, también está reconocido en los primeros Estados mencionados) de que los derechos de defensa deben ser respetados. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1982)

La calidad de la asesoría y sus conclusiones —que pueden versar sobre una conducta potencialmente ilícita— dependen de que el abogado tenga los insumos de análisis necesarios y conozca las circunstancias de modo, tiempo y lugar de determinados hechos. Sería difícil pensar que un individuo podría defenderse, de manera adecuada, si existe la posibilidad de que se revele la información que pueda compartir con su abogado.

Esta prerrogativa jurídica también ayuda a cumplir deberes legales, prevenir violaciones y auxiliar a la autoridad. En la materia de competencia, por ejemplo, la asistencia legal puede auxiliar a un agente económico a acogerse al programa de inmunidad, ofrecer compromisos para el cierre anticipado de una investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas, ofrecer remedios cuando una concentración genera riesgos, presentar pruebas o cooperar de buena fe con el objetivo de atenuar una sanción inminente. Además, los programas de cumplimiento (*compliance*) han sido utilizados como medio para prevenir violaciones e internalizar a la competencia como un valor corporativo dentro de una organización. El privilegio legal, bien entendido y aplicado, limita la arbitrariedad, habilita y optimiza los derechos de defensa, fomenta una cultura de la legalidad y fortalece el estado de derecho.

Las sanciones por violaciones a las leyes de competencia pueden tener consecuencias severas y las agencias suelen contar con herramientas —cada vez más sólidas— para recabar evidencia, dentro de las cuales destacan las vi-

sitas de verificación sorpresa o *dawn raids*. En estas diligencias los funcionarios autorizados tienen acceso a computadoras, aparatos electrónicos, dispositivos de almacenamiento, archiveros, libros, documentos, papeles u otro medio que pueda contener evidencia, y pueden obtener copias, reproducciones o duplicados forenses de información para su posterior análisis. Se trata — junto con el programa de inmunidad — de la facultad más relevante de investigación para las agencias en la actualidad.

En este contexto, es cada vez más aceptado el que una autoridad no pueda utilizar información que recaba en el curso ordinario de una investigación si está protegida por el privilegio legal. Uno de los principios de justicia procesal del *International Competition Network* refiere la necesidad de respetar los privilegios legales aplicables en cada jurisdicción y exhorta a las autoridades a tener políticas sobre el uso de la información protegida bajo esta figura (International Competition Network, 2018). Una encuesta de la OCDE confirma que 34 de 36 países miembros reconocen el concepto y protegen, aunque en distintos grados, la confidencialidad de la información que deriva de la relación entre el cliente y su abogado (OCDE, 2019).

El alcance del privilegio legal varía en cada jurisdicción, dependiendo del sistema jurídico nacional y de los precedentes que a lo largo del tiempo le han dado forma, como en Europa y Estados Unidos. El consenso básico es que el contenido de la comunicación entre un cliente y su abogado está protegido independientemente del formato —físico, digital, oral, audio— en la medida que se relacione con la defensa de un caso en particular. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha señalado que el propósito del privilegio es proteger del descubrimiento en litigios civiles aquellas comunicaciones confidenciales entre un abogado y su cliente relacionadas con un asunto legal para el cual el cliente ha buscado asesoramiento profesional; por lo tanto, normalmente se extiende tanto al contenido de la comunicación del cliente como al consejo del abogado en respuesta a la misma (Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1985).

Como todos los derechos, existen límites y excepciones que jurisdicciones como la europea y la norteamericana han desarrollado mediante criterios doctrinales y jurisprudenciales. El primero de estos límites, consiste en que la comunicación protegida tiene que estar relacionada con el interés del cliente a propósito de alguna defensa. En el régimen antimonopolio de la Unión

Europea la protección cubre todas las comunicaciones con abogados externos escritas e intercambiadas (antes o después) a propósito de un procedimiento administrativo conforme los artículos 101 y 102 del Tratado o que pueda resultar en una sanción (TEDH, 1982). Al respecto, los inspectores no pueden leer el contenido de las comunicaciones respecto de las cuales se alegue el privilegio, pero sí deben realizar un “vistazo suficiente” (*sufficient sight*) con el objeto de considerar que se trata de información privilegiada (Lennart Ritter y David Braun, 2004, pp. 1077-1078). Sobra decir que cualquier asesoría fuera del ámbito jurídico, por ejemplo, la relacionada con aspectos comerciales o de negocio, queda fuera de la protección, aunque haya sido proporcionada por un abogado.

El segundo aspecto se refiere al hecho de que el privilegio legal no cubre la mayoría de las comunicaciones que involucran a terceros ni abarca los hechos y comunicados obtenidos de otras fuentes. Esto significa que un documento creado por o recibido de un tercero y que el cliente comparte con un abogado mientras busca asesoramiento legal no está protegido. En principio, la protección tampoco debería aplicar a las comunicaciones entre abogados (Lennart Ritter y David Braun, 2004, pp. 1077-1078). Del mismo modo, una empresa no puede proteger sus propios documentos simplemente revelándolos a un abogado cuando busca asesoramiento legal. Finalmente, el privilegio cliente-abogado no puede extenderse a la asesoría que coadyuve en la comisión de una actividad ilícita en curso o a futuro, como participar en un cártel (OCDE, 2018), pues eso sería contrario a la lógica elemental de la figura, la cual busca fortalecer el estado de derecho, no quebrantarlo.

Lo que en todo caso quedaría protegido es el documento y la comunicación *per se*, no los hechos subyacentes. Sobre este aspecto, la Suprema Corte de Estados Unidos se ha expresado en el siguiente sentido:

La protección del privilegio se extiende sólo a las comunicaciones y no a los hechos. Un hecho es una cosa y una comunicación concerniente a eso. El hecho es algo completamente diferente. No se puede obligar al cliente a responder la pregunta: ¿Qué le dijo o le escribió al abogado?, pero no puede negarse a revelar ningún hecho relevante de su conocimiento simplemente porque incorporó una declaración de tal hecho en su comunicación a su abogado. (SCOTUS, 1981, pp. 935-396)

Corresponde al cliente demostrar que se actualizan los criterios correspondientes para acceder a la protección pretendida. En Estados Unidos, la empresa debe hacer su solicitud de manera expresa y describir la naturaleza de los documentos y comunicaciones de manera que, sin revelar la información supuestamente protegida, permita a la autoridad analizar la aplicabilidad o no del privilegio (OCDE, 2018). Desde luego, no basta invocar el derecho o marcar los documentos con leyendas de “privilegio legal”. La materia del documento aludido tiene que estar relacionada con la defensa del cliente respecto de algún procedimiento.

En países como México, donde esta doctrina está en fase de desarrollo —lo que ha tomado décadas en otras jurisdicciones—, es importante delimitar fronteras. Si bien es imperativo respetar el debido proceso, también existe un interés público de investigar y castigar de manera eficaz las prácticas anticompetitivas que lesionan el bienestar general. Por ello hay que habilitar el privilegio legal dentro de su marco lógico y evitar reclamaciones frívolas que buscan dilatar y obstaculizar indagatorias. De hecho, es común para las agencias ver cómo las empresas sujetas a investigación han pretendido excluir evidencia de manera genérica bajo reclamos infundados de privilegio legal.

II. ¿A quién pertenece el privilegio?

Contrario a los criterios judiciales mexicanos hasta ahora generados, el consenso alrededor del mundo es que el privilegio cliente-abogado —por estar vinculado al debido proceso— pertenece al cliente, no al abogado. Refiere la OCDE al respecto:

La protección por privilegio es un derecho que pertenece al cliente, no al abogado. En todos los países de la OCDE, los abogados tienen una obligación profesional, sujeta a muy limitadas excepciones, de proteger la confidencialidad de sus comunicaciones con sus clientes. Este deber de secrecía profesional obliga a los abogados a no entregar dichas comunicaciones (a menos que estén legalmente obligados a ello), y evita que la inspección en sus oficinas y la captura de documentos que les pertenezcan. Sin embargo, en las jurisdicciones donde la con-

fidencialidad es sólo reconocida como una responsabilidad del abogado y no como un derecho de los clientes (donde el privilegio no existe), sería imposible en principio proteger la información una vez que ha dejado de estar en posesión del abogado, y pasa al cliente, y donde el cliente no tendría un derecho propio de resistir la entrega. (OCDE, 2018, p. 6)

En este orden de ideas, es crucial distinguir entre el privilegio cliente-abogado y el secreto profesional. El primero es un derecho asociado a la debida defensa y pertenece al cliente. Es el cliente quien se defiende y cuyos intereses están en juego. El abogado, por su parte, tiene la obligación de guardar secreto profesional para que exista confianza entre éste y su cliente.

Conforme a la legislación mexicana, existe:

- Una obligación general de secrecía para los profesionistas, incluyendo a los abogados, respecto a los asuntos que les confien sus clientes (Ley Reglamentaria del Artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en la Ciudad de México [LRA5C], 26/05/1945, artículo 36).
- Una excepción respecto de la obligación de cooperar con los tribunales civiles, cuando se trate de personas que deban guardar secreto profesional (Código Federal de Procedimientos Civiles [CFPC], 11/07/2024, artículo 90).
- En materia penal, una obligación de los defensores de guardar secreto profesional respecto de sus funciones, así como la inadmisibilidad de cualquier prueba o testimonio que se obtenga en contravención a ello (Código Nacional de Procedimientos Penales, 11/07/2024, artículos 117, 244, 362).

Esto implica que si la información es recabada del cliente —como suele suceder en una visita de verificación o mediante un requerimiento de información— el abogado no puede alegar el privilegio legal ni interferir en el alcance de la diligencia; correspondería al cliente hacer lo propio en la medida que pueda verse afectado su derecho a una debida y adecuada defensa. De la misma forma, es el cliente —jamás el abogado— quien puede renunciar de manera expresa o tácita a su derecho, consintiendo o proporcionando voluntariamente la información si así conviene a sus intereses (por ejemplo,

en el contexto de un programa de inmunidad, por sus deseos de cooperar con la autoridad, o compartiendo dicha información con terceros, haciendo latente su voluntad de que no fuese confidencial y protegida). Si no fuera así, caeríamos en el absurdo de que el cliente no puede revelar la información porque el abogado no se lo permite por supuestamente ser cotitular de un derecho de privilegio. Por ello, el artículo 362 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que quienes tengan el deber de guardar secreto no podrán negarse a declarar cuando el interesado los libere de ese deber (CNPP, 11/07/2024, artículo 352).

En cambio, bajo el secreto profesional sería el profesionista quien puede oponerse a la entrega de cierta información, ya no con motivo de una defensa necesariamente, sino en virtud de su obligación de guardar secrecía, salvo las excepciones que prevea la ley. Aun así, el alcance de esta figura permanece incompleta en nuestro país, tanto normativa como jurisprudencial y doctrinariamente.

Sobre la operatividad de figuras similares, en Estados Unidos el *work product* consiste en una protección concebida para el abogado, en relación con el material que elabora en anticipación a un litigio, evitando que se conozca su teoría o estrategia (Ruster y Von Massow, 2020). por lo que está relacionada con la privacidad del trabajo y preparación del asunto por el abogado (SCOTUS, 1974). La existencia de esta figura apoya la noción de que en ese país los abogados no pueden beneficiarse del privilegio legal.

A pesar de lo anterior los tribunales mexicanos desarrollaron criterios con motivo de juicios de amparo interpuestos por abogados a título personal, respecto de información recabada de sus clientes (los agentes económicos investigados). Esto resulta cuestionable, pues no sólo se les reconoció interés jurídico para acudir al juicio, sino que la secrecía e inviolabilidad de las comunicaciones entre abogado y cliente fue vista como “un derecho complejo que deriva de la concatenación de tres derechos distintos”; el ejercicio libre de la profesión de abogado, el derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, así como el derecho a la debida defensa. Esta mezcla de figuras distintas y autocontenidas genera confusión y distorsiones como detallaré más adelante.

III. ¿Abogados externos o internos?

Una divergencia notable alrededor del mundo es si el privilegio legal se extiende a las comunicaciones entre los clientes y los abogados internos (*in-house*) de las propias empresas, o si sólo cubre las interacciones y comunicaciones con abogados externos o independientes. La experiencia es mixta y sobresale la diferencia de enfoques entre Europa —que restringe— y Estados Unidos —que amplía— (Concurrences: Antitrust Publications and Events, 2020). Pero inclusive los países que cubren comunicaciones con abogados internos exigen que éstos tengan cierto nivel de independencia respecto de la compañía empleadora, de tal forma que esté en posición de brindar asesoría objetiva.

En *Akzo Nobel v. Commission*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea negó el privilegio sobre comunicaciones escritas sostenidas entre compañías y sus abogados internos (Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE], 2010). El Tribunal sostuvo que éste sólo operaba cuando los abogados eran “independientes”, lo que requería la ausencia de una relación laboral entre el abogado y el cliente. Conforme este criterio, un abogado interno no goza del mismo grado de independencia profesional que un abogado externo, pues el primero ocupa una posición que le impide ignorar las estrategias comerciales de su empleador (TJUE, 2010). Destaca la opinión expresada por el Abogado General de la Comisión Europea en el curso de este litigio:

Existe un peligro estructural de que un abogado interno, aun sea el caso de que sea de buen carácter y tenga las mejores intenciones, encuentre un conflicto de interés entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de la compañía.

La susceptibilidad de un abogado interno de tener este conflicto también hace muy difícil para él manifestar una oposición efectiva a cualquier abuso del privilegio. Este abuso podría, por ejemplo, consistir en entregar evidencia e informa-

ción al departamento legal de la empresa, supuestamente para asesoramiento legal, con el único propósito de evitar que las autoridades de competencia tengan acceso a esa evidencia e información. En el peor de los casos, los departamentos de la empresa podrían estar tentados para hacer mal uso de los departamentos legales como un lugar para almacenar documentos ilegales tales como acuerdos colusorios y transcripciones sobre reuniones entre las partes de esos cárteles y sus modos de operación (TJUE, 2010).

Este criterio contrasta con la jurisdicción norteamericana, bajo la cual los empleados de una empresa que discuten temas legales con los abogados internos pueden quedar protegidos por el privilegio legal. Lo anterior dependerá del contenido de la comunicación, las funciones del abogado y qué tan cerca o lejos está de la toma de decisiones corporativas o de negocio.

Este tema ha suscitado enorme discusión. Por una parte, el privilegio legal podría operar al margen de si el abogado es externo o no, mientras la asesoría esté vinculada con la debida defensa; podría agregarse que las personas o empresas tienen el derecho de elegir el tipo de consultoría que mejor convenga a sus intereses. Por otra parte, la independencia de los abogados externos nunca se consigue del todo, pues si bien no mantienen una relación laboral con el cliente, sí reciben una contraprestación o pago, lo que los subordina a cierto grado.

En el contexto mexicano, a propósito de la consulta pública sobre el anteproyecto de la Comisión Federal de Competencia Económica [COFECE] sobre los criterios técnicos para el manejo de la información derivada de la asesoría legal que se proporciona a los agentes económicos, algunas opiniones enfatizaron la importancia de proteger las comunicaciones tanto de abogados internos como externos (Cruz Barney, Barra Mexicana, Colegio de Abogados).

No obstante, coincido con el enfoque europeo. Cuando una empresa está implicada en un hecho potencialmente ilícito, esto incluye a toda la unidad de negocio, incluyendo los funcionarios y trabajadores que ahí laboren. En muchos casos, sería difícil trazar la línea y separar documentos relacionados con una legítima defensa respecto de aquellos que forman parte de una estrategia comercial. El enfoque “amplio” puede ampliar el abanico de tácticas dilatorias o de encubrimiento y entorpecer las funciones de investigación

de la autoridad y, por ende, afectar la capacidad de detectar, recabar y analizar evidencia documental sobre la probable realización de conductas ilícitas que imponen daños graves sobre la sociedad.

Los criterios recientes que han surgido en México tomaron como referente a Europa. Esto es prudente considerando que el desarrollo de esta doctrina está en fase incipiente y que no es deseable afectar un sistema que sigue librando batallas para ser efectivo, a causa —entre otros factores— del abuso tanto de litigios como de las garantías jurídicas, las cuales deben aceptar modulaciones legítimas.

IV. Privilegio cliente-abogado en el contexto mexicano ¿mezcla de conceptos?

Durante las negociaciones del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá [TMEC] que reemplazó al Tratado de Libre Comercio de América del Norte [TLCAN], la delegación estadounidense insistió en que se reconociera la figura del privilegio cliente-abogado en el capítulo de Competencia, el cual versa sobre aspectos de justicia procesal y cooperación institucional entre agencias.

Dado que para ese entonces el concepto no estaba reconocido explícitamente en la legislación mexicana y que era parte de juicios que estaban *sub judice*, las delegaciones llegaron al acuerdo de establecer esta figura en los términos que cada ley doméstica lo reconociera. Fue una respuesta flexible y a la vez necesaria, considerando que tanto Estados Unidos como Canadá han desarrollado la doctrina con alcances y matices diferenciados. Tiempo después surgieron los primeros criterios judiciales mexicanos.

Así, el texto del TMEC dispone en lo conducente:

Artículo 21.2: Equidad Procesal en la Aplicación del Ordenamiento Jurídico de Competencia

2. Cada Parte asegurará que sus autoridades nacionales de competencia: [...]

c) Concedan a la persona oportunidad razonable para ser representada por un abogado, incluido:

- 1) Permitir, a petición de la persona, la participación del abogado en todas las reuniones o procedimientos entre la autoridad nacional de competencia y la persona. Este sub-subpárrafo no aplica a asuntos que se presenten ante un gran jurado, procedimientos ex parte, o investigaciones llevadas a cabo de conformidad con órdenes judiciales, y
- 2) Reconocer un privilegio, como lo reconoce su ley, si no se renuncia, para las comunicaciones legales confidenciales entre el abogado y la persona si las comunicaciones se refieren a la solicitud o prestación de asesoramiento legal [...]

Aunque el privilegio cliente-abogado no está reconocido expresamente en la legislación, este debe inferirse del artículo 16 constitucional en materia de debido proceso (Tesis: P./J. 47/95 (9a.), 1995), relacionado, a su vez, con el artículo 17 que establece el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y el artículo 20, apartado B, fracción VIII, conforme al cual toda persona inculpada tiene derecho a una “defensa adecuada por abogado” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11/07/2024). Toda persona goza de la garantía de ser asistido cuando se le acusa de haber cometido un ilícito la cual, además de formar parte de las garantías de debido proceso, está reconocida instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Barra Mexicana, Colegio de Abogados).

Como expliqué con antelación, es difícil pensar que una persona podría defenderse adecuadamente si está expuesto por lo que pudiera manifestar a su abogado. Las comunicaciones que derivan de la relación cliente-abogado se reducirían o incluso desaparecerían; ello perjudicaría el derecho de acceso a la justicia y debida defensa, desincentivaría la búsqueda de asesoría legal profesional e inhibiría su libre ejercicio.

Por lo tanto, este principio propio del derecho penal es trasladable al derecho administrativo sancionador. Pero su traslado —como sucede con otros principios penales— debe realizarse considerando la naturaleza y finalidad de la función administrativa y estableciendo límites y excepciones que no perturben su ejercicio. Por lo que habría que definir la naturaleza que tienen las comunicaciones entre un sujeto y su abogado como componente del ejercicio legítimo del derecho de defensa y la posibilidad jurídica de que la auto-ridad pueda utilizarlas como evidencia incriminatoria.

En uno de los primeros precedentes, el asesor legal alegó que, durante una visita practicada por la COFECCE, los funcionarios a cargo de la diligencia extrajeron de uno de los equipos de cómputo de su cliente un “reporte de auditoría” que supuestamente contenía comunicaciones protegidas por el privilegio. Contra este acto, interpuso (a título propio) un amparo ante el juez de distrito especializado, quien desechó la demanda al estimar que se trataba de un acto intraprocesal que no admitía amparo en términos del artículo 28 constitucional.

Con motivo del recurso de queja 41/2016, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República concluyó que cuando en un procedimiento de investigación por prácticas anticompetitivas la autoridad sustraiga información o documentación que pudiera considerarse confidencial por derivar de la asesoría entre cliente y abogado, en ejercicio de una adecuada defensa, entonces, podrían impugnarse dichos actos como excepción a la regla del artículo 28 constitucional (CPEUM, 11/07/2024), siempre y cuando se identifique la información específica y el abogado en cuestión no sea copartícipe de un ilícito:

[C]uando en ejercicio de las facultades señaladas una persona resulta afectada por un acto de ejecución irreparable, como podría ocurrir cuando en una visita de verificación por presuntas prácticas anticompetitivas se sustraen documentos correspondientes a las comunicaciones cursadas entre un abogado independiente y su cliente con motivo de su defensa en un procedimiento seguido en forma de juicio por las autoridades de competencia, se estima que se actualiza un supuesto de procedencia de la acción de amparo siempre que de manera inicial el quejoso identifique puntualmente dentro de la universalidad de información incautada la que se ubica en la hipótesis descrita; en la inteligencia de que el privilegio mencionado no opera cuando existan serios indicios que puedan implicar al abogado ya no como defensor, sino como copartícipe de un ilícito [...] (Recurso de queja, 41/2016, pp. 55-57).

Lo anterior, bajo la noción de que cuando un acto pueda tener una ejecución irreparable dejaría de catalogarse como un acto intraprocesal y, por tan-

to, la demanda sería admisible. El Tribunal Colegiado recurrió al criterio ya establecido para las multas de apremio, el cual señala que estas constituyen un acto “terminal” dentro de un procedimiento con ejecución de imposible reparación que afectan derechos sustantivos (Tesis: I.1o.A.E.20 A (10a.), 2016).

El Tribunal realizó una serie de consideraciones adicionales, señalando que los documentos correspondientes a las comunicaciones realizadas entre un abogado y su cliente, con motivo de su defensa, cuentan con la protección constitucional y legal consistente en tenerlos como secreto profesional y, por tanto, confidenciales. Esto, con base en los derechos constitucionales a la intimidad, de defensa e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en términos de los artículos 6o., 14 párrafo segundo, 16 párrafo decimosegundo, y 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución Política (CPEUM, 1/07/2024). Señaló que tanto el profesionista como el cliente que lo contrata, tienen el derecho de que las comunicaciones generadas en esas condiciones no sean tomadas en cuenta por las autoridades, aunque dicha información haya sido obtenida con motivo del ejercicio de sus funciones de verificación del cumplimiento de las obligaciones de la Ley Federal de Competencia Económica (Ley Federal de Competencia Económica [LFCE], 11/07/2024) (RQ 41/2016).

También, determinó que el beneficio del privilegio legal está sujeto a dos condiciones: 1) el intercambio de información debe conectarse con el derecho de defensa del cliente; y 2) el intercambio debe surgir o emanar de abogados “independientes” o externos, es decir, que no estén vinculados con el cliente por una relación laboral. El Tribunal consideró además el hecho que la COFECE —en aquel momento— no contara con normas, lineamientos o protocolos que permitieran que el contenido de las comunicaciones entre la quejosa y su cliente mantuvieran el carácter de inviolables frente al conocimiento de dicha autoridad (RQ 14/2016).

Una vez que el Tribunal Colegiado revocó el desechamiento, el Juez de Distrito admitió la demanda, pero terminó sobreseyendo el amparo. Ello, al estimar que el quejoso no acreditaba la existencia ni los términos y condiciones bajo los cuales había proporcionado los servicios profesionales; por lo que a su juicio no existía una afectación a sus intereses jurídicos o legítimos.

Después de que el quejoso impugnara esa determinación —Recurso de revisión 88/2017—, el Primer Tribunal Colegiado concedió el amparo al recurrente, determinando que sí existía tal relación y que la secrecía e inviolabilidad de las comunicaciones entre abogado y cliente configuran un “derecho complejo” que deriva de la concatenación de tres derechos distintos, a saber:

- 1) El ejercicio libre de la profesión de abogado.
- 2) El derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.
- 3) El reforzamiento de la secrecía cuando se encuentra relacionada con el derecho a la debida defensa. (AR 88/2017)

Cuadro 1. Triple concatenación de derechos

Libre ejercicio de la profesión	Intimidad e inviolabilidad de comunicaciones privadas	Debida defensa
---------------------------------	---	----------------

La participación activa de un abogado dentro de una investigación o un procedimiento en forma de juicio habilita de diversos derechos en favor de su cliente, en el que aquél le informará sobre los alcances de la investigación y estrategias de defensa. La secrecía de la información generada por el abogado o asesor, no solo es un deber conforme a la legislación secundaria en materia de secreto profesional, sino también un derecho que le permite ejercer eficazmente su profesión.	Las opiniones, comunicaciones y asesoría legal que brinda un abogado a su cliente pueden quedar plasmados en algún medio que permita conocer con integridad el mensaje íntimo y privado de un abogado para su cliente, las que constituyen comunicaciones privadas previstas en términos de lo previsto en los artículos 16 constitucional y 8o., numeral 2, inciso d), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La secrecía de la información generada por el abogado externo no sólo es un deber de mantener en secreto la información que han recibido de sus clientes, sino también un derecho.	Inferido del artículo 20, apartado B, fracción VII de la CPEUM. El derecho a una adecuada defensa es un derecho instrumental cuya finalidad consiste en asegurar al interesado que pueda tener garantizados en su integridad sus derechos. El fin último de la secrecía e inviolabilidad de las comunicaciones entre un abogado y su cliente es la protección de su contenido frente a la acción del Estado, por lo que los actos impugnados son privativos y susceptibles de tutela constitucional.
--	---	---

Fuente: (AR 88/2017)

Para el Tribunal, las normas constitucionales de las que se desprenden los derechos de defensa adecuada, relacionados con la inviolabilidad de las comunicaciones personales y la secrecía de las comunicaciones realizadas dentro de una relación cliente–abogado externo, resultan aplicables a los procedimientos administrativos en los cuales se desplieguen actos de investigación de conductas anticompetitivas. Considerando que el agente económico había identificado información cierta información que presuntamente gozaría de privilegio y secrecía al momento de la visita, sin que la autoridad adoptara medidas de resguardo inmediatas, el Tribunal ordenó eliminar el documento o su copia, no reproducirlo o utilizarlo, e incluso dejar sin efectos todas las actuaciones posteriores en lo que tocaba al agente económico involucrado. De este caso surgieron las primeras tesis sobre el tema. (Tesis: I.1o.A.E.194 A (10a.), 2017 y Tesis: I.1o.A.E.193 A (10a.), 2017).

En asunto diverso, el agente visitado se opuso a la utilización de una serie de documentos —obtenidos en una visita de verificación— que identificó como comunicaciones con su abogado, solicitando que le fueran devueltos. El asesor legal interpuso un amparo reclamando la violación del privilegio de confidencialidad y secreto profesional de las comunicaciones privadas y confidenciales con su cliente.

En el amparo en revisión 124/2015 el Segundo Tribunal Colegiado Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones sostuvo que, tratándose de comunicaciones privadas abogado-cliente, además del derecho general de inviolabilidad de comunicaciones privadas, concurre un régimen de protección reforzada, que obedece a la necesidad de preservar la confianza de las personas en sus abogados y que se traduce, respecto de aquellos, en el derecho a una defensa plena y completa que no sólo comprende las comunicaciones producidas durante el procedimiento o juicio de que se trate, sino también las previas que puedan incidir en los hechos materia de ese procedimiento, y en el deber de los abogados de preservar su confidencialidad y el derecho de oponerse a intromisiones injustificadas. (AR 124/2016)

Por otro lado, el Segundo Tribunal reconoció que, en el contexto de una visita de verificación, no es factible discernir si una determinada comunicación debe ser excluida del procedimiento, sino que correspondería a la autoridad analizar en momento posterior la naturaleza del documento y adoptar las determinaciones que correspondan:

En ese sentido, este tribunal colegiado considera que si durante la realización de una visita domiciliaria la autoridad administrativa descubre comunicaciones privadas que están en poder del visitado, no está en posibilidad de discernir inmediatamente si las mismas deben ser excluidas del procedimiento por ser ajenas al visitado o por estar protegidas por el secreto profesional entre el abogado y el cliente, por lo cual no puede reputarse inconstitucional que el material así descubierto sea incorporado al acta de visita, ni siquiera en el supuesto de que en el acto del descubrimiento se observen etiquetas o elementos que indiquen que se trata de comunicaciones privadas protegidas por el principio de confidencialidad, pues en todo caso será preciso que la autoridad que ordenó la visita se cerciure de que esas comunicaciones deben reputarse efectivamente confiden-

ciales, para entonces adoptar las determinaciones que garanticen su exclusión del procedimiento de verificación. (AR 124/2015)

[...] Por estas razones, en el caso, no podía exigirse a las autoridades responsables que llevaron a cabo la visita multicitada [...], que ante la posibilidad de encontrarse con comunicaciones privadas- no realizaran la consulta de toda la información encontrada de manera impresa en las oficinas de la UNA, pues ello implicaría una limitación excesiva a la facultad con que cuenta la Comisión Federal de Competencia Económica a fin de contar con los elementos suficientes para emprender y desahogar sus investigaciones. (AR 124/2016)

El Tribunal concluyó que, por la propia dinámica de una visita de verificación, la información obtenida es considerable y resulta imposible conocerla y examinarla de inmediato. Que el hecho que los funcionarios de la Comisión hayan tenido acceso a comunicaciones insertas en un dialogo “abogado-cliente” no hacía ilegal dicha intervención por sí misma. Asimismo, el que no existiera evidencia de que la autoridad hubiera excluido del expediente de investigación el contenido de esas comunicaciones no tenía por demostrada la violación, mientras no se demostrara que la autoridad hubiera realizado cualquier uso o aprovechamiento de ésta en perjuicio de la intimidad de la quejosa o de la confidencialidad que debe imperar en las comunicaciones abogado-cliente.

Cabe señalar que los dos casos anteriores dieron origen a la Contradicción de Tesis 7/2016 suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado y el Segundo Tribunal Colegiado, resuelta en junio de 2017 por el Pleno de Circuito Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. En este asunto se resolvió que la connotación de “acto intraprocesal” en el contexto jurídico utilizado por el legislador se encuentra ligado a dos condiciones: la primera, que se trate de un acto dictado dentro de un procedimiento y, la segunda, que la afectación que cause el acto pueda hacerse valer posteriormente por el agraviado, o sea al reclamar la resolución final (PC. XXXIII.CRT J/12 A (10a.), 2018).

Si bien todos los casos arriba expuestos tuvieron el mérito de reconocer la protección especial que merecen las comunicaciones entre un cliente y su abogado, al hacerlo los Tribunales mezclaron derechos y figuras de naturaleza distinta. Esto genera confusión, pero, sobre todo puede generar dis-

torsiones jurídicas, como otorgar un derecho a quien no lo debería tener o conceder una protección más allá de lo que procede.

El secreto profesional implica tanto un derecho como una obligación de no revelar aquella información que el abogado tenga como consecuencia del ejercicio de sus actividades. Su objetivo es impedir que el abogado revele información confidencial por sí mismo o frente a algún requerimiento de la autoridad sin consentimiento de su representado. El privilegio cliente-abogado, por su parte, habilita los derechos de defensa de un inculpado. Éste opera desde un plano diferente, dicho de otro modo, frente el “cliente” o la persona que se defiende. Bastaría concebirlo como una garantía asociada al debido proceso en términos del artículo 14 constitucional, así como al derecho de representación previsto en el artículo 20, apartado B, fracción VIII de la Constitución Política (CPEUM, 01/08/2024).

Los precedentes anteriores otorgan artificialmente un derecho al abogado respecto de información relacionada con los derechos de defensa de su cliente, lo que va en contra de la práctica internacional y la manera en que esta figura se ha entendido en las jurisdicciones que han desarrollado esta figura. Si bien tanto el defensor como el sujeto que lo contrata tienen el derecho de que las comunicaciones generadas no sean tomadas en cuenta por las autoridades, cada uno tendría que ejercer el derecho que le corresponda conforme su ámbito jurídico: el abogado, a través del secreto profesional, y el cliente, mediante el privilegio legal, considerando las excepciones que procedan.

Finalmente, el principio de inviolabilidad de las comunicaciones privadas y el derecho a la intimidad asociado éste, son diferentes al privilegio cliente-abogado. Su nivel de protección no es absoluto y debe quedar sometido a modulaciones para no perturbar funciones administrativas de interés público, máxime si éstas tienen sustento constitucional.

V. Mecanismo COFECE

El 30 de septiembre de 2019, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las Disposiciones Regulatorias de la COFECE para la calificación de información derivada de la asesoría legal proporcionada a los agentes eco-

nómicos (COFECE, 30/09/2019). Este instrumento establece un procedimiento de “calificación”, con el objeto de excluir aquella información en la que consten comunicaciones entre los solicitantes y sus abogados cuando se acredite que dichas comunicaciones tienen como finalidad la obtención de asesoría legal. Dicha información carecería de valor probatorio y estaría sujeta a medidas de exclusión.

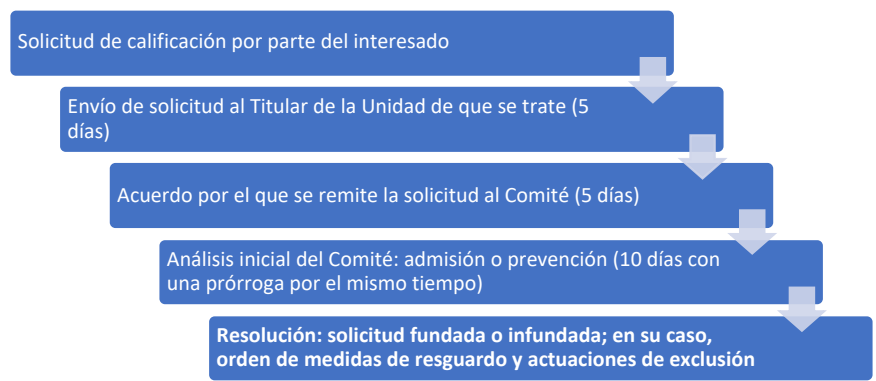
Bajo este instrumento existirían dos maneras de activar el mecanismo. La primera sería a petición de parte, el interesado tendría que presentar una solicitud dirigida a la Dirección General a cargo del procedimiento respectivo y hacer una descripción clara y precisa de la información que, a su juicio, se encuentra dentro de los supuestos de protección, así como describir la asesoría respectiva. La segunda es de oficio; cuando en la tramitación de la investigación un servidor público tenga a la vista información que pudiera estar sujeta a protección, debe informarlo al director general a cargo del procedimiento. Dentro de los cinco días siguientes, el director general hará saber al titular de la información sobre esta circunstancia para que acuda a las instalaciones de la Comisión, tenga a la vista dicha información y realice la solicitud correspondiente (COFECE, 30/09/2019, artículos 4o. y 5o.).

Las solicitudes serán resueltas por un Comité Calificador integrado por tres miembros, designados por el titular de la autoridad investigadora, cuando se trate de procedimientos de investigación; o por el secretario técnico, cuando se trate de procedimientos a cargo de la Secretaría Técnica. Estos miembros no podrán depender jerárquicamente entre sí y no estar subordinados al director general encargado del trámite del procedimiento en que se actúa, de tal forma que puedan actuar y resolver de manera neutral (COFECE, 30/09/2019, artículos 6o. y 9o.).

Una vez ingresada la solicitud, se tomarán las medidas de resguardo y protección de la información a efecto de que ningún funcionario de la Comisión, ajeno al Comité Calificador, pueda tener acceso a dicha información hasta en tanto la solicitud sea resuelta. Entre las medidas de resguardo están el embalaje o empaque de la información, su almacenamiento en un lugar seguro, y resguardo por servidores públicos ajenos a la tramitación de la investigación o procedimiento de que se trate. Ello, hasta en tanto no se resuelva la solicitud, por lo que los funcionarios encargados del expediente no tendrán

acceso a la información señalada por el solicitante (COFECE, 30/09/2019, artículo 7o.).

Cuadro 2. Procedimiento de calificación



Fuente: (COFECE, 30/09/2019).

Cuando el Comité Calificador resuelva fundada la solicitud de calificación: 1) si se tratara de información física, se ordenará su devolución y se pondrá a disposición del solicitante en la Oficialía de Partes de la COFECE, manteniendo en todo momento las medidas de resguardo que correspondan; 2) si se trata de un archivo electrónico obtenido mediante una visita de verificación, se ordenará la exclusión de dicho archivo, lo cual se hará constar en un acta circunstanciada (COFECE, 30/09/2019, artículo 12).

En las visitas de verificación, el visitado o la persona con quien se entienda la diligencia puede solicitar la protección de información por cada archivo o documento obtenido; los servidores públicos autorizados para llevar a cabo la diligencia tomarán las medidas de resguardo y embalaje necesarios. Dentro de los veinte días posteriores a la fecha en que concluya la diligencia —el cual podría ser prorrogado por un período igual en casos justificados— el visitado deberá presentar la solicitud de calificación correspondiente. El visitado tiene derecho a presentar una solicitud en ese mismo plazo, aunque nada hubiese manifestado durante la visita (COFECE, 30/09/2019, artículo 11).

Este mecanismo llenó una laguna en el sistema normativo del proceso de competencia, pues no existían lineamientos o protocolos establecidos respecto del tratamiento que debía darse a la información que pudiera calificarse como privilegiada. En cualquier caso, esto no significa que previo a la existencia de dichas reglas la recolección de evidencia protegida y la adopción de medidas de resguardo bajo parámetros de razonabilidad viciaba una diligencia de modo alguno.

VI. Las comunicaciones privadas

Dispone el artículo 16, párrafo decimosegundo de la Constitución, que: 1) las comunicaciones privadas son inviolables; 2) la ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por uno de los particulares que participen en ellas; 3) el juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito, y 4) en ningún caso, se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley (CPEUM, 01/08/2024).

Para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas posee una “autonomía propia” y, en cuanto a su objeto, se configura como una garantía formal. Esto es, las comunicaciones privadas están protegidas “independientemente de su contenido”:

DERECHO A LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SUS DIFERENCIAS CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD. A pesar de ser una manifestación más de aquellos derechos que preservan al individuo de un ámbito de actuación libre de injerencias de terceros —como sucede con el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o la protección de datos personales—, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas posee una autonomía propia reconocida por la Constitución. En cuanto a su objeto, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones se configura como una garantía formal, esto es, las comunicaciones resultan protegidas con independencia de su contenido. En este sentido, no se necesita en modo alguno analizar el con-

tenido de la comunicación, o de sus circunstancias, para determinar su protección por el derecho fundamental. Este elemento distingue claramente al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de otros derechos fundamentales, como es el de la intimidad. En este último caso, para considerar que se ha consumado su violación, resulta absolutamente necesario acudir al contenido de aquello de lo que se predica su pertenencia al ámbito íntimo o privado. En definitiva, lo que se encuentra prohibido por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo decimosegundo, es la interceptación o el conocimiento antijurídico de una comunicación ajena. La violación de este derecho se consuma en el momento en que se escucha, se graba, se almacena, se lee o se registra —sin el consentimiento de los interlocutores o sin autorización judicial—, una comunicación ajena, con independencia de que, con posterioridad, se difunda el contenido de la conversación interceptada. (Tesis: 1a. CLIII/2011, 2011)

De la lectura de este criterio podría interpretarse que el principio de inviolabilidad es absoluto, pues operaría “independientemente del contenido” de la comunicación (Tesis: 1a. CLXII/2011, 2011). No obstante, es importante destacar que este criterio surge del contexto civil. En efecto, la tesis deriva de un juicio ordinario donde una de las partes demandó a su cónyuge solicitando el divorcio necesario, la custodia definitiva de sus hijos, pensión alimenticia y daños y perjuicios, entre otras cuestiones. Para demostrar la causal de adulterio ofreció como prueba más de 300 correos electrónicos que contenían conversaciones entre su cónyuge y un tercero, así como una fe de hechos notarial que explicaba la manera en que se obtuvieron los mismos (accediendo a la cuenta personal de su cónyuge).¹ Bajo este contexto es entendible que el principio de inviolabilidad protegiera esos correos, aún si constituyeran evidencia para sustentar las acusaciones de infidelidad, pues el cónyuge no tenía derecho para acceder a éstos sin el consentimiento de su cónyuge; se trataba del “conocimiento antijurídico” de una comunicación ajena o de una “prueba ilícita” (Tesis: 1a. CLXII/2011, 2011).

¹ El demandante encendería una computadora ubicada en el domicilio conyugal, accedería a la página web “Windows live hotmail” y, acto seguido, a la cuenta personal de correo electrónico de su esposa, con la finalidad de imprimir los correos electrónicos que contenían conversaciones.

En el contexto administrativo, en cambio, en algunos ámbitos la autoridad debe estar en aptitud de recabar y examinar comunicaciones entre personas que realizan una función económica o comercial sujeta a regulación, ya sea a nombre propio o en representación de una persona moral; aplicar la regla de inviolabilidad en estos casos, cuando el contenido no está relacionado con la vida íntima o privada de las personas involucradas, eludiría las reglas, frustraría funciones de interés público y propiciaría la comisión de conductas ilícitas.

En el amparo directo en revisión 7430/2018, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) requirió a un participante del sistema financiero, entre otras cosas, 1) archivos electrónicos que contenían la copia digital de las grabaciones de las llamadas telefónicas entrantes y salientes realizadas durante cierto periodo por los promotores o apoderados que hubieran celebrado operaciones en representación de la institución de crédito requerida; así como 2) archivos electrónicos que contenían la copia digital de los correos electrónicos y servicios de mensajería instantánea o chats (como Bloomberg, Reuters, Lync y Skype) enviados, recibidos o eliminados por esas mismas personas. Esto, con el objeto de investigar la celebración de posibles operaciones atípicas en el sistema financiero (Amparo directo en revisión [ADR] 7430/2018).

Al respecto la Sala expresó que, si bien no es necesario analizar el contenido de la comunicación o de sus circunstancias para determinar su protección, *lo que protege la prerrogativa es lo estrictamente privado*. Es decir, el contenido sí importa, pues condiciona la caracterización de una comunicación como privada o no y, por tanto, la aplicación misma de la prerrogativa constitucional. De esta forma, la Sala deliberó en los siguientes términos:

[...] cabe agregar lo siguiente *-con motivo del planteamiento que aquí se analiza-*, aunque ciertamente, como ya se dijo, no se necesita analizar el contenido de la comunicación o de sus circunstancias para determinar su protección, es menester dejar claramente puntualizado, que lo que protege la prerrogativa constitucional es lo estrictamente privado.

Se hace hincapié en ella, porque lo que prohíbe el artículo 16 constitucional, es obtener la información relativa a una comunicación, en forma contraria a la ley [...]

La conclusión aludida es relevante para el análisis de los preceptos que aquí se cuestionan, ya que la transgresión al derecho humano de la inviolabilidad de las comunicaciones en materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativa, se consuma sólo cuando se obtiene la información de un ámbito exclusivamente privado, sin el consentimiento de los interlocutores [...]

De no ser así, en caso de que únicamente se exigieran datos a los requeridos que pudieran contener meramente información de un ámbito exclusivamente privado y personal, dentro de un alcance extralegal, sin el consentimiento de sus interlocutores, verbigracia, llamadas telefónicas, grabaciones, mensajería, “chats”, etcétera —como pueden ser con familiares, empleados domésticos, médicos, abogados personales—, que no correspondan a lo que propiamente está dentro de las funciones específicas que desempeña la Comisión, ese aspecto desde luego, sería inconstitucional, porque se apartaría de la correcta interpretación que debe dársele a los preceptos debatidos.

[...] Por consiguiente, entre las atribuciones específicas de la CNBV le es necesario y permitido el requerimiento de información consistente en transacciones grabadas o registradas mediante el uso de la tecnología por la naturaleza del tráfico comercial o financiero y porque sus funciones son especializadas y buscan satisfacer el interés público, en un contexto técnico, mediante acciones y disposiciones que permitan las mayores eficiencias de sus facultades —que constituyen un fin constitucionalmente válido de procurar la estabilidad del sector financiero y el correcto funcionamiento de éste—. Entonces, aun cuando esa solicitud pueda constituir una restricción al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, en su vertiente de comunicaciones ya realizadas y registradas en medios tecnológicos, no se requerirá el control judicial previo, en virtud del soporte constitucional de sus atribuciones (ADR 7430/2018).

De lo anterior puede desprenderse lo siguiente:

- La CNBV, y por igualdad o mayoría de razón lo mismo aplicaría para otras autoridades administrativas reguladoras, puede y debe requerir

y analizar información para ejercer su mandato especializado de proteger la estabilidad del sector financiero;

- Esta información puede incluir transacciones grabadas o registradas mediante el uso de la tecnología por la naturaleza del tráfico comercial o financiero;
- Lo anterior, aun cuando esto pueda suponer una restricción a la inviolabilidad de las comunicaciones, en su vertiente de comunicaciones ya realizadas en medios tecnológicos, sin que se requiere control judicial previo; y
- Esta información no puede extenderse al ámbito estrictamente privado, a menos de que se cuente con el consentimiento de los interlocutores involucrados, como lo podrían ser las comunicaciones sostenidas con familiares, empleados domésticos, médicos o abogados personales.

En materia de competencia, la LFCE otorga facultades expresas a la Autoridad Investigadora de la COFECE para conducir investigaciones sobre probables violaciones a la ley, para lo cual podrá: 1) requerir informes y documentos necesarios, 2) citar a declarar a quienes tengan relación con los asuntos y 3) realizar visitas de verificación. Las visitas de verificación sorpresa son una de las herramientas más efectivas para recabar *in situ* elementos de convicción sobre la probable comisión de prácticas monopólicas, lo cual, con frecuencia, implica recabar comunicaciones de diverso tipo. Sobre todo, considerando que los cárteles implican un acuerdo entre agentes económicos que son competidores dentro de un mismo mercado, lo que usualmente sucede a través de intercambios escritos, por medios tradicionales o digitales como el correo electrónico o sistemas de mensajería instantánea.

Esta facultad se inserta dentro de las prácticas internacionales aceptadas; como recomienda la OCDE, las leyes deben establecer “procedimientos e instituciones con suficientes poderes para detectar y remediar cárteles, incluyendo para obtener documentos e información” (OCDE, 1988). La Comisión Europea reconoce que es posible recabar información de equipos privados que se usan con fines profesionales (Comisión Europea, 2002). Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que las visitas de inspección, la autoridad cuenta con la facultad de exigir la presentación de “documentos privados” o “documentos del comerciante”.

De esta manera, el artículo 16 constitucional no puede interpretarse como un impedimento para que la COFECE lleve a cabo su función constitucional, incluyendo la recolección y análisis de evidencia, en la medida que: 1) las comunicaciones sostenidas entre agentes económicos no tengan el carácter de “privadas” y estén relacionadas con la materia de la investigación y 2) se hayan obtenido a través de una diligencia fundada y motivada. Sin que sea necesario obtener una orden judicial previa, pues no existe ese requisito en ley y la visita de verificación no tiene las características del cateo ni implica la “intervención” de comunicaciones. El ejercicio de dicha potestad, en cambio, implica la reproducción, acceso y aseguramiento de información obtenida durante el desarrollo de las visitas, incluyendo comunicaciones de los visitados, aun la generada por medios electrónicos, ópticos u otra tecnología.

A propósito de la investigación IO-002-2015, la COFECE sancionó a dos aerolíneas por la comisión de prácticas monopólicas absolutas; esta práctica quedó demostrada gracias a cadenas de correos electrónicos mediante las cuales las aerolíneas implicadas acordaron fijar tarifas en múltiples rutas, así como llevar a cabo el monitoreo y ejecución del cártel. Estos correos electrónicos recabados por la Autoridad Investigadora en una visita de verificación y valorados por el Pleno de la COFECE para acreditar la práctica fueron el vehículo primario para acreditar la colusión y estaban vinculados con las actividades comerciales de los agentes. A pesar de eso, el juez de distrito que conoció del amparo concluyó que la COFECE estaba impedida para utilizar como evidencia cualquier correo electrónico bajo una interpretación inadecuada del principio de inviolabilidad de comunicaciones privadas; la prohibición incluía todos los correos electrónicos institucionales y personales que fueron utilizados para llevar a cabo la colusión por cuenta y orden de las empresas sancionadas (fijación de precios o asignación de rutas). Al momento de escribir este capítulo el recurso había sido atraído por la Segunda Sala de la SCJN.

Las comunicaciones realizadas en el curso de actividades comerciales de las empresas o personas sujetas a la supervisión estatal no pueden ser consideradas comunicaciones privadas en términos del artículo 16 constitucional, pues no inciden en lo íntimo o privado; mucho menos cuando estas comunicaciones se han utilizado como el vehículo para ejecutar y monitorear una práctica prohibida. Es además cuestionable que los agentes económicos,

actuando en tal carácter, sean titulares del derecho de privacidad en el sentido del artículo 16 constitucional, el cual busca proteger a una persona física desde el ámbito civil; esto no quiere decir que sus comunicaciones carezcan de protección, pues podrán tener el carácter de confidencial o secreto industrial conforme la ley de la materia.

En cualquier caso, como casi todos los derechos, el principio de inviolabilidad de comunicaciones privadas no es absoluto (ADR 502/2017). Debe apartarse de la lógica civil y aceptar modulaciones propias del contexto administrativo, a fin de no desplazar funciones de interés público con respaldo constitucional; había que resaltar que el derecho a la libre concurrencia y competencia que opera en beneficio de la sociedad es un bien jurídico tutelado conforme el artículo 28 constitucional, precepto que también , de manera explícita, las facultades de la COFECE que sean necesarias para cumplir con su objeto (CPEUM, 01/08/2024, artículo 28) .

Aún y si la recolección de comunicaciones entre agentes económicos en una visita de verificación, y su posterior utilización como evidencia para acreditar una conducta ilícita, fuese considerada una restricción al derecho de inviolabilidad de comunicaciones privadas, ésta es legítima al superar un *test* de proporcionalidad, al perseguir una finalidad constitucionalmente válida, y ser una medida idónea, necesaria y proporcional en estricto sentido.

Cuadro 3. Test de proporcionalidad

Fin legítimo	El artículo 28 constitucional establece que la COFECE es el organismo constitucional autónomo encargado de proteger y promover el proceso de libre concurrencia y competencia en los mercados, y que contará con todas “las facultades necesarias para cumplir su objeto (CPEUM, 01/08/2024, artículo 28). Prevé que la ley castigará “con severidad” prácticas lesivas a la competencia. La recolección y análisis de evidencia, incluyendo comunicaciones entre agentes económicos, tiene como finalidad detectar y sanciones prácticas indebidas (CPEUM, 01/08/2024, artículo 28).
--------------	---

Idoneidad	La recolección y análisis de evidencia, particularmente las comunicaciones entre agentes económicos, es indispensable para probar, bajo los principios del debido proceso y presunción de inocencia, que uno o varios agentes económicos han violado las leyes de competencia. La COFECE asume la carga probatoria para iniciar una investigación, formular una acusación presuntiva y, en su caso, sancionar una conducta. Considerando el avance tecnológico, los medios digitales de intercambio cobran especial relevancia, como los correos electrónicos, las plataformas y mensajería instantánea.
Necesidad	La medida es necesaria porque no existen otros medios igualmente idóneos para alcanzar el fin, sobre todo porque los infractores tienden a ocultar las prácticas monopólicas; por lo que la propia SCJN ha señalado que es válido que la Comisión se allegue de cuantos elementos probatorios directos o indirectos sean necesarios, dentro del marco jurídico, para cumplir con el estándar probatorio exigible (Tesis: 2a./J. 101/2015, 2015; Tesis: 2a./J. 96/2015, 2015 y Tesis: 2a./J. 95/2015, 2015).
Proporcionalidad en estricto sentido	Las ganancias de la medida suponen un mucho mayor beneficio que la posible lesión a la esfera de los particulares. Por una parte, la recolección y análisis de comunicaciones de esta naturaleza permiten castigar (y con ello prevenir) prácticas sumamente lesivas para sociedad. Por el otro, no existe afectación a los particulares respecto de los cuales se obtenga evidencia (salvo meros actos de molestia) a menos que éstos hayan violado la ley.

Fuente: elaboración propia

VII. Conclusión

El privilegio cliente-abogado surgió de manera natural —y algo tardía— en el contexto del derecho de la competencia, lo que es entendible, pues se trata de una regla probatoria que, de un modo u otro, y con alcances distintos, utilizan la mayoría de las agencias en el mundo. Esta prerrogativa debe inferirse de la Constitución y es aplicable tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo. Implica que la autoridad no pueda utilizar en procedimientos inculpativos o sancionatorios cualquier comunicación que haya

surgido entre una persona y su abogado con motivo de una defensa o asesoría, o cuya materia tenga que ver con el procedimiento en cuestión.

Pero su delimitación no es fácil; a otras jurisdicciones les ha tomado tiempo generar criterios a través de la experiencia. Es necesario fijar parámetros y precisar su naturaleza, no como un derecho híbrido y multidimensional —donde de manera difusa han entrado en juego conceptos como el secreto profesional, las comunicaciones privadas, el libre ejercicio profesional y hasta el honor del abogado—, sino como una regla o derecho único y distinguible, asociado a la debida defensa, que pertenece exclusivamente al cliente. De esta manera puede lograrse un balance, de tal forma que se protejan los derechos de defensa y a la vez no se erosione la eficacia de procedimientos de derecho público. Para ello es fundamental tener claro los siguientes parámetros:

- a) La comunicación protegida tiene que estar relacionada con el interés del cliente a propósito de una defensa; por ello el consenso internacional es que el privilegio cliente-abogado —por estar vinculado al debido proceso— pertenece al cliente, no al abogado, lo que resulta contrario a lo resuelto por los tribunales especializados mexicanos.
- b) El privilegio legal no debería cubrir comunicaciones que involucran a terceros ni abarcar los hechos comunicados y obtenidos de otras fuentes.
- c) No podría invocarse la protección respecto de documentos simplemente revelándolos a un abogado en el curso del asesoramiento legal y, desde luego, no bastaría con invocar el derecho o sólo marcar los documentos con leyendas de “privilegio legal”.
- d) El privilegio no podría extenderse a la asesoría que coadyuve en la comisión de una conducta ilícita en curso o a futuro, pues eso sería contrario a la lógica elemental de la figura que es fortalecer el Estado de Derecho, no quebrantarlo.
- e) Lo que en todo caso quedaría protegido es el documento y la comunicación *per se*, no los hechos subyacentes.
- f) Corresponde demostrar al cliente que se actualizan los criterios correspondientes para acceder a la protección pretendida; lo razonable es que el interesado haga su solicitud de manera expresa y describa la naturaleza de los documentos y comunicaciones de forma tal que, sin revelar

la información supuestamente protegida, permita a la autoridad analizar la procedencia de su solicitud.

- g) El privilegio legal debe operar respecto de comunicaciones entre los clientes y con abogados externos, pues es difícil considerar a un abogado interno como independiente de la entidad que asesora por tener un vínculo laboral con esta.

Por su parte, el artículo 16 constitucional protege las comunicaciones en lo que atañe a la vida, privacidad o intimidad de las personas, sin que esa protección pueda extenderse a las actividades comerciales, financieras, económicas o de otro tipo que están sujetas a la vigilancia del Estado. En materia de competencia es fundamental dotar de plena vigencia al artículo 28 constitucional, de tal manera que la autoridad puede investigar con eficacia y castigar con severidad las prácticas anticompetitivas que lesionan el interés general. Esto implica, en lo más elemental, recabar y analizar elementos de convicción, incluyendo todas aquellas comunicaciones (tradicionales, digitales o de otro tipo) a través de las cuales los agentes económicos materializan prácticas anticompetitivas prohibidas por la ley. Estas comunicaciones no son “privadas” y por tanto los implicados no podrían escudarse en la prerrogativa a que se refiere el artículo 16 constitucional.

VIII. Referencias

- Acción de inconstitucionalidad 33/2006. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 10/05/2007. https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/ejRZ3ngB_UqKst8ogyHj/*%20AND%20numExpediente:33/2006
- Amparo directo en revisión 502/2017. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 22/11/2017. https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/Zidx3XgB_UqKst8oUHCu/*%20AND%20numExpediente:502/2017
- Amparo directo en revisión 7430/2018. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ciudad de México. 02/10/2019. <https://>

bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_public/ziZZ3XgB_UqKst8omD4s/*%20AND%20numExpediente:7430/2018

Amparo en revisión 88/2017. Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Ciudad de México. 24/08/2017. https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=13050000210871080006006.doc&sec=Anibal_Jes%C3%BAs_Garc%C3%ADa_Cotonieto&svp=1

Amparo en revisión 88/2017. Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Ciudad de México. 28/01/2016. https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=13050000178420710009007.doc&sec=Jos%C3%A9_Arturo_Gonz%C3%Allez_Vite&svp=1

Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C. *Observaciones generales al Anteproyecto de los criterios técnicos de la Comisión Federal de Competencia Económica para el manejo de la información derivada de la asesoría legal que se proporcione a los agentes económicos*. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/03/Opinion-de-Barra-Mexicana-Colegio-de-Abogados-A.C..pdf>

C-550/07, Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals vs. Commission. (2010) Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 14 catorce de diciembre. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-550/07>

Case 155/79, AM & S Europe Ltd. vs. Comm'n of the European Communities. (1982) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de dieciocho de marzo. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=155/79&td=ALL>

Código Federal de Procedimientos Civiles. 11/07/2024. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CFPC.pdf>

Código Nacional de Procedimientos Penales. 11/07/2024. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>

Comisión Europea, Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. Artículo 20. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2003/1/oj/spa>

Comisión Federal de Competencia Económica. Disposiciones Regulatorias de la Comisión Federal de Competencia Económica para la Califica-

- ción de Información Derivada de la Asesoría Legal Proporcionada a los Agentes Económicos. 30/09/2019. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/05/DisRegCOFECE-CIDAL.pdf>
- Concurrences: Antitrust publications and events. Legal privilege and antitrust in the EU and the US: What's new under the sky? 27/11/2020. <https://www.concurrences.com/en/events/legal-privilege-and-antitrust-in-the-eu-and-the-us-what-s-new-under-the-sky>
- Contradicción de tesis 7/2016. Pleno de Circuito de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Ciudad de México. 26/11/2017.
- Cruz Barney, Oscar. *Comentarios al Anteproyecto de los criterios técnicos de la Comisión Federal de Competencia Económica para el manejo de la información derivada de la asesoría legal que se proporcione a los agentes económicos, un comentario enfatizó la importancia de distinguir la información protegida por el secreto profesional*. Universidad Nacional Autónoma de México. [Opinion-Oscar-Cruz-Barney.pdf](#)
- Departamento de Justicia de los Estados Unidos, (1985). *FOIA Update: OIP Guidance: The Attorney-Client Privilege*. <https://www.justice.gov/oip/blog/foia-update-oip-guidance-attorney-client-privilege>
- Hickman, administrator vs. Taylor et al.* (1947). Suprema Corte de Estados Unidos. Sentencia de 13 de enero. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/lh/usrep/usrep329/usrep329495/usrep329495.pdf>
- Internacional Competition Network (2018) *ICN Guiding Principles for Procedural Fairness in Competition Agency Enforcement*. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_GuidingPrinciples_ProFairness.pdf
- Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en la Ciudad de México. 26/05/1945. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/208_190118.pdf
- Murphy vs. Tennessee Valley Authority* (1983). Suprema Corte de Estados Unidos. Sentencia de 29 de septiembre. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/571/502/1493755/>
- Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico, (1988) *Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0294>

- Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (2018) *Treatment of legally privileged information in competition proceedings-Note by the United States*. <https://www.justice.gov/atr/page/file/1312766/dl?inline>
- Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (2019) *Treatment of legally privileged information in competition proceedings-Background Paper by the Secretariat*. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)5/en/pdf)
- Recurso de queja 41/2016. Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Ciudad de México. 10/11/2016. https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=13040000192306220004004.docx&sec=Carlos_Luis_Guill%C3%A9n_Nu%C3%B1a_Az&svp=1
- Riter, L. y Braun, D. (2004). Chapter X: Enforcement and procedure. en *European Competition Law: a practitioners guide* (3ed.) La Haya: Kluwer Law International
- Ruster, A. y Von Massow, S. (2020). Disclosure in European Competition Litigation through the Lens of US Discovery. *World Competition Law and Economics Review*, 43(3), 347-372. DOI:10.54648/WOCO2020018
- Tesis: 1a. CLIII/2011 (2011). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/161334>
- Tesis: 1a. CLXII/2011 (2011). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/161221>
- Tesis: 2a. LXI/2003 (2003). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/184245>
- Tesis: 2a./J. 101/2015 (2015). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009659>
- Tesis: 2a./J. 95/2015 (2015). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009658>
- Tesis: 2a./J. 96/2015 (2015). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009653>
- Tesis: I.Io.A.E.193 A (10a.) (2017). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.pjf.gob.mx/detalle/tesis/2013561>
- Tesis: I.Io.A.E.194 A (10a.) (2017). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.pjf.gob.mx/detalle/tesis/2013587>

- Tesis: I.1o.A.E.20 A (10a.) (2016). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.pjf.gob.mx/detalle/tesis/2011359>
- Tesis: P./J. 47/95 (9a.) (1995). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.pjf.gob.mx/detalle/tesis/200234>
- Tesis: PC.XXXIII.CRT J/12 A (10a.) (2018). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016180>
- Tron Petit, J. C. *El privilegio cliente-abogado ante las investigaciones en materia de competencia económica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <https://www.juridicas.unam.mx/videoteca/evento/1742-el-privilegio-cliente-abogado-ante-las-investigaciones-en-materia-de-competencia-economica/2018-05-30/9251-mesa-1-alcance-del-privilegio-de-confidencialidad-en-las-comunicaciones-cliente-abogado-frente-a-las-facultades-de-la-comision-en-la-persecucion-de-practicas-monopolicas#!>
- Upjohn Co. vs. United States* (1981). Suprema Corte de Estados Unidos. Sentencia de 13 de enero. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep449/usrep449383/usrep449383.pdf>
- Wils, Wouter P. J. (2018). *Legal Professional Privilege in EU Antitrust Enforcement: Law, Policy & Procedure*. DOI:10.54648/WOCO2019003

Cómo citar

IJJ-UNAM

Faya Rodríguez, Alejandro, “Privilegio cliente-abogado y comunicaciones privadas en el derecho de la competencia en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 117-151. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19451>

APA

Faya Rodríguez, A. (2024). Privilegio cliente-abogado y comunicaciones privadas en el derecho de la competencia en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 117-151. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19451>

Estudio comparado de la legislación cooperativa México-Brasil. Aprendizajes para la armonización del derecho cooperativo latinoamericano

*Comparative study of Mexico-Brazil cooperative law.
Contributions for the harmonization
of latin american cooperative legislation*

Tatiana Vanessa **González Rivera**

 <https://orcid.org/0000-0001-9301-2550>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: tatianag@crim.unam.mx

Daniel Francisco **Nagao Menezes**

 <https://orcid.org/0000-0001-9151-5699>

Faculdades de Campinas. Brasil

Correo electrónico: nagao.menezes@gmail.com

Recepción: 18 de agosto de 2024 | **Aceptación:** 7 de noviembre de 2024

Publicación: 11 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19477>

Resumen: Actualizar y armonizar la legislación cooperativa de la región de América Latina continúa siendo una tarea inconclusa que demanda el sector cooperativo; y aunque hay esfuerzos regionales que han atendido tal exigencia, las nuevas tendencias y necesidades del sector a nivel nacional y regional hacen indispensable retomar estos esfuerzos. Para llevar a cabo tal labor, se requiere un relevamiento de las legislaciones domésticas que, si bien son heterogéneas, a partir del derecho comparado, es posible identificar aspectos comunes y líneas de tendencia que aportan al esfuerzo unificador, sin alterar contexto ni factores endógenos que caracterizan a la economía social y solidaria y en la cual se sitúa la cooperativa como figura asociativa por excelencia. Por lo tanto, este trabajo estudia, a través del método comparado y con aplicación de la técnica documental, la legislación cooperativa en México y Brasil, ambos países con una reconocida trayectoria en materia de cooperativismo. Los resultados obtenidos permiten

concluir que hay ciertos elementos jurídicos de ambos ordenamientos que se pueden rescatar a efecto de contemplarlos y reflexionarlos en un esfuerzo armonizador regional; otros más resultan en aprendizajes de lo que debe superarse en legislaciones futuras aplicadas a regular aspectos sustantivos de la sociedad cooperativa.

Palabras clave: legislación cooperativa; estudio comparado; Brasil; México; armonización.

Abstract: Updating and harmonizing cooperative legislation in the Latin American region continues to be an unfinished task demanded by the cooperative sector; and although there are regional efforts that have met this demand, the new trends and needs of the sector at the national and regional levels make it essential to resume these efforts. In order to carry out such work, a survey of domestic legislations is required. Although they are heterogeneous, from comparative law, it is possible to identify common aspects and trend lines that contribute to the unifying effort, without altering the context or endogenous factors that characterize the Social and Solidarity Economy and in which the cooperative is located as an associative figure par excellence. Therefore, this work studies, through the comparative method and with the application of the documentary technique, the cooperative legislation in Mexico and Brazil, both countries with a recognized trajectory in the field of cooperativism. The results obtained allow us to conclude that there are certain legal elements of both legal systems that can be rescued in order to contemplate and reflect on them in a regional harmonizing effort; others result in lessons to be learned about what must be overcome in future legislation applied to regulate substantive aspects of the cooperative society.

Keywords: cooperative legislation; comparative study; Brazil; Mexico; harmonization.

Sumario: I. Introducción. II. El estatus del derecho cooperativo en México. III. El estatus del derecho cooperativo en Brasil. IV. Aportes para un proyecto de armonización del derecho cooperativo latinoamericano. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. Introducción

Por mucho tiempo lo económico no admitía más lógica que la de los mercados autorregulados. Esa idea de mercado, basada en un incesante intercambio para el lucro y las nociones de rentabilidad y productividad que colocan al ser humano como un medio para llegar a un fin: *la producción del capital que se acumula en pocas manos*, constituye la llamada economía formal que se contrapone a una economía sustantiva, basada en procesos y prácticas caracterizadas por su relación entre hombre, naturaleza y relaciones sociales; es decir, la economía adquiere otro cariz al ser admitida como un medio para obtener

las bases materiales que permitan la satisfacción de las necesidades y deseos legítimos de las personas y con respeto del entorno natural (Polanyi, 2017).

Atendiendo a lo anterior, en las últimas décadas, la economía social y solidaria (ESS); perfilada más como economía popular, social y solidaria en Brasil y en México —según su Constitución Política— sector social de la economía; se ha impregnado de una importancia indiscutible debido a su potencial para contrarrestar los flagelos sociales de la desigualdad y pobreza.

Verbigracia, México es un país con una población de 126,014,024 millones de personas aproximadamente, integrada por 51.2% de mujeres y 48.8% de hombres (Instituto Nacional de Estadística y Geografía [INEGI], 2020); de esta cifra, lamentablemente, 55.7 millones (43.9%) están en situación de pobreza; de los cuales, 10.8 millones (8.5%) se hallan en situación de pobreza extrema, según el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL, 2021).

Por su parte, Brasil, con uno de los territorios más poblados de la región latina, registra 204, 25 millones de habitantes (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística [IBGE], 2022); si bien es un país que de 2021 a 2022 logró una reducción de la pobreza de al menos el 31.6%; aún mantiene cifras equivalentes a 67.8 millones de personas en pobreza y 12.7 millones en pobreza extrema; según la síntesis de indicadores sociales del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE, 2022).

Como hemos referido en otros estudios, el perfil de la ESS en América Latina se configura a partir de una mezcla de factores exógenos y endógenos (González Rivera y Martínez Regino, 2021). Por ende, vale aclarar que este estudio se centra en la sociedad cooperativa que acogimos de la influencia europea y más de los procesos migratorios de finales del siglo XIX e inicios del XX, sobre todo en Argentina, Brasil, y Colombia.

La cooperativa es a su vez admitida, en toda la región, como el núcleo duro de la economía social que ha alcanzado un alto grado de consenso científico y se admite como un sector situado entre la economía pública y la economía privada capitalista, cuya característica definitoria radica en la prioridad puesta al elemento democrático y participativo con la finalidad de servir a sus asociados y entorno; estructurada alrededor de tres amplias familias de organizaciones: cooperativas, mutuales (ubicadas en el subsector de mercado) y asociaciones o fundaciones (identificadas en el subsector no de mer-

cado) (Chaves Ávila *et al.*, 2013; Chaves y Monzón, 2012; Defourny, 1992; Laville, 2015; Mochi Alemán, 2019; Pérez de Mendiguren Castresana *et al.*, 2009).

La sociedad cooperativa es un ente con rostro humano que permite el desarrollo inclusivo —como forma asociativa de la ESS promueve la localización de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y atiende a su triple dimensión: social, ambiental y económica— pero requiere de un marco jurídico que promueva y garantice su progreso.

Por consiguiente, los distintos países de América Latina, como el caso de México y Brasil —que junto con Argentina poseen la más larga tradición cooperativa en la región— han realizado, en las últimas décadas, esfuerzos por estructurar un marco normativo en materia de entidades cooperativas, y aunque la legislación *per se* no crea cooperativas ni sustituye la iniciativa de los asociados, se requiere para un adecuado desarrollo del llamado cooperativismo con limitación de su campo de aplicación.

Atendiendo a lo anterior, el presente estudio se aborda desde una perspectiva teórica centrada en la cooperativa, asimismo, parte de una aproximación metodológica cualitativa para responder a la interrogante ¿cuáles aspectos legislativos en materia cooperativa se pueden rescatar del andamiaje legal vigente en México y Brasil para aportar a una ley regional armonizada? Con esto, se pretende contribuir en la mejora del conocimiento de la legislación cooperativa de dichos países que son un referente a nivel regional.

Igualmente, conlleva la evaluación del andamiaje legal de conformidad con el método de derecho comparado —desentrañar genéricas analogías y diferencias a través de un cotejo científico de los sistemas jurídicos seleccionados (Ferrante, 2016 y Morán, 2002)— con el propósito de destacar especificidades de la entidad cooperativa para contribuir en el diseño de una ley o actualización detallada de la actual Ley Marco para las Cooperativas de América Latina, labor que consideramos resulta indispensable en la región. Por consiguiente, es necesario retomar los esfuerzos ya registrados varios años atrás. Watkins (1986) enfatizó oportunamente que los estudios comparativos de la legislación cooperativa no son una simple ambición científica, sino que poseen una incidencia práctica directa en el establecimiento y realización de las instituciones e ideas cooperativas.

II. El estatus del derecho cooperativo en México

En México, las raigambres cooperativas se registran en la organización del trabajo en común de los agricultores, quienes hacían frente a los ciclos pluviales y productivos; de tal forma que algunos trabajos históricos destacan que las cooperativas agrícolas y el mercado de crédito se organizaron a partir del factor tierra y procesos de desamortización de bienes comunales que impactaron a los pueblos indios y comunidades eclesiásticas entre 1824 y 1882 (Cabrera Ramírez, 2015).

En el siglo XIX fue desarrollada una fuerte organización de trabajadores con la necesidad imperante de proteger a la clase obrera del capitalismo, pues a partir del México independiente (1821) se comenzó a desplazar la producción nacional por artículos extranjeros, surgiendo así una unión entre productores, para dar pelea en el ámbito económico con la fundación de la Junta de Fomento de Artesanos dividida en gremios, oficios y especialidades. Vale destacar que esta junta fue en realidad una caja de ahorros fundada en el sistema de seguro familiar con miras benéficas hacia los conciudadanos (Izquierdo Muciño, 2021).

Estas ideas de los partidarios de cajas de ahorro llegaron a todos los ámbitos nacionales, por consiguiente, la mayoría de los historiadores coincide en afirmar que, de forma específica, los orígenes del cooperativismo en México se registran a partir de 1839 con la fundación en Orizaba, Veracruz de la primera caja de ahorro con las características de una sociedad cooperativa conformada por empleados y artesanos inspirados en las ideas europeas de cooperación y ayuda mutua (Izquierdo Muciño, 2012).

Desde la perspectiva legislativa, las cooperativas en México reciben una morada legislativa en el Código de Comercio de 1889, que sigue vigente hasta la fecha; pero que, a partir de 1932, experimentó un proceso de descodificación que conllevó regular varias materias; verbigracia, sociedades mercantiles y títulos de crédito, a través de leyes especiales.

El mencionado código le dedicó 22 artículos (capítulo VII) a la sociedad cooperativa y la tipificó como una entidad de tipo mercantil. Es hasta 1927 que se promulga la primera Ley General de Sociedades Cooperativas, pero a decir de Cobos (1950), dicha normativa no se adaptaba a la realidad mexicana de la época. Cabe recordar que para los gobiernos revolucionarios

de aquella época las problemáticas del campo tenían una importancia preferencial. El 12 de marzo de 1933 se promulga otra ley que deroga a la anterior; sin embargo, esta tampoco resultaba *ad hoc* para el proceso cooperativo de la época; de hecho, tuvo una vida efímera pues llega a ser sustituida por otra el 11 de enero de 1938 y su respectivo reglamento (Fritz- Krockow, 1986).

Siguiendo esa línea de tiempo, las políticas públicas operativas para fomentar el sector no se hicieron esperar. En 1972, con Luis Echeverría como presidente, se reserva la explotación de las especies marinas de mayor valor comercial a las cooperativas pesqueras. En 1978, con José López Portillo, se crea la Comisión Intersecretarial para el fomento cooperativo, y en 1982 se expide el reglamento de las cooperativas escolares (Fritz- Krockow, 1986). No obstante, a partir de 1983, prevalece en México el modelo económico capitalista, provocando un sismo que fue capaz de resquebrajar toda la estructura institucional en favor del cooperativismo (Rojas Herrera, 2016).

A pesar de lo anterior, los esfuerzos del sector continuaron y el 29 de julio de 1994 entró en vigencia la actual Ley General de Sociedades Cooperativas (LGSC), la cual reafirma a la entidad cooperativa como una sociedad mercantil a pesar de tratarse de una legislación independiente a la mercantil. La propia Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) mexicana incorpora a la cooperativa en la enumeración societaria que hace en el artículo 1o., específicamente en la fracción VI, a pesar de que el artículo 212 de esa misma ley (LGSM) refiere que las sociedades cooperativas se registrarán por su legislación especial.

Es relevante señalar que esa mercantilidad reconocida a la cooperativa representa un importante escollo para la construcción y defensa de un derecho cooperativo con autonomía científica y didáctica. Por un lado, se aplican supletoriamente a la LGSC las disposiciones de la LGSM y del Código de Comercio vigente. Por consiguiente —aunque el artículo 10, párrafo segundo de la LGSC dispone que la LGSM se aplicará de forma supletoria en lo que *no se oponga a la naturaleza, organización y funcionamiento de la cooperativa*— la mayoría de las disposiciones mercantiles están diseñadas para atender la lógica y necesidades de la empresa capitalista tradicional, especialmente de la sociedad anónima, asimismo, en México hay un fuerte *lobby* por parte de la empresa privada para influir en el diseño de su propio andamiaje legal a favor de sus intereses.

Aunado a lo anterior, los catedráticos de derecho mercantil en diversas universidades públicas y privadas mexicanas, hemos podido evidenciar la falta de inclusión del estudio de la cooperativa en los programas de las asignaturas de derecho societario. En el mejor de los casos, se suele dedicar unas cuantas horas a la enseñanza de los aspectos legales del cooperativismo, sin embargo, a los futuros abogados no les llama la atención conocer sobre esta entidad, ya que no vislumbran un espacio laboral productivo y económicamente atractivo mediante la asesoría de sociedades cooperativas.

En México, se ha abierto paso al estudio legal de las cooperativas en algunas maestrías de economía social vigentes, por ejemplo: la Maestría de la Escuela Superior de la Universidad Autónoma de Guerrero (UAGRO, 2020). Sin embargo, sus estudiantes no suelen ser abogados; y aunque es un avance relevante, no abona de forma decisiva en la especialización que requieren muchos juristas en el país ni a la autonomía de esta área del derecho.

Vale mencionar también que la única ley especial, paralela a la LGSC, es la *Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo* (LRASCAP) y que son admitidas como parte de la banca social mexicana.

Finalmente, hoy en día, no hay datos estadísticos certeros en relación con el número de cooperativas vigentes, ya que una de las deficiencias que tiene el sector, en el contexto mexicano, es la falta de un padrón nacional que visibilice el mismo a partir de estadísticas objetivas. El informe presentado por Rojas Herrera (2020) toma como referencia los datos del Directorio Estadístico Nacional de Unidades Económicas (DENUE) del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) y el Registro Nacional Único de Cooperativas de Ahorro y Préstamo (RENSOCAP); así, contabilizando para abril de 2020 un promedio de 18,038 cooperativas a nivel nacional, las cuales agrupan unos 8,875,186 socios cooperativistas. No se expone, sin embargo, una desagregación por sexo a pesar del potencial del modelo cooperativo para reducir las brechas de género.

III. El estatus del derecho cooperativo en Brasil

Algunos estudios apuntan a que los primeros vestigios del cooperativismo en Brasil se remontan a 1610 y derivan de las acciones de la Compañía Jesui-

ta, la cual siempre ha tenido en su filosofía la consolidación de una sociedad más solidaria y cooperativa, de modo que implanta un sistema de cooperación que se propaga por muchos años en la región Sur (Teixeira y Soler Domingo, 2002) pero a pesar de las diferentes tentativas de organización registradas en la historia brasileña, se estima que el cooperativismo formal comienza con la fundación de la *Sociedade Cooperativa Econômica dos Funcionários Públicos de Ouro Preto*, en octubre de 1889, y se utilizaron términos inspirados en los principios de los Pioneros de Rochdale (Stock, 2012). Con esto se confirma lo referido a la influencia exógena en el cooperativismo latinoamericano que mencionamos en el preámbulo del presente estudio.

Entre 1950 y 1960, se registra una expansión de las cooperativas de consumo, aunque un estancamiento del pasado, debido a la falta de soporte oficial, causó que se desalentaran. Por supuesto, había un desarrollo económico que favorecía la expansión de grandes corporaciones capitalistas, así que, a partir 1970, se alienta a las cooperativas agrícolas, pero las exigencias competitivas del mercado dificultaban su supervivencia y, desde entonces, este cooperativismo agrícola brasileño ha estado subordinado por las élites empresariales orientadas hacia una economía de exportación (Gaiger, 2019).

En los países de la zona andina, incluido Brasil —excepto la zona sur que fue un punto focal para la colonización europea— la legislación cooperativa, a decir de Cracogna citado por Schujman (2018) “fue un elemento de promoción anterior a toda experiencia concreta relevante; así el movimiento cooperativo fue promovido a partir de los gobiernos y sus políticas de desarrollo, las iglesias, agencias internacionales y ONG” (p. 27).

Algunas disposiciones referentes a las cooperativas se incluían en el Decreto 979 de 1903, aunque su primera ley cooperativa propiamente dicha estuvo constituida por el Decreto número 1.637 de 1907, la cual concedía exenciones fiscales y apoyos estatales. De forma posterior, en diciembre de 1932, se promulga una ley cooperativa mucho más moderna y adecuada en su redacción (Decreto número 22.239) la cual estuvo en vigor durante más de treinta años (tuvo una enmienda importante en agosto de 1938 con el Decreto-ley número 581), esta ley fue sustituida en noviembre de 1966 por el Decreto-ley número 59 (Valko, 1969). La anterior norma estuvo vigente por escasos cinco años, ya que, el 16 de diciembre de 1971, Brasil puso

en vigor la Ley 5.764, que instituye el régimen de las cooperativas, se conoce por tanto como Ley General de Cooperativas, en adelante, LGC.

Esta ley, vigente todavía, ha sido modificada por numerosas leyes ordinarias y un número similar de medidas provisionales: la Ley Ordinaria 14030, Ley 13806, Ley 13097, Ley 12690, Ley 11076, Ley 10676, Ley 9430, Ley 7231, así como la Ley 6,981.

En Brasil, el Código Civil (Ley 10.406 del 10 de enero de 2002) posee un capítulo VII completo, de los artículos 1.093 al 1.096, referente a las sociedades cooperativas, básicamente en ocho fracciones destacan las características de una cooperativa sin menoscabo de su legislación especial.

De tal forma que la sociedad cooperativa brasileña es considerada como una persona jurídica de naturaleza civil sin objeto de lucro (LGC, artículo 3o.); por ende, como refiere Alves Soares (2020):

[...] pueden realizar diversas actividades económicas, prestar servicios a los miembros y llevar a cabo actividades comerciales y sociales simultáneas... además de su legislación especial, está sujeta, con las debidas proporciones, a la ley brasileña en materia de derecho de consumo, civil, laboral, fiscal y administrativo, entre otros (p. 3).

Anteriormente, se regulaba el Banco Nacional de Crédito Cooperativo para fomentar y apoyar a estas entidades mediante la concesión de financiamiento para su oportuno desarrollo, sin embargo, este fue cerrado en 1990.

Otro dato interesante y vigente de la legislación sudamericana es el hecho de contar con leyes especiales para las cooperativas sociales (Ley 9.867 de 1999) que tiene como propósito insertar a las personas desfavorecidas en el mercado económico a través del trabajo (artículo 1o.), y también para las cooperativas de trabajo (Ley 12.690 de 2012), aunque los juristas brasileños señalan que todavía faltan leyes complementarias para dar eficacia a esta normativa (Gaiger, 2019). Por supuesto, como sucede en la mayoría de los países, las cooperativas de crédito también cuentan con una ley especial (Ley Complementaria 130/2009).

Finalmente, el Anuario del Cooperativismo Brasileño contabilizó en 2019 un promedio de 6,828 cooperativas, para un total de 14,618,720 socios cooperativistas, de los cuales 64% son hombres y 36% mujeres (ACI, 2020).

IV. Aportes para un proyecto de armonización del derecho cooperativo latinoamericano

Para Hagen (2013) el derecho cooperativo requiere de un conjunto de esfuerzos multifacéticos, tales como: unificar las leyes especiales que le son aplicables a los diferentes tipos cooperativos en un plano nacional, alinear la legislación cooperativa con la aplicable a las sociedades de capital, y el que más nos interesa destacar, *unificar y armonizar las leyes cooperativas más allá de las fronteras nacionales*.

Es conocido que los intercambios entre las empresas de corte capitalista y que se sitúan en diversos países tienen una base jurídica conformada por instrumentos de derecho internacional de *hard law* (derecho duro) y *soft law* (derecho suave). Estos instrumentos han creado un auténtico *ius mercatorum* y resultan eficaces para dar certeza a las transacciones y actos jurídicos que llevan a cabo tales entes y que traspasan las fronteras nacionales.

Surge entonces la interrogante ¿por qué no seguir ese camino para el caso de la legislación cooperativa? Somos defensores de tal idea y, de hecho, las aspiraciones globales en tal sentido no se han hecho esperar.

A nivel internacional, nos encontramos la *Recomendación 193 sobre la Promoción de las Cooperativas*¹ de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la *Declaración sobre la Identidad Cooperativa* de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) en 1995; las *Directrices para crear un entorno propicio para el desarrollo de las Cooperativas* de las Naciones Unidas, aprobada en 2001 (Resolución A/56/73; resolución E/2001/68) y que incorporan los principios de la ACI; Resolución ILC110-RII de la Conferencia Internacional del Trabajo de 10 junio de 2022, “relativa al trabajo decente y la economía social y solidaria”; la Resolución 76/135 de 2021 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre “Las cooperativas en el desarrollo social”. Y, de forma más reciente, la Resolución A/77/L60, emitida el 18 de abril de 2023 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), titulada “Promover

¹ *A priori*, por su naturaleza de recomendación, podría considerarse como un derecho suave, sin embargo, Hagen (2013) defiende la idea de que esta Recomendación 193 de la OIT constituye el derecho internacional público cooperativo.

la Economía Social y Solidaria para el Desarrollo Sostenible”; esta última se considera la primera ley mundial (*soft law*) de ESS.

Por otro lado, en un plano regional se han registrado esfuerzos como La *Ley Uniforme sobre las Cooperativas* de la Organización para la Armonización de la Legislación empresarial en África de 2010; el Reglamento del Consejo de la Unión Europea sobre el *Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea* de 2003, *Estatuto Cooperativo del Mercosur* de 2009 y, finalmente, la *Ley Marco para las Cooperativas de América Latina* impulsada por la ACI-Américas y cuya primera edición se remonta a 1988 y su última edición a 2008.

Estos esfuerzos tienen en común el objetivo de establecer un marco institucional favorable para la constitución y desarrollo de la cooperativa, enfatizando su potencial como entidad tradicional de esa *otra forma de hacer economía* (la ESS). También, pretenden una armonización entendida como el proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer y estos van incorporando normas comunes o similares. Este proceso se desarrolla en estadios; parte de la aceptación de institutos, luego se van acercando las soluciones hasta finalmente quedar limitadas las diferencias a los aspectos técnicos. La última fase sería la adopción de normas comunes sobre la base de proyectos de unificación (Lerner, 2004).

1. ¿Por qué actualizar la actual Ley Marco para las Cooperativas de América Latina?

El primer esfuerzo por armonizar la legislación cooperativa en la Región de América Latina se remonta a 1988 cuando la Organización de las Cooperativas de América, ahora inexistente, emprende el proyecto de una ley marco para las cooperativas de tal región; por supuesto, como era de esperarse al ser un instrumento de *soft law* fue superado por los cambios sociales, políticos y económicos que avanzan con rapidez y consecuentemente 20 años (2008) más tarde la ACI-Américas actualiza la Ley Marco, mediante la emisión de un nuevo documento con el propósito de servir de orientación a los legisladores para modificar o actualizar sus respectivas leyes doméstica en la materia.

Sin lugar a dudas, este primer razonamiento justifica la necesidad de esfuerzos jurídicos orientados a actualizar o en su caso —a partir del análisis

sis correspondiente— sustituir la actual Ley Marco para las cooperativas de América Latina, pues la tendencia y costumbre internacional —al menos en el sector homólogo, es decir, aquel sector privado de la economía hegemónica (derecho mercantil internacional y sus respectivos instrumentos de *soft law*)— apunta a una actualización, cada diez años, de los instrumentos de derecho suave (por ejemplo, los generados en el seno de la Cámara de Comercio Internacional) con el propósito de ponerlos a tono con los cambios profundos que se suscitan de forma cada vez más rauda en esta espiral de aceleración continua e irreversible que caracteriza el plano transnacional y se proyecta inevitablemente a nivel nacional. Así, la actual Ley Marco ha estado vigente durante 16 años y, diversas legislaciones domésticas de los países de América Latina han superado algunas de sus propuestas legislativas; por consiguiente, esto justifica, en cierta medida, la necesidad de los estudios comparados como el presentado en dicha disertación escrita y que abonarían a la labor que se demanda en estas líneas.

Asimismo, otro hecho que se suma a la justificada necesidad de actualización radica en la evidencia práctica que apunta a la efímera influencia que ha tenido la ley mencionada en los andamiajes legales domésticos; si bien autores representativos como Cracogna (2009) apuntaban, un par de años después de actualizada la Ley Marco por ACI-Américas, su influencia en Uruguay con la Ley 18407, es notable que se hicieron agregados u omisiones necesarias por parte de los legisladores uruguayos; solo por mencionar algunos de relevancia sustantiva en el tema: en el concepto de cooperativa,² definición y alcance de *acto cooperativo*,³ no se acogió en la ley uruguaya la naturaleza jurídica que la ACI, en su ley marco, le atribuye a la cooperativa⁴ (cuestión

² El artículo 4o. de la Ley uruguaya establece que “las cooperativas son asociaciones autónomas de personas que se unen voluntariamente *sobre la base del esfuerzo propio y la ayuda mutua*, para satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales comunes, por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente gestionada”. Se trata de la definición dada por la ACI en su Ley Marco, pero con el agregado “sobre la base del esfuerzo propio y la ayuda mutua” que reivindica la pertenencia de la cooperativa al sector social de la economía.

³ El artículo 9o. de la Ley 18.407 del Uruguay establece una regulación mucho más explícita alrededor del acto cooperativo; diferenciándolo, incluso, del acto mercantil y laboral. Amplía, por mucho, lo contenido en la Ley Marco para las cooperativas de América Latina.

⁴ En la ley uruguaya nada se expone sobre la naturaleza jurídica de la cooperativa como sí lo

que resulta común en las leyes de la región, pues, como afirmamos en las subsecuentes líneas, sigue persistiendo la discrepancia en los ordenamientos nacionales y esto representa un escollo importante para la construcción de un auténtico derecho cooperativo); se abstiene, igual que la Ley Marco —de modo que no es una influencia apropiada— de aclarar lo referido al elemento lucro cuando, a nuestra consideración, resulta necesario para desechar cualquier atisbo de duda, en cuanto a la naturaleza empresarial de la cooperativa, pero bajo la lógica de la economía social y más cuando ya existe un amplio aporte doctrinario al respecto.

Finalmente, la Ley Marco incluye disposiciones especiales para algunos tipos de cooperativas (cooperativas de trabajo asociado, de ahorro y crédito, cooperativas de vivienda); por consiguiente, es esencial echar un vistazo a la inclusión de disposiciones particulares —sin extraviarnos en el propósito de brindar orientación fundamental de la legislación cooperativa— para las cooperativas de cuidado que están demostrando en diferentes países de la región (Bouchard *et al.*, 2024) cómo es posible atender el tema de la crisis de los cuidados a partir de formas de intercambio monetizado donde el objetivo no es la acumulación y que por tanto son ajenas al mercado capitalista, como el caso del modelo cooperativo. Un último aspecto que nos interesa mencionar es que la Ley Marco recoge los principios de la propia ACI enunciados en Su Declaración sobre la Identidad Cooperativa de 1995 —la última versión de las tres emitidas por la entidad y que también referimos con mayor precisión en las subsecuentes líneas— sin embargo, vale destacar que la interpretación y alcance de algunos de estos se ha venido modificando con el tiempo y, de hecho, otro documento posterior de la ACI, intitulado Plan para una Década Cooperativa (ACI, 2013), actualiza la interpretación de algunos de estos principios; por ende, se amerita retomar su estudio nuevamente en un esfuerzo por actualizar dicha Ley Marco.

Asimismo, autores como García Müller (2022) sostienen que leyes de la región como las de México, Brasil, Argentina, Ecuador y Chile se han venido actualizando a partir de las orientaciones propuestas por la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina de ACI-Américas. Sin embargo, en el

contempla la Ley Marco de la ACI (Parte *in fine* del artículo 3o. de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina: “[...] son personas jurídicas privadas de interés social”).

análisis que planteamos, a partir de las dos legislaciones estudiadas, se demuestra que, al menos en Brasil y México, lo anterior no es del todo cierto pues se detectan diversas imprecisiones que se alejan de las sugerencias legislativas de la Ley Marco.

Finalmente, recordemos que los aspectos fundamentales del derecho cooperativo surgen de la doctrina, los estudios académicos, prácticas del sector y, sobre todo, de la experiencia más acreditada del derecho comparado de modo que muchas nociones se han actualizado o desarrollado con mayor profundidad durante estos 16 años de vigencia de la Ley Marco y requieren una mayor labor comparatista que involucre a otros países de la región.

Es importante destacar que, tanto la primera Ley Marco auspiciada por la Organización de las Cooperativas de América y la posterior a cargo de ACI-Américas en 2008, han seguido una tendencia de actualización muy común para el caso de los instrumentos de *soft law*. En ese sentido, consideramos que para el ejercicio de *lege ferenda*, que proponemos en este plano regional en materia de legislación cooperativa, resulta oportuno la convocatoria de expertos, desde ACI-Américas y su comisión de derecho cooperativo reflejada en su organigrama, de los diferentes países de la región a través de su participación en seminarios de trabajo e investigación que pueden establecerse de forma híbrida dada la nueva dinámica de interconexión. De hecho, la identificación de expertos no resulta, hoy en día, un desafío insorteable pues la literatura más calificada de la región, así como las comisiones de derecho cooperativo de algunos Colegios de Abogados y abogadas (verbigracia: Costa Rica, Argentina, Brasil), sumado a las comisiones jurídicas de los Centros Internacionales de investigación e información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, conocidos por sus siglas CIRIEC (como el caso de CIRIEC-México) hacen más fácil la tarea de identificación de tales expertos por país y a su vez la convocatoria de los mismos.

Incluso, sumado a lo anterior, dos importantes referentes como Dante Cracogna y Hagen Henrÿ pueden retomar su labor de coordinadores en una tarea de tal envergadura como lo hicieron en épocas pasadas. Sobre todo, si consideramos que sigue vigente su colaboración con la ACI y OIT.

De hecho, la relación de la ACI con la OIT también resulta relevante para sumar a este organismo internacional en una labor de apoyo que brinde mayor legitimidad al proceso.

Por otro lado, la aún vigente y renovada Asociación Iberoamericana de Derecho Cooperativo, Mutual y de la Economía Social y Solidaria (AIDCMESS) ha emprendido, desde hace cinco años y de forma anual, los Congresos Latinoamericanos de Derecho Cooperativo en distintos países sedes, siendo los autores de esta propuesta parte de su organización e impulso, de modo que también hemos logrado gestionar un espacio de reflexión teórica y práctica alrededor de los temas más acuciantes en la línea del derecho cooperativo y que pueden aportar a tal labor.

Así, podemos lograr un equipo de versados para trabajar en la confección de las pautas o lineamientos del documento que sirva de orientación a la actualización de la Ley Marco para, posteriormente, confrontarlo con los dirigentes y organizaciones cooperativistas representados en la ACI-Américas para recabar opiniones y críticas. Recordemos que cuando hablamos de políticas públicas de cara al sector cooperativista, sean estas normativas u operativas, es esencial llevar a cabo procesos con una lógica del *bottom-up* (de abajo arriba) contrario a los tradicionales procesos *top-down* (de arriba abajo) como bien han documentado doctrinarios como Hintze 2003; Monasterios y Srinec, 2010; Rojas Herrera y Rojas Herrera, 2016; Álvarez Rodríguez, 2017 en lo relativo a los procesos de co-construcción de políticas públicas para la Economía social y sus expresiones asociativas.

Por supuesto, la anterior dinámica engloba un desafío mayor al tratarse de un esfuerzo normativo regional pero no por ello implica excluir a los protagonistas del sector; el único aspecto que resulta desafiante es que estos foros de consulta deban y puedan involucrar a cooperativas más pequeñas vinculadas a las comunidades que no necesariamente tienen una representación en la ACI; en ese tenor, podría abogarse a los ejercicios de reformas legislativas nacionales que estos expertos han emprendido en sus foros domésticos y en los cuales se logrado la consulta de cooperativas más pequeñas basadas en esquemas de solidaridad mayores dado su potencial para comprometerse con otros ámbitos de la sociedad y una mayor propensión a reinvertir los beneficios obtenidos en el mismo territorio donde se generan (Guridi y Pérez de Mendiguren, 2016). Esto también implica valerse de los estudios comparados que se han expuesto a nivel de diferentes países de la región como el que exponemos en esta investigación.

Por añadidura, consideramos imperioso retomar el proceso de razonamiento y diseño metódico de una Ley Modelo sobre Cooperativas para América Latina construido de “lo local a lo global” y no en sentido inverso. Recordemos que las cooperativas como entidad de la economía social registran prácticas en territorio que van configurando su esencia, esa localización en buena medida se ha de proyectar en la racionalidad pragmática y teleológica que debe cumplir la norma jurídica cooperativa. Por consiguiente, las regulaciones domésticas vigentes, con sus pro y contras, deben ser examinadas a efectos de aportar a este proceso de armonización mediante una ley patrón que oriente a los legisladores sin alterar las particularidades nacionales, pero procurando regular aspectos sustantivos comunes.

Estamos firmemente convencidos de que un esfuerzo de tal índole deriva en un marco jurídico planetario eficaz y homogéneo como le llama García Jiménez (2010); las cooperativas a nivel internacional serán visibilizadas y reconocidas como entes que promueven la creación de empleos y la promoción de una completa participación de toda la población en el desarrollo económico, social y ambiental.

Después de todo lo razonado previamente, destacamos algunos elementos e instituciones claves, tal cual lo exige el método comparatista, de las legislaciones objeto de estudio que pueden sumar a un esfuerzo de armonización:

2. Naturaleza y concepto de la entidad cooperativa

Las discrepancias en cuanto a la naturaleza jurídica y concepto que se le atribuyen a la cooperativa en las legislaciones mexicana y brasileña es un elemento que caracteriza a todos los ordenamientos cooperativos vigentes en los países de la región. Lo mercantil y civil suelen entrar en tensión cuando se trata de atribuir una naturaleza al ente cooperativo. Incluso encontramos discrepancias de carácter jurídico-formal en el andamiaje mexicano, pues el párrafo octavo del artículo 25 de su Constitución Federal refiere que la cooperativa es un ente del sector social de la economía, así también, replicado en la Ley de Economía Social de 2012 (artículo 4o., fracción IV);⁵ pero como

⁵ México cuenta desde el 2012 con una Ley reglamentaria del párrafo octavo artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de Economía Social y Soli-

hemos referido anteriormente, la ley comercial la identifica como sociedad mercantil y por consiguiente la LGSC forma parte de tal ordenamiento mercantil. Estas contradicciones y ambigüedades en varios ordenamientos devienen precisamente de esa falta de acuerdo en cuanto a la naturaleza del ente.

En tal sentido, es evidente que se debe realizar un primer esfuerzo por homologar estos criterios doctrinales y legales en relación con su naturaleza, como bien apunta el principio de *autonomía e independencia* de la ACI que conlleva una emancipación no solo del movimiento cooperativo sino de una auténtica una soberanía legislativa.

Asociación, sociedad mercantil, civil o una entidad *sui generis* son las propuestas que sobresalen en la literatura especializada; por su parte, nosotros nos sumamos a la vertiente doctrinal que reconoce a la cooperativa como una categoría autónoma. No puede ser un ente con carácter societario por cuanto carece del ánimo de lucro en sentido estricto. Por otro lado, se niega que sean asociaciones, pues estas no alcanzan a englobar su contenido empresarial y además, por tener una serie de rasgos diferenciadores que delimitan su identidad, según Rodríguez Musa (2020). De modo que nos alejamos de las dos definiciones brindadas por las leyes mexicana y brasileña y pugnamos por una labor jurídica que reflexione sobre la admisión de un *tercer género*, como señala Cuesta (1981).

De hecho, en cuanto a su concepto, no se rescatan elementos sobresalientes de las legislaciones objeto de estudio; por ende, es necesario partir de una de las definiciones más aceptados por el sector, la contenida en la Recomendación 193 de la OIT y a su vez avalado por la ONU:

El término “cooperativa” designa una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común a través de una empresa de propiedad conjunta, y de gestión democrática.

Un aspecto que sí resulta diferente en ambas legislaciones es el tipo de personas de derecho que pueden conformar una cooperativa. En el caso

daria. Entre tanto en Brasil, su Cámara de diputados aprobó el 27 de noviembre de 2024 el proyecto de Ley 6606/19 para la Política Nacional de Economía Solidaria.

de México no se permite la participación de personas jurídicas como socios cooperativistas y precisamente este ha sido uno de los aspectos más señalados en ejercicios de *lege ferenda* que no se han podido materializar; de hecho, esta disposición legal establecida en el artículo 2o. de la LGSC limita el acceso de cooperativas a los créditos e inclusión financiera que ofrecen las Cooperativas de Ahorro y Préstamo, relegando a las cooperativas de producción y consumo a la banca tradicional. Si bien comprendemos el peligro que representa para el modelo cooperativo admitir personas jurídicas que pueden ser de tipo capitalista, la disposición del artículo 6o., fracción I de la LGC de Brasil es mucho más flexible al permitir “la admisión de personas jurídicas cuyo objeto sea el mismo o conexo de actividades económicas que las personas naturales o, incluso, las que no sean ganancia”.

3. Los principios de la entidad cooperativa

Los principios cooperativos fueron introducidos por la experiencia europea de la Sociedad Equitativa de los Pioneros de Rochdale en 1844. En ese sentido, son considerados como pautas de conducta para el cumplimiento de valores (Moreno Fontela, 2017) —conceptos de fondo ideológico que fijan la manera de actuar y pensar del individuo cooperativista y deducidos de sus propias experiencias prácticas (Souza De, 2017)— y que son indispensables en una legislación de este tipo como fuente obligatoria de interpretación y aplicación subsidiaria a la ley. Posteriormente, la ACI se ha dado a la tarea de sistematizar los principios universales del cooperativismo en tres versiones: 1937, en París Francia, que concluyó con la aceptación de un proyecto que consagraba siete principios; 1966, en Viena, Austria, con la aprobación de seis principios; 1995, con la Declaración de Identidad Cooperativa que tuvo lugar en un Congreso en Manchester, Inglaterra, y abordó siete principios en total, esta Declaración es el referente actual.

En relación con estos principios, ambas legislaciones analizadas presentan coincidencias y discrepancias con los reconocidos por la Declaración sobre Identidad Cooperativa de la ACI (1995) y que fueron retomados en la versión 2008 de la Ley Marco ACI-Américas:

I. Asociación voluntaria y abierta.

II. Control o administración democrática por parte de los socios.

Ambas legislaciones tienen una referencia genérica a este principio; pero, tal cual expondremos en líneas más adelante, del resto de las disposiciones jurídicas se desprende una inadecuada recepción de esta máxima de la gestión democrática.

III. Participación económica de los socios.

México en su LGSC, artículo 6o., fracción IV, señala la distribución de los rendimientos en proporción a la participación de los socios. Por su parte, la ley brasileña dispone la limitación del número de participaciones por cada miembro; sin embargo, puede darse el establecimiento de criterios de proporcionalidad (LGC, artículo 4o., fracción III) si esto favorece los objetivos sociales de la cooperativa.

IV. Autonomía e independencia.

Este cuarto principio es retomado en la Declaración de la ACI en el siguiente tenor:

Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, gestionadas por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa.

Tanto México (artículo 6o., fracción VII) como Brasil (artículo 4o., fracción IX) se limitan a señalar la neutralidad política e indiscriminación religiosa, racial y social. Como señala Martínez Charterina (2019) desde la génesis de la cooperativa de Rochdale hasta la reforma de dichos principios por la ACI en 1937, este cuarto principio se vinculó a la exigencia de neutralidad política e ideológica. No obstante, las adecuaciones que posteriormente realizó la ACI en sus subsecuentes versiones se alejan de este sentido y, de hecho, lo reafirma en su Plan para una Década Cooperativa (ACI, 2013) pues en el capítulo quinto retoma la relevancia de obtener capital fiable para las cooperativas al mismo tiempo que se garantice el control por parte de los socios. Por consiguiente, concluimos que el principio no se recupera oportunamente en tales legislaciones; nos sumamos a las voces de quienes han advertido

(Martínez Charterina, 2019 y Rojas Herrera, 2023) que en los países en desarrollo se ha dado un control y supervisión de los sectores tradicionales cooperativos más que un auténtico fomento y promoción en concordancia con el espíritu de este cuarto principio.

V. Educación, formación e información.

Brasil se refiere a la indivisibilidad del fondo de asistencia técnica educativa (LGC, artículo 4o., fracción VIII) y exige al menos el 5 % de los excedentes netos determinados en ejercicio (LGC, artículo 8o., fracción 2). México agrega además una “[...] educación en la economía solidaria” (LGSC, artículo 6o., fracción V); sin embargo, señala que la Asamblea General deberá disponer un porcentaje no inferior al 1 % de los excedentes netos del mes (LGSC, artículo 59).

VI. Colaboración/ cooperación entre cooperativas.

Integración cooperativa le llama la legislación mexicana en artículo 6º., fracción VI, LGSC.

VII. Preocupación/ interés por la comunidad.

Ninguna de las legislaciones hace alusión alguna a este principio.

Finalmente, es válido rescatar que México agrega como principio la *promoción de la cultura ecológica* (LGSC, artículo 7o., fracción VIII).

A partir de lo anterior se concluye que estas legislaciones no recuperan algunos de los principios universales decretados por la ACI; asimismo, si se analiza el resto de los articulados de ambas moradas legislativas se desprende, tal cual lo comprueba Rojas Herrera (2023), que algunos principios como la gestión democrática no se desarrollan adecuadamente. Por ejemplo, en Brasil se admiten para las cooperativas centrales, federaciones y confederaciones de cooperativas (con excepción de las de crédito) la posibilidad de optar por el criterio de proporcionalidad (LGC, artículo 4o., fracción V). México, por su parte, en las federaciones y Confederación Nacional de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo (SOCAP) el gerente general es asimilado a instancia de dirección y el voto de las cooperativas y federaciones afiliadas puede ser ponderado, en función incluso del capital (LGSC, artículo 78 bis 8 y bis 9).

4. *Flexibilidad del ordenamiento jurídico en los procesos de constitución de la sociedad cooperativa*

Las leyes mexicanas y brasileñas todavía presentan exigencias que continúan complejizando la constitución de las cooperativas, aunque ambas permiten la intervención de autoridades de los diferentes niveles de gobierno con el fin de acreditarlas (sección IV del capítulo I, LGC, Brasil) (artículo 12, párrafo *in fine*, LGSC, México), en la práctica esto no se proyecta. Se ha reiterado la necesidad de flexibilizar estos procesos, o al menos dar un tratamiento diferenciado a cooperativas con determinado fin social y que pretendan mantener un vínculo auténtico con las comunidades y sus territorios, por ejemplo, Brasil y el caso de las cooperativas escolares (LGC, artículo 19).

Si comparamos a la cooperativa con la sociedad por acciones simplificadas (SAS), por ejemplo, cuya relevancia se ha acrecentado y defendido en la última década pues es un reflejo de la llamada “sociedad unipersonal”, identificamos que una SAS, en México, se puede constituir en 24 horas, aproximadamente, a través de un procedimiento ágil en la página web de la Secretaría de Economía mexicana y sin intervención del Fedatario Público. El potencial transformador de la cooperativa como un modelo no capitalista también debe ser igualmente defendido en aras de trazar un procedimiento de constitución e inscripción mucho más ágil, sencillo, accesible y asequible para los interesados. En caso contrario, se ha demostrado que esto desincentiva a grupos y colectivos, con experiencias exitosas de ESS, a transitar hacia la formalidad bajo el esquema legal de una cooperativa (González Rivera, 2022).

Por ahora, ninguna de las dos legislaciones aporta en el cometido de flexibilizar estos procesos.

5. *Vigilancia e intervención de las autoridades para el buen funcionamiento de la cooperativa y una representación adecuada del sector*

Es importante destacar una de las causales de disolución de la sociedad cooperativa que regula la legislación brasileña “*por la interrupción de sus actividades por más de 120 días*” (LGC, artículo 63, fracción VII). En México no existe

dicha causal —el resto de supuestos son similares en ambas legislaciones— y en la práctica, una de las razones por las cuales el gobierno mexicano federal del anterior sexenio (2018-2024) —recientemente concluido al momento de presentar esta reflexión— ha argumentado, en diversos coloquios celebrados, un cierre de varios programas y convocatorias de financiamiento a las cooperativas se debe a la creación de “cooperativas fantasmas” que, a decir de las autoridades del Instituto Nacional de la Economía Social,⁶ solo buscan el recurso disponible pero sin llevar a cabo actividades en el marco de la Economía Social.

Aunque, México posee una disposición legal (LGSC, artículo 20) que atribuye una facultad de vigilancia e intervención de las dependencias locales o federales, en la práctica mexicana no se constata tal actividad; y es por ello que muchas cooperativas se han apartado de la lógica solidaria acercándose peligrosamente a la esencia capitalista mediante su corporativización. Resulta necesario incorporar disposiciones que orienten una supervisión adecuada de las cooperativas sin que ello implique una intervención estricta y estatal en detrimento de su autonomía.

La legislación brasileña corrobora que el poder público a través de la administración central de los órganos ejecutivos federales competentes por iniciativa propia o a requerimiento, intervendrán en la cooperativa por la suspensión de las actividades sociales durante 120 días consecutivos (artículo 93, fracción III).

Es decir, igual que Rodríguez Musa (2013) no somos partidarios de eliminar por completo instancias de fiscalización y promoción del sector; pues quienes alegan tal postura argumentan que no han funcionado adecuadamente por la corrupción y manipulación política. No obstante, dicho desmantelamiento traería como resultado lo que ha acontecido en México, es decir, un sector cooperativo en buena medida desunido —pero con recientes y constantes atisbos de lucha por seguir impulsando acciones— de modo

⁶ Vale destacar que esta es una forma de justificar el importante decremento presupuestal que ha sufrido ese órgano desconcentrado en la administración referida (2018-2024). En 2018, se registró una disminución con un presupuesto asignado de 629.4 millones de pesos (mdp); a diferencia de lo que la entidad recibía en 2012 —fecha de su creación— 2,446.9 millones de pesos (mdp) (CEFP, 2023).

que no hay condiciones objetivas para justificarlo. El Estado debe mantenerse activo por medio de entidades públicas y con amplia proyección local.

En cuanto a la representatividad e integración del movimiento cooperativo nacional, en México, los artículos 76 a 78 de la LGSC disponen la creación del Consejo Superior del Cooperativismo (CSC) cuya integración debe realizarse por las confederaciones nacionales e instituciones u organismos de asistencia técnica al cooperativismo; sin embargo, como parte de las lagunas legales de la propia ley, no se determina el número de confederaciones nacionales necesarias, la instancia gubernamental encargada de convocar y legitimar su constitución (Rojas Herrera, 2023). Por lo que refiere a Brasil, la representación del sector estará a cargo de la Organización de Cooperativas Brasileiras (OCB). La ley describe claramente sus funciones y, a su vez, determina que será un órgano técnico-consultivo del gobierno; estará constituida por entidades, una por cada Estado, Territorio y Distrito Federal (LGC, capítulo XVI).

En conclusión, resulta relevante la presencia de una real representación del sector con la capacidad y los medios para interactuar con los actores gubernamentales adecuados en aras de trazar la política pública normativa y operativa requerida. Igualmente, esto conllevaría una unidad orgánica que les permita definir un perfil a partir de la identidad colectiva construida por todos sus integrantes.

6. *¿Con o sin fines de lucro?*

México pareciera impregnar de lucro al ente cooperativo al considerarlo como una sociedad mercantil. De hecho, en las primeras leyes especiales del sector había una prohibición de lucro para las cooperativas, sin embargo, con la ley de 1994 se abandona ese criterio en el sentido de que no podían perseguir fines lucrativos. Mientras tanto en Brasil, su ley vigente destaca que será una actividad económica sin ánimo de lucro. Hay intensos debates en la doctrina en relación con este aspecto de la cooperativa y a continuación exponemos algunos criterios.

Desde un punto de vista más disciplinario enfatizamos que en la cooperativa se suprime la ganancia del socio capitalista ya que los trabajadores son a su vez dueños de la empresa; por consiguiente, no hay un lucro subjetivo

vo. Eso no demerita el hecho de que un emprendimiento cooperativo sí debe ser rentable y como declara Hagen (2013) citando a Münkner:

Cuando una entidad es o llegar a ser económicamente autosustentable, y cuando se dedica a actividades económicas o incluso constituye una empresa, debe producir un resultado positivo [...] esto no significa que el único objetivo de la actividad o empresa, deba ser la producción de un lucro en el sentido estricto de un beneficio capitalista. (p. 39)

El lucro debe ser entendido como un término económico que consiste en la obtención de una utilidad o ganancia por medio de la especulación, esta última se refiere a las variaciones en los precios de compra y venta. Por otro lado, según Dávalos Torres (2010) “la ganancia es el excedente que se obtiene de los ingresos sobre los egresos, es decir, las ganancias se obtienen cuando los ingresos por una actividad son mayores que los costos generados para realizarla” (p. 52).

De tal forma que la actividad cooperativa sí puede y debe desarrollar una actividad económica, el posible rendimiento obtenido es conocido como excedente en dicha materia, pero tiene el propósito de atender en forma *interna-no egoísta* las necesidades y deseos legítimos de la comunidad y sus asociados, y no con la intención de repartirlos de forma proporcional a la aportación de cada socio, pues incluso la distribución de excedentes en las leyes mexicana y brasileña atiende a pautas distintas según el tipo de cooperativa de que se trate.

Es decir, debemos diferenciar, como lo ha hecho la doctrina italiana, el lucro en sentido estricto, o como refiere Cámara Águila (2001) hay una diferencia entre un ánimo de lucro objetivo que refiere a la finalidad de una persona jurídica de obtener una ganancia y el ánimo de lucro subjetivo que conlleva la finalidad de los socios en participar en el reparto de las ganancias obtenidas por la sociedad.

Para Fici (2015), el fin de mutualidad es el que caracteriza a las cooperativas y debe ser diferenciado tanto del fin lucrativo como no lucrativo, aunque también asegura que, desde un punto de vista teórico, comparte atributos de ambos. En ese sentido, para él (Fici, 2015, p. 83) “las cooperativas están concebidas por ley como entidades que conducen una empresa en el interés

de sus socios como consumidores, proveedores o trabajadores de la misma empresa”.

A lo anterior se le identifica como fin de mutualidad y dicho aporte nos permite apaciguar la disyuntiva que existe en cuanto al lucro, no lucro o lucro objetivo y subjetivo, pues en la doctrina encontramos distintos discípulos de ruta de cada una de estas teorías. Ese fin de mutualidad conlleva, por un lado, beneficiar a los asociados y por otro, el desarrollo de una concreta actividad de empresa para lograr el primer objetivo; y oportunamente, algunas leyes cooperativas otorgan una denominación específica a esa “actividad” y la subordinan a una disciplina particular. En España, la legislación se refiere a “actividad cooperativizada”, en Italia, “relaciones mutualistas” y en América Latina, “acto cooperativo” (Fici, 2015).

7. El acto cooperativo

Establecer el adecuado alcance del acto cooperativo resulta medular para defender la autonomía científica de esta área del derecho. Sin lugar a duda, México nos ofrece una definición limitada al referir que dicho acto está relacionado con la organización y funcionamiento interno de las sociedades cooperativas (LGSC, artículo 5o.). Brasil, por su parte, amplía la concepción y contempla aquellos que se practican entre las cooperativas y sus socios y viceversa, además de las cooperativas entre sí cuando se asocian (LGC, artículo 79).

Este concepto brindado por la legislación brasileña es similar al regulado por el artículo 7o. de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina de la ACI para las Américas. Ciertamente estos actos “se hallan sometidos al Derecho Cooperativo con lo cual se deslinda la aplicación de otras figuras o normas jurídicas extrañas a la naturaleza cooperativa” (ACI, 2009).

8. Dedicarse a cualquier actividad económica lícita con el respaldo de acciones y programas de fomento

El artículo 8o. de la LGSC mexicana y el artículo 5o. de la LGC brasileña refieren que las cooperativas podrán adoptar cualquier tipo de servicio, operación o actividad económica lícita, sin embargo, es relevante que esta disposición no se convierta en “letra muerta” como sucede en muchos paí-

ses de América Latina, por ejemplo, en México. El propio sector cooperativista ha indicado, en varias intervenciones públicas, que al momento no se han podido crear cooperativas fuertes en materia de salud, agroalimentarias y energéticas.

En cuanto al fomento y financiamiento identificamos que Brasil llegó a contar con un Banco Nacional de Crédito Cooperativo creado con la Ley 1412 de 1952; lamentablemente después de varias reestructuraciones fue extinguido por la Ley 8029 de 1990; este banco mantenía líneas específicas de crédito para las cooperativas según su naturaleza y objeto social, con interés moderado y adecuado sistema de garantías.

En el caso de las cooperativas de crédito brasileñas se registra que, tanto el Consejo Monetario Nacional como el Banco Central de Brasil, han implementado varias medidas con el objeto de promover el desarrollo de este tipo de cooperativas (BCB, 2019). Por su parte, la Ley complementaria 161/2018 autoriza a las cooperativas de crédito a captar depósitos de los municipios, sus órganos y dependencias, y las empresas bajo su control. A diferencia de México, país en el cual; a partir de nuestra participación en el Centro Internacional de Investigación y Documentación de la Economía Pública, Social y Cooperativa (CIRIEC-México); hemos registrado algunas experiencias en las cuales las cooperativas se organizan para destinar cierto porcentaje de sus excedentes con el propósito de constituir fondos y posteriormente brindar financiamiento a las de su propio grupo dado el limitado acceso que cooperativas pequeñas tienen al crédito en la banca tradicional.

9. Mecanismos alternos de solución de controversias

Rescatable es que México contemple en su ley una Comisión de Conciliación y Arbitraje (artículo 16, fracción XI). Recordemos que estos métodos alternos de solución de controversias (masc) son instrumentos que evitan litigios prolongados y costosos que pueden perturbar las relaciones de confianza y solidaridad imperantes en las figuras cooperativas, y privilegia soluciones objetivas y económicamente ventajosas.

V. Conclusiones

Ciertamente, existe heterogeneidad entre los ordenamientos jurídicos cooperativos tal y como se logró evidenciar en el caso específico de México y Brasil, a estas diferencias habría que agregar las disputas políticas y económicas que caracterizan a nuestras naciones latinoamericanas; sin embargo, también este estudio pudo demostrar que hay elementos comunes y líneas de tendencia que se pueden rescatar para un esfuerzo unificador, respetando contextos y factores endógenos que caracterizan a la economía social y solidaria y sus diferentes formas asociativas en la región de América Latina.

Vale mencionar que los aportes que hemos destacado son solo algunos de los elementos de la teoría del derecho cooperativo que un esfuerzo armonizador y unificador transnacional debe contemplar. Recordemos que una Ley Modelo sirve como orientación a los legisladores nacionales y estos pueden disponer total o parcialmente de su contenido a efectos de proyectarlo en una ley nacional; si en el ámbito del derecho mercantil internacional la comunidad empresarial internacional ha sido capaz de organizarse y crear una legislación de *soft law* con observancia y aplicación mundial que responde a sus prácticas y usos, ciertamente el sector cooperativo tiene la capacidad para emprender tales esfuerzos y de hecho este estudio ha destacado algunos ya registrados a lo largo de las últimas décadas.

Por consiguiente, a partir de la identificación de aspectos positivos y otros negativos de las legislaciones domésticas en un *diálogo vertical*, y por supuesto revisando los esfuerzos internacionales y regionales que ya se han registrado en distintas latitudes en materia de derecho cooperativo en un “diálogo de fuentes horizontal”; consideramos que devendría en una propuesta de Ley Modelo que persuadiría a los Estados a reformar y modernizar sus leyes para incorporar las últimas tendencias en la materia.

En cuanto a los coordinadores de este esfuerzo, claramente ya existen espacios transnacionales en los cuales se discute la importancia de un marco normativo cooperativo, verbigracia, la OIT. Aunque sus bases constitutivas determinan que sus proposiciones deben revestir la forma de convenios internacionales o recomendaciones, por lo que esta labor puede estar nuevamente a cargo de ACI-Américas; dada su naturaleza privada es relevante la influencia e intercambio con otros organismos como la OIT y el Grupo

de Trabajo Interinstitucional de las Naciones Unidas sobre Economía Social y Solidaria (ESS), pues las actualizaciones que se han hecho a la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina han estado orientados por los trabajos de la OIT (Recomendación 193) y la ONU misma (Resolución A/56/73 E/2001/68 sobre la creación de un entorno favorable para el desarrollo de las cooperativas).

Armonizar la legislación cooperativa tiene un impacto no solo meramente legal, sino que también permitiría visibilizar el sector, y a su vez, coadyuvar para la autonomía científica y didáctica de un auténtico derecho cooperativo. Son todavía pocos los juristas interesados en el estudio de esta parcela del derecho, y por ende, en la actualidad, las reflexiones realizadas por el operador jurídico en relación con los aspectos legales del cooperativismo se llevan a cabo desde la tradición del derecho mercantil y civil. Diversas parcelas jurídicas como el derecho ambiental o derecho informático atravesaron desafíos de distintas índoles para alcanzar una autonomía científica y didáctica, pero al final han logrado defender un objeto, sujeto y método propio que encasillan su razonamiento de forma independiente al resto de áreas de la ciencia jurídica.

Un marco legal general para las entidades cooperativas que sea eficaz y actual puede favorecer el desarrollo posterior de legislación especial de corte nacional que regule a los diferentes tipos cooperativos en cada país, y a su vez, otras normas de fomento al sector. Por supuesto, estas normas de fomento se deben diseñar a lo interno de cada país atendiendo a su política económica y social.

Finalmente, creemos que se debe continuar con el relevamiento del *status* de la legislación del resto de países de la región, teniendo en cuenta las demandas y necesidades presentes del movimiento cooperativo. Con este aporte escrito nos sumamos a los esfuerzos de promover el desarrollo del derecho cooperativo regional desde la perspectiva y esfuerzos comparatistas, destacando los puntos de coincidencia y convergencia para proveer una guía acerca de las pautas homogéneas que se consideran idóneas para legislar sobre aspectos sustantivos de la cooperativa en la región latinoamericana.

VI. Referencias

- Alianza Cooperativa Internacional [ACI]. (1995). Declaración sobre la identidad cooperativa. <https://ica.coop/es/cooperativas/identidad-alianza-cooperativa-internacional>
- Alianza Cooperativa Internacional [ACI]. (2013). Plan para una Década Cooperativa. <https://ica.coop/sites/default/files/2023-08/Blueprint%20for%20a%20Co-operative%20Decade%20-%20Spanish.pdf>
- Alianza Cooperativa Internacional [ACI]. (2020). *Mapeo Cooperativo: Datos estadísticos. Informe Nacional Brasil*. Alianza Cooperativa Internacional y Cooperativas de las Américas.
- Alianza Cooperativa Internacional para las Américas [ACI]. (2009). *Ley Marco para las Cooperativas de América Latina*. San José: ACI. <https://repositorio.coomewa.com.co/server/api/core/bitstreams/e55261a2-b340-4df3-ac98-3622b01965ca/content>
- Álvarez Rodríguez, J. F. (2017). Economía social y solidaria en el territorio: significantes y co-construcción de políticas públicas. Pontificia Universidad Javeriana.
- Alves Soares, E. (2020). *Análisis del marco legal cooperativo dentro del Convenio ICA-UE*. São Paulo: Cooperativas de las Américas. Región de la Alianza Cooperativa Internacional.
- Banco Central do Brasil [BCB]. (2019). Panorama do Sistema Nacional de Crédito Cooperativo. https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/coopcredpanorama/panorama_cooperativas_sncc_2019.pdf
- Bouchard, M. J., Marcuello Servós, C., y Álvarez Rodríguez, J. (2024). *Economía social y solidaria y género. Una mirada desde Iberoamérica*. OIBESCOOP, CIRIEC Internacional. CIRIEC España, Ministerio del trabajo y economía social España.
- Cabrera Ramírez, A. K. (2015). Trascendencia de las cooperativas en México: Análisis documental del impacto socioeconómico en comunidades rurales. *Strategy, Technology & Society*, 1(1), 104-120.
- Cámara Águila, M. (2001). El ánimo de lucro en las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. *Revista de Propiedad Intelectual* (9), 9-28.

- Centro de Estudio de Finanzas Públicas (CEFP). (2023). *Nota informativa “Recursos Federales para la Economía Social y Solidaria”*. Cámara de Diputados LXV Legislatura. <https://www.cefp.gob.mx/publicaciones/nota/2023/notacefp0822023.pdf>
- Chaves Ávila, R., Monzón Campos, J., Pérez de Uralde, J. y Radrigán, M. (2013). La economía social en clave internacional, cuantificación, reconocimiento institucional y visibilidad social en Europa, Iberoamérica y Norte de África. *REVESEO*, (112), 122-150. http://dx.doi.org/10.5209/rev_REVE.2013.v112.43069
- Chaves, R. y Monzón, J. (2012). Beyond the crisis: the social economy, prop of a new model of sustainable economic development. *Service Bussines*, (6), 5-26. DOI 10.1007/s11628-011-0125-7
- Cobos, J. A. (1950). Aspectos del movimiento cooperativo en México. *Investigación Económica*, 10(3), 361-363.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social [CONEVAL] (2021). *Resultados de la Pobreza en México 2020 a nivel nacional y por entidades federativas*. CONEVAL. https://www.coneval.org.mx/coordinacion/entidades/Paginas/Informes_Pobreza_Evaluacion_2020.aspx
- Cracogna, D. (2009). Nueva versión de la Ley Marco para las cooperativas de América Latina. *CIRIEC*, (20), 1-18.
- Cuesta, E. (1981). Naturaleza jurídica de las cooperativas. *Revista de Idelcoop*, 8(31), 1-11.
- Dávalos Torres, M. S. (2010). *Manual de Introducción al Derecho Mercantil*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Defourny, J. (1992). Orígenes, contextos y funciones de un tercer gran sector. En J. L. Monzón, y J. Defourny (Eds.), *Economía social. Entre economía capitalista y economía pública* (pp. 79-104). CIRIEC-España.
- Ferrante, A. (2016). Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica. *Revista Chilena Derecho*, 43(2). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000200010>
- Fici, A. (2015). La función social de las cooperativas: notas de derecho comparado. *REVESEO. Revista de Estudios Cooperativos*, 117, 77-98. https://doi.org/10.5209/rev_REVE.2015.v117.48146
- Fritz-Krockow, B. (1986). Evaluación del cooperativismo mexicano. *Comercio Exterior*, 36(9), 789-796.

- Gaiger, L. I. (2019). La lucha por el marco legal de la economía solidaria en Brasil: déficit republicano y ethos movimentalista. *Revista Cultura Económica*, (97), 65-88.
- García Jiménez, M. (2010). La necesaria armonización internacional del derecho cooperativo: caso español. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, (102), 79-108. <https://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/view/REVE1010330079A>
- García Müller, A. (2022). *Enciclopedia de Derecho Cooperativo, Mutual y de la Economía Social y Solidaria*. CIRIEC Colombia.
- González Rivera, T. V. (2022). El asociacionismo difuso en el territorio: Entre la formalidad e informalidad de los entes de la economía social en México. *Cooperativismo & Desarrollo*, 30(122), 1-32. <https://doi.org/10.16925/2382-4220.2022.01.08>
- González Rivera, T. V. y Martínez Regino, R. (2021). La eficacia de los derechos humanos a través del enfoque de la economía social y solidaria. *Revista de Estudios Empresariales. Segunda Época* (1), 6-27.
- Guridi Aldanondo, L. y Pérez de Mendiguren, J. C. (2016). La Economía social y solidaria, las capacidades colectivas y el desarrollo humano local. En C. Puig (Ed.), *Economía social y solidaria: conceptos, prácticas y políticas públicas* (pp. 171-184). Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibertsitatea.
- Hagen, H. (2013). *Orientaciones para la legislación cooperativa*. Organización Internacional del Trabajo.
- Hintze, S. (2003). Estado y políticas públicas: acerca de la especificidad de la gestión de políticas públicas para la economía social y solidaria. *Sociedad, Estado y Administración Pública* (pp. 1-14). Biblioteca Virtual TOP.
- Instituto Brasileño de Geografía y Estadística [IBGE] (2022). *Censo Demográfico 2022*, IBGE, Brasil. <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>
- Instituto Brasileño de Geografía y Estadística [IBGE] (2022). *Síntesis de indicadores sociales*. IBGE, Brasil. <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/indicadores.html?localidade=BR&tema=1>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía [INEGI] (2020). *Resultado Censo Población y Vivienda 2020*. INEGI, México. https://www.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825198060.pdf

- Izquierdo Muciño, M. (2012). Comentarios en torno a las sociedades cooperativas en México. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* (46), 53-64.
- Izquierdo Muciño, M. (2021). Agrupación entre cooperativas en México a través de sus leyes. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, (59), 21-49.
- Laville, J. (2015). *Asociarse para el bien común, Tercer sector, economía social y economía solidaria*. Icaria Antrazyt.
- Lerner, P. (2004). Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (111), 919-966.
- Martínez Charterina, A. (2019). El principio de autonomía e independencia de las cooperativas desde una perspectiva histórica y doctrinal. *Deusto Estudios Cooperativos*, (13) 19-28.
- Mochi Alemán, P. (2019). La agricultura familiar y la economía social: dos conceptos y prácticas compatibles. En P. O. Mochi, A. Camhaji Samra, A. Acosta Long, G. Belletti *et al.* (Eds.), *Otras economías, otros desarrollos: Agricultura familiar y economía social* (pp. 19-37). Foro consultivo científico y tecnológico A. C.
- Monasterios, C. S. y Srnec, C. (2010). *La co-construcción de políticas públicas innovadoras en torno a la economía social*. Universidad de Buenos Aires.
- Morán, G. (2002). El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico. *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidade da Coruña*, (6), 501-530.
- Moreno Fontela, J. L. (2017). Las relaciones entre los valores y principios cooperativos y los principios de la normativa jurídica. *Revista de Estudios Cooperativos* (124), 114-127. <https://doi.org/10.5209/REVE.54923>
- Pérez de Mendiguren Castresana, J. C., Etxezarreta Etxarri, E. y Guridi Aldanondo, L. (2009). *Economía social, empresa social y economía solidaria*. REAS Euskadi.
- Polanyi, K. (2017). *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez Musa, O. (2013). La autonomía cooperativa y su expresión jurídica . Una aproximación crítica a su actual implementación legal en Cuba. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, (47), 129-155.

- Rodríguez Musa, O. (2020). La asesoría jurídica en pos de la identidad cooperativa. Potenciales contribuciones a las cooperativas no agropecuarias cubanas. *Deusto Estudios Cooperativos* (15), 59-85. <https://doi.org/10.18543/dec-15-2020pp59-85>
- Rojas Herrera, J. J. (2016). Reflexiones generales en torno al significado y alcances del reconocimiento constitucional de la existencia del sector social de la economía mexicana en el contexto del sector cooperativo. *Relaciones*, 146, 251-281.
- Rojas Herrera, J. J. (2020). *Políticas públicas de fomento a las cooperativas e instituciones relacionadas al sector en México*. CEPAL.
- Rojas Herrera, J. J. (2023). Evaluación del grado de adopción de los principios cooperativos en la legislación mexicana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(165), 285-313. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.165.18613>
- Rojas Herrera, J. J. y Rojas Herrera, M. (2016). Co-construcción de políticas públicas de fomento cooperativo en el Distrito Federal: 2000-2015. *Argumentos UAM Xochimilco*, (80), 125-151.
- Schujman, M. (2018). Historia del derecho cooperativo. En M. Schujman, D. Aparicio Meira, y R. Chavez Guaido (Coords.), *Coleção Direito e Cooperativismo* (pp. 21-29). Juruá.
- Souza, L. de (2017). *Cooperativas de Crédito. Regulação do CMN e os valores cooperativos*. Juruá Editora.
- Stock, M. (2012). Economía solidaria en Brasil: Historia y actualidad. *Cuadernos Electrónicos Iberoamericanos*, 1-8.
- Teixeira, T. C. y Soler Domingo, A. (2002). La conformación del cooperativismo en Brasil: tendencias y desafíos en el Siglo XXI. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, (43), 205-226.
- Universidad Autónoma de Guerrero [UAGRO] (2020, noviembre 25). Estructura curricular global de la Maestría en Economía Social. <http://mecnomicasocial.uagro.mx/inicio/index.php/estructura-por-semestre>
- Valko, L. (1969). El nuevo derecho cooperativo de Brasil. *Estudios cooperativos*, (17), 43-58.
- Watkins W. (1986). *Cooperative Principles, today and tomorrow*. Holyoake Books.

Cómo citar

IIJ-UNAM

González Rivera, Tatiana Vanessa y Nagao Menezes, Daniel Francisco, “Estudio comparado de la legislación cooperativa México-Brasil. Aprendizajes para la armonización del derecho cooperativo latinoamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 153-185. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19477>

APA

González Rivera, T. V. y Nagao Menezes, D. F. (2024). Estudio comparado de la legislación cooperativa México-Brasil. Aprendizajes para la armonización del derecho cooperativo latinoamericano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 153-185. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19477>

El recurso indirecto en el contencioso-administrativo español y francés: entre legalidad y seguridad

Indirect claims in spanish and french administrative litigation: Between rule of law and security

Pedro **Harris Moya**



<https://orcid.org/0000-0002-4361-1739>

Universidad Autónoma de Chile. Chile

Correo electrónico: pedro.harris@uautonoma.cl

Recepción: 17 de enero de 2024 | **Aceptación:** 1 de octubre de 2024

Publicación: 11 de diciembre de 2010

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.18856>

Resumen: El objetivo de este artículo es comparar cómo los recursos indirectos del derecho administrativo francés y español han articulado los principios de seguridad y legalidad a través del método dogmático. La primera parte de la investigación, analiza la fase de control. Por no condicionar el recurso a la existencia de un reglamento, y adoptar una comprensión amplia de los vicios, se aprecia la prevalencia que el derecho francés le otorga a la legalidad en este ámbito, lo que se invierte en España, a favor de la seguridad, por una concepción más estricta del acto revisado y de sus irregularidades. La segunda parte de este artículo, estudia la sanción aplicable una vez verificada la ilegalidad. Por extender la competencia jurisdiccional para inaplicar los actos impugnados, y consagrar mecanismos para anular los actos inaplicados, se observa la prevalencia de la legalidad en España, lo que se invierte en Francia en pos de la seguridad, por una concepción más estricta de tal competencia y dichas vías anulatorias.

Estas diferencias permiten concluir la existencia de distintas variantes de recursos indirectos, una circunstancia de utilidad a nivel comparado, especialmente en ordenamientos carentes de una interpretación afianzada del ejercicio de estos reclamos.

Palabras claves: contencioso-administrativo; acciones administrativas; recurso indirecto.

Abstract: This paper aims to compare how indirect claims have articulated the principles of legal security and the rule of law in French and Spanish administrative law, through the dogmatic method. The first part of this research analyzes the control perspective. By not conditioning the claim to an existing regulation and adopting a broader understanding of the in-

curred defects, this research concludes that French Law prioritizes legal control. In contrast, Spain emphasizes security due to a more rigorous examination of the acts and their irregularities. The second part of this article studies the sanction applicable once the illegality is verified. By extending the jurisdictional competence (which would encompass non-specialised tribunals) and establishing mechanisms to annul the disregarded acts, it is plausible to assert that Spain prioritises legality. In France, this perspective is reversed in favour of security because of a strict understanding of that competence and the absence of nullifying mechanisms.

These differences allow us to conclude the existence of different variants of indirect claims, a useful circumstance at a comparative level, especially in regulations lacking a consolidated interpretation in the exercise of these claims.

Keywords: administrative litigation; administrative claims; indirect claims.

Sumario: I. Introducción. II. La prevalencia de los principios en el control de la legalidad. III. La prevalencia de los principios en la sanción de la ilegalidad. IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. Introducción

La materialización del principio de impugnabilidad de los actos de la administración no siempre es susceptible de admitir una misma extensión, lo que varía, entre otras razones, de acuerdo con la clase de actuación administrativa que se trate de impugnar. Aunque las formas de actuación de la administración puedan atender a criterios diversos (como su propia naturaleza material o formal), uno de los principales aspectos considerados para estos efectos ha sido determinar si el fundamento de la ilegalidad de sus actos se ha originado de su aplicación, o con anterioridad a ello. Esto ha motivado la distinción de actuaciones únicamente susceptibles de ser recurridas a través de un recurso directo, dentro de los plazos de caducidad que hayan sido previstos en cada caso, y aquellas que pueden también ser impugnadas por una vía indirecta, una vez transcurrido el plazo para dirigir el recurso directo en su contra.

El establecimiento de vías impugnatorias indirectas en el contencioso-administrativo resulta justificado en atención a la complejidad que la revisión de ciertas actuaciones formales de la administración puede revestir, asimismo, a las diferencias que presentaría el juzgamiento de su ilegalidad. En efecto, por una parte, la atención a la complejidad de tales actuaciones resulta com-

previsible si se considera que, en determinados supuestos, la densidad del contenido de la actividad administrativa impide conocer oportunamente todos los aspectos susceptibles de producir una afectación, dentro del plazo de caducidad de acciones (Boquera, 1999, p. 23). Por otro lado, las dificultades del juzgamiento de la ilegalidad son apreciables si se atiende a que la verificación de un vicio de ilegalidad no siempre es observable de manera directa, de requerirse una aplicación que concrete una o más de sus lecturas, lo que motiva a la consagración de tales vías impugnatorias en el derecho español y francés.

En efecto, la procedencia del recurso indirecto en el contencioso-administrativo español ha tenido lugar desde la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870.¹ Posteriormente, fue regulado en la Ley del 27 de diciembre de 1956, relativa a la jurisdicción contenciosa-administrativa,² bajo una forma de compromiso en atención a las restricciones que impondría al ejercicio de recursos directos en contra de los reglamentos que hubieren sido dictados por la administración central —que, como se verá, constituyen en el derecho administrativo español la única fuente susceptible de controlarse a través de este mecanismo impugnatorio—, al haberse restringido la legitimación activa únicamente a determinadas instituciones (artículo 28 núm. 1 letra b); una circunstancia que, si bien limitaría el ejercicio de recursos anulatorios directos ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, en nada afectaría en rigor a su inaplicación de resultar contrarios a derecho.

Sin embargo, sólo sería posteriormente que las principales características de este mecanismo impugnatorio resultarían apreciables, una vez dictada la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa, que, sin perjuicio de extender la legitimación para ejercer el recurso directo contra los reglamentos de la administración central, previa-

¹ Conforme al artículo 7o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, “No podrán los Jueces, Magistrados y Tribunales [...] 1. Aplicar los reglamentos generales, provinciales ó locales, ni otras disposiciones de cualquiera clase que sean que estén en desacuerdo con las leyes”.

² Según al artículo 39, núm. 2, de la ley referida, la impugnación de las disposiciones generales que dictare la administración del Estado “[t]ambién será admisible la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformó a Derecho”.

mente restringida, reiteraría que “[a]demás de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho” (artículo 26, núm. 1), estableciendo ciertos aspectos inexistentes en la Ley del 27 de diciembre de 1956, referida a aquella jurisdicción administrativa, que precisarían los efectos que se seguirían de la inaplicación de tales actuaciones, vinculando consecuencias anulatorias relativas a las disposiciones que fueran inaplicadas (Meilán y García, 1996, p. 137).

El ejercicio de recursos indirectos constituye también un modalidad impugnatoria tradicional en el derecho francés, a pesar de no ser objeto de una consagración positiva similar a aquella vigente en España, como resultado de las particularidades que estructuran su contencioso-administrativo que, a diferencia del caso español, no sólo son puramente legislativas, sino también, y sobre todo, jurisprudenciales. En concreto, consiste en una reclamación susceptible de ejercerse por la vía de una *excepción de ilegalidad* que, contrario a lo que podría pensarse, no resulta en rigor asimilable a una defensa en el proceso —como podría deducirse de su calificación—, sino a una forma de contestación indirecta del acto de la administración, susceptible de invocarse en el recurso que origina el proceso contencioso, lo cual justifica ciertas críticas en contra de la denominación del referido mecanismo (Seiller, 1996, p. 20).³

Aunque de manera inorgánica, el ejercicio de estas contestaciones indirectas de ilegalidad ha sido observado por la doctrina francesa desde el siglo XVIII (Seiller, 1996, p. 228). Sin embargo, no sería sino hasta inicios del siglo XX que ellas serían conceptualizadas por parte del Consejo de Estado francés. Esto encuentra sus primeras manifestaciones en las sentencias *Avezard* y *Poulin*, de 1902 y 1908, respectivamente, las que si bien rechazarían el ejercicio de los recursos por haber expirado el plazo de impugnación, recordarían al recurrente la posibilidad de impugnar los actos de aplicación que fueran dictados por la administración, en razón del carácter general de las actuaciones recurridas. El desarrollo posterior de tal criterio confor-

³ En un sentido similar, con relación a la noción española, se ha destacado “[l]o inapropiado de la denominación «recurso indirecto contra reglamentos», ya que el objeto del proceso y la pretensión se limitan al acto aplicativo impugnado, de modo que el reglamento no se «recurr[e], ni siquiera de manera indirecta»” (Casar, 2021, p. 190).

maría una jurisprudencia constante, al constituir una de las formas habituales de impugnación de los actos de la administración en el derecho francés, sin perjuicio de ser aún objeto de un desarrollo jurisprudencial en evolución —como se verá—.

En apariencia, la circunstancia de que tanto el derecho español como el francés consagren recursos indirectos en contra de ciertas actuaciones de la administración, debe ser interpretado como un aspecto favorable a la legalidad, en razón de hacerse abstracción del término en que inicialmente debió recurrirse el acto que hubiere causado una afectación, lo que en rigor no es siempre aceptado en el derecho comparado, al observarse modelos estructurados en torno a impugnaciones directas.⁴ No obstante, como es fácilmente comprensible, esta ausencia de plazo en el ejercicio del recurso —unida a los efectos que se seguirían de la inaplicación de actuaciones generales y permanentes— ha sido la circunstancia que, precisamente, ha resultado susceptible de restringir a su valor en oposición: la seguridad, prevalente en otros ordenamientos, ya que tradicionalmente se invoca la aplicación de ambos en el control jurisdiccional de la administración.

En efecto, por una parte, tanto los principios de legalidad como de seguridad jurídica han sido consagrados positivamente en el derecho español, conforme al artículo 9o., núm. 3, de la Constitución Española de 1978. Esto ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional como una disposición que impone a los poderes públicos un deber de articular su contenido, al no constituir compartimentos estancos, adquiriendo, por el contrario, cada uno de ellos valor en función de los demás principios (Sentencia del Tribunal Constitucional español 27/1981). Por otro lado, pese a que dichos valores carezcan de una jerarquía como la referida en el derecho francés, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵ las impone como fuentes constantemente armonizadas, ya que son susceptibles de modular las soluciones de los litigios que conoce por la vía de una excepción de ilegalidad, en ausencia de texto

⁴ Así lo ha sostenido un sector de la doctrina en el derecho chileno. Véase a Carmona (2001, p. 56). El desarrollo del recurso indirecto en el derecho francés y español constituye, por tanto, un elemento de valor en la eventual elaboración futura del referido mecanismo.

⁵ Sentencia del Consejo de Estado de 1936, Arrigui; Sentencia del Consejo de Estado de 1989, Nicolo. Véase en tal sentido la Ley constitucional núm. 2008-724, del 23 de julio de 2008.

expreso en la legislación, al deducirse de su función, o bien, al adoptar la forma de un principio general.⁶

Una constatación como la referida justifica el objetivo de esta investigación, destinada a comparar la manera en que el contencioso-administrativo español y francés compatibilizan los principios de legalidad y de seguridad en el ejercicio de recursos indirectos. Para ello, es necesario diferenciar las características que estructuran el control de la legalidad de los actos administrativos aplicados, frente a aquellas referidas a la sanción por la ilegalidad en que la administración incurriere. Como se verá, conforme a esta distinción formal, será posible observar que, mientras que el derecho francés favorece la legalidad en el control del acto que fundamenta la reclamación, en detrimento de la seguridad, el derecho español restringe la aplicación del primer principio a favor del segundo. Constatado lo anterior, podrá apreciarse, posteriormente, la inversión de los principios ya referidos, una vez verificada la ilegalidad del acto de la administración frente a la sanción aplicable.

II. La prevalencia de los principios en el control de la legalidad

La extensión del control jurisdiccional en ejercicio de un recurso indirecto no depende únicamente del concepto de acto administrativo de aplicación que se siga, sino también —y sobre todo— del acto de la administración que se hubiere aplicado en cada caso, así como de los vicios de ilegalidad susceptibles de ser invocados frente a aquel. Los principales aspectos en los que se observa la prevalencia de la seguridad y de la legalidad en ejercicio de estas impugnaciones, en el derecho español y francés, deriva de tales ámbitos, si se considera, por un lado, los actos que fundan la reclamación en estos ordenamientos, y, por otro, las condiciones requeridas para que la ilegalidad provocada frente a aquel sea invocable en su contra.

⁶ Véanse, entre otras, la Sentencia del Consejo de Estado de 1950, Dame Lamotte; Sentencia del Consejo de Estado de 2006, KPMG. En el mismo sentido, la Sentencia del Consejo Constitucional francés de 2013, núm. 2013-682.

1. *La opción del derecho español a favor de la seguridad*

Dos aspectos caracterizan la opción del derecho español a favor de la seguridad en un recurso indirecto, en contraste con la prevalencia de la legalidad en Francia: la restricción del acto controlado y de los vicios de ilegalidad, invocados por el recurrente.

A. La restricción del acto controlado

Una de las principales características del recurso indirecto en el derecho administrativo español se vincula con la adopción de un control jerárquico de las fuentes que han sido aplicadas por la administración. Tal es el resultado de la institución, al ser destinada a verificar la juridicidad de una fuente específica, como lo son los reglamentos administrativos, que la propia doctrina española ha caracterizado tradicionalmente por la presencia de ciertas notas singulares: por un lado, su generalidad (al carecer de un destinatario específico, siendo destinado a todo quien se encontrare en una determinada situación); y, por el otro, su integración en el ordenamiento jurídico, que los autores han asociado usualmente con una innovación unida a su ánimo de permanencia (García y Fernández, 2017, p. 86).

La exigibilidad de tales notas características en el ejercicio de un recurso indirecto ha tenido un fundamento textual expreso en el artículo 7o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870. Tal precepto dispone que “[n]o podrán los Jueces, Magistrados y Tribunales: 1o. Aplicar los reglamentos generales, provinciales ó locales ni otras disposiciones de cualquiera clase que sean que estén en desacuerdo con las leyes”, lo que actualmente se ha consagrado de manera implícita en el artículo 26, núm. 1, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, sobre la jurisdicción contenciosa-administrativa. Dicho artículo establece que “[a]demás de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho”.⁷ Todo ello justifica un ámbito de aplicación condicionado

⁷ La referencia a las disposiciones para aludir a la reglamentación sería también consagrada en el artículo 39 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción con-

por las actuaciones formales susceptibles de reunir las características afirmadas por los autores.

En efecto, como ha sostenido Ruíz (2022), en España sólo “la incorporación *ex novo* en el ordenamiento jurídico como parte integrante del mismo, es la nota diferenciadora esencial entre ambas actuaciones de las Administraciones Públicas, actos administrativos masa y disposiciones generales” (p. 148).⁸ Esto supone condicionar la procedencia del recurso indirecto a la concurrencia de una actuación singular que aplica una actuación que reúna ambos aspectos. Como es comprensible, ello ha originado limitaciones de ejercicio, ya sea si la actuación impugnada es en sí misma una disposición general, vinculada a otra de igual naturaleza —como suele suceder en el planeamiento urbanístico (Oreiro, 2012, p. 527)—⁹, ya porque la ilegalidad del acto administrativo en cuestión remonta a otro acto de iguales características (y no a una disposición general). Si se considera que lo anterior supone proteger la seguridad frente a toda actuación que no sea plenamente caracterizada tanto por su generalidad como por su abstracción (Ruiz, 2022, p. 148), podrá apreciarse una restricción extensiva también a los vicios controlados.

B. La restricción de los vicios controlados

Paralelamente, la jurisprudencia contenciosa-administrativa en España no ha sido indiferente a la naturaleza de las irregularidades de forma o procedimiento susceptibles de afectar la validez de los reglamentos, al haber condicionado los argumentos de la irregularidad que sea invocable en el proceso.

tenciosa-administrativa, pues, tras señalar que “[l]as disposiciones de carácter general que dictaren la Administración del Estado, así como las Entidades locales y las Corporaciones e Instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, una vez aprobadas definitivamente en vía administrativa” (núm. 1), afirmará que “[t]ambién será admisible la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conforme a Derecho” (núm. 2).

⁸ En contra: Rebollo (2017, p. 226).

⁹ Sin perjuicio de que la doctrina constata también una posición liberal en materia urbanística, se ha destacado la dificultad de extender esta solución más allá del ámbito urbanístico, en atención a la redacción del artículo 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, sobre la jurisdicción contenciosa-administrativa, que requiere una “aplicación”. Véase Guardia (2021).

Conforme a este condicionamiento, se ha resuelto que los vicios de forma o procedimiento sólo podrían fundar el ejercicio de un recurso directo en su contra, mas no de aquel indirecto, con ocasión de la impugnación de uno o más de sus actos de aplicación —no siendo operativas tampoco de desarrollarse un control consecuencial, como se verá (Descalzo, 2021, p. 443)—. Así, y pese a haber sido objeto de reiterados cuestionamientos por la doctrina (González-Pérez, 1976, p. 345 y ss.), sólo las irregularidades o vicios de fondo o sustantivos son susceptibles de fundar el ejercicio de un recurso indirecto en el derecho español. Con ello, se manifiesta una segunda opción favorable a la seguridad jurídica, más tradicional y rigurosa que aquella sostenida en Francia frente a este mismo tipo de irregularidades, como se verá.

Esta restricción se apoya en distintos argumentos que han sido defendidos por autores españoles, en relación con ciertos aspectos del control jurisdiccional que caracteriza el ejercicio de un recurso indirecto en aquel ordenamiento, ya sea en función de una interpretación teleológica o bien literal de este mecanismo impugnatorio. Por ejemplo, mientras que Teso (2019) afirma que “[e]n el recurso indirecto lo procedente es cuestionar los preceptos que prestan cobertura al acto impugnado indirectamente, de modo que no alcanza a los defectos formales” (p. 76), otros autores observan que el artículo 21, núm. 1, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, “refiere el planteamiento de la cuestión de ilegalidad a los casos en que el juez o tribunal dicta sentencia estimatoria por considerar ilegal el *contenido* de la disposición general aplicada” (Tornos, 2019, p. 132).

La situación ya referida resulta tanto o más importante si se considera que, la ausencia de invocabilidad de irregularidades de forma, impugnables por otras vías en ejercicio de recursos indirectos, no suele condicionarse a un grado de severidad menor en la configuración del vicio de ilegalidad en cuestión. Así se descarta, por consiguiente, la invocación de cualquier aspecto procedimental de que se trate, por aparente u ostensible que sea, distinto a la inexistencia o ausencia de tramitación del procedimiento administrativo de dictación, o bien, a la intervención de un órgano de la administración manifiestamente incompetente (al tratarse de irregularidades propias de un supuesto de nulidad de pleno derecho, y no de simple anulabilidad

del acto, que por ello se sujetan en el derecho español a un régimen de ineficacia agravado).¹⁰

Pese a que cada uno de estos elementos constituyan aspectos consolidados en España, son también características que se separan de otros modelos, como se observa de la consagración de este mecanismo en Francia, que pondera de modo diverso los principios de legalidad y de seguridad analizados con ocasión de este control.

2. La opción del derecho francés a favor de la legalidad

A diferencia del derecho español, el control jurisdiccional en ejercicio de un recurso indirecto en Francia limita la seguridad, a favor de la legalidad, como se aprecia de la interpretación general sobre la extensión de actos y vicios controlados en tales impugnaciones.

A. La extensión del acto controlado

No es difícil observar que, en el derecho francés, la caracterización de los actos de la administración, susceptibles de fundar y servir de criterio de la legalidad de las actuaciones impugnadas, se distancie de las reglamentaciones referidas en España. Primero, debido a que la propia noción de *reglamento* ha sido definida con una mayor extensión en aquel país (que no suele imponer la integración en el ordenamiento jurídico para afirmar su conceptualización, bastando únicamente que la actuación formal carezca de destinatarios individuales,¹¹ lo que origina un mayor ámbito de aplicación de la institución analizada). Y, segundo, ya que, para efectos del ejercicio de un recurso indirecto en el contencioso-administrativo, han sido aceptadas también otras categorías de actuaciones administrativas carentes de destinatarios generales, no poseyendo por consiguiente naturaleza reglamentaria alguna.

¹⁰ Véase el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; Tesso (2019, p. 76).

¹¹ Morand-Déville (2017, p. 402). Véanse también Truchet (2017, p. 247) y Chapus (2001, p. 526).

Sin perjuicio de su aplicación en materia de reparación de daños (Chapus, 2001, p. 692), el principal ámbito en el que es posible observar esta extensión del derecho francés, frente al español, se produce bajo la teoría de las operaciones complejas. Dicha teoría caracteriza decisiones administrativas finales, sólo susceptibles de producirse tras la dictación de sucesivas decisiones previas por parte de la administración. Estas resultan diferenciables conceptualmente de actuaciones de mero trámite no recurribles de manera directa —que, por dicha razón, no inician por sí mismas el plazo de impugnación—, que en Francia y España han de recurrirse una vez dictado el acto administrativo terminal¹² (Descalzo, 2021, p. 459), tratándose, antes bien, de supuestos en los cuales la actividad formal de la administración sí era en rigor susceptible de impugnación directa (Chapus, 2001, p. 692).

En efecto, para el Consejo de Estado francés, el que las decisiones finales constituyan la culminación de un procedimiento conformado por la adopción de decisiones sucesivas justifica que la ilegalidad de cualquiera de estas sea invocable también frente a aquellas, que habrán de interpretarse como actividades de aplicación, pese a que poseyeran en principio la misma jerarquía o, lo que es igual, no resulten en rigor de reglamentos o *disposiciones* aplicadas (Chapus, 2001, p. 692). Esto suele ocurrir, por ejemplo, en la tramitación de procedimientos administrativos expropiatorios —al haberse estimado que la ilegalidad de la declaratoria de utilidad pública, pese a ser firme, puede ser invocada en contra del acto que determina los inmuebles a expropiar (Sentencia del Consejo de Estado de 1951, *Lavandier*)— o para controlar la legalidad de concursos con ocasión del nombramiento de un funcionario (Sentencia del Consejo de Estado de 1917, *Perrens*).

Tal desaparición de una relación jerárquica como fundamento y parámetro de control de la legalidad reduce las exigencias de procedencia de este recurso indirecto en el contencioso-administrativo, lo que demuestra, de manera paralela, la escasa relevancia que posee la calificación de la actuación formal que sea aplicada en Francia, pues, tenga ésta o no una naturaleza propiamente reglamentaria (y se vincule o no dicha naturaleza a una innovación en el ordenamiento con ánimo de permanencia), la actividad formal precedente podrá ser invocada por el recurrente en una reclamación dirigida

¹² Véase también Chapus (2001, p. 600 y ss.).

en contra de la actuación que la aplica, tanto para efectos de evitar su extemporaneidad, por ausencia de plazo, como para constatar sus vicios.

B. La extensión de los vicios controlados

En detrimento de la seguridad, es posible observar, por último, la mayor extensión de los vicios de ilegalidad susceptibles de ser invocados en Francia. Al menos si se considera que en este país las irregularidades susceptibles de ser reclamadas por el actor, en ejercicio de un recurso indirecto, no habían sido restringidas, sino únicamente condicionadas en contenciosos específicos, por la aplicación de disposiciones legales expresas.¹³ Particularmente, este era el caso de la dictación de determinadas autorizaciones administrativas de urbanismo, ámbito en el cual el ejercicio de un recurso indirecto, fundado en vicio de forma o procedimiento de ciertos planos o documentos, únicamente era susceptible de invocarse en contra de las actividades de aplicación (como lo son los permisos de construcción) dentro de un plazo de seis meses a contar que aquellos habían producido sus consecuencias o efectos.¹⁴

Cierto, una solución como la ya referida ha sufrido una modificación relevante con posterioridad a la Sentencia del Consejo de Estado Francés del 18 de mayo de 2018, *CFDT Finanzas*, en la cual dicha magistratura resolvería que, si bien todo vicio de ilegalidad de un reglamento podía ser objeto de impugnación, aquellos de forma o procedimiento sólo podían entenderse fundar el ejercicio de un recurso directo contra tales actos. De haberse interpuesto, por lo tanto, son inadmisibles para fundar una reclamación indirecta en la especie (en aplicación de una excepción de ilegalidad, e incluso, de un recurso en contra del rechazo a la solicitud de invalidación de éste). Sin embargo, se trata de un criterio que presenta diferencias relevantes con el tratamiento aplicable a estas irregularidades en el derecho español.

En efecto, aunque al igual que en España, la adopción de este criterio de solución jurisprudencial haya originado interpretaciones contrapuestas

¹³ Con excepción de ciertas autorizaciones en materia de urbanismo, que tradicionalmente no han sido calificadas como actos de aplicación. Véase Chapuis, (2001, p. 686).

¹⁴ Véase el artículo L. 600-1 del Código del Urbanismo. Algunos autores integran dentro de la excepción a los artículos L. 121-15 del Código del Medio Ambiente y L. 233-87-8 del Código General de las Colectividades Territoriales. Véase Gohin y Poulet (2020, p. 336).

en su aceptación por la doctrina (Costa, 2020, p. 42), los autores han observado restricciones particulares que alejan su aplicación de la solución consagrada en aquel país, tanto en atención a los actos administrativos que han sido afectados por esta lectura del Consejo de Estado —que alcanzaría sólo a los reglamentos administrativos y no a otros actos susceptibles de ser objeto de un recurso indirecto en el derecho francés—,¹⁵ como por los vicios excluidos de este recurso —que en ningún caso alcanzarían a la incompetencia, al no constituir un vicio de forma en Francia (Costa, 2020, pp. 44-45)—.¹⁶

Si bien todos los elementos anteriormente descritos permiten apreciar un control jurisdiccional más extenso en el derecho francés —que favorece la legalidad en detrimento de la seguridad—, se trata de una apreciación que se invierte una vez sancionada la ilegalidad de la actividad administrativa de la que se hubiere reclamado de manera indirecta, ámbito en el cual el derecho francés limita la legalidad a favor de la seguridad, a diferencia de lo que ocurre en el derecho español.

III. La prevalencia de los principios en la sanción de la ilegalidad

Una vez apreciado un vicio en la actuación impugnada (como resultado de la ilegalidad de la que adolecía la base del acto recurrido), la articulación de los principios de legalidad y de seguridad no desaparece del ejercicio de un recurso indirecto en su contra, persistiendo, con relación a la competencia jurisdiccional para inaplicar y determinar la conservación de la actuación formal de la administración que fundamenta la ilegalidad en cuestión. Ha sido en estos ámbitos en que el contencioso-administrativo francés y español, alterando

¹⁵ Como lo son los actos no reglamentarios ya referidos, y aquellos que la jurisdicción administrativa no entiende encasillar en ninguna de dichas categorías (Chapus, 2001, p. 524).

¹⁶ Con anterioridad a esta jurisprudencia, véase: Chapus (2001, p. 689). Artículo L. 122-1-2 del Código del urbanismo. Pese a lo anterior, la ausencia de todo procedimiento corresponde actualmente a una hipótesis agravada en el derecho español, por ser susceptible de invocarse, lo que no ha sido previsto de manera explícita tras el giro del Consejo de Estado francés.

las manifestaciones de la seguridad y de la legalidad ya observadas, consagran nuevamente aplicaciones opuestas.

1. *La opción del derecho francés a favor de la seguridad*

Dos aspectos caracterizan la opción del derecho francés a favor de la seguridad en un recurso indirecto, por contraste con la prevalencia de la legalidad en España: la restricción de la competencia judicial y la conservación de la reglamentación aplicada.

A. La restricción de la competencia judicial

En el ejercicio de un recurso indirecto en Francia, una primera manifestación de la seguridad, al sancionar la ilegalidad de un acto, puede observarse de la extensión de la competencia del tribunal. Para apreciarlo, bastará considerar que la actividad reglamentaria de la administración es susceptible de servir de base, tanto al juzgamiento de causas sujetas a la competencia de los tribunales administrativos, como de aquellos pertenecientes al orden judicial. Esta es la razón por la cual, teóricamente al menos, tanto la jurisdicción especializada como aquella que carece de dicha naturaleza podría resultar competente para conocer dichas reclamaciones. A pesar de lo anterior, el derecho francés limita la legalidad bajo una lectura según la cual sólo los tribunales administrativos son en principio competentes para inaplicar tales actos.

Dicha interpretación encuentra su origen en la Sentencia del Tribunal de Conflictos francés de 1923, *Septfonds*, según la cual sólo compete al tribunal judicial la interpretación de la legalidad de las reglamentaciones que hubieren sido dictadas por la administración, mas en ningún caso el desarrollo de su control indirecto a través de la interpretación o inaplicación de los actos individuales —excepción hecha en materia penal (artículos 111-15 del Código Penal) y por aplicación del derecho convencional europeo (Sentencia del Tribunal de Conflictos de 1998, núm. 03084; Sentencia del Tribunal de Conflictos de 2000, núm. 3227)—, so pena de infringir el principio de separación de autoridades administrativas y judiciales, que prohíbe a estas obstaculizar “de cualquier manera que sea, las operaciones del cuerpo administrativo” (Ley

del 16-24 de agosto, 1790), circunstancia que caracteriza un principio de valor fundamental (Decisión del Consejo Constitucional de 1987, núm. 86-224).¹⁷

Se trata de una limitación de competencia de los tribunales judiciales que se materializa en dicho país a través del régimen de renvío de cuestiones prejudiciales (inaplicable en el derecho español¹⁸), que impone a los tribunales no administrativos el deber de remitir la solución de este aspecto a la jurisdicción especializada, pudiendo sólo pronunciarse de manera directa en el supuesto de existir una *jurisprudencia bien establecida* por parte de los tribunales administrativos franceses (Sentencia del Tribunal de Conflictos de 2011, C3828; Sentencia del Tribunal de Conflictos de 2011, C3841) —hipótesis que, por razones de economía procedimental, haría improcedente tal reenvío—. Una vez operada la cuestión prejudicial, y por aplicación de las reglas generales en ejercicio de estas impugnaciones, la seguridad impondrá juzgar sólo la ilegalidad del acto de aplicación, y no de aquel aplicado, lo que pone de manifiesto una nueva concreción de este principio.

B. La restricción de la ineficacia

Una segunda manifestación de la seguridad en Francia, al sancionar la ilegalidad en este contencioso-administrativo, consiste en restringir las consecuencias o los efectos de la declaración de nulidad de las actuaciones que hubieran sido declaradas ilegales. En efecto, desde la aceptación de esta reclamación por el Consejo de Estado francés (Sentencia del Consejo de Estado de 1904, *Dubois de Bellejame*; Sentencia del Consejo de Estado de 1905, *Dellaye*), se impide que la revisión de las actuaciones de la administración pudiera acarrear la declaración de ilegalidad del reglamento u otro acto que sirve de base al control (y que constituye, en rigor, la actividad en la cual la Administración

¹⁷ No debe considerarse, para estos efectos, la inaplicación de actos por los tribunales judiciales, como resultado de una jurisprudencia administrativa establecida, en atención al reenvío que dicha institución supone a la competencia de los tribunales administrativos (Sentencia del Tribunal de Conflictos de 2011, C3828).

¹⁸ Ruiz (2022) afirma que “hubiera sido aconsejable configurar el carácter prejudicial de la cuestión de ilegalidad. Al no hacerlo así, y mantener la situación jurídica derivada de la sentencia firme estimatoria, se están alterando las reglas de competencia de los órganos jurisdiccionales, que integran el denominado orden público procesal, y se está, como consecuencia de ello, afectando el principio de seguridad jurídica, y a la propia legalidad” (p. 146).

ha incurrido en ilegalidad), lo cual afecta sólo la validez de sus actos de aplicación (Broyelle, 2017, p. 111). Así, y aunque la declaración de ilegalidad del acto de aplicación no sea indiferente frente al órgano que hubiese dictado el acto aplicado —que deberá proceder a su retiro o modificación (Sentencia del Tribunal de Conflictos de 1958, *Ponard*)—, la sanción de ilegalidad pronunciada por el tribunal no podrá declarar su ineficacia de manera directa.

En principio, esta limitación de los efectos del ejercicio de un recurso indirecto se funda en la extensión de lo solicitado o pedido por el interesado al tribunal, en ejercicio de este mecanismo impugnatorio. Al menos si se considera que aquel únicamente puede invocar en la especie la ilegalidad de una actuación formal para evitar su aplicabilidad en concreto; por lo que no puede, en cambio, requerir la anulación del acto previo de la administración, en razón de haber transcurrido ya el plazo de interposición del recurso en su contra. De aquí entonces que, si el tribunal administrativo no declarase tan sólo la ineficacia del acto de aplicación, sino también la de aquel que fuera aplicado por el órgano (y que le sirve de base o fundamento legal), la sentencia estaría incurriendo en un vicio de *ultra petita*, que resulta anulable (Seiller, 1996, p. 599).

No obstante lo anterior, y más allá de estas razones, como se verá, tal restricción a la efectividad del ejercicio de un recurso indirecto en Francia debe también entenderse como una exigencia de seguridad impuesta para hacer abstracción del tiempo en que debió haberse producido la revisión de la legalidad del acto aplicado. Para evitar las distorsiones que la extensión del tiempo sería susceptible de producir frente a aquel principio (Blanco, 2019, p. 542), la doctrina francesa entiende que el tribunal tan sólo pueda pronunciarse sobre la legalidad del acto de aplicación, y jamás del acto aplicado, que habrá de pervivir como una fuente que rige la actividad administrativa, al continuar siendo su declaración de ilegalidad una competencia de la administración activa (Sentencia del Consejo de Estado de 1989, *Alitalia*) —con lo que puede de esta forma ser o no objeto de otras reclamaciones indirectas de no producirse su retiro—.

Como se verá, tales aspectos del derecho administrativo francés, fundados en la seguridad, tienen una solución diversa en el ejercicio de recursos indirectos en España, que favorece la legalidad ya referida en cada uno de los ámbitos recién mencionados.

2. La opción del derecho español a favor de la legalidad

A diferencia del derecho francés, el control jurisdiccional bajo el ejercicio de un recurso indirecto en España limita la seguridad, a favor de la legalidad, como se aprecia de la extensión de la competencia judicial y la anulación subsiguiente de la reglamentación aplicada.

A. La extensión de la competencia judicial

La solución francesa, favorable a la exclusividad de la competencia de los tribunales administrativos para sancionar la ilegalidad en reclamaciones indirectas, carece de igual severidad en España, como se observa de la posición afirmada por la doctrina y jurisprudencia, según la cual todo tribunal de justicia —y no únicamente aquellos que poseen una competencia propiamente contenciosa-administrativa— tendrían atribuciones para conocer de la inaplicabilidad de los reglamentos en un proceso contencioso. Esta interpretación encontraría una importante defensa en la lectura que ha sido sostenida por autores como Casar (2021, p. 190), Oubiña (2021, p. 877) o Doménech (2001), al afirmar que “[e]l que los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sean los únicos competentes para conocer de recursos directos contra normas reglamentarias y anularlas, no quiere decir que ostenten el monopolio de inaplicarlas” (p. 83), lo que reitera una posición sostenida por García (1970, p. 15).

En el ejercicio de recursos indirectos en el derecho administrativo español, diferentes razones apoyan una interpretación en tal sentido. Por una parte, esta es la solución que puede observarse de la consagración de disposiciones, ya sean expresas —como ocurre conforme al artículo 6o. de la Ley española 6/1985, orgánica del Poder Judicial, al disponer que “[l]os Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”— o tácitas —como resulta en rigor del artículo 9o., núm. 3, de la Constitución Española, según el cual “[l]a Constitución garantiza el principio de [...] jerarquía normativa”— (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Co-

munidad Valenciana de 8 de junio de 1995).¹⁹ Por otra, puede entenderse inherente a la afirmación tradicional de ciertos principios de interpretación normativa, como el principio *lex superior derogat legi inferior* (Doménech, 2021, p. 83).

Asimismo, razones prácticas refuerzan también el ejercicio del control de la legalidad de los reglamentos por parte de tribunales españoles, que carecen de una competencia expresa en la materia. En especial si se considera que, aunque el derecho español se aproxima al francés en la consagración de reenvíos contenciosos, se separa de éste al consagrar su aplicación una vez constatada la ilegalidad del reglamento que hubiera sido aplicado por la administración (y no antes, como aquel), con la finalidad de *depurar* el ordenamiento jurídico de reglamentaciones ilegales, de tratarse de un órgano diverso al Tribunal Supremo y de aquel competente para juzgar la ilegalidad directa,²⁰ como se verá. La inexistencia de este mecanismo prejudicial, de manera forzosa, habrá de llevar a que los tribunales no administrativos deban ser, por excepción, competentes para inaplicar las disposiciones estimadas ilegales, con la finalidad de impedir su aplicación.

B. La extensión de la ineficacia

La prevalencia de la legalidad ya observada se refuerza, por último, en relación con la extensión de las competencias anulatorias en España que, por contraste con el derecho administrativo francés, no sólo podrán incidir en el acto de aplicación, lo que puede extenderse también a aquel que ha sido aplicado. Este ha sido el resultado de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que detallaría de manera más precisa los efectos consecutivos a una sentencia estimatoria del recurso indirecto —en contraste con el existente bajo la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y la Ley 27/1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (Boquera, 1999, p. 25)—,²¹ para así

¹⁹ Como se cita en Doménech (2001, p. 84).

²⁰ Artículo 27, núm. 2 y 3 del artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

²¹ Véase también González-Pérez (1999, p. 234).

erradicar la confusión reinante en la teoría jurídica y en la práctica judicial sobre los efectos del recurso indirecto, confusión generadora de situaciones de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta, dependiendo del criterio de cada órgano judicial y a falta de una instancia unificadora, muchas veces inexistente. (Meilán y García, 2011, p. 137)

Desde entonces, la regulación de tales aspectos en España supondría diferencias relevantes con el derecho francés, al consagrar la competencia judicial para anular el reglamento aplicado por la administración, tanto en el mismo proceso como en uno posterior al que fuera reclamada su aplicación. En efecto, conforme al artículo 27, núm. 2, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, si

el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.

Esto, sin perjuicio del reenvío por parte de éste a aquel que fuere competente, a través de una cuestión de ilegalidad (inexistente en Francia), en el supuesto de incompetencia del juez o tribunal para conocer de la impugnación de la disposición.

En principio, todas estas extensiones de la legalidad en el derecho español bien podrían suponer efectos significativos para la seguridad, si se considera la inestabilidad de la que podrían adolecer los actos de la administración que han dado aplicación a las normas de coberturas anuladas como resultado de un recurso indirecto, en especial, por la ausencia de plazo. Ha sido en este aspecto que la legislación española, al resolver los cuestionamientos persistentes en el derecho administrativo francés, “simboliza la presencia de la seguridad jurídica en la regulación de los efectos de las disposiciones generales anuladas, cuando determina qué sucede con aquellas situaciones nacidas al amparo de una norma reglamentaria” (Teso, 2019, p. 81), lo que impide una retroactividad plena en el ejercicio de estos reclamos (al otorgar estabili-

dad por regla general a todo acto o sentencia que hubiere aplicado las reglamentaciones, con excepción del ámbito sancionador).²²

IV. Conclusiones

La articulación de la legalidad y de la seguridad, inherente a la modulación de la extensión de un plazo de caducidad, constituye sólo un aspecto propio de un recurso directo. Esto no es apreciable en contenciosos-administrativos que admiten la interposición de aquellos indirectos, al exceptuar la exigencia de oportunidad en su interposición, tradicionalmente manifestada mediante la forma de un presupuesto procesal que condiciona el derecho al recurso. La resistencia en torno a la aceptación de estas impugnaciones en el derecho comparado, por la afectación a la seguridad jurídica que podrían suponer, justifica el interés de examinar la forma en que el derecho administrativo español y francés articulan dicho principio con la legalidad.

En efecto, el contencioso-administrativo en España y Francia caracteriza la opción de un modelo de impugnación de actos de la administración que no sólo admite la interposición de recursos directos, sino también de aquellos indirectos. Contrario a lo que podría pensarse, sin embargo, se trata de una consagración que no resulta plenamente asimilable, por lo que es posible apreciar la diversidad de formas en que cada uno de estos ordenamientos ha compatibilizado la vigencia de los principios de legalidad y de seguridad en ejercicio de impugnaciones contenciosas indirectas. Tal circunstancia nos obliga a distinguir, por una parte, la forma en que se controla la legalidad del acto y, por la otra, aquella en que se sanciona las ilegalidades controladas.

La primera articulación de los principios referidos en ejercicio de un recurso indirecto, se observa en materia de control de los actos de la administración. Al menos, si se considera que el derecho francés favorece en este ámbito una aplicación más extensa de la legalidad, susceptible de ser invocada en el proceso contencioso administrativo, tanto por disociar la excepción de ilegalidad de la dictación de reglamentos (admitiéndose actuaciones que care-

²² Artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

cen de abstracción y de ánimo general de permanencia), como por admitir una concepción más amplia de los vicios de ilegalidad invocables. Aspectos todos ellos que se limitan en España a favor de la seguridad.

Una vez controlado el acto de la administración, sin embargo, una articulación inversa de los principios analizados en esta investigación se observa en los países referidos, con ocasión de la sanción, al prevalecer en el derecho español la protección de la legalidad, tanto por extender la competencia judicial para inaplicar reglamentos ilegales —estimando la doctrina que en general esta calificación es competencia de cualquier tribunal, y no sólo de aquellos contenciosos administrativos—, como por consagrar mecanismos anulatorios de los reglamentos inaplicados, lo que es un aspecto inexistente en el derecho francés, más favorable a la seguridad, tras la verificación de ilegalidades trascendentes en el proceso.

V. Referencias

- Blanco, F. (2019). *Contentieux administratif*. Presses Universitaires de France.
- Boquera Oliver, J. (1999). La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de reglamentos. *Revista de Administración Pública*, (149), 23-36. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/242361999149023.pdf>
- Broyelle, C. (2017). *Contentieux administratif*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Carmona Santander, C. (2001). Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control. *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, 1(3), 5-80.
- Casar Furió, M. E. (2021). La cuestión de ilegalidad en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. En L. M. García Lozano (Coord.), *La Ley de jurisdicción contencioso-administrativa: sus cuestiones más actuales* (pp. 185-196). Thomson Reuters Aranzadi.
- Chapus, R. (2001a). *Droit administratif général; Tome 1* (15a. ed.). Montchrestien.
- Chapus, R. (2001b). *Droit du contentieux administratif* (9a. ed.). Montchrestien.
- Descalzo González, A. (2021). Objeto del recurso contencioso administrativo. En A. Palomar Olmeda (Dir.), *Tratado de la jurisdicción contencioso-administrati-*

- va; Tomo I: Parte general. *Los procedimientos contencioso-administrativo* (4a. ed.; pp. 275-320). Thomson Reuters Aranzadi.
- Doménech Pascual, G. (2001). La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales. *Revista de Administración Pública*, (155), 59-106. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17537.pdf>
- García de Enterría, E. (1970). *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2017). *Curso de derecho administrativo; Tomo I*. Thomson Reuters Aranzadi; Civitas.
- Gohin, O. y Poulet, F. (2020). *Contentieux administratif* (10a. ed.). LexisNexis.
- González-Pérez, J. (1976). Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios de procedimiento de elaboración de disposiciones generales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (9), 345-348.
- González-Pérez, J. (1999). Evolución de la legislación contencioso-administrativa. *Revista de Administración Pública*, (150), 209-237. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17466.pdf>
- Guardia Hernández, J. J. (2021). Una propuesta de reforma del recurso indirecto contra disposiciones generales. En F. López Ramón y J. Valero Torrijos (Coords.), *20 años de la ley de lo contencioso-administrativo; Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 8-9 de febrero de 2019* (pp. 191-201). Instituto Nacional de Administración Pública. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7069334&orden=0&info=link>
- Martín Mateo, R. y Díez Sánchez, J. J. (2012). *Manual de derecho administrativo* (29a. ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Meilán Gil, J. L. y García Pérez, M. (2011). La justicia administrativa en España. *Revista de Derecho*, 12(1), 123-148. <https://revistas.udelpe.edu.pe/derecho/article/view/1554>
- Morand-Déville, J., Bourdon, P., y Poulet, F. (2017). *Droit administratif*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Rebollo Puis, M. (2017). *La potestad reglamentaria*. En M. Rebollo Puis y D. J. Vera Jurado (Dirs.), *Derecho administrativo* (pp. 223-266). Tecnos.
- Ruiz Risueño, F. (2022). *El proceso contencioso-administrativo* (12a. ed.). Thomson Reuters Aranzadi.

- Seiller, B. (1996). *L'exception d'illégalité des actes administratifs* (Tesis de Doctorado). Universidad de París II.
- Oubiña Barbolla, S. (2021). La cuestión de ilegalidad. En A. Palomar Olmeda (Dir.), *Tratado de la jurisdicción contencioso-administrativa; Tomo II: Recursos, ejecución de sentencias y disposiciones comunes* (4a. ed.; pp. 961-1007). Thomson Reuters Aranzadi.
- Oreiro Romar, J. A. (2012). La impugnación indirecta de los instrumentos de planeamiento urbanístico: la eliminación del derecho al recurso. *Revista Gallega de Administración Pública*, (44), 527-540. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4565097/2.pdf>
- Teso Gamella, M. P. (2019). La impugnación de los reglamentos: los efectos de la declaración de nulidad. *Revista de Administración Pública*, (210), 69-90. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/38888rap21003teso-gamella.pdf>
- Tornos Mas, J. (2019). La nulidad de normas por vicios procedimentales; la necesidad de nuevos planteamientos jurisprudenciales y normativos. *Revista de Administración Pública*, (210), 123-136. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/38890rap21005tornos-mas.pdf>
- Truchet, D. (2017). *Droit administratif*. Presses Universitaires de France.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Harris Moya, Pedro, “El recurso indirecto en el contencioso-administrativo español y francés: entre legalidad y seguridad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 187-209. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.18856>

APA

Harris Moya, P. (2024). El recurso indirecto en el contencioso-administrativo español y francés: entre legalidad y seguridad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 187-209. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.18856>

La debida diligencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Due diligence in the Inter-American Human Rights System

Diego Alejandro **Sánchez Cárdenas**

 <https://orcid.org/0000-0002-6941-6878>

Universidad Católica de Santa María. Perú

Correo electrónico: dsanchezc@ucsm.edu.pe

Mariagrazia Hilda **Cáceres Montes**

 <https://orcid.org/0009-0000-8113-8703>

Universidad Católica de Santa María. Perú

Correo electrónico: mariagrazia.caceres@ucsm.edu.pe

Luis Fabian **Paredes Romero**

 <https://orcid.org/0009-0005-1964-6391>

Universidad Católica de Santa María. Perú

Correo electrónico: luis.paredes@ucsm.edu.pe

Recepción: 29 de julio de 2024 | **Aceptación:** 16 de noviembre de 2024

Publicación: 11 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19390>

Resumen: La debida diligencia ha ganado importancia en el derecho interamericano de derechos humanos y se ha convertido en un importante estándar para garantizar que los Estados cumplan con sus obligaciones convencionales de defender y proteger los derechos humanos. El propósito de este análisis es aclarar un concepto destinado a proporcionar estándares precisos y consistentes a nivel interamericano para ayudar a los Estados a cumplir con sus responsabilidades en la prevención, investigación y castigo de violaciones de derechos humanos. La falta de normas uniformes en el derecho internacional de los derechos humanos genera una situación de inseguridad jurídica, y dificulta la comprensión e implementación del alcance de estas obligaciones. Sobre esta base, el propósito del presente trabajo es definir el deber de cuidado

a través de un análisis comparativo y sistemático de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros similares, aplicando un enfoque analítico y dogmático. Este artículo considera la relevancia y el potencial de armonizar estándares para mejorar la seguridad jurídica en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De igual manera, se considerarán las implicaciones prácticas y regulatorias para los Estados, y se considerarán definiciones precisas que permitan reducir las incertidumbres jurídicas en la protección de los derechos humanos y, en definitiva, aumentar la coherencia regulatoria.

Palabras clave: debida diligencia; derechos humanos; derecho internacional; Corte IDH; TEDH; deber de garantía; gestión de riesgos; SIDH.

Abstract: Due diligence has gained significance in Inter-American human rights law, becoming an essential standard to ensure that States meet their conventional obligations to defend and protect human rights. The purpose of this analysis is to clarify a concept aimed at providing precise and consistent standards at the Inter-American level to assist States in fulfilling their responsibilities for the prevention, investigation, and punishment of human rights violations. The lack of uniform standards in International Human Rights Law generates legal uncertainty, complicating the understanding and implementation of the scope of these obligations. Based on this, the purpose of this study is to define the duty of care through a comparative and systematic analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and similar bodies, applying an analytical and dogmatic approach. This article examines the relevance and potential for harmonizing standards to enhance legal certainty within the Inter-American Human Rights System. Similarly, it considers the practical and regulatory implications for States and explores precise definitions that may reduce legal uncertainties in human rights protection and, ultimately, increase regulatory coherence.

Keywords: due diligence; human rights; international law; IACHR; ECHR; guarantee obligation; risk management.

Sumario: I. Introducción. II. Estrategia de análisis. III. Desarrollo.
IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. Introducción

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el concepto de debida diligencia plantea diversos desafíos teóricos y prácticos que dificultan su comprensión y aplicación coherente. A pesar de su importancia para la determinación de responsabilidad internacional, su alcance y contenido siguen siendo vagos y requieren aclaración para evitar una situación de incertidumbre jurídica y errores en su implementación por parte de los Estados.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), esta falencia ha dado lugar a decisiones variables, dependiendo de las circunstancias

de cada caso, lo que genera inseguridad jurídica y complica la adecuada comprensión y aplicación de las obligaciones estatales.

Por tanto, la pregunta central es ¿Cómo debe entenderse y aplicarse la debida diligencia en el SIDH, considerando su impacto en la responsabilidad estatal frente a violaciones de derechos humanos cometidas por actores no estatales? El problema subyacente radica en que, si bien los Estados tienen la obligación de garantizar los derechos humanos, la interpretación de lo que constituye una acción prudente no está suficientemente clara bajo el estándar de la debida diligencia.

Como resultado, los Estados enfrentan la carga de tomar medidas activas y efectivas para prevenir, investigar y castigar las violaciones de derechos humanos, aunque esta carga no sea excesiva. Se propone un enfoque clave para comprender el concepto de debida diligencia en un contexto más amplio y abordar la necesidad de armonizar los estándares interpretativos para permitir a los países cumplir más eficazmente con sus obligaciones internacionales.

Así, se busca definir mejor este concepto y ofrecer una interpretación consistente que refuerce la seguridad jurídica en la región. El argumento central sostiene que, la debida diligencia, es una norma de conducta que debe ser entendida como un enfoque regulatorio que no sólo obliga a los Estados a adoptar acciones regulatorias, sino que también garantiza su efectividad en la práctica.

En primer sentido, se explorará como se dio la implementación del concepto de debida diligencia en el derecho internacional público, para que, en segundo lugar, se analice su implementación en el derecho interamericano de los derechos humanos como una técnica regulatoria y un estándar de comportamiento. Finalmente, se propondrán algunos criterios que permitan evaluar el grado de cumplimiento de la debida diligencia por parte de los Estados.

La falta de claridad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y otros organismos internacionales contribuye a una comprensión fragmentada de este concepto, en lugar de permitir una aplicación consistente. Por ello, es esencial contar con definiciones precisas en cualquier situación.

Este trabajo pretende contribuir a la literatura existente, proporcionando una interpretación coherente que permita a los Estados cumplir efectivamente con sus responsabilidades en materia de derechos humanos, conforme a los estándares internacionales.

II. Estrategia de análisis

Es evidente que, la indeterminación del concepto de *debida diligencia* se debe, en gran medida, a la falta de un estándar preciso en la jurisprudencia de la Corte IDH. Consecuentemente, resulta necesario recurrir a la variada jurisprudencia que dicho tribunal ha emitido para poder identificar puntos en común. Esto implica un estudio sistemático de su jurisprudencia, complementado por la doctrina especializada.

No obstante, incluso con una vasta jurisprudencia, será necesario recurrir a otros organismos supranacionales que emitan decisiones o fallos en materia de derechos humanos. Esto se debe a que existen algunas cuestiones, aunque abordadas por el SIDH, no se desarrollan con la misma claridad que en otros sistemas. Por tanto, los pronunciamientos de estos organismos contribuirán a profundizar y esclarecer el concepto.

En la misma línea, se recurrirá con frecuencia a las aportaciones de diversas diferentes fuentes del derecho internacional público, especialmente a la jurisprudencia de tribunales arbitrales históricos, los cuales ya han hecho referencia al concepto en cuestión.

III. Desarrollo

1. *La debida diligencia de los Estados*

La *debida diligencia* —también denominada *diligencia debida* o *due diligence*— es un aspecto integrante del derecho internacional de los derechos humanos que aún no ha sido determinado de manera clara y precisa. Por el contrario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a través de sus pronunciamientos jurisprudenciales, parece adoptar un concepto de debi-

da diligencia según de la naturaleza de cada caso contencioso que llega a su instancia.

El término al que hacemos referencia deriva del latín *debita diligentia*, y tiene sus bases en el derecho civil clásico, en el que se estableció un estándar de cuidado que una persona debe cumplir razonablemente con el objetivo de evitar daños en contra de una persona, o sobre su propiedad. Dado que el análisis se enfoca en el derecho internacional de los derechos humanos, es necesario identificar cuándo y cómo lo acuñó el derecho internacional público.

Respecto a lo mencionado, podemos identificar la adopción del concepto en la rama referida a partir de las normas que regulan el derecho de neutralidad, contempladas en el Tratado de Washington. Estas fueron consideradas por el tribunal arbitral que dio solución al caso *Alabama Claims Arbitration* — que enfrentó a los Estados Unidos con el Reino Unido por el presunto incumplimiento de las obligaciones de neutralidad de un Estado no beligerante—, indicando que el estándar de debida diligencia requiere que un gobierno neutral actúe en la proporción exacta a los riesgos a los que los beligerantes pueden verse expuestos por el incumplimiento de las obligaciones de neutralidad.

A pesar de lo anterior, aunque un sector de la doctrina considera que tal es el primer antecedente de la debida diligencia en el derecho internacional público, el Instituto de Derecho Internacional, en un informe publicado en 1875, sostuvo que el fallo de dicho asunto no creaba nuevas reglas, sino que reflejaba principios que ya se encontraban establecidos en la rama en mención. Así, otro sector de la doctrina sostiene que, en realidad, este concepto empezó a utilizarse en dicha rama en el siglo XIX, para hacer referencia a un estándar de protección de los extranjeros, especialmente en casos arbitrales, en los que se responsabilizaba al Estado por su omisión en prevenir o sancionar los actos de particulares que les causara perjuicios.

Lo cierto es que, la debida diligencia, se consolidó en el derecho internacional público a partir del siglo XX. En atención a ello, y a una visión más contemporánea, es oportuno tener en consideración la definición de debida diligencia que contiene el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la RAE:

Es el nivel de cuidado objetivo que, atendidas todas las circunstancias del caso, un Estado tiene el deber de desplegar en su territorio o bajo su jurisdicción

y control a fin de salvaguardar un bien o interés protegido por una obligación internacional frente a conductas que puedan llevar a cabo particulares, ya sea previniendo su lesión o persiguiendo a los autores de la misma.

También debe destacarse que, algunas ramas del derecho internacional público, han adoptado el concepto de la debida diligencia, cada una adaptándola a las particularidades de sus respectivas materias. Dentro de tales, se encuentra el derecho internacional de los derechos humanos, que incorporó dicho concepto acorde a las particularidades de las obligaciones que derivan de sus principales fuentes.

Por lo que respecta al derecho internacional de los derechos humanos, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los sistemas de protección de derechos humanos no logran definir la naturaleza jurídica de la debida diligencia. Por ello, se le concibe —de forma excesivamente genérica— como una obligación internacional de los Estados; como un principio general, como un estándar de comportamiento o como una técnica regulatoria.

Para efectos prácticos, consideramos a la debida diligencia como un estándar de comportamiento y, a la vez, como una técnica regulatoria del actuar de los Estados sobre la garantía de los derechos humanos.

2. La debida diligencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

A diferencia de otros tratados internacionales —como la Convención Belém do Pará, en su artículo 7.b—,¹ la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no recoge textualmente el deber de debida diligencia en su articulado. Consecuentemente, la Corte IDH ha mencionado dicho concepto en su jurisprudencia, desde el primer caso contencioso resuelto (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, párr. 172). Por tanto, es necesario establecer una relación entre los deberes convencionales contenidos en la CADH y la debida diligencia.

¹ Artículo 7.b: [...] actuar con la *devida diligencia* para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

En el artículo 1.1. de la CADH se encuentra contemplada la obligación de respeto, considerada como una obligación negativa, que consiste en el cumplimiento de la norma establecida a través de la abstención de violar los derechos y libertades reconocidos convencionalmente, a través del ejercicio del poder público (Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, 2005, párr. 114).

Por otro lado, la obligación de garantía se encuentra contenida en dos artículos: primero, en el artículo 1.1, cuando se menciona que los Estados parte se comprometen a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de toda persona sujeta a su jurisdicción; segundo, en el artículo 2o., que contempla que los mismos se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Como puede apreciarse, esta es una obligación de índole positiva, cuyo cumplimiento se da a través de la realización de actos específicos destinados a organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que garantice jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, párr. 166).

En virtud de esta última obligación, la Corte IDH ha señalado que surgen las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos convencionales, así como de reparar los daños producidos y, de ser posible, lograr el restablecimiento del derecho afectado (Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, 2014, párr. 183). Un sector de la doctrina —e incluso la Corte IDH— ha denominado a la primera de estas obligaciones como “obligación de prevención y protección” (Vásquez, 2013, p. 18), y a las dos siguientes como “obligaciones de represión” (Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, 2003, párr. 112).

Por ello, cabe recordar que la Corte IDH ha señalado que los Estados cuentan una obligación *erga omnes* de asegurar la efectividad de los derechos humanos, conforme a la teoría del *Drittwirkung*, que sostiene que los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares (Opinión Consultiva 18/03, 2003, párr. 112).

En este sentido, tal obligación irradia efectos jurídicos en la relación del Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción, en la medida en que el primero actúa como garante de los derechos humanos de los segundos en las relaciones particulares. Consecuentemente, si el Estado se encuentra en esta posición, puede incumplir la obligación de garantía tanto por acción como por omisión (Caso Anzualdo Castro vs. Perú, 2009, párr. 120). Excepcionalmente, esta obligación podrá operar en situaciones en las que el infractor sea una entidad pública (Caso de la Comunidad La Oroya vs. Perú, 2023, párr. 267), empero, no ocurre con la misma frecuencia que con los agentes particulares o *non state actors*.

Es menester subrayar que, la Corte IDH, ha establecido una relación estrecha entre la debida diligencia y las obligaciones de prevención, investigación y sanción, considerando a la debida diligencia como un mero estándar de conducta integrado a estas obligaciones o como una obligación de garantía (Caso Honorato y otros vs. Brasil, 2023, párr. 114).

Por otra parte, la Corte IDH ha hecho referencia a la debida diligencia desde su primer caso, en los siguientes términos:

[...] no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni en los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, párrs. 172-174)

Independientemente de ello, tal como sostiene la doctrina, la debida diligencia únicamente debe entenderse únicamente dentro del grupo o en relación con las *obligaciones positivas de conducta* —también denominadas *obligaciones de medios*—, que son aquellas que requieren a los Estados a adoptar, con el mayor esfuerzo posible, las medidas necesarias para proteger los derechos hu-

manos, sin que ello implique la imputación de responsabilidad internacional por no alcanzar un resultado favorable (Malaihollo y Lane, 2004).

Como se ha mencionado, la debida diligencia se encuentra estrechamente relacionada con el deber de garantía y, por tanto, también se encuentra vinculada a las obligaciones de prevención, investigación y sanción. Asimismo, la debida diligencia funge como una técnica regulatoria (Malaihollo y Lane, 2004), por lo que se debe analizar cómo funcionan estas dos manifestaciones.

A. La debida diligencia como técnica regulatoria

Para que un Estado pueda adoptar la vasta diversidad de medidas a su alcance para prevenir, investigar y sancionar el hecho violatorio de los derechos humanos, previamente, deberá adoptar medidas generales tendientes a asegurar que las normas y estándares internacionales —especialmente los derivados de la interpretación de la CADH— se integren y operen en el derecho interno. Esto surge en virtud del artículo 2o. de la CADH, que impone la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno (Ferrer MacGregor y Pelayo, 2017); de lo contrario, el Estado que no adopte el marco o estándar mínimo establecido internacionalmente no estará actuando conforme a la debida diligencia.

En efecto, esta manifestación de la debida diligencia adquiere una particular relevancia en el análisis de la obligación de prevención y protección, ya que la omisión de adoptar dichas disposiciones de derecho interno de forma previa a la vulneración de un derecho humano puede generar que a un Estado se le impute responsabilidad internacional (Vásquez, 2013). Para tales efectos, la regulación a nivel interno debe cumplir con los siguientes elementos: aspiración, implementación discrecional y buena fe, conforme desarrollan algunos doctrinarios.

a. Aspiración

Si bien, *a priori*, la debida diligencia implica el reconocimiento de estándares mínimos de protección de los derechos humanos, también exige que los Estados, a través de su regulación interna, aspiren a lograr un estándar de protección más garantista y específico. A esto se refieren Malaihollo y Lane (2004)

como el “doble paradigma de la debida diligencia” (p. 25). En este sentido, los exjueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Paulo Pinto de Albuquerque y Armen Hartyunyan, han dado a entender que un Estado no actuará de manera diligente si su regulación no garantiza el estándar mínimo de protección (Caso Fernandes de Oliveira vs. Portugal, 2019, párr. 3).

Aunado a ello, la doctrina ha hecho referencia al concepto del *efecto útil* (Sagüés, 2010), de los tratados internacionales de derechos humanos —como parte de la teoría del *effet utile*—, en el sentido de que las normas convencionales y los estándares que derivan de ellas deberán ser adoptados en el derecho interno con el fin de lograr su realización práctica. Esto, en síntesis, sigue la máxima mencionada por Lozano (2005): “el Derecho será eficaz si y solo si consigue dirigir el comportamiento humano” (p. 29).

En la misma línea, en el *asunto del Canal de Corfú*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo: “la Corte, al determinar la naturaleza y el alcance de una medida, debe observar su efecto práctico en lugar del motivo predominante que se conjetura la inspiró” (Caso Reino Unido vs. Albania, 1949, p.24).

Por otro lado, en la jurisprudencia de la Corte IDH, dicho elemento aspiracional, se percibe cuando esta señala que los Estados deben organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, párr. 166). Aunado a ello, la Corte IDH añade que

[d]icha obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú, 2023, párr. 107).

Asimismo, para el surgimiento de las obligaciones de prevención y protección, es esencial contar con la regulación, supervisión y monitoreo del cumplimiento de estos estándares mínimos por parte de agentes no-estatales (Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, 2020, párrs. 207 y 208).

b. Implementación discrecional del estándar mínimo de protección

Visto lo anterior, cabe preguntar: ¿de qué manera los Estados deben desarrollar internamente el estándar mínimo de protección de los derechos humanos? La respuesta es simple: no existe una fórmula exacta para hacerlo. Esto se debe a que en el derecho internacional de los derechos humanos, se ha empleado la *doctrina del margen de apreciación* o *margin appreciation doctrine* (Steven Greer, 2020, p. 5), con mayor o menor intensidad.

Esta doctrina ha llevado al TEDH a otorgar a los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) un cierto grado de discrecionalidad en la implementación del estándar mínimo de protección de los derechos humanos. Esto supone brindarles un lineamiento flexible para adaptar los “mínimos requeridos” a sus propias características (políticas, sociales, jurídicas, etc.).

La doctrina señalada fue impulsada por primera vez en la decisión que la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos adoptó en el caso *Grecia vs. Reino Unido* (Van Dijk, 2006, p. 1055-1056), y posteriormente incorporada a la jurisprudencia del TEDH (Caso Irlanda vs. Reino Unido, 1978, párr. 48). Inicialmente, fue aplicada en el contexto del régimen de excepción contemplado en el artículo 15 del CEDH; no obstante, su aplicación se extendió hacia otros artículos que no necesariamente contenían derechos absolutos (Feingold, 1977), aunque sin la misma fuerza con la que se aplicó en un inicio o cuando se consideró el derecho a la vida (Caso Budayeva y otros vs. Rusia, 2008, párr. 175). Por ello, por ejemplo, el TEDH señaló que los Estados gozan de un margen de apreciación en la determinación del rumbo específico a seguir en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, siempre que tomen en consideración los intereses y los recursos de la comunidad y sus individuos (Caso R.B. vs. Hungría, 2016, párr. 81).

Por su parte, la Corte IDH ha adoptado dicha doctrina de forma más cautelosa. Algunos sugieren que ello puede deberse al contexto histórico por el que atravesaron los Estados pertenecientes al SIDH, en el que se tenía que lidiar con casos de graves violaciones a los derechos humanos y en el que, de otorgarles un margen de apreciación flexible, probablemente, ningún Estado habría sido condenado.

Al igual que el exjuez Cançado Trindade, consideramos que tal doctrina sólo es apropiada en aquellos sistemas de protección de derechos humanos en los que los Estados parte mantienen una democracia sólida y desarrollada, en tanto, es posible confiar en que sus autoridades van a otorgar una protección suficiente de los derechos humanos. En tal sentido, suele ser común encontrar estándares más rígidos y específicos en la jurisprudencia de la Corte IDH, aunque siguen otorgando cierto margen de discrecionalidad.

c. Buena fe

Tal como señalan Mades Malaihollo y Lottie Lane (2004), la buena fe funge como el elemento central de la debida diligencia, en la medida en que los Estados deben llevar a cabo sus obligaciones con la intención de lograr un resultado positivo, es decir, con la intención de proteger los derechos humanos. Desde una perspectiva regulatoria, los Estados deben adoptar —en consideración del elemento aspiracional y el margen de apreciación otorgado— los estándares mínimos de protección de los derechos humanos, a saber, y como sostiene el TEDH, debe existir la genuina intención de protegerlos.

En el SIDH, esta consideración tiene mayor relevancia a través del control de convencionalidad, desarrollada por la Corte IDH en su jurisprudencia a través de la doctrina que lleva su mismo nombre (Malaihollo y Lane, 2004). Esta doctrina, basada en el artículo 2o. de la CADH, establece que los Estados deben revisar toda norma de sus ordenamientos jurídicos que contravenga —en cualquier manera— el contenido de la CADH (Malaihollo y Lane, 2004). Es mediante este mecanismo que la Corte IDH puede tener un mayor control sobre los elementos antes señalados, especialmente sobre la buena fe al momento de regular las actuaciones mínimas de protección a los derechos humanos.

B. El surgimiento de la debida diligencia como estándar de comportamiento

Una vez desarrollado el estándar mínimo, e incorporado en el derecho interno de los Estados, surge una vertiente de la debida diligencia que se relaciona directamente con las obligaciones de prevención, investigación y sanción.

No obstante, el análisis de las obligaciones de prevención y protección se dará de manera diferenciada del análisis de las obligaciones de represión, ya que las dos primeras se entienden a partir de la *teoría del riesgo*,² mientras que las segundas constituyen una consecuencia jurídica derivada de la ocurrencia de una violación a los derechos humanos y, como señalamos al inicio, ameritan un análisis detallado en un trabajo aparte.

Respecto a la cuestión señalada, las obligaciones de prevención y protección se fundamentan en que no es suficiente la mera promulgación de una ley para cumplir de la manera adecuada las obligaciones convencionales. Este fue el criterio que, por ejemplo, adoptó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU: “[e]l Comité no puede aceptar el argumento de que con la promulgación de una ley que hace que la discriminación racial sea en sí misma un delito se cumplen plenamente las obligaciones de los Estados parte con arreglo a la Convención” (Caso L.K. vs. Países Bajos, 1993, párrs. 6.4 y 6.6.).

En ese marco, y como se señaló anteriormente, los Estados ocupan una postura garantista frente a todas las personas sujetas a su jurisdicción, especialmente, cuando se trata de personas que pertenecen a grupos vulnerables —como lo son las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, los integrantes de la comunidad LGBTI, las comunidades indígenas y tribales, los periodistas, los defensores de derechos humanos, entre otros ejemplos (Coronel, 2013)—. Consecuentemente, los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos por actos u omisiones de los particulares.

La Corte IDH ha determinado que, el surgimiento del deber preventivo, se da por la consonancia de los siguientes elementos: a) la existencia de un riesgo concreto e inminente, originado en las acciones de particulares; b) la identificación específica de los sujetos afectados, y c) el conocimiento o previsibilidad razonable del riesgo por parte del Estado (Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 2006, párr. 123).

² Dicha teoría sostiene que es posible la imputación objetiva de responsabilidad internacional de los Estados por aquellas conductas —de acción u omisión— realizadas por particulares (*non state actors*).

a. La existencia de una situación de riesgo real e inmediato que amenace derechos originada por las conductas de los particulares

Respecto a este elemento, la Corte IDH ha indicado que

Un Estado no es responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares. El carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto de particulares. Debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía, considerando la previsibilidad de un riesgo real e inmediato. (Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 2006, párr. 138)

Esto ha de entenderse en el sentido que se requiere que el riesgo en cuestión no sea meramente hipotético o eventual, ni tampoco remoto; más bien, debe ser real y con posibilidades de materialización inmediata (Abramovich, 2010). Lo contrario supondría imponer alguna carga obligacional irrisoria a los Estados para actuar diligentemente.

b. La identificación de los individuos o de los grupos determinados que pudiesen resultar afectados

El riesgo en cuestión debe ser particularizado en torno a la identificación de los individuos, o grupos de individuos, determinados que pudiesen resultar afectados. Esto comprende un requisito estricto, bajo el cual un riesgo general o una situación extendida de riesgo no justifican, por sí solos, el surgimiento de la obligación preventiva (Coronel, 2013). Así, si un Estado es consciente de un peligro abstracto, su incapacidad para impedir su materialización no acarreará en la imputación de responsabilidad internacional por la afectación de algunos derechos humanos (Malaihollo y Lane, 2004).

c. El conocimiento del Estado o la necesidad razonable del conocimiento o previsibilidad del riesgo

En la jurisprudencia de la Corte IDH es posible identificar que, el conocimiento que tenga un Estado de un riesgo real e inmediato, desencadena una obligación de debida diligencia (Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006, párrs. 155-160). Para ello, es importante que los Estados tomen en cuenta la evidencia recabada por diversas fuentes de información sobre una situación de riesgo (Abramovich, 2010), sea a través de normas de derecho interno o internacional, investigaciones científicas, reportes nacionales o indicadores históricos sobre potenciales daños (Malaihollo y Lane, 2004).

Este enfoque reconoce que los Estados no pueden ser responsables de prevenir todas las violaciones a los derechos humanos causadas por terceros, ya que, como considera la Corte IDH, no se les puede atribuir una carga ilimitada (Caso Vera Rojas y otros vs. Chile, 2021, párr. 83). No obstante, los Estados deben actuar en algunas circunstancias en las que se tenga —o debiera tenerse— conocimiento del riesgo real e inmediato (Malaihollo y Lane, 2004).

Además, los Estados deben evaluar la previsibilidad del riesgo, asumiendo cierto conocimiento del mismo acorde a las circunstancias del caso; por ejemplo, debe examinarse si la persona amenazada se encontraba inmersa en un contexto sistemático y generalizado de vulneración de derechos humanos (García, 2011), pudiendo tratarse de una particular situación de vulnerabilidad. Resultaría razonable señalar que, si una persona, o grupo de estas, recae en una situación de interseccionalidad —es decir, en su persona confluyen diferentes tipos de situaciones de vulnerabilidad— mayor deberá ser la presunción que deban realizar los Estados.

Por su parte, el TEDH, indicó que el conocimiento o la previsibilidad del riesgo debe evaluarse de acuerdo con el alcance de las facultades estatales (Caso C.N. vs. Reino Unido, 2012, párr. 67); por tanto, para la determinación de la debida diligencia, debe adoptarse un análisis de razonabilidad sobre las medidas dispuestas.

Si bien es fundamental tener un conocimiento previo del riesgo, su conocimiento posterior —cuando el daño se siga materializando— no impli-

cará la exención de responsabilidad de los Estados. Por el contrario, este criterio enfatiza que los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos desde que tomen conocimiento de la fuente del daño (*constructive knowledge*) (Malaihollo y Lane, 2004), incluso si el daño se percibe fuera de su jurisdicción.

Esto quedó ilustrado en el Caso Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, en el que 37 personas fueron desaparecidas y 6 fueron ejecutadas extrajudicialmente por grupos paramilitares con la aquiescencia del Estado, quien no tuvo un conocimiento previo del riesgo señalado; no obstante, la Corte IDH indicó que ello no condicionaba la adopción o no de medidas de protección (Caso Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, 2006, párr. 135).

Por tanto, la Corte IDH ha establecido que, aunque no es posible exigir a los Estados la prevención absoluta de todas las violaciones de derechos cometidas por terceros, estos deben actuar con la debida diligencia necesaria para prevenir riesgos evidentes. Esto incluye situaciones en las que se presenten vulnerabilidades especiales o interseccionales de las víctimas. De esta manera, se subraya el equilibrio necesario entre la debida diligencia y la limitación de responsabilidad, entendiendo que dicho límite solo debe aplicarse ante riesgos específicos y demostrables, donde la omisión estatal pueda atribuirse a un incumplimiento de sus obligaciones preventivas.

3. Algunos caracteres para evaluar el grado de debida diligencia

Como hemos indicado desde un principio, los elementos para evaluar el grado de aplicación de la debida diligencia no son del todo claros ni unificados. Probablemente, el grado de diligencia que debe tener un Estado se ve diferenciado dependiendo de la temática, de modo que se pueden encontrar diversas obligaciones en áreas específicas como lo son: empresas y derechos humanos, medio ambiente, graves vulneraciones a los derechos humanos y género.

De esta manera, entre los sistemas regionales de protección de los derechos humanos (interamericano, europeo y africano) se coincide en que la determinación del grado de exigencia de la debida diligencia debe realizarse conforme a las circunstancias de cada caso (Campbell, Dominic, Stadnik y Yuanzhou, 2018). No obstante, a partir del análisis de diferentes fuentes, se han logrado recoger algunos elementos que resultan aplicables de manera

general a todos los casos, y que, según nuestro criterio, deberían contemplarse de manera estructurada por la Corte IDH. Estos son: buena fe y aspiración, los derechos, intereses y bienes jurídicos en juego, la capacidad estatal, el nivel de control y la valoración adecuada de la situación, conforme se desarrollará a continuación.

A. Buena fe

Tal como sucede con la debida diligencia como técnica regulatoria, es necesario que los Estados actúen con la plena y genuina intención de prevenir un acto violatorio y de proteger a los sujetos de derecho frente a un riesgo real e inminente que pudiera afectarlos (Malaihollo y Lane, 2004). Lo contrario, definitivamente, ha de entenderse como un acto de mala fe y, por ende, contrario a un estándar de debida diligencia.

Es necesario mencionar que, en el SIDH, el concepto de buena fe ha tenido una especial consideración como un principio general del derecho, fundamentado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*pacta sunt servanda*), que prescribe que: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (artículo 26).

B. Los derechos, intereses y bienes jurídicos involucrados

En el análisis de la teoría del riesgo y de la debida diligencia es imperante la determinación de los derechos, intereses y bienes jurídicos involucrados en un caso determinado. En consecuencia, el grado de esfuerzo de los Estados mantiene una relación directa con tales aspectos —presentes de diferente manera en cada caso—, en tanto, algunos de estos, conforme a los estándares internacionales, demandan una actuación mayor (Malaihollo y Lottie Lane, 2004). Sin embargo, esto jamás puede suponer que un Estado tenga una responsabilidad ilimitada en la protección de los derechos humanos (Medina, 2009).

El TEDH concibe dos aspectos esenciales respecto a estas consideraciones. Primero, en la determinación del alcance de las obligaciones positivas de los Estados, se deben ponderar los intereses generales frente a los intereses de los individuos (Caso *Ilasçu y otros vs. Moldavia y Rusia*, 2004, párr. 332).

En segundo lugar, el análisis de la debida diligencia queda sujeto al derecho que puede ser violado por un particular; por ejemplo, cuando se adviertan patrones de violencia e intolerancia contra un determinado grupo de personas, las obligaciones positivas requieren una mayor actuación por parte de los Estados (Mades Malaihollo y Lottie Lane, 2004).

Esto último, en el SIDH, va a implicar la consideración de algunas situaciones de vulnerabilidad o categorías sospechosas para determinar las particularidades de la debida diligencia en cada caso. Por ejemplo, la Corte IDH ha determinado la existencia de un deber de protección especial en casos relativos a comunidades indígenas (Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006, párr. 157), en relación con la actuación estatal para salvaguardar los ecosistemas frágiles, cuya relevancia puede tener un impacto en el clima global y, por ende, en los derechos humanos. Así, según la Corte IDH, en situaciones de interseccionalidad, la actuación estatal deberá ser mayor, atendiendo a cada una de las características involucradas dentro del caso (Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 2010, párr. 103).

C. Principio de razonabilidad

El objetivo de las obligaciones mencionadas en este trabajo no es imponer una carga desproporcionada a los Estados, sino que deben cumplir con un criterio de razonabilidad y disponibilidad. Justamente, ese es el sentido que han entendido el TEDH y la Corte IDH (Malaihollo y Lane, 2004). La implementación de las medidas derivadas de dichas obligaciones debe obedecer a los conceptos de *efectividad* y de *necesidad*, contemplados por el artículo 2o. de la CADH.³

Respecto a la efectividad, nuevamente se toma como referencia a la doctrina del *effet utile*, esta vez relacionada al principio de efectividad (Caso Anzualdo Castro vs. Perú, 2009, párr. 77), diferente al principio de eficacia.

³ Artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

La efectividad es aquel elemento que conduce a una evaluación posterior sobre la aplicación de la norma y sus consecuencias (López, 2023). Esto quiere decir que la efectividad tendrá su materialización en la aplicación de las medidas que las obligaciones convencionales exigen, contrastando sus resultados con la intención del legislador al promulgar dicha norma.

Por otro lado, la necesidad hace alusión a aquello que es estrictamente necesario.⁴ En dicho sentido, por ejemplo, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos indicó que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para prevenir las violaciones a los derechos humanos (Caso Foro de ONG's de Derechos Humanos de Zimbabue vs. Zimbabue, 2006, párr. 157).

Por lo anterior, ambos conceptos se tienen que entender integralmente bajo la idea de que los Estados deben adoptar las medidas idóneas (tendientes a asegurar el resultado esperado) para cumplir con sus obligaciones de prevención y protección.

La Corte IDH ha hecho referencia a la *posibilidad razonable de prevenir o evitar el peligro*, sosteniendo que la gestión estatal de los riesgos de violación a los derechos humanos se vincula directamente con la capacidad del Estado de responder ante estos; no obstante, ello jamás debe conducir a entender a la mera falta de recursos como una causal para librar a los Estados de sus obligaciones positivas (Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006, párr. 197).

Ciertamente, no es concebible que los Estados aleguen la existencia de determinadas características internas para que no resulten exigibles las obligaciones mencionadas, pues ello, en principio, contraviene los estándares de debida diligencia como técnica regulatoria y, también, contraviene una de las máximas más importante del derecho internacional público: los Estados no pueden alegar disposiciones de derecho interno —incluso aquellas de rango constitucional— para negarse a cumplir con sus obligaciones internacionales.

⁴ Acorde con la RAE, “necesario/ria” significa: “[d]icho de una persona o una cosa: Que hace falta indispensablemente para algo”. Sinónimos: imprescindible, indispensable, imperioso, obligatorio, inexcusable.

D. Nivel de control

Cuando se alude al control que ejercen los Estados en materia de debida diligencia, no solo hace referencia al concepto de jurisdicción, sino también, en torno a la fuente del daño o del riesgo (Malaihollo y Lane, 2004). El control jurisdiccional exige que el Estado ejerza un control efectivo sobre el sujeto de derechos, mientras que el control sobre la fuente del daño va a implicar que el Estado tenga control —sin necesidad de ser efectivo *per se*— o regule en su derecho interno la fuente del daño o del riesgo real e inminente de violación de un derecho humanos.

Bajo este último criterio, es concebible la existencia de la jurisdicción extraterritorial de los Estados en aquellos casos que permiten un análisis de aquellas situaciones que generan responsabilidad internacional fuera del territorio de un Estado, pues, la obligación de proteger se manifiesta cuando se toma conocimiento del riesgo de hechos ilícitos, aun cuando no se cuente con un control físico de las personas amenazadas (Opinión Consultiva OC-23/17, 2017, párr. 154). De tal manera, también cabe la posibilidad de que las omisiones que realicen los Estados respecto al cumplimiento de sus obligaciones generen consecuencias extraterritoriales (Malaihollo y Lane, 2004).

El grado de debida diligencia exigible será mayor cuando el Estado tenga un nivel determinado de contribución en la creación o mantenimiento de la fuente del daño o riesgo, incluso cuando este no lo haya conducido directamente y su derecho interno proscriba dicho tipo de conductas.

E. Valoración adecuada de la situación

Cuando los Estados toman conocimiento de un riesgo real e inmediato de vulneración de derechos humanos, han de adoptar las medidas necesarias para evitar el daño; por ende, previamente, es fundamental valorar la situación de riesgo y determinar la aplicación de medidas de manera oficiosa (en coordinación con las personas amenazadas). Al respecto, la Corte IDH indicó que

[c]orresponde a las autoridades estatales que tomaron conocimiento de una situación de riesgo especial, identificar o valorar si la persona objeto de amenazas y hostigamientos requiere de medidas de protección o remitir el asunto a la autoridad competente para hacerlo, así como ofrecer a la persona en riesgo la información oportuna sobre las medidas disponibles. La valoración sobre si una persona requiere medidas de protección y cuáles son las medidas adecuadas es una obligación que corresponde al Estado y no puede restringirse a que la propia víctima lo solicite a “las autoridades competentes”, ni que conozca con exactitud cuál es la autoridad en mejor capacidad de atender su situación, ya que corresponde al Estado establecer medidas de coordinación entre sus entidades y funcionarios para tal fin. (Caso Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala, 2014, párr. 155)

Evidentemente, los Estados incurrirían en negligencia si sus autoridades o funcionarios alegan que, por motivos de competencia, no pueden involucrarse en la protección de una persona que se encuentra en riesgo. En tales situaciones, deben actuar de una manera orientativa, guiando a las personas hacia la autoridad o funcionario competente para analizar su situación y dictar las medidas de protección necesarias.

Esto, como es evidente, tiene sentido gracias a la obligación de garantía que, como consecuencia de su articulado, demanda que el Estado organice todo su aparato público para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso de los Buzos Miskitos (Lemonth Morris y otros) vs. Honduras, 2021, párr. 43). Es necesario que se desarrollen protocolos de acción en todas las instituciones públicas, de modo que el aparato estatal se encuentre articulado para prevenir las violaciones de los derechos humanos; empero, ello no debe implicar que todas las entidades públicas deban dictar medidas de protección, sino que, acorde a sus competencias y sus funciones, puedan contribuir de manera sistemática en la protección de personas en situación de riesgo.

En caso de determinarse la necesidad de optar por medidas de protección, el Estado debe asegurarse de que estas cumplan con ser idóneas y eficaces, tal como se señaló anteriormente. Respecto a esto, consideramos oportuno el añadir un estándar de prevención específico, desarrollado por la Corte IDH en casos relativos a defensores de derechos humanos, el cual tam-

bién puede ser extendido a otras situaciones de riesgo. Tal cuestión implica que las medidas de protección deben poder ser modificadas según la variación de la intensidad del riesgo (Caso Yarce y otras vs. Colombia, 2016, párr. 193).

Finalmente, la valoración de las medidas que se vayan a aplicar, y su intensidad, deberá tomar en cuenta los derechos, bienes jurídicos e intereses en juego que, a su vez, implica la consideración de la situación de vulnerabilidad particular o categoría sospechosa que amerite la implementación y observación de medidas y estándares específicos determinados internacionalmente, especialmente, por la jurisprudencia de la Corte IDH.

IV. Conclusiones

El análisis realizado ha puesto de manifiesto la importancia y los desafíos asociados con la consolidación de un estándar claro y aplicable de debida diligencia en el SIDH. A pesar de que el término no está explícitamente mencionado en la CADH, tanto la Corte IDH como otros organismos internacionales lo han recurrido de manera constante para evaluar la responsabilidad estatal en derechos humanos, especialmente en casos de violaciones cometidas por actores privados. Este concepto ha sido esencial para determinar las obligaciones de los Estados, quienes deben actuar como garantes de los derechos humanos, incluso en las relaciones entre particulares.

Sin embargo, la falta de claridad en cuanto a los criterios específicos ha generado inseguridad jurídica, tanto para los Estados como para las víctimas de derechos humanos. En este contexto, el trabajo sugiere que la debida diligencia debe entenderse en dos dimensiones. En primer lugar, como una técnica regulatoria que exige a los Estados adaptar su legislación interna para garantizar el respeto efectivo de los derechos humanos. En segundo lugar, como un estándar de comportamiento que requiere medidas concretas y efectivas que evidencien el impacto positivo de las políticas adoptadas. Este enfoque dual proporciona un marco más accesible y equilibrado, que permite a los Estados cumplir con sus obligaciones de prevención, protección e investigación sin imponerles una carga excesiva.

Una crítica recurrente en la doctrina es la falta de precisión en la formulación de los estándares de debida diligencia, lo que subraya la necesidad

de que los organismos internacionales aclaren y especifiquen los criterios fundamentales para su aplicación en casos concretos. A medida que la jurisprudencia evoluciona, se hace necesario que el análisis de este concepto sea más preciso y se adapte a las particularidades de cada situación. Esto permitirá que los tribunales utilicen la debida diligencia, no sólo como un principio general, sino como una herramienta práctica para evaluar la responsabilidad estatal, contribuyendo a un sistema más robusto y coherente en la región interamericana.

En conclusión, este trabajo ha determinado que la formulación de un marco claro de debida diligencia podría facilitar la alineación de las políticas nacionales con los estándares internacionales, fortaleciendo el cumplimiento de los derechos humanos, y ofreciendo a los Estados una guía más efectiva para implementar sus obligaciones de manera práctica y coherente.

V. Referencias

- Abramovich, V. (2010). Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 6. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31644.pdf>
- Asunto del Canal de Corfu (Reino Unido vs. Albania) (1949). CIJ. Sentencia del 9 de abril de 1949, fondo. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>
- Budayeva y otros vs. Rusia (2008). TEDH. Sentencia del 20 de marzo de 2008, fondo, párr. 175. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85248>
- C.N. vs. Reino Unido (2012). TEDH. Sentencia del 13 de noviembre de 2012, fondo. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114539>
- Campbell, E., Dominic, E., Stadnik, S. y Yuanzhou, W. (2018). Due diligence obligations of international organizations under international law. *New York University Journal of International Law and Politics*, 50(2). <https://www.nyuujilp.org/wp-content/uploads/2018/07/NYI204.pdf>
- Caso Anzualdo Castro vs. Perú (2009). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf

- Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (2003). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2003. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf
- Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador (2019). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 4 de febrero de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_373_esp.pdf
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp.pdf
- Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 6 de febrero de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf
- Caso de Las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay) (2010). CIJ. Fondo. Sentencia del 20 de abril de 2010. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf>
- Caso de la Masacre de Mapiripán” vs. Colombia (2005). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf
- Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (2006). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de enero de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf
- Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras (2021). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf
- Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala (2014). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de agosto de 2014. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_283_esp.pdf
- Caso El Amparo vs. Venezuela (1997). Corte IDH. Fondo. Sentencia del 16 de abril de 1997. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_46_esp.pdf
- Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú (2023). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2023. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_511_esp.pdf

- Caso Honorato y otros vs. Brasil (2023). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2023. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_508_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988). Corte IDH. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_4_esp.pdf
- Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala (2014). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 19 de mayo de 2014. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf
- Caso Vera Rojas y otros vs. Chile (2021). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de octubre de 2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf
- Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras (2021). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de marzo de 2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf
- Caso Yarce y otras vs. Colombia (2016). Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf
- Comunicación n° 4/1991 (L.K. vs. Países Bajos) (1993). Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) (16 de marzo de 1993). CERD/C/42/D/4/1991, párrs. 6.4 y 6.6. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/NLD/CERD_C_42_D_4_1991_4611_S.pdf
- Coronel, L. (2013). Responsabilidad internacional del Estado por agresiones a periodistas: un enfoque desde la teoría del riesgo. *Una Voz Pro Persona*, 1(1).
- Feingold, C. S. (1977). Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights. *Notre Dame Law Review*, 53(1). <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol53/iss1/6>
- Fernandes de Oliveira vs. Portugal (2019). TEDH. Opinión parcialmente concurrente, parcialmente disidente del juez Pinto de Albuquerque acom-

- pañada por el juez Harutyunyan. Sentencia del 31 de enero de 2019. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189228>
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Pelayo, C. (2017). *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*. UNAM; CNDH.
- Follesdal, A. (2017). Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law of Oxford*, 15(2). <https://doi.org/10.1093/icon/mox019>
- García Elorrio, M. (2011). Algunas consideraciones en torno a la naturaleza y alcance de la noción de diligencia debida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *RECORDIP*, 1(1). <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/286>
- Greer, S. C. (2000). *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*. Human rights files No. 17. Council of Europe Publishing.
- Ilașcu y otros vs. Moldavia y Rusia (2004). TEDH. Fondo. Sentencia del 8 de julio de 2004. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61886>
- Irlanda vs. Reino Unido (1978). TEDH. Sentencia del 18 de enero de 1978. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>
- Kiliç vs. Turquía (2000). TEDH. Sentencia del 28 de marzo de 2000. Fondo. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58422>
- Lozano, J. F. (2005). La noción de la debida diligencia en la codificación y la jurisprudencia internacionales. Doctoral dissertation, Universitat d'Alacant/Universidad de Alicante.
- Malaihollo, M. y Lane, L. (2024). Mapping out due diligence in regional human rights law: Comparing case law of the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. *Leiden Journal of International Law*. Advance online publication. <https://doi.org/10.1017/S0922156524000050>
- Medina, F. (2009). La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano. *Debate Interamericano*, 1. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf>
- Opinión consultiva OC-18/03. Corte IDH. Del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_18_esp.pdf

- Opinión consultiva OC-23/17. Corte IDH. Del 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_23_esp.pdf
- Osman vs. Reino Unido (1998). TEDH. Fondo. Sentencia del 28 de octubre de 1998, párr. 115. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58255>
- R.B. vs. Hungría (2016). TEDH. Fondo. Sentencia del 12 de abril de 2016. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160010>
- Sagüés, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, 8(1), 117-136. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100005>
- Van Dijk, P. et al. (2006). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (4a. ed.). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/24135.pdf>
- Vásquez, S. (2013). *La responsabilidad internacional de los Estados derivada de la conducta de particulares o non-state actors conforme al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31946.pdf>

Cómo citar

IJ-UNAM

Sánchez Cárdenas, Diego Alejandro; Cáceres Montes, Mariagrazia Hilda, y Paredes Romero, Luis Fabian, “La debida diligencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 211-237. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2024.171.19390>

APA

Sánchez Cárdenas, D. A., Cáceres Montes, M. H., y Paredes Romero, L. F. (2024). La debida diligencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 211-237. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2024.171.19390>

El elemento subjetivo en la responsabilidad del superior por crímenes de derecho penal internacional

The subjective element in the responsibility of the superior for crimes under international criminal law

Yuri Antonio **Santander Vásquez**



<https://orcid.org/0000-0002-6906-1026>

Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Chile

Correo electrónico: yuri.santander@uacademia.cl

Recepción: 17 de junio de 2024 | **Aceptación:** 1 de noviembre de 2024

Publicación: 11 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19193>

Resumen: El artículo examina los elementos de los crímenes de derecho penal internacional, mediante el análisis dogmático y la revisión doctrinal y jurisprudencial, a partir de una breve revisión de su estructura general, para posteriormente profundizar en el elemento subjetivo y sus características para responsabilizar a los superiores, distinguiendo si corresponden —o no— a militares y civiles, y cómo se presenta en la ley especial chilena. La investigación se centra en determinar el contenido concreto de dicho elemento subjetivo, analizando su interpretación en la doctrina y jurisprudencia, así como los requisitos de conocimiento compartido entre superior y subordinado que demanda el principio de culpabilidad. Atendidas las particularidades del *mens rea* respecto de la responsabilidad de los superiores, se busca examinar, a la luz del principio de culpabilidad, si el elemento subjetivo se debe compartir entre el autor directo y el superior observando, además de la normativa internacional, la ley chilena, paradigmática debido a que es una particular norma local que describe un estatuto especial de responsabilidad del superior.

Palabras clave: crímenes internacionales; responsabilidad de los superiores; derecho penal internacional; derechos humanos; Estatuto de Roma.

Abstract: The article examines the elements of international criminal law offenses, beginning with a brief overview of its structure and proceeding to a detailed analysis of the subjective element required for establishing superior responsibility. It distinguishes between military and civilian superiors and discusses how these concepts are applied in Chilean law through a

dogmatic analysis and a review of doctrine and jurisprudence. The research aims to clarify the specific content of this subjective element, examining its interpretation in legal doctrine and case law, as well as the requirements for shared knowledge between superior and subordinate as demanded by the principle of culpability. Given the unique aspects of *mens rea* in the context of superior responsibility, the study explores whether, under the principle of culpability, the subjective element should be shared between the direct perpetrator and the superior. This examination considers not only international standards but also the distinct provisions of Chilean law, which offers a unique approach through a specific statute governing superior responsibility. **Keywords:** international crimes; responsibility of superiors; international criminal law; human rights; Rome Statute.

Sumario. I. Introducción. II. Los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. III. La responsabilidad del superior ante el derecho penal internacional. IV. El elemento subjetivo (*mens rea*) en la responsabilidad del superior. V. La responsabilidad del superior en la ley chilena. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. Introducción

La estructura base de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), consiste en la descripción de las conductas en los artículos 6o. (genocidio), 7o. (crímenes de *lesa humanidad*), 8o. (crímenes de guerra) y 8o. *bis* (crimen de agresión) del Estatuto de Roma, complementada por la norma general del artículo 30.1 relativa al elemento subjetivo para atribuir responsabilidad penal, cuya frase inicial “salvo disposición en contrario” expresamente permite excepciones, las que eventualmente podrían fundamentar una forma distinta de valoración subjetiva para la atribución de responsabilidad penal internacional.

Chile, al promulgar la Ley N° 20.357 que tipifica los crímenes de *lesa humanidad*, genocidio, los crímenes y delitos de guerra, comprende una norma especial (artículo 35), que establece la responsabilidad de las autoridades o jefes militares, o quienes actúen efectivamente como tales, en el caso de crímenes cometidos por sus subordinados, de manera de implementar al derecho nacional, con características propias, la prescripción del artículo 28 del Estatuto de Roma. Como problema de investigación, el artículo propone revisar las características complementarias y subsidiarias que se reconocen para la in-

teracción de ambos regímenes jurídicos, más allá de si a la estructura subjetiva general se atribuya dolo, o es suficiente una conducta negligente por el superior, determinando si subsiste un problema en relación con el principio de culpabilidad, ya que el elemento subjetivo, al momento de desarrollarse la conducta punible, debe ser compartido por el superior y su subordinado, pues de no ser así, el presupuesto para responsabilizar penalmente al superior necesariamente debe ser distinto.

II. Los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional

1. La estructura de los crímenes

Aunque no podemos hablar de una teoría del delito unificada e indiscutida en derecho penal internacional, una jurisdicción penal internacional se construye a partir la tipificación de hechos graves de gran trascendencia para la comunidad internacional, configurados como conductas punibles que generan responsabilidad criminal. Las normas que establecen los tribunales penales internacionales *ad hoc*, sus resoluciones y prácticas, el Estatuto de Roma y sus normas complementarias, además de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, conforman un sistema de reglas, principios y elementos obligatorios para determinar los crímenes de competencia internacional y atribuir a los sujetos la responsabilidad por su comisión, que en la práctica funciona como una teoría del delito internacional. Esta idea distingue, en primer lugar, los hechos que fundamentan la responsabilidad penal (*offences*), que se compone de elementos materiales (*actus reus*) y elementos subjetivos (*mens rea*), y por otra parte, las circunstancias que excluyen la culpabilidad (*defences*), las que incluyen tanto las causas materiales de extinción de pena —legítima defensa o estado de necesidad— como los obstáculos procesales para la persecución del delito (minoría de edad penal o la prescripción).

Pese a ello, los conceptos propios de los grandes sistemas jurídicos no se trasladaron por completo al Estatuto, desarrollándose una arquitectura conceptual propia de delito con elementos del *common law* y del sistema jurídico europeo continental, resultando una estructura tripartita de responsabilidad

penal: *a)* los elementos de los crímenes (el tipo penal en sí mismo); *b)* las circunstancias que fundamentan la responsabilidad penal individual (del agente directo y del superior responsable) y, *c)* las circunstancias que excluyen dicha responsabilidad.

2. Elementos materiales de los crímenes

El artículo 1o. del Estatuto constituye una norma de clausura, según la cual el derecho aplicable a la investigación y juzgamiento de los crímenes de su competencia es, en primer lugar, su propio derecho positivo “el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba”, subsidiariamente, “cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”, y por último, “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo”, sólo en cuanto no sean contradictorios con el Estatuto o el derecho internacional. En ese sentido, los elementos materiales están conformados por presupuestos objetivos que determinan la forma de aparición externa del hecho punible, y como en toda parte especial, pueden ser descriptivos o normativos y referirse al autor o a la conducta. Si bien para el Estatuto es claro cuál es el derecho aplicable, éste no contiene una regulación general de los elementos materiales, sin perjuicio que pueda ser construida; cuestión que sí acontece en relación de los elementos subjetivos.

Podemos reconocer cuatro componentes en los elementos materiales: primero, la conducta (*conduct*), que es la descripción del comportamiento humano presupuesto para la acción u omisión (Werle y Jessberger, 2017, p. 308) y para la cual se define el crimen del que se trate y las consecuencias (*consequences*), que comprenden “todos los efectos de la conducta punible” (Werle y Jessberger, 2017, p. 213), y que puede configurar un resultado de lesión efectiva de un bien jurídico; por ejemplo, “causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona”, en el crimen de *lesa humanidad* de torturas, o la mera puesta en peligro del bien jurídico protegido como “poner gravemente en peligro la salud de la víctimas en conflicto armado”, para el caso de crímenes de guerra.

Segundo, la causalidad (*causation*) entre las consecuencias y la conducta, que como presupuesto básico de la punibilidad requiere la aparición de una determinada consecuencia por la realización de una determinada conducta, debiendo existir una relación que vincule la conducta del autor con la consecuencia concreta. Por último, se exige la presencia de ciertas circunstancias adicionales (*circumstances*) que se configuran como requerimientos objetivos; por ejemplo, que las víctimas pertenezcan “a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” en el genocidio, o categorías normativas, como el cometer “violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales” para los crímenes de guerra.

Existen circunstancias que relacionan los hechos individuales con la comunidad internacional, caracterizándolos como de aquellos que entran en mayor conflicto con ella. Llamados “elementos de contexto” (*contextual elements*), no son elementos accidentales dentro de la estructura del delito, útiles sólo para la determinación de la pena o una mayor precisión del injusto, sino que constituyen reales presupuestos objetivos de punibilidad.

Para el caso de distintas formas de autoría y participación, en especial las formas colectivas como en los casos de organizaciones y estructuras de poder, o los aparatos estatales o militares, es necesario poder definir si existen otras circunstancias que permitan establecer alguna de las formas de participación y de aparición del delito que contempla el artículo 25, en sus números 3 y 3 *bis*, o la responsabilidad de los jefes y otros superiores de conformidad con el artículo 28 del Estatuto (Cryer, Robinson y Vasiliev, 2019, pp. 368–377). Por el contrario, la existencia de otros presupuestos de punibilidad como la falta de circunstancias eximentes de responsabilidad penal no parecen formar parte de los elementos materiales u objetivos del hecho punible.

3. Elementos mentales o subjetivos del hecho

El derecho penal internacional en general, y el Estatuto de Roma en particular, exige no sólo el cumplimiento fáctico de lo prescrito para el tipo penal del que se trate, sino también un comportamiento culpable. Por tanto, la exigencia de elementos mentales o subjetivos (*mental elements*, *subjective elements*, *mens rea*) es un requisito —universalmente reconocido— que asegura el cumplimiento del principio de culpabilidad, ya que, no se requiere únicamente

que la conducta se constituya en la vulneración de una obligación internacional, sino que además es necesario que la ejecución de esa conducta proceda mediante cierto grado de intencionalidad, como es claro por cuanto dicha exigencia se encuentra expresamente regulada en el artículo 30 (Caro Coria, 2014, pp. 181-186).

El artículo 30.1 señala como fundamento de la responsabilidad penal que el autor haya realizado los actos con “intención y conocimiento de los elementos materiales” de un crimen, y lo que deja establecido como *material elements* es *conducta*, *consecuencia* y *circunstancia* todas relacionadas con el “curso normal de los acontecimientos”, que constituyen el *actus reus*, o tipo objetivo, y respecto del cual, el autor debe tener conocimiento. Esto se refuerza en el entendido que la expresión que abre el artículo 30.1, “[u]nless other wise provided” permite comprender que existen otras exigencias subjetivas del tipo, pero que son distintas de las reguladas en este artículo (Clark, 2008, p. 530).

Los elementos subjetivos —para el Estatuto y en general para el derecho penal internacional— son omnicomprendivos, a manera de un componente subjetivo unitario que pareciera derivar directamente hacia el dolo; ya que el artículo 30.2 del Estatuto entiende que actúa intencionalmente en relación con la conducta quien “se propone incurrir en ella” y en relación con la consecuencia, “se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”. En ese sentido, es indudable que la conducta punible es esencial e inequívocamente voluntaria (Merenda, 2010, p. 88; Werle y Jessberger, 2017, p. 305).

4. Los elementos de contexto

Los elementos de contexto son requisitos comunes a los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional que constituyen presupuestos objetivos de punibilidad, relacionados con el ejercicio sistemático o masivo de la violencia, cuya función es relevar la conducta individual hacia una dimensión global, de interés de la comunidad internacional en su conjunto para su persecución y sanción. Los elementos de contexto no integran el hecho ni son agravantes de la conducta, y han de ser considerados como elementos materiales a la manera de *circunstancias* de las cuales habla el artículo 30 y no una mera condición habilitante para la competencia de la Corte.

Por ejemplo, es especialmente relevante en los crímenes contra la humanidad que los actos que conforman la conducta, se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, donde el elemento contextual está expresamente contenido en la misma definición de crimen de *lesa humanidad*; por tanto, la conducta que no se cometa bajo dichas circunstancias, una objetiva “ataque generalizado o sistemático” y otra subjetiva “conocimiento de dicho ataque” no será típica pues, ambas son circunstancias esenciales y condición necesaria de punibilidad (Cryer, Robinson y Vasiliev, 2019, p. 231).

Para que el tipo penal en tanto hecho individual o delito base sea sancionado bajo las características propias de un crimen de derecho internacional (y en particular de aquellos cuyo conocimiento se entrega a la CPI) los hechos deben haber sido ejecutados en un contexto de violencia organizada, o *hecho global*, que incluye consideraciones de orden descriptivo, normativo y subjetivo, las que le confieren características de *macrocriminalidad* (Werle y Jessberger, 2017, p. 303) a los hechos que constituyen los delitos. Algunas de estas exigencias de contexto son que sean “perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”, elemento subjetivo específico para el crimen de genocidio, o que el acto subyacente “se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, elemento objetivo propio de los crímenes de *lesa humanidad*.

Es distintivo en los crímenes de derecho penal internacional, y sobre todo respecto de los crímenes de *lesa humanidad*, que sean cometidos por agentes cuyas acciones forman parte de una política interconectada respecto de una organización estructurada, no siendo acciones individuales o hechos aislados, lo que termina siendo un elemento discriminador —en la forma de un verdadero requisito esencial— para establecer la responsabilidad individual, tanto por el delito base como por la responsabilidad de los superiores.

III. La responsabilidad del superior ante el derecho penal internacional

Originalmente, la responsabilidad de los superiores estaba restringida al ámbito de la disciplina militar en los términos de las prácticas y normas propias del ejército, que para determinados hechos podría constituir responsabilidad penal. La sentencia del caso Yamashita por los hechos ocurridos en la “Masacre de Manila” (Filipinas), uno de los mayores crímenes cometidos por el ejército japonés en la Segunda Guerra Mundial, es considerada la primera resolución que contiene un estándar de responsabilidad por el mando (*command responsibility*). Por estos hechos, el general Tomoyuki Yamashita, fue juzgado por un tribunal militar norteamericano y condenado a muerte el 23 de febrero de 1946 (Ambos, 1999, p. 259). Con posterioridad al término de la Segunda Guerra Mundial, la responsabilidad penal del superior surge como una construcción propia del derecho penal internacional, desde las normas y tribunales *ad hoc* establecidos para la sanción de crímenes de guerra o crímenes de *lesa humanidad*, y que carecían de consagración en los ordenamientos jurídicos domésticos (Cryer, Robinson y Vasiliev, 2019, pp. 115-126).

Una de las primeras normas sobre responsabilidad de los superiores por crímenes de derecho internacional se encuentra en el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Esta referencia a las “personas que hayan [...] ordenado cometer” alguna de las infracciones graves del artículo 147, constituye la instauración de la responsabilidad del superior. Dicho artículo sanciona, por ejemplo, el “privar [a un prisionero de guerra] de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente”, infracción que se comete mediante conductas omisivas de las autoridades.

El Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra, de 1977, contempla expresamente en su artículo 87 los “[d]eberes de los jefes” como fuente de responsabilidad. En ese sentido, el primer deber de los jefes militares es impedir que se cometan los hechos que constituyen infracciones a los convenios o adoptar las medidas necesarias para que cesen y denunciar su comisión. Por demás, en su artículo 86.2, por primera vez se expresa normativamente la responsabilidad del superior en un instrumento de derecho internacional:

2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

Otros instrumentos *ad hoc* que desarrollan la responsabilidad de los superiores, son el artículo 7.3 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, el artículo 6.3 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda y el artículo 6.3 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona. En el caso del derecho internacional humanitario, el Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) contiene, en su norma 153, la responsabilidad de superiores en una hipótesis que es el antecedente directo de la norma de responsabilidad del Estatuto de Roma:

Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables (Henckaerts, 2005).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso *Jelic vs Croacia* recogió una sentencia de un juez de primera instancia en la

que se condenó al “comandante de las fuerzas policiales en la zona más amplia de Sisak y Banovina y jefe adjunto de la policía de Sisak” por crímenes de guerra contra la población civil permitir la matanza de personas de origen serbio y no haber adoptado las medidas necesarias para prevenir esos homicidios. La sentencia señala específicamente que es necesario distinguir entre las responsabilidades de los mandos de la de los subordinados, sobre todo en el contexto de las investigaciones sobre crímenes de guerra (Jelic vs. Croatia, 2014).

Los tribunales *ad hoc* han enriquecido la interpretación de este modo particular de responsabilidad, y en general, está de acuerdo en que se requieren tres elementos para configurarla: a) la existencia de una relación de superior-subordinado; b) que el superior haya sabido, debía saber o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo había cometido, y c) que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido, o para castigar a los autores (The Prosecutor vs. Dragomir Milošević, 1999; The Prosecutor vs. George Ndahimana, 2011; The Prosecutor vs. Tihomir Blaskic, 2004).

Todo ello es recogido por el Estatuto de Roma en su artículo 28; aunque, de acuerdo con el derecho internacional humanitario y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la responsabilidad del superior de todas formas tiene carácter de norma consuetudinaria, y lo que hace el artículo 28 del Estatuto es codificarla y ajustarla para su aplicación en el procedimiento de la CPI. En todo caso, el punto de partida para la estructuración del modelo de responsabilidad del superior en el Estatuto de Roma se basa en un aspecto funcional, que establece que la posición de un superior debe implicar un deber de actuar; un aspecto cognitivo, que establece que un superior debe haber conocido o debería haber conocido los delitos cometidos por los subordinados; y un aspecto operativo, que establece que un superior debe haber dejado de actuar o incumplido su deber de supervisión (Situation in the Central African Republic II, 2019; Situation in the Republic of Cote D’Ivoire in the case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, 2019b; The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Separate opinion, Appeal Judgment, 2018; Van Sliedregt, 2009, p. 424).

1. La responsabilidad del superior en el artículo 28 del Estatuto de Roma

Dogmáticamente, no hay consenso en la categorización de la responsabilidad del superior, existiendo distintas posiciones sobre ella (Werle y Jessberger, 2017, p. 385). Por una parte, se considera como una “forma especial de omisión impropia (comisión por omisión)” (Werle y Jessberger, 2017, p. 385) basada en el ejercicio de la autoridad de los superiores.

Por otro lado, se le califica como una forma de responsabilidad directa por las órdenes emitidas para la comisión de actos ilícitos o hechos de violencia, sean o no típicos, lo que permitiría argüir por los subordinados la exención de responsabilidad de cumplimiento de órdenes dadas por superiores. También se estima que es una forma concreta de omisión que necesariamente hace referencia a una acción determinada, en este caso, las conductas que conforman la política, ante lo cual el superior es responsable por quebrantar los deberes asociados a su cargo (*de jure*) o a su posición (*de facto*). Por último, se entiende que el superior responde cuando no ha actuado para detener el curso de las acciones constitutivas de crímenes o si, tomando conocimiento de dichos crímenes, no ha adoptado la decisión de sancionar al agente o denunciar los hechos a la autoridad correspondiente (Yokohama, 2018, p. 282).

La norma que incorpora las distintas variables o perspectivas de responsabilidad de los superiores en el Estatuto de Roma es el artículo 28, que por su integralidad pareciera reflejar los avances *supra* expuestos, y en principio, es claro que sanciona la pasividad del superior, castigando el no actuar, antes o después de la comisión de los crímenes. La sanción por la acción directa de los superiores no constituye “responsabilidad del superior” sino más bien sería una forma de participación de las contempladas en el artículo 25, cómo la complicidad, la proposición o la inducción.

El fundamento último para la estructuración de la responsabilidad según el artículo 28 del Estatuto, es que los jefes civiles y militares detentan una posición única que los sitúa como fuente de peligro para la población civil, víctima de los ataques de violencia masiva tanto en períodos de paz, como en caso de conflictos armados. Es evidente que, en caso de conflicto armado o de rupturas institucionales, dicha responsabilidad aumenta considerablemente.

La CPI, en el caso Bemba, considerada claramente dicha posición única y la vincula con la situación de mando y la posibilidad de causar daños irreparables (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016), lo que muestra que el artículo 28 del Estatuto de Roma es más integral y complejo que las normas y decisiones de los tribunales *ad hoc*, aunque derive directamente de ellas, integrando los elementos que las componen.

2. Requisitos y fundamento material de la responsabilidad del superior

La responsabilidad del superior es una forma de intervención punible más bien compleja, o como la misma Corte lo ha considerado, una forma de responsabilidad *sui generis*, reconociendo que bajo ciertas circunstancias la conducta del superior puede satisfacer distintos modos de responsabilidad (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016). Por lo mismo, y no sólo por su ubicación sistemática, es una forma de responsabilidad distinta y alternativa a las autoría y participación reguladas en el artículo 25.3 del Estatuto y su estructura en torno a los sujetos activos abarca tanto a los comandantes militares —o a quienes efectivamente en los hechos actúan como tales—, como a las autoridades o superiores civiles.

En términos generales, se entiende que la responsabilidad del superior se funda en la existencia de una relación superior-subordinado, que el superior deba saber o ignorar de forma imprudente que el subordinado haya cometido o se proponga cometer un crimen de derecho internacional —requisito subjetivo— y que el superior haya omitido las medidas necesarias para evitar la comisión del hecho delictivo o para la persecución penal del autor. Además, agrega un cuarto requisito en consideración al artículo 28 a) y b), consistente en que el crimen se debió cometer por no haber ejercido el superior un control apropiado de la acción de los subordinados (Werle y Jessberger, 2017, p. 387). Respecto a los requisitos subjetivos, se pueden distinguir según si corresponden a exigencias para superiores militares y no militares, o sólo uno de ambos, y consisten en que el superior (militar o civil) conocía la existencia de los crímenes, o “hubiere debido saber” —el superior militar— que se estaban cometiendo dichos crímenes, y en el caso del supe-

rior civil *deliberadamente* hace “caso omiso de información que indicase claramente” la existencia de los crímenes (Kiss, 2016, pp. 60-62).

La sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el Caso Jadranko Prlic describe la relación superior-subordinado como: “Existe una relación superior-subordinado (i) cuando el subordinado que cometió el delito está sujeto al control efectivo del imputado, es decir, (ii) cuando el imputado tiene la capacidad material para prevenir el delito o sancionar el subordinado penalmente responsable.” De todas maneras, aun existiendo dicha relación, la conducta del autor material del acto subyacente se le imputa personalmente, de acuerdo con el artículo 25 del Estatuto: “[q]uien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

El artículo 28 del Estatuto no exige identificar específicamente a los subordinados, ni menos que el superior conozca dicha información. Esto es consistente con el artículo 7.2 de los elementos, según el cual “[n]o obstante, el último elemento [el conocimiento de dicho ataque] no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de [...] los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización”; es decir, no es necesario que el superior dominase en detalle las circunstancias y los hechos cometidos por los subordinados, lo que además es más difícil de constatar al ir ascendiendo en las jerarquías de la organización (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016).

En segundo término, el artículo 28 a) requiere que la persona responsable sea un *comandante militar*, una persona formalmente investida para ejercer la función de mando en las fuerzas armadas regulares o en grupos armados, paramilitares, etcétera, o bien, que sea una persona que actúe en los hechos efectivamente como tal (*a military commander or person effectively acting as a military commander*). Además, el artículo 28 b), incorpora una forma de mando distinta a la *militar*, haciendo responsable también al superior que no tiene un nombramiento legal o formal, ni ejerce funciones militares de facto, siendo lo primordial que exista una relación de subordinación entre el superior y el agente directo (*superior and subordinate relationships not described in paragraph (a)*). Aquí es posible incluir a personas que forman parte de organizaciones ci-

viles o políticas que ejercen control a través de una relación jerárquica formal o informal, como el caso de los Presidentes de la República o los ministros encargados de la defensa nacional y el control del orden público, no siendo necesario que sea el superior inmediato de los autores directos, sino sólo que tenga el nivel de control exigido por la norma.

Por ello, el nivel de control en el artículo 28 se trata bajo el concepto de “mando y control efectivo o autoridad y control efectivo” (*effective command and control, or effective authority and control*) sobre los agentes que cometieron los crímenes (Situation in the Republic of Cote D’Ivoire in the case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, 2019b), cuyo contenido es a la capacidad —material— para evitar o reprimir la comisión de crímenes o para remitir el asunto a las autoridades competentes, y su determinación es una cuestión fáctica, no de derecho. Ello implica que pueden existir varios responsables en las distintas jerarquías y niveles de la organización: “[...] la jurisprudencia penal internacional respalda la posibilidad de que varios superiores puedan ser considerados concurrentemente responsables de las acciones de sus subordinados” (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016). Ambas hipótesis, literales a) y b) del artículo 28, requieren que los actos subyacentes hayan sido cometidos “en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas” o “sobre esos subordinados”, cuestión íntimamente relacionada con el concepto de mando o autoridad y control efectivo. La jurisprudencia de la Corte ha construido la omisión de control como un incumplimiento de deberes directamente derivados de la relación superior-subordinado, que “debe leerse y entenderse a la luz del artículo 28(a) (ii) del Estatuto” (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016).

Para la Corte, los deberes que pesan sobre los superiores en relación con los crímenes consisten en adoptar “todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”, contenidos en el artículo 28 a) ii) y 28 b) iii), aplicables a todas las categorías de superiores. Podemos diferenciar tres deberes en relación con el momento de la comisión de los crímenes: antes de la comisión del acto, durante y con posterioridad a ella; considerando que basta

el incumplimiento de cualquiera de ellos para configurar la responsabilidad del superior.

Prevenir la comisión del acto no sólo debe entenderse de manera restringida a la evitación del principio de ejecución, sino que la frustración del delito o la interrupción de la continuación en el caso de delitos permanentes o continuados puede hacer que se tenga el deber por cumplido, lo que dependerá de los hechos y del conocimiento del superior al respecto; *prevenir* la comisión de delitos en ejecución pareciera corresponder más bien al acto de *reprimir* la comisión de estos, lo cual para efectos prácticos no supone diferencias, y por lo mismo, la norma los plantea como alternativos.

De todas formas, si los crímenes ya se encuentran consumados, el superior sólo puede tener una reacción post delito, y lo único que cabe en esa temporalidad es *reprimir*, lo que generalmente equivaldrá a imponer sanciones a los subordinados. Por tratarse de crímenes de derecho internacional, dada la entidad y gravedad de los hechos, “poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes” no debe ser una mera comunicación de la ocurrencia de los delitos en términos formales, sino que debe cumplir con los requisitos necesarios para que prospere una correcta investigación, incluyendo la remisión de pruebas que obren en su poder, los testigos que conozca e incluso su propia declaración, y de esta forma contribuir a que los autores sean efectivamente llevados ante la justicia.

Cuando el artículo 28 hace referencia a “medidas necesarias y razonables”, se refiere a que el superior debe actuar haciendo todo lo que esté a su alcance para prevenir, reprimir o denunciar efectivamente los crímenes. No exige que el superior esté obligado a lo imposible, pero sí debe entregar toda la información que maneje de manera veraz y adecuada, además de ejercer todas las acciones de la cual sea titular, siempre orientadas a lograr la verdad y aportar al logro futuro de rehabilitación y reparación de las víctimas. Por otra parte, si se entiende que el superior ha adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance, no puede ser considerado responsable de los crímenes, incluso si los autores directos consiguen impunidad, pues opera como una efectiva causal de exculpación, y de la misma manera, el superior que hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables no será responsable, aunque los subordinados sean efectivamente

declarados culpables (Situation in the Democratic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, 2014).

IV. El elemento subjetivo (*mens rea*) en la responsabilidad del superior

El elemento subjetivo de la responsabilidad penal común o elemento de intencionalidad (*mental element*) general para los crímenes de competencia de la Corte se encuentra regulado en el artículo 30 del Estatuto. En concordancia con la excepcionalidad prevista por dicho artículo contenida en la frase “[s] alvo disposición en contrario”, el artículo 28 del Estatuto establece requisitos subjetivos especiales del tipo (Amati, Caccamo, Costi, Fronza y Vallini, 2009, pp. 183–187) relativos al conocimiento de los delitos o de la conducta de los subordinados, distintos a los exigidos en el artículo 30 (Werle y Jessberger, 2017, p. 393) y que la Corte ha considerado como de menor intensidad que la responsabilidad general (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016). Estos requisitos subjetivos especiales son distintos para el superior militar —*de jure* y *de facto*— y para los otros tipos de superiores.

Para Werle la naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior es un delito independiente, excepcional, en el cual el superior *participa* de cierta forma del injusto de los hechos subyacentes (Werle y Jessberger, 2017, p. 387); en cambio, para Ambos, existe un delito de omisión propia, cuyo contenido va a ser llenado por la actividad y conocimiento exigida al superior dependiendo de cual *tipo* de superior se trate (Ambos, 1999, p. 565).

De todas formas, ambas posiciones no son irreconciliables *per se*, y la idea de un delito especial, propio del derecho penal internacional, no se contrapone con la estructura que propone Ambos, sino que esta es una descripción de las distintas exigencias prescritas para una misma responsabilidad. En el fondo, estamos en presencia de un delito especial propio, en el cual el sujeto activo, el superior civil o militar, tiene un deber específico respecto del bien jurídico y una obligación especial dada su propia situación *de jure o de facto*, frente a sus subordinados y frente al ataque (Situation in the Republic of Cote D’Ivoire in the case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Char-

les Blé Goudé, 2019b; The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016).

1. *La exigencia básica de conocimiento actual, como elemento subjetivo (el superior sabía)*

Tanto en las hipótesis de jefes militares en lo formal o de otro tipo de superiores actuando en dicha calidad, el Estatuto atribuye responsabilidad al superior que *sabía*¹ (*knew*) que sus subordinados cometieron, o se disponían a cometer actos de aquellos tipificados como crímenes. Para la Corte el *saber* se ha definido como un “conocimiento actual” (*actual knowledge*): “[...] el artículo 28(a) del Estatuto comprende dos estándares de elemento de culpa. El primero, que se resume en el término “sabía”, requiere la existencia de un conocimiento actual” (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016).

Este “conocimiento actual” es más una cuestión probatoria y casuística que de sustantividad normativa, y como debe ser establecido mediante los elementos de prueba que se alleguen al procedimiento, aunque no existan pruebas directas del conocimiento de los delitos cometidos por los subordinados, dicho conocimiento para ser presupuesto de la responsabilidad por el mando no puede presumirse y a lo menos debe fundarse en evidencia circunstancial (Situation in Darfur, Sudan in the case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Albashir”), 2009; Situation in the Republic of Cote D’Ivoire in the case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, 2019a; The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016). Para la CPI los “[...] factores o indicios para llegar a una conclusión sobre el conocimiento actual del superior”, incluyen, entre otros

¹ La traducción oficial al español del Estatuto de Roma, en el artículo 28 a) i) exige respecto de los jefes militares o el que actúe como tal que “hubiere sabido” y en el artículo 28 b) i) sobre los otros superiores que “hubiere tenido conocimiento”, sin embargo, la versión en inglés sólo usa la conjugación “*knew*” esto es, “*sabía*”. Así el artículo 28 a) i) “That military commander or person either *knew* [...]” y el artículo 28 b) i) “The superior either *knew* [...]”.

[e]l número de actos ilegales, su alcance, si su ocurrencia es generalizada, el tiempo durante el cual se llevaron a cabo los actos prohibidos, el tipo y número de fuerzas involucradas, los medios de comunicación disponibles, el modus operandi de actos similares, el alcance y naturaleza del cargo y responsabilidad del superior en la estructura jerárquica, la ubicación del comandante y su ubicación geográfica al momento de los hechos. El conocimiento real también puede probarse si ‘a priori, [un comandante militar] es parte de una estructura organizada con sistemas establecidos de información y seguimiento. (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 2016)

Este estándar de conocimiento no requiere un detalle exhaustivo de los hechos, ni un acabado dominio de todas las circunstancias e identidad de los subordinados involucrados. De hecho, en la sentencia del TPIY en el caso contra Jadranko Prlić se determina que “cuanto más alejado físicamente esté el superior de la comisión de los delitos, más indicios suplementarios se requerirán para establecer el conocimiento real”, lo que constituye un ejemplo de construcción casuística del elemento subjetivo, contrario a la atribución normativa de la responsabilidad. Por lo mismo, el TPIY si bien señala que “[l]a autoridad sobre una jerarquía constituye un importante indicio de conocimiento, aunque no es determinante”, lo relevante es que se pueda acreditar en la investigación mediante los antecedentes que obren a la vista, y no puede obviarse su probanza o acreditación, “aunque el estándar de prueba necesario para probar el conocimiento real de los superiores con autoridad o poder de facto es más alto” (The Prosecutor vs. Jadranko Prlić, 2013).

A priori, el “conocimiento actual” parece remitirse al dolo directo, planteando que el superior *sabía* que los crímenes se iban a cometer o ya se estaban cometiendo, lo que se relaciona con el dolo requerido para los hechos subyacentes, que el artículo 30 establece como “intención y conocimiento” (*intent and knowledge*); es decir, si el superior conoce que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer crímenes de relevancia penal internacional, necesariamente conoce el asunto y comparte la intención que los animaba a cometerlos. La voz *sabía* pareciera orientarse a conocer la existencia de un riesgo dado por la comisión o eventual comisión de los crímenes y que ese riesgo provenga de los subordinados respecto de los cuales tiene

la relación de superior. Sin embargo, el verdadero riesgo que el superior está en condiciones de conocer es el creado por el contexto en que se desenvuelve la acción de los hechos subyacentes. En ese sentido, el superior es responsable por fallar en prevenir o reprimir los hechos subyacentes y, al mismo tiempo, es responsable por los delitos cometidos por los subordinados, sin que la responsabilidad de éstos se diluya, por cuanto se produce bajo el contexto descrito según los crímenes de que se trate (Ambos y Triffterer, 2002, p. 824).

Si se considera que *saber* y no adoptar las medidas para “prevenir” o “reprimir” acerca al superior a compartir el dolo de los subordinados, ya que el superior conscientemente no actúa, porque de haberlo hecho hubiera evitado el resultado lesivo o hubiese interrumpido la acción, entonces el superior tenía la intención de que el resultado se produjera contribuyendo decisivamente a la creación del riesgo mediante su incumplimiento. Pero esto conduce a una contradicción entre el dolo del subordinado y la negligencia del superior, ya que, si “el superior incumple negligentemente su deber de supervisión apropiada sobre quienes cometen sus delitos dolosamente”, la responsabilidad compartida sólo podría plantearse si el objeto mental (*mens rea*) es el mismo, y por lo tanto, debería extenderse el elemento subjetivo del incumplimiento del deber de supervisión del superior a la comisión dolosa de los subordinados.

Los crímenes de derecho penal internacional además tienen que cometerse en el contexto del crimen que se trate, es decir, que la conducta para el caso de genocidio haya sido perpetrada con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal; en los crímenes de *lesa humanidad*, que se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; para los crímenes de guerra que se hayan cometido como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes, o que constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas en el caso del crimen de agresión. La responsabilidad del superior no se deriva de cada hecho subyacente considerado de manera aislada, pues no se puede exigir que el superior comparta todas y cada una de las intenciones y conocimientos respecto de las conductas, pero sí que compartan el conocimiento de los elementos de contexto en que se desarrollan dichas conductas. La vinculación entre la subjetividad del superior y la del subordinado surge en el contexto

de crimen de derecho internacional y no entre la relación de la subjetividad individual de cada sujeto activo, pues de otra forma se produce esa contradicción entre dolo y negligencia.

Que exista una relación superior-subordinado unida al elemento mental “conocimiento actual” de los crímenes, más bien coloca al superior en posición de garante respecto de las víctimas. La obligación de los superiores respecto a impedir la comisión de crímenes por parte de sus subordinados siempre existe, lo que diferencia a los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional es que esa responsabilidad es mayor dado el contexto en que se cometen esos crímenes (*macrocriminalidad*).

El caso de no haber puesto el asunto en conocimiento de las autoridades competentes tiene la naturaleza de un delito autónomo de omisión propia en el que el superior es responsable por el incumplimiento de un deber específico expresamente establecido: “poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”. Lo que se sanciona no es el no haber impedido o detenido la comisión de los crímenes, sino que se castiga directamente la inactividad del superior *ex post* a dicha comisión.

2. La responsabilidad por negligencia y el conocimiento constructivo (el superior “hubiere debido saber” o “debió haber sabido”)

El artículo 28, además de los requisitos comunes a todas las clases de superiores, introduce para los jefes militares un elemento subjetivo alternativo al “conocimiento actual”: el jefe militar “en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían a cometerlos”.² En virtud de las funciones y deberes propios del mando militar y de su posición jerárquica, el estándar de conducta exigido es menor, semejante a la negligencia.

Durante el establecimiento del TPIY, el Informe presentado por el Secretario General (ONU) al Consejo de Seguridad equipara el estándar *had reason to know* a la “negligencia criminal”, como una forma de imprudencia, donde

² “[o]wing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes”.

los hechos se producen por la falta de diligencia al no adoptar las medidas —razonables y necesarias— para impedir o reprimir los delitos, pudiendo haberlo hecho, ya que debía saber que existía el riesgo de su comisión (Consejo de Seguridad Naciones Unidas, 1993).

El estándar “haber debido saber” tiene su correlato con otras normas de derecho internacional, que podrían contener un nivel incluso menor de exigencia. Por ejemplo, para el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra I (Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 1977), basta que el superior cuente con información suficiente acerca de la comisión o eventual comisión de los delitos. Los Estatutos del TPIY, del TPIR y del TESL establecen el estándar “tenía razones para saber”. Por ejemplo, la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, señala que basta con que el superior tenga “información suficientemente alarmante” que lo notifique del riesgo que sus subordinados puedan llevar a cabo posibles actos ilegales, información suficiente como para justificar una investigación posterior, lo que habilita la responsabilidad (*The Prosecutor vs. Pavle Strugar*, 2008; *The Prosecutor vs. Radovan Karadžić*, 2016). Esta “información suficiente”, no constituye un criterio técnico, militar o jurídico, pues de lo contrario podrían aparecer lagunas de impunidad, donde la ausencia de detalles específicos de lo acontecido en el campo excusaría al superior de adoptar las medidas (*The Prosecutor vs. Radovan Karadžić*, 2016).

La Corte Penal Internacional reconoce una diferencia entre el criterio “tenía razones para saber” propio de los estatutos del TPIR, el TPIY y el TESL, y el estándar “debería haber sabido” del artículo 28 a) del Estatuto (*The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, 2016); por lo cual, el criterio común se asemeja a la “negligencia inconsciente”, en el sentido que el superior, dada su posición, está obligado a evaluar todos los antecedentes necesarios para concluir que los subordinados están cometiendo o están a punto de cometer crímenes, aunque no tenga dicho conocimiento en concreto:

El requisito de “debería haber sabido” establecido en los Elementos de los Crímenes —que debe distinguirse del requisito de “debería haber sabido”

o conocimiento constructivo— cae dentro del concepto de negligencia [...] - En consecuencia, el requisito de “debería haber sabido” previsto en los Elementos de los Crímenes en relación con los artículos 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii) es una excepción al requisito de “intención y conocimiento” consagrado en el artículo 30 del Estatuto. (Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2007)

Pero también este criterio “debería haber sabido” se ha llenado en su contenido con la idea de que, ante la dificultad de comprobar el conocimiento efectivo, pero dada la posición del superior, es altamente improbable que haya ignorado o la comisión o el contexto: el conocimiento debe ser imputado *constructivamente* en razón de la información que el superior tenía disponible para establecer la existencia de los crímenes, lo que configura un alto estándar de negligencia, casi al límite del dolo, “El concepto del llamado conocimiento constructivo debe también ser entendido como el requerimiento de información confiable y concreta que permita al superior conocer sobre la comisión de los crímenes” (Ambos y Triffterer, 2002, p. 847). La opinión disidente de la jueza Herrera Carbuccia, en el caso contra Ruto y Sang, lo expresa con claridad:

De igual modo, el conocimiento puede también extenderse, dependiendo de las circunstancias y hechos de un caso, al concepto de “conocimiento constructivo”, que existe cuando el autor es consciente del riesgo de que su conducta pueda ser interpretada objetivamente como parte de un ataque más amplio. (The Prosecutor vs. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, 2016, párr. 66)

El criterio “debió haber sabido” implica que el superior tiene un deber especial de recabar información en virtud de su posición —e incluso deberes positivos— en torno a generar un sistema de vigilancia e información que sea efectivo. Tal como lo plantea la Corte (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016), puede estimarse que un superior sabía, cuando tenía a su disposición información general que lo puede poner en aviso de que los delitos están siendo cometidos por sus subordinados o incluso de su posibilidad de ocurrencia. Un superior que ante esa información general no recaba más detalles sería el caso típico;

pero incluso, si ese superior no recibe ninguna información porque no fue capaz de establecer un mecanismo mínimo de vigilancia o de información, también es responsable y en ese caso el criterio es derechamente negligencia.

3. *El caso del superior (distinto al superior militar) que deliberadamente hizo caso omiso de información sobre los crímenes*

El artículo 28.b i) sanciona también al superior (distinto al jefe militar) que “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”, lo que implica que *decide* no tener conocimiento actual respecto de lo que está sucediendo bajo su control y comando. Hay poca discusión respecto a que en este caso nos encontramos en el ámbito de la “ceguera intencional” (*wilful blindness*), aunque no aparezca explícitamente del texto del Estatuto. El TESL en el caso Taylor señala que “[l]o que se requiere es que el superior sea consciente de la información que debería haberlo impulsado a adquirir más conocimientos” (The Prosecutor vs. Charles Ghankay Taylor, 2012).

La ceguera intencional no pareciera ser *mens rea* propiamente tal, sino más bien un instrumento que permite concluir que existe información mínima para formar el conocimiento en el superior e imputar la evitación de actuar como intencional. Hay un primer momento de representación del peligro, que se niega de manera consciente en un segundo momento, lo que permite construir la intencionalidad, ya que, para hacer caso omiso de manera deliberada, el sujeto debe estar en presencia de una creencia subjetiva seria y de entidad suficiente —información— y realizar conductas tendientes a evitar adquirirlo, constatarlo o profundizarlo. En realidad, tiene la forma de una regla procesal destinada a evitar que la impunidad se construya sobre la mera ausencia de conocimiento, en virtud de las circunstancias y la posición del imputado. En ese sentido, la omisión deliberada de antecedentes parece ubicarse entre la imprudencia (*recklessness*) y el conocimiento actual, pero se sanciona como éste último porque existe una intención manifiesta del autor de construir su propio estado de ignorancia, aunque se ha representado de manera suficiente el riesgo de la producción del daño.

4. Conocimiento y culpabilidad. ¿El superior debe

“saber” lo mismo que el subordinado al momento del hecho?

Cómo se ha visto hasta ahora, el elemento volitivo se puede resumir en la realización intencional de la conducta en los términos del artículo 30.2 a) y b) del Estatuto. El problema se presenta a efectos de determinar cuál es elemento cognoscitivo en concreto del superior, por cuanto la conducta en específica de cada hecho subyacente la ejecuta el subordinado, y en concordancia con el artículo 25.2, el principio de culpabilidad nos indica que “[q]uien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

En el mismo sentido, la Corte ha resuelto que “[d]e acuerdo con el artículo 66(2) y (3), la carga de la prueba (que incumbe a la Fiscalía) y el estándar de prueba (más allá de toda duda razonable) se relacionan con la «culpabilidad del acusado»” (Situation in Uganda in the case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, 2021). Los hechos subyacentes son parte del tipo y, por tanto, tienen que ser objeto de sus elementos, incluyendo el elemento subjetivo, de otra forma se vulneraría el principio de culpabilidad. Entonces, el subordinado que está ejecutando el *actus rea* debe compartir el *mens rea* del superior, y viceversa, lo que ciertamente es muy difícil establecer con certeza ya que además debe serlo al momento que se ejecuta la conducta.

En ese sentido, la Corte, en la decisión de confirmación de cargos para el caso Kenyatta, resolvió que “[r]especto del “conocimiento” requerido, el artículo 30 del Estatuto especifica que éste requiere la “conciencia de que existe una circunstancia o de que se producirá una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos” (párr. 411) (Situation in the Republic of Kenya in the case of The Prosecutor vs. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Mui-gai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, 2012). Acá el acento debe estar puesto en el concepto de *circunstancia* que como vimos *supra*, puede —y en este caso, debe— referirse a los elementos de contexto como ataque con características de *macrocriminalidad*, por cuanto es lo único que realmente puede establecerse a ciencia cierta que el superior *sabía* (*knew*) en términos de *conocimiento actual*, esto, sobre todo en los cargos más altos de la organización y por lo mismo, más alejados de la realización material de la conducta.

Lo anterior indefectiblemente implica que el contenido del elemento conocimiento (*knowledge*) que acompaña a la intención (*intention*) es distinto para el subordinado que, para el superior; es decir, el subordinado conoce los elementos materiales del hecho subyacente en tanto tipo penal, pero no necesariamente conoce las características de *macrocriminalidad* en el que se desarrolla la conducta típica. A la inversa, el superior no está en posición de conocer los elementos de cada uno de los hechos subyacentes de cada subordinado, pero si debe saber que se cometen en el contexto de *macrocriminalidad* y siempre en relación con lo prescrito en el artículo 28. Por ello, más bien pareciera ser un delito especial propio que una forma de responsabilidad por el hecho ajeno, donde el contenido del elemento subjetivo del tipo está dado por lo que el superior *sabía, hubiere debido saber o debió haber sabido*, incluyendo aquel conocimiento respecto del cual hizo caso omiso.

V. La responsabilidad del superior en la ley chilena

El artículo 35 de la Ley N° 20.357 sobre responsabilidad de los superiores, funciona como una implementación del artículo 28 del Estatuto de la CPI para la legislación nacional, aunque con particularidades que se manifiestan en algunas diferencias importantes. Sanciona como “autores de los delitos” a las autoridades, civiles o militares que ejerzan de derecho o *de facto*, cuando tenían conocimiento del hecho y pudiendo impedirlo no lo hicieron. Así, la conducta del superior bajo la ley chilena se acerca más a una forma de comisión dolosa en el supuesto de que el superior tiene un conocimiento actual de los hechos cometidos por sus subordinados, apartándose de los estándares de responsabilidad por negligencia contenidos en el artículo 28 del Estatuto. Notoriamente en un inciso diferente, la omisión de “dar aviso oportuno a la autoridad competente” es una conducta separada y recibe una sanción menor, rebajada en uno o dos grados; lo que también es una diferencia evidente respecto del Estatuto de Roma.

1. Elemento subjetivo: el conocimiento de la comisión por otro

Que el artículo 35 inciso primero de la Ley N° 20.357 exija al superior que tenga conocimiento de la comisión por otros —subordinados— de los delitos importa construir una hipótesis general bajo un criterio subjetivo de responsabilidad penal en comisión por omisión, dolosa, sin distinguir ni la posición del superior —jefe militar o civil— ni los distintos supuestos de conocimiento y deber de conocimiento, sin incorporar los criterios “hubiere debido saber” o “deliberadamente hubiere hecho caso omiso” de la información disponible, respecto de la comisión de los delitos por parte de los subordinados. Esto tiene una importante consecuencia ya que, al exigir que el superior, “teniendo conocimiento de su comisión por otro”, no impidiese los hechos subyacentes, pareciera implicar que dicho conocimiento debe incluir todos los elementos objetivos del tipo específico relativo al delito base —comisión por otro— y también los derivados de la posición de superior como la existencia del riesgo y la posibilidad de actuar para impedir los crímenes o de evitar el resultado, lo que haría prácticamente imposible la atribución de responsabilidad a los superiores.

Sin embargo, y considerando lo que hemos revisado para el caso del artículo 28 del Estatuto de Roma, no es posible sostener que se necesita el conocimiento singular sobre cada delito cometido, las circunstancias específicas de su comisión, o la identidad, rango o vinculación a alguna determinada unidad de los perpetradores. Tampoco se requeriría información acerca de la identidad de las víctimas en tanto el superior sepa que se están cometiendo “delitos internacionales” por sus subordinados; es decir, bajo el ámbito de *macrocriminalidad* otorgado por los elementos de contexto definidos en el artículo 1o.

Entonces, ¿Qué constituye la exigencia de conocimiento en el artículo 35? El artículo 37 de la Ley 20.357 señala que es suficiente el conocimiento de que el acto forma parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil y que responde a un plan o política del Estado o sus agentes, sin que se requiera un conocimiento detallado acerca de dicho plan o política, ni de los aspectos precisos de los actos subyacentes. La profesora Claudia Cárdenas señala que “la política no necesariamente debe ser explícita, sino que su existencia puede ser inferida de una serie de factores, y que ella puede emanar de cualquier organización que disponga de la capacidad

necesaria para llevar adelante un ataque, promoverlo o apoyarlo” (Cárdenas Aravena, 2021, pp. 304–306). Según esto, para resolver la exigencia subjetiva de conocimiento, el superior debe conocer los “elementos contextuales”, ya que no sólo son requisitos de la responsabilidad de derecho penal internacional, sino que conforman presupuestos objetivos y, por ello deben ser conocidos por el agente para que emerja la responsabilidad.

Entonces, el superior no sólo debe ser consciente de que los crímenes de sus subordinados forman parte del ataque masivo o sistemático, sino que además debe ser consciente de la magnitud del ataque. Y al menos, el superior debe saber que existe un riesgo de que sus subordinados cometan delitos bajo la concurrencia de los elementos de contexto, para que efectivamente pueda producirse la responsabilidad por no haberlos impedido pudiendo hacerlo, de otra forma sólo sería exigible su conducta *ex post*, lo que contravendría la obligación de impedir la comisión de los crímenes, lo que necesariamente debe hacerse *ex ante*.

La obligación que pende sobre el superior en la ley chilena podría resumirse en el deber de tomar control del riesgo que sus subordinados cometan los hechos subyacentes y de adoptar todas las medidas posibles para evitar que se cometan, lo que involucra el conocimiento de que las acciones que debe tomar estarán específicamente orientadas a la evitación de los crímenes. Según Juan Pablo Mañalich, ya que el término *knowledge* deber ser interpretado a la luz del Estatuto de Roma, “la exigencia de conocimiento ha de ser entendida en el sentido de que ella se vea satisfecha a través de una adscripción de dolo eventual” (Mañalich, 2021, p. 63), pues el superior, conociendo el riesgo involucrado, deja que acontezcan las actuaciones de los subordinados sin adoptar medidas para impedirlo, un saber y dejar hacer.

2. La prueba del conocimiento del superior

En Chile, el estándar de condena está establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal, según el cual sólo se puede condenar a una persona toda vez que más allá de toda duda razonable, exista la convicción de que realmente cometió el hecho punible y tuvo una participación culpable y penada por la ley, formando esa convicción en virtud de las pruebas producidas en el juicio, y por ello, el conocimiento como elemento subjetivo para establecer

esa participación culpable también será objeto de la prueba vertida en el juicio.

La definición del artículo 30.3 del Estatuto acerca del conocimiento como “la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos” no ha sido objeto de discusión en la jurisprudencia, como lo ha sido la manera en que debe ser probado. Lo que es cierto es que hay acuerdo en la dogmática y la jurisprudencia internacional de que el conocimiento, si bien no puede ser presumido, puede ser derivado de evidencia circunstancial o indirecta (The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016).

Uno de los problemas derivados de la diferencia estructural entre el Estatuto de Roma y la ley N° 20.357 es la diferencia entre la prueba del conocimiento por medio de evidencia indirecta o circunstancial, y el uso de esquemas de atribución como el *conocimiento constructivo*, ya que este último implica la existencia de un deber de conocimiento como estándar objetivo semejante al que se requiere respecto de los delitos de omisión. En ese sentido, el artículo 35 de la ley N° 20.357 contendría un estándar probatorio más exigente que el artículo 28 del Estatuto de Roma, al menos en sus variantes de “hubiere debido saber” o “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información”, ya que “es necesario probar el conocimiento del delito, y en el caso de un delito ya consumado resulta necesario, además, que el superior no haya podido impedirlo” (Cárdenas Aravena, 2010, p. 37). Sin embargo, de los mismos antecedentes del contexto en que se desarrollaron los hechos es posible obtener indicios (Cárdenas Aravena, 2021, p. 305), e incluso prueba directa del conocimiento, y como lo ha señalado la jurisprudencia, para obtener los antecedentes o indicios se puede acudir a distintos factores o variables:

Otros indicios incluyen el número, la naturaleza, el alcance, la ubicación y el momento de los actos ilegales y otras circunstancias prevalecientes; el tipo y número de fuerzas involucradas; los medios de comunicación disponibles; el *modus operandi* de actos similares; el alcance y la naturaleza de la posición y la responsabilidad del comandante en la estructura jerárquica; la ubicación del comando en el momento; y la notoriedad de los actos ilegales, por ejemplo si fueron reportados en la cobertura de los medios de comunicación de los cuales el acusado

estaba al tanto. (Situation in Uganda in the case of *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2016; *The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*—Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 2016)

Dada la masividad, notoriedad y exposición de los hechos subyacentes, diferenciándolos del ataque en general, la prueba del conocimiento del superior será menos compleja, sobre todo cuando existen registros que dan cuenta de una dimensión y ocurrencia tal de los crímenes que impiden negar que una persona en la posición del superior podía conocerlos.

VI. Conclusiones

1. Los superiores deben conocer el contexto de los ataques para ser responsables. ¿Por cuál hecho es culpable el superior? ¿Por los delitos de los subordinados o por un hecho suyo? Como el principio de culpabilidad tiene entre sus fines impedir la atribución de responsabilidad por la sola producción del hecho, los rasgos personales del autor o la mera peligrosidad de este, es importante vincular la idea de culpabilidad a la responsabilidad del superior, para vincular el injusto a esta clase particular de autores y establecer los límites sancionatorios a los que se enfrenta.

A efectos de una estructura de imputación correcta, que no implique una violación del principio de culpabilidad, el conocimiento exigido es el conocimiento de los elementos de contexto o *macrocriminalidad*, y que los hechos subyacentes se cometen en dicho contexto, aun cuando se exija cierto nivel de conocimiento de la conducta de los subordinados. Porque ¿qué otra cosa podría conocer un superior civil o militar? Cuando se crea el riesgo, un resultado causado por el agente solo se puede imputar si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.

2. El elemento subjetivo en la imputación al subordinado no puede ser el mismo que respecto al superior. En el caso de los delitos de derecho penal internacional, respecto del autor directo se realiza una imputación objetiva del delito base, existe un riesgo y se realiza el tipo de cada acto individual en dicho riesgo, pero respecto del superior la imputación objetiva se traduce en

la creación del riesgo en el contexto de *macrocriminalidad* (crea el riesgo en los elementos de contexto) y es la actividad de los subordinados, la que es conocida — aunque no en detalle — o al menos debería haber sido conocida por el superior.

Si consideramos que los requisitos de la responsabilidad del superior son la relación superior-subordinado, la omisión de medidas necesarias y razonables para evitar o reprimir la comisión de crímenes o la puesta en conocimiento de las autoridades correspondientes para su investigación y juicio y como elemento subjetivo el conocimiento que el crimen perpetrado por el subordinado se produce en ese contexto, podemos señalar que constituye un delito independiente, con su propia tipicidad, aunque su ocurrencia esté estrechamente ligada a la ocurrencia de los hechos subyacentes. La diferencia más importante entre el artículo 28 del Estatuto de Roma y el artículo 35 de la Ley N° 20.357 se encuentra, justamente, en relación con el elemento subjetivo, ya que este último no considera todas las hipótesis de intervención punible que se contemplan en el Estatuto en relación con el conocimiento del superior. La ley chilena no distingue los diferentes estándares de dolo, y en principio la conducta estaría satisfecha tanto mediante dolo directo como dolo eventual.

Acá es donde el artículo 35 chileno parece converger con el artículo 28 del Estatuto de Roma, en el sentido que en ambos casos el superior conoce los hechos (“teniendo conocimiento” en el caso chileno, “hubiere sabido” en el caso del Estatuto), y, aunque la perpetración de los delitos no constituye su objetivo, al saber que la acción se desarrolla bajo los elementos de contexto, necesariamente se lo ha debido representar como una consecuencia posible, y sin embargo acepta que las acciones sigan su curso. En ese sentido, en ambas normas el conocimiento del contexto es necesario para fundar la responsabilidad.

3. El estándar de conocimiento que se exige a los superiores, tanto en el artículo 28 del Estatuto de Roma como en el artículo 35 de la ley chilena, respecto de los hechos que constituyen el delito base, necesariamente debe ser distinto, e incluso menor. Como vimos, según el artículo 30, para el Estatuto “conocimiento” significa “la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los

acontecimientos”.³ Sin embargo, dado que la responsabilidad del superior se genera en cuanto tuvo conocimiento, o a lo menos debió tenerlo, respecto de los crímenes cometidos por los subordinados, debe ponderarse minimizando los estándares subjetivos para los autores directos de los delitos subyacentes respecto de los superiores. Exigir el mismo nivel de conocimiento para determinar la responsabilidad por los crímenes tendría consecuencias complejas.

En primer lugar, de ser el mismo estándar el requerido, nos encontraríamos frente a graves lagunas de impunidad, ya que materialmente es imposible que una persona que generalmente se encuentra lejos del lugar de los hechos, los conozca. Y, sobre todo, como acontece con los mandos superiores tanto civiles como militares, considerando que los crímenes de derecho penal internacional tienen como característica importante la masividad de los hechos que conforman los delitos base, es inexigible la misma intención y conocimiento a quien no participa materialmente de un sinnúmero de actos, que por demás pueden ser simultáneos.

Y también, porque configuraría una asimetría en el derecho al acceso a la justicia y a la igualdad material, debido a que las personas que detentan los altos mandos, o jefaturas civiles son personas *poderosas*, que se encuentran muchas veces amparadas por fueros, o que se rigen por reglas específicas y distintas a la de la mayoría de la población en cuanto a la persecución penal, e incluso pertenecientes a élites difícilmente alcanzadas por la actuación regular de los sistemas penales, principalmente en aquellos casos de crímenes cometidos en contexto de dictaduras o gobiernos *de facto*, o por aparatos organizados de poder donde la propia estructura de la organización, se caracteriza por resguardar o proteger a los mandos superiores, e incluso, se podría decir que existen para ello.

VII. Referencias

Amati, E., Caccamo, V., Costi, M., Fronza, E., y Vallini, A. (2009). Introducción al Derecho penal internacional. <https://iris.unitn.it/handle/11572/94949>

³ “[a]wareness that a circumstance exists or consequence exists or consequence will occur in the ordinary course of events”.

- Ambos, K. (1999). La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 52(1), 527-594.
- Ambos, K., y Triffterer, O. (2002). *The Rome Statute of the International Criminal Court*. Oxford University Press. https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2021/03/Ambos_ICC_Art-98_978-3-406-74384-9_Vorableseprobe.pdf
- Cárdenas Aravena, C. (2010). La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley N° 20.357. *Revista de derecho*, 23(2), 23-44. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502010000200002>
- Cárdenas Aravena, C. (2021). El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional. *Revista de derecho*, 34(1), 297-317. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502021000100297>
- Caro Coria, D. C. (2014). El elemento subjetivo del crimen imputado en el caso Lubanga. *Análisis de La Primera Sentencia de La Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga*, 177.
- Clark, R. S. (2008). Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings. *Criminal Law Forum*, 19(3-4), 519-552. <https://doi.org/10.1007/s10609-008-9074-9>
- Consejo de Seguridad Naciones Unidas. (1993, mayo 25). Informe presentado por el Secretario General de Conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad.
- Cryer, R., Robinson, D., y Vasiliev, S. (2019). *An introduction to international criminal law and procedure* (4a. ed.). Cambridge University Press.
- Henckaerts, J. M. (2005). Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: Una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados.
- Jelic vs. Croatia, 57856/11 (European Court of Human Rights October 13, 2014).
- Kiss, A. (2016). La Responsabilidad Penal Del Superior Ante La Corte Penal Internacional (Command Responsibility before the International Criminal Court). *Zeitschrift Für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS, 1. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3128109

- Mañalich, J. P. (2021). La responsabilidad del superior bajo la ley 20.357. *Revista de Ciencias Sociales*, 1(76). <https://doi.org/10.22370/rscs.2020.76.2811>
- Merenda, I. (2010). Criterios de imputación subjetiva del ilícito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Nuevo Foro Penal*, 74, 81.
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) (1977).
- Situation in Darfur, Sudan in the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ('Omar Albashir'), ICC-02/05-01/09 (International Criminal Court, 2009).
- Situation in the Central African Republic II, ICC-01/14-01/18 (International Criminal Court December 11, 2019).
- Situation in the Democratic of The Congo in the Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda., ICC-01/04-02/06 (International Criminal Law, 2014).
- Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 (International Criminal Court, 2007).
- Situation in the Republic of Cote D'Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red (International Criminal Court, 2019).
- Situation in the Republic of Cote D'Ivoire in the Case of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, ICC-02/11-01/15-1263-AnxC-Red (International Criminal Court July 16, 2019).
- Situation in the Republic of Kenya in the Case of The Prosecutor vs. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali., ICC-01/09-02/11 (International Criminal Court, 2012).
- Situation in Uganda in the Case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Anx-tENG (International Criminal Court March 23, 2016).
- Situation in Uganda in the Case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15 (International Criminal Court, 2021).
- The Prosecutor vs. Charles Ghankay Taylor, SCSL-03-01-T (Special Court for Sierra Leona May 18, 2012).
- The Prosecutor vs. Dragomir Milošević, IT-98-29/1-A (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations

- of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 November 12, 1999).
- The Prosecutor vs. George Ndahimana, ICTR-01-68-T (International Criminal Tribunal for Rwanda December 30, 2011).
- The Prosecutor vs. Jadranko Prlić, IT-04-74-T (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 May 29, 2013).
- The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo - Judgment Pursuant to article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08 (International Criminal Court March 21, 2016).
- The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo - Separate Opinion, Appeal Judgment, ICC-01/05-01/08-3636-Anx3 (International Criminal Court June 14, 2018).
- The Prosecutor vs. Pavle Strugar, IT-01-42-A (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 July 17, 2008).
- The Prosecutor vs. Radovan Karadžić, IT-95-5/18-T (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991 March 3, 2016).
- The Prosecutor vs. Tihomir Blaskic, IT-95-14-A (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 July 29, 2004).
- The Prosecutor vs. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11-2027-AnxI (International Criminal Court 2016).
- Van Sliedregt, E. (2009). Article 28 of the ICC Statute: Mode of Liability and/or Separate Offense? *New Criminal Law Review*, 12(3), 420-432. <https://doi.org/10.1525/nclr.2009.12.3.420>

- Werle, G., y Jessberger, F. (2017). *Tratado de derecho penal internacional* (3a. ed.). Tirant Lo Blanch.
- Yokohama, K. (2018). The Failure to Control and the Failure to Prevent, Repress and Submit: The Structure of Superior Responsibility under article 28 ict Statute. *International Criminal Law Review*, 18(2), 275-303. <https://doi.org/10.1163/15718123-01802002>

Cómo citar

IJ-UNAM

Santander Vásquez, Yuri Antonio, “El elemento subjetivo en la responsabilidad del superior por crímenes de derecho penal internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 239-273. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19193>

APA

Santander Vásquez, Y. A. (2024). El elemento subjetivo en la responsabilidad del superior por crímenes de derecho penal internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 239-273. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19193>

Aproximación teórica a la tipología de la responsabilidad constitucional

A constitutional approach to the typology of constitutional responsibility

Enrique **Uribe Arzate**

 <https://orcid.org/0000-0003-2381-232X>

Universidad Autónoma del Estado de México. México

Correo electrónico: vercingtx@hotmail.com

Diego Enrique **Uribe Bustamante**

 <https://orcid.org/0000-0001-9805-6923>

United Nations Office at Geneva. Suiza

Correo electrónico: deub@hotmail.com

Recepción: 3 de mayo de 2024 | **Aceptación:** 13 de noviembre de 2024

Publicación: 11 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19112>

Resumen: La responsabilidad de los servidores públicos es un tema fundamental para el Estado constitucional; la doctrina y el derecho positivo identifican varios tipos de responsabilidad como son la administrativa, la civil, la penal y la política. Esta última que se tramita como juicio político, ha sido establecida para algunos servidores públicos de la mayor jerarquía, empero no está claro cuáles son las características especiales que determinan qué servidores públicos pueden ser sometidos a este juicio y tampoco cuál es la naturaleza de este mecanismo de control constitucional que concluye con la imposición de sanciones de naturaleza administrativa como son la destitución y la inhabilitación. Por eso creemos que es necesario convertir al juicio político en un juicio de responsabilidad constitucional e incluir las sanciones de naturaleza constitucional correspondientes a este tipo de transgresión que es diferente a la de orden administrativo.

Palabras clave: juicio político; responsabilidad política; Estado constitucional; destitución; inhabilitación.

Abstract: The responsibility of public servants is a fundamental issue for the constitutional State; doctrine and positive law identify several types of responsibility such as administrative, civil, criminal and political. The latter, which is processed as political trial, has been established for some public servants of the highest hierarchy, but it is not clear which are the special characteristics that determine which public servants may be subject to this trial, nor what is the nature of this mechanism of constitutional control that concludes with the imposition of sanctions of an administrative nature such as dismissal and disqualification. For this reason, we believe that it is necessary to convert the political trial into a trial of constitutional responsibility and to include the sanctions of a constitutional nature corresponding to this type of transgression, which is different from that of an administrative nature.

Keywords: political trial; political responsibility; constitutional state; dismissal; disqualification.

Sumario: I. Introducción. II. Lo político del juicio político. III. La tipología de la responsabilidad de los servidores públicos. IV. La responsabilidad política como responsabilidad constitucional y sus posibles efectos. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. Introducción

En el Estado constitucional, toda persona que ejerce empleo, cargo o comisión en la administración pública es responsable de sus actos. Esta afirmación determina la posibilidad de que, quien incurra en faltas, ya sea por exceso o defecto, debe ser sancionado. Desde luego, el tipo de sanción depende de la naturaleza de la violación cometida; por ello, la legislación establece sanciones de tipo administrativo, civil, penal y política.

Sobre las tres primeras materias, poco se puede agregar, pues el tipo de sanción es aquiescente con la naturaleza de la falta o delito cometido. Empero, la responsabilidad política encierra una gran complejidad, pues las sanciones que se establecen para este tipo de transgresiones son de naturaleza administrativa.

En este sentido, si el poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad (Weber, 2022, p. 183), nos interesa destacar que el poder estatal es una potestad jurídicamente regulada, y que todo servidor público debe responder por sus actos.

De acuerdo con esto, el logro del Estado como la organización humana más depurada y necesaria para la adecuada convivencia humano-social tiene una parte esencial en la configuración del poder público y en las formas de ejercicio de las diferentes atribuciones que corresponden a los diversos órganos estatales. Todo esto se encuentra determinado desde el axioma contenido en el principio de legalidad,¹ que es uno de los postulados centrales que sostienen la actuación de quienes encarnan a los órganos del Estado. De acuerdo con este principio, todo servidor público sabe —todos deberían saberlo— que su actuación tiene límites, y que siempre está en latencia la posibilidad de ser enjuiciado por el ejercicio indebido de sus atribuciones.

La fe puesta en la ley para evitar los abusos tiene larga data —al menos como alegato para el control del poder—, aunque no siempre las prescripciones nominales coinciden con la realidad.

Y es que nada mejor que un sistema legal para corregir las faltas de los cargos superiores y descubrir las maldades de los inferiores, para restablecer el orden, juzgar las infracciones, controlar a los prepotentes, impedir la delincuencia y homogeneizar la conducta y el pensamiento de los hombres. (Fei Zi, 2010, pp. 22-23)

Además de esta regla de actuación de los servidores públicos, que está delineada desde las prescripciones de las normas jurídicas generales, es decir, las normas de tipo legal ordinario, es importante señalar que existe otro *corpus* que igualmente establece límites y reglas a la actuación de los servidores públicos desde la parte superior del ordenamiento jurídico estatal, y contiene un criterio que desde ahora identificamos como “el principio de constitucionalidad”. Este principio es directriz, regla y límite a la actuación de todos y cada uno de los servidores públicos, con independencia de su jerarquía o ámbito donde se desempeñen (federal, estatal, municipal o de los órganos constitucionales autónomos).

Como podemos ver, la actuación de las personas que quieren y actúan en nombre del Estado debe atender el mandato constitucional y las prescrip-

¹ Este principio sostiene que los gobernados pueden hacer todo lo que la ley no les prohíbe; mientras que los gobernantes sólo pueden hacer lo que la ley expresamente les faculta.

ciones de las normas de tipo legal-ordinario. Lamentablemente, no siempre es así. Por esta razón, además de hablar de atribuciones y funciones de los servidores públicos, tenemos que aludir *a fortiori* a los mecanismos que, desde el orden normativo estatal, prevén los escenarios y procedimientos para hacer que esos actos ilegales y/o inconstitucionales dejen de ser aplicados y cesen en sus efectos jurídicos. Este es el tema propio del control de la constitucionalidad de actos y normas, el cual es un mecanismo que sirve para atajar los efectos de las normas inconstitucionales, incluso para declarar la inconstitucionalidad total de la norma y ordenar su inaplicación, y para identificar la inconstitucionalidad de los actos que contravienen a la *lex legum* y ordenar que cesen sus efectos.

Desde luego, el asunto técnico en este rubro parece tener un tratamiento adecuado que, evidentemente, se puede mejorar. Sin embargo, una cuestión que no está debidamente focalizada es la que atañe a la responsabilidad de los servidores públicos que crean y deciden la emisión de normas inconstitucionales, o que ordenan y/o ejecutan actos contrarios a la carta magna. La inconstitucionalidad que se determina desde las sentencias constitucionales, por lo general, identifica puntualmente las normas o los preceptos que de manera específica violentan la normativa constitucional; y lo mismo sucede en el caso de las resoluciones que deciden la inconstitucionalidad de un acto concreto.

Lamentablemente, el control de la constitucionalidad de actos y de normas no alcanza hasta ahora a incidir en la imposición de las sanciones que son procedentes en contra de quienes resultan responsables de alguna violación a la carta magna. Por lo que el estudio de esta parte resulta fundamental para la configuración plena de un Estado constitucional garante de los contenidos esenciales de la *lex legum*, donde un ejercicio del poder racional y medido tiene que ser una de las directrices de la conducta de todos los servidores públicos.

Más allá de la procedencia de los procesos de tipo penal o los juicios por responsabilidad administrativa, el control de la constitucionalidad y la vigencia del Estado constitucional tienen que contar con los mecanismos adecuados, viables y eficaces para la rendición de cuentas de los servidores públicos, a través de un tipo de responsabilidad —hasta ahora poco explora-

da— que se condensa en el llamado *juicio político*,² el cual, según nuestra óptica, es anacrónico e ineficaz.

Algunas preguntas iniciales que se ubican en el centro de la cuestión son estas: ¿Qué es el juicio político? ¿Por qué se llama así? ¿Sirve realmente para lo que se ha diseñado? ¿Acaso tiene un significado más relevante de lo que se alcanza a mirar desde la normativa constitucional? Este es el contenido del presente trabajo que, desde una perspectiva teórica que llamaremos el *constitucionalismo posgarantista*³ y desde una aproximación metodológica de tipo racional-metanormativa,⁴ intenta ir más allá del discurso de las normas constitucionales para desentrañar el verdadero contenido del tipo de responsabilidad que yace soterrado en las imprácticas e ineficaces prescripciones de un juicio que puede ser todo, y que debe ser todo, menos político.

De acuerdo con el itinerario metodológico que aquí nos ocupará, tenemos que desentrañar el significado y posibilidades del llamado juicio político para poder establecer la pertinencia de su ubicación en el derecho positivo y en el ejercicio del poder público, donde su uso parece haber desnaturalizado el *telos* de este mecanismo de control constitucional. A partir de esto, llevaremos a cabo un análisis de la tipología, hasta ahora poco sistematizada, sobre la responsabilidad de los servidores públicos, para pasar después a un ejercicio heurístico encaminado a la identificación de la *responsabilidad constitucional* como un tipo nuevo para el control del poder, la garantía de los derechos humanos y, en general, para la defensa de la Constitución. Las conclusiones darán cuenta de la pertinencia y posibilidades de este tipo de responsabilidad que, por su inmediata conexión con los contenidos de la Constitución, tiene que ser lógicamente una responsabilidad de naturaleza constitucional.

² En el caso de México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos recoge este procedimiento en sus artículos 108, 109 y 110. De acuerdo con la exploración diacrónica que hemos realizado, no han sido más de tres casos en que el referido procedimiento se ha incoado y resuelto en contra de personajes “políticos”.

³ La voz que aquí acuñamos sirve para expresar que, más allá de las solas prescripciones de orden nominal, es imprescindible que las teorías estén engarzadas a verdaderos mecanismos útiles para convertir el *desiderátum* de las normas jurídicas en realidad.

⁴ El método racional metanormativo que aquí introducimos discurre asentado en los fenómenos de la realidad que se manifiestan y prescriben desde las normas jurídicas; es un método riguroso que trasciende la redacción del texto para conectarla con la realidad.

II. Lo político del juicio político

Desde las aportaciones de autores clásicos, podemos recordar que la política es una de las tareas humanas de mayor relevancia dentro de toda comunidad. El mismo Aristóteles sostiene que es evidente que la ciudad es una de las cosas naturales, que el hombre es por naturaleza un animal social, y que el insocial por naturaleza y no por azar es, o un ser inferior, o un ser superior al hombre (1988, p. 50). La ciudad o *polis* —de donde deriva el vocablo que aquí nos ocupa— alude a un elemento sustancial, imbíbido en la naturaleza humana; el *zoon politikón*, identificado en el animal social, no puede ser otro que el ser humano inmerso en la vida gregaria.

En consonancia con esto, podemos argumentar que la política es vida humana-social, y que todo el quehacer político está definido por las actividades humanas que tienen como espacio de actuación las tareas del Estado (la *polis*) orientadas hacia el bien común de los habitantes. En un estadio más cercano a nosotros, la política no deja de ser tejida por la naturaleza humana y revelar la esencia misma de la comunidad que los seres humanos son capaces de estructurar. Vale decir que, de cara a esta función primigenia, la política es también la arena de la lucha por el poder.

Así, pues, al decir que tal o cual asunto es político, que un ministro o un funcionario son políticos y que también una determinación se encuentra condicionada políticamente, se quiere dar a entender, invariablemente, que la respuesta en torno al asunto en cuestión, las decisiones en el ámbito de actividades de dicho funcionario, así como las condiciones de tal determinación, están sujetas directamente, en lo que concierne a la distribución, el mantenimiento o la transferencia del poder. (Weber, 2013, pp. 8-9)

Ergo, la política —como acción humana orientada a la obtención y ejercicio del poder público— incide en las múltiples manifestaciones y momentos⁵ de la vida de los seres humanos. Por ello, la concepción que direcciona el presente análisis toma la sustancia y proceso de la política para advertir dos ex-

⁵ Podemos referir aquí los trabajos de Foucault (1992), Agamben (1998) y Arendt (1996), que tocan los fundamentos de la política desde la esencia humana.

presiones sustanciales. Por un lado, la política como posibilidad —e incluso como necesidad— en la vida humano-social, porque nadie puede sustraerse a esta condición inmanente a la naturaleza humana; por otra parte, la política como acción para la obtención del poder, y, en una fase concomitante, la política como ejercicio del poder institucionalizado. Es en esta tercera proyección donde situamos nuestro análisis, pues nos interesa la política como quehacer consustancial a la actividad del Estado.

Aquí se trata de advertir que, el único poder viable y defendible, es el poder legal y, sobre todo, constitucionalmente reconocido; el poder público delineado en el texto jurídico de la mayor jerarquía en el Estado. Se trata, en suma, del poder entendido como la capacidad formal de actuación de los órganos del Estado con sus posibilidades y límites. De este modo, podemos afirmar que, en congruencia con el diseño del Estado constitucional, la responsabilidad de los servidores públicos es una de las tareas prioritarias que la estructura jurídico-política debe atender con prestancia y efectividad.

Esta posibilidad de configurar algún tipo de responsabilidad a los servidores públicos, parte de la función esencial que es el control del poder. Se prueba así que el control es inherente al ejercicio del poder; toda manifestación de poder es objeto de una posibilidad de control. Si hubiera un órgano del Estado que no estuviera sujeto a control, se estaría ante el caso de un poder absolutista. (Valadés, 1998, p. 24)

Esta necesidad de control sobre quienes ejercen el poder nos lleva al llamado juicio político, donde advertimos algunas insuficiencias normativas, pero también algunas inconsistencias de orden epistemológico y conceptual. Para efecto del presente estudio vamos a abordar el tema aquí propuesto en tres grandes dimensiones:

- 1) En lo relativo a la cuestión de orden teórico-conceptual.
- 2) En lo concerniente al estado de la cuestión de tipo positivo, tal como hoy se encuentra consignado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los ordenamientos de otros países con los que podemos realizar un ejercicio de comparación.

- 3) En una serie de planteamientos que tienen como propósito dar mayor luz y congruencia al tratamiento normativo y conceptual, y evidentemente a la práctica que nosotros pretendemos sea viable y eficaz para tener un control adecuado sobre quienes ejercen las potestades del Estado.

En este orden de ideas, comenzamos por destacar que la voz *juicio político* tiene esta referencia inmediata a la actuación de quienes intervienen en los órganos de dirección dentro del Estado para la toma de decisiones en la conducción de la cosa pública. Al respecto, dice Huerta (2010, p. 173) que el control político, que significa poder exigir responsabilidad política, existe cuando la Constitución atribuye funciones a distintos órganos y permite dar cuenta a otro del cumplimiento de la función que le han asignado.

Según nuestro entender, el juicio político alude a los procesos de responsabilidad que se pueden entablar en contra de un cierto tipo de servidores públicos. Por esta razón, en primer término, tenemos que identificar quiénes son “servidores públicos” de acuerdo con la doctrina y el derecho positivo; después, debemos señalar quiénes de los servidores públicos pueden ser sujetos a juicio político.

Del concepto amplio de órgano del Estado se desprende un concepto más estricto, el cual comprende las funciones de ciertos hombres que realizan en mayor grado e intensidad que otros, funciones estatales, a las que se concede particular importancia. Del concepto general de órgano del Estado se desprende el de empleado o «funcionario público». (Kelsen, 1979, p. 352)

Ahora bien, con base en el artículo 108 de la Constitución mexicana,⁶ podemos desglosar a los servidores públicos de la siguiente manera:

⁶ Que textualmente señala: “Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial de la Federación, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones”.

- a) Los representantes de elección popular.
- b) Los miembros del Poder Judicial de la Federación.
- c) Los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión.
- d) Los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal.
- e) Los servidores públicos de los organismos a los que la Constitución otorgue autonomía.

En el ámbito de las entidades federativas, la Constitución se refiere a estos servidores públicos:

- a) Los ejecutivos de las entidades federativas.
- b) Los diputados a las legislaturas locales.
- c) Los magistrados de los tribunales superiores de justicia locales y, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales.
- d) Los integrantes de los ayuntamientos y alcaldías.
- e) Los miembros de los organismos a los que las Constituciones locales otorgue autonomía.
- f) Los demás servidores públicos locales.

Al final del párrafo tercero del numeral en cita, se dice que estos servidores públicos locales “serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo y aplicación indebidos de fondos y recursos federales”.⁷

⁷ El artículo 110, párrafo segundo, de la Constitución establece que “Las personas titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas, Diputadas y Diputados locales, Magistradas y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, en su caso, las personas integrantes de los Tribunales de Disciplina Judicial y órganos de administración de las Judicaturas Locales, así como las personas integrantes de los organismos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este Título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero

Como podemos ver, hay un concepto genérico de servidor público; y después tenemos las especies o tipos de servidor público. Esta puntualización es pertinente puesto que, en lo que aquí tratamos, no todos los servidores públicos (género) pueden ser sujetos del juicio político. De acuerdo con el artículo 110, párrafo primero, de la Constitución, solamente pueden ser sujetos de este juicio los siguientes servidores públicos:

- a) Los senadores y diputados al Congreso de la Unión.
- b) Los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- c) Los consejeros de la Judicatura Federal.
- d) Los secretarios de Despacho.
- e) El fiscal general de la República.
- f) Los magistrados de Circuito y jueces de Distrito.
- g) El consejero Presidente, los consejeros electorales y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral.
- h) Los magistrados del Tribunal Electoral.
- i) Los integrantes de los órganos constitucionales autónomos.
- j) Los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.⁸

En el ámbito de las entidades federativas, pueden ser sujetos a juicio político los siguientes servidores públicos:

en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda”.

⁸ Artículo 110, párrafo primero, dispone que “Podrán ser sujetos de juicio político las senadoras y los senadores y las diputadas y los diputados al Congreso de la Unión, las ministras y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las Magistradas y los Magistrados del Tribunal de Disciplina Judicial, las personas integrantes del Pleno del órgano de administración judicial, las personas titulares de las Secretarías de Despacho, la o el Fiscal General de la República, las magistradas y los magistrados de Circuito y las juezas y los jueces de Distrito, la consejera o consejero Presidente, las consejerías electorales y la o el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, las magistradas y los magistrados del Tribunal Electoral, las y los integrantes de los órganos constitucionales autónomos, las y los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos”.

- a) Los ejecutivos de las entidades federativas.
- b) Diputados locales.
- c) Magistrados de los tribunales superiores de justicia locales, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales.
- d) Los miembros de los organismos a los que las constituciones locales otorguen autonomía.

Al final, este párrafo segundo del artículo 110 acota que

sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este Título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.⁹

Resulta de gran interés rescatar lo prescrito en el párrafo segundo del artículo 108, que establece que “durante el tiempo de su encargo, el Presidente de la República podrá ser imputado y juzgado por traición a la patria, hechos de corrupción, delitos electorales y todos aquellos delitos por los que podría ser enjuiciado cualquier ciudadano o ciudadana”. Esta prescripción puntual sobre el servidor público titular del Poder Ejecutivo es de gran relevancia porque prevé —al menos desde la norma— que es posible enjuiciar al Presidente de la República.

De este modo, podemos confirmar que el concepto genérico de servidor público incluye a los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión y en la administración pública federal; además, de los servidores públicos locales, por supuesto. Aunque existen diversos conceptos de *funcionario* y en cada país se pueden expresar de diferente manera, nos servimos de la siguiente definición contenida en una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que señala: “Por funcionario público debe entenderse toda persona a quien se ha encomendado el ejercicio de una función públi-

⁹ Reiteramos la lectura del artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ca, y como para esto es indispensable poner en acción medios coercitivos, o lo que es lo mismo, ejercer autoridad, para considerar que alguien tiene el carácter de funcionario público, debe tenerse en cuenta si puede o no disponer de la fuerza pública, es decir, si puede ejercer autoridad”.¹⁰

De acuerdo con esto, podemos aproximarnos al concepto de funcionario considerando que, a diferencia de cualquier otro servidor público, se trata de quienes tienen a su cargo tareas con ejercicio de autoridad. Desde nuestro enfoque, incluso podemos agregar que se trata de aquellos servidores públicos que tiene capacidad de decisión, y, de este modo, conectamos el concepto de funcionario con las tareas de dirección que son la médula del quehacer político.

Donde el Estado se hace más visible es en el aparato estatal. Por eso es frecuente equiparlo con tal aparato estatal, representándolo como la pirámide del poder. En su vértice se encuentra la dirección del Estado (Parlamento, Jefatura del Estado y Gobierno). Es allí donde se toman las decisiones políticas fundamentales (generalmente en forma de leyes). El cuerpo de la pirámide se compone de los órganos administrativos, que ejecutan las decisiones políticas fundamentales, y de los tribunales, que deciden sobre la observancia de la ley. El poder del aparato estatal se extiende a un determinado territorio y a su población. Esta última aparece en el modelo como mero objeto del poder estatal. (Stein, 1973, p. 3)

Desde luego, la nota distintiva de este tipo especial de servidores públicos se gesta, a nuestro parecer, a partir de estos criterios:

- a) Son servidores públicos con autoridad.
- b) Realizan tareas de dirección.
- c) Sus decisiones son de naturaleza política.

Además de esto, es importante señalar que la distinción entre funcionarios y cualquier otro tipo de servidores públicos tiene un impacto decisivo en las responsabilidades que se pueden exigir a unos y otros. Y de igual forma

¹⁰ Amparo penal en revisión 2682/26. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 7/12/1926. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/282846>

ocurre con respecto al tipo de sanciones —de diferente naturaleza y grado— que puede imponerse a cada cual de manera diferenciada —por ejemplo, sanciones administrativas a los servidores públicos que no atienden con diligencia y eficacia sus obligaciones; sanciones “políticas” a los funcionarios que no cumplen sus funciones—.

En principio, sí podemos decir que la falta administrativa supone el incumplimiento (por parte del empleado o del funcionario responsable) de las obligaciones inherentes al cargo que le ha sido conferido. Estas sanciones se aplican entonces por el superior jerárquico inmediato del funcionario o empleado responsable. El procedimiento por seguir es también un procedimiento de carácter administrativo, en el cual se respeta al responsable la garantía de audiencia para que pueda defenderse, y además, su responsabilidad se califica por un jurado o cuerpo colegiado integrado en forma mixta. (Castro, 2018, p. 189)

Así, podemos advertir que hay una diferencia entre los servidores públicos en general y los altos funcionarios públicos, los cuales parecen identificarse en un apartado especial que define precisamente a aquellas personas que desempeñan cargos de mayor responsabilidad. Desde luego, más allá de la voz “servidor público”, o de cualquier otra expresión que se pueda ocupar en la administración pública, tenemos que escudriñar en las características especiales que pueden dar una respuesta puntual a la procedibilidad del juicio político.

III. La tipología de responsabilidad de los servidores públicos

En este orden de ideas, destacamos que la responsabilidad administrativa deriva del incumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo que le ha sido conferido al servidor público *lato sensu*. En un ejercicio de congruencia, diremos que la responsabilidad de tipo administrativo se hace exigible por actos positivos o negativos que se materializan en un ejercicio pobre o excesivo (siempre ilegal y hasta inconstitucional) del empleo, cargo o comisión asignado a un servidor público.

Hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados extremos obtenidos por al (*sic*) Administración, como el principio de la iniquidad manifiesta, o el de la irracionalidad, o el de la buena fe, o el de la proporcionalidad de los medios a los fines, o el de la naturaleza de las cosas, etcétera. Otros principios se revelan como límites directos más inmediatos y operantes, como el fundamental principio de igualdad, *cornerstone of administrative justice*, y en general, todos los derivados de las decisiones políticas fundamentales (en el sentido de Carl Schmitt) y de los derechos y libertades fundamentales de las personas y las instituciones, puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitaria y del orden jurídico. (García de Enterría, 2004, pp. 56-59)

Ergo, es claro que la responsabilidad administrativa se gesta a partir de las carencias o excesos que los servidores públicos cometen en las tareas de tipo administrativo que tienen a su cargo; y, lógicamente, las sanciones son de similar naturaleza. Lo anterior no obsta para señalar que el ejercicio de la función pública puede derivar en responsabilidad penal o civil, según sea el tipo de acto que configure la irregularidad normativa. Esto es, en el marco de las obligaciones de los servidores públicos, el apartamiento de la regularidad normativa puede generar diversos tipos de responsabilidad que, en consecuencia, traen aparejadas sanciones de naturaleza distinta.

No sobra señalar que la tipología de la responsabilidad también alude a la forma en que el servidor público llega a ejercer el empleo, cargo o comisión. De entrada, parecería que sólo aquellos que son electos mediante el sufragio pueden ser sujetos del juicio político. Empero, este tipo de responsabilidad también es exigible a ministros de la Corte, magistrados y a algunos otros servidores públicos que no son electos por voto popular. De este modo, podemos señalar que el criterio del sufragio como mecanismo de elección de estos servidores públicos no es suficiente para establecer la calidad de los funcionarios que pueden ser sujetos a juicio político.

De acuerdo con esto, un criterio adicional para definir quiénes pueden ser sujetos a juicio político es el de la gran responsabilidad o, en todo caso, el nivel jerárquico que los referidos servidores públicos ocupan entre la estructura del Estado. Con esto queremos decir que ocupar uno de los cargos

de mayor jerarquía, dentro de la estructura administrativa del Estado, puede ser una de las razones que indican la procedibilidad del juicio político. A mayor abundamiento, no todos los servidores públicos pueden ser sometidos a este tipo de mecanismos de control, pues el grueso de la burocracia y el aparato técnico que sirve de soporte a quienes tienen funciones de dirección no es susceptible de ser sometido a juicio político.

In this context, Weber stressed the dependency of politicians on bureaucrats because of two types of knowledge: *Fachwissen* (which is a bureaucrat's superior professional expertise) and *Dienstwissen* (which is their procedural and institutional knowledge of the functioning of public administration). From this perspective, administrations become powerful for their own sake, eventually creating the 'iron cage' of modern bureaucracies. This understanding has been taken up by modern economic principal-agency theories. Here, too, the principals — the politicians — have great problems controlling what their agents — the bureaucracies — are doing, so the relationship becomes one of permanent distrust and power and blame games. (Werner y Veit, 2021, p. 146)¹¹

Una vez que hemos identificado dos de las vías por las cuales puede configurarse el tipo especial de funcionario o de servidor público que está sujeto a esta clase de responsabilidad, podemos ahora dirigirnos hacia las consideraciones de orden epistemológico que nos parecen fundamentales para poder comprender a qué se refiere el juicio político. La respuesta que buscamos no se encuentra evidentemente en el “nivel” del funcionario o en el nivel del servidor público en determinada estructura de los órganos del Estado, porque, a nuestro parecer, tan relevante es una función pública en cualquiera de los ámbitos de poder y responsabilidad municipal, estatal o federal o in-

¹¹ Esta es nuestra traducción: “En este contexto, Weber destacó la dependencia de los políticos de los burócratas debido a dos tipos de conocimiento: *Fachwissen* (que es la experiencia profesional superior de un burócrata) y *Dienstwissen* (que es su conocimiento procesal e institucional del funcionamiento de la administración pública). Desde esta perspectiva, las administraciones se vuelven poderosas por sí mismas y acaban creando la “jaula de hierro” de las burocracias modernas. Esta concepción ha sido retomada por las modernas teorías económicas de principal-agencia. Aquí también los principales —los políticos— tienen grandes problemas para controlar lo que hacen sus agentes —las burocracias—, por lo que la relación se convierte en una relación de desconfianza permanente y juegos de poder y culpas”.

cluso en los órganos constitucionales autónomos —*v. gr.*, una función pública modesta en algún ayuntamiento, en alguna alcaldía, en alguna dirección de las muchas que tiene la administración pública— como lo es la función del presidente de la República.

Así, podemos decir que solamente un tipo especial de servidor público —identificado por la Constitución— puede ser sujeto a este tipo de responsabilidad que es el juicio político. Ahora bien, es evidente que la identificación de este grupo especial de servidores públicos no es suficiente para poder determinar que, por el hecho de desempeñarse en un cargo de alto nivel dentro de la estructura político-administrativa del Estado, esos servidores públicos tengan que ser sujetos a este juicio político.

Por lo anterior, podemos comenzar con algunas conclusiones adelantadas en las que identificamos lo político del juicio político en el cargo o en la naturaleza del cargo que desempeñan ciertos servidores públicos dentro de la estructura político-administrativa del Estado. En este orden de ideas, lo político del juicio político no está determinado tanto por el método de elección o designación del servidor público, sino por el rango o nivel de responsabilidad que la propia Constitución identifica en estos altos cargos de los funcionarios o servidores públicos. Se trata de cargos que de manera natural recaen en las titularidades de las secretarías de Estado, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Congreso de la Unión; ámbitos donde se ubican los funcionarios de los tres órganos del Estado y también los funcionarios titulares de los Órganos Constitucionales Autónomos.

Como podemos advertir, en la zona de lo político de este juicio especial llamado juicio político está el tipo de órgano, la naturaleza de la tarea desempeñada y, desde luego, la identificación de esa función de tal relevancia en la parte más alta de la estructura político-administrativa del Estado. Nos parece que con estos criterios podemos comenzar identificando lo político del juicio político, no tanto en las personas y tampoco en la forma de elección de los servidores públicos, sino en la naturaleza y la relevancia que implica cada una de las tareas en las funciones primarias de los órganos del Estado. El siguiente cuadro intenta mostrar lo que aquí decimos.

Cuadro 1

FUNCIÓN PÚBLICA			
<i>Tipo de órgano</i>	<i>Naturaleza de las tareas</i>	<i>Tipo de responsabilidad</i>	<i>Naturaleza de la sanción</i>
Ejecutivo	Política/De Dirección	Política	Administrativa
Ejecutivo	Administrativa	Administrativa	Administrativas
Ejecutivo	Administrativa	Civil	Civiles
Ejecutivo	Administrativa	Penal	Penales
Legislativo	Política/De Dirección	Política	Administrativa
Legislativo	Administrativa	Administrativa	Administrativas
Legislativo	Administrativa	Civil	Civiles
Legislativo	Administrativa	Penal	Penales
Judicial	Política/De Dirección	Política	Administrativa
Judicial	Administrativa	Administrativa	Administrativas
Judicial	Administrativa	Civil	Civiles
Judicial	Administrativa	Penal	Penales
Órganos Constitucionales Autónomos	Política/De Dirección	Política	Administrativa
Órganos Constitucionales Autónomos	Administrativa	Administrativa	Administrativas
Órganos Constitucionales Autónomos	Administrativa	Civil	Civiles
Órganos Constitucionales Autónomos	Administrativa	Penal	Penales

FUENTE: elaboración propia.

Ahora bien, cabe decir que las tareas encargadas a los servidores públicos titulares de estas áreas constituyen las funciones primarias del Estado; y que el ejercicio indebido de las atribuciones de estos órganos, por lo tanto, impacta negativamente en las personas y trasciende en el tiempo hasta exceder incluso la duración del encargo de quien incurre en estos actos. Por ello,

lo político del juicio político reside en la alteza del encargo y de las tareas inmanentes a cada función primaria del Estado, y en la trascendencia de los efectos de las conductas irregulares en las personas y el tiempo.

Desde luego, otro criterio adicional que ayuda a la identificación del juicio político —en su expresión técnica más depurada que es la responsabilidad constitucional— está en la trascendencia y alcances del daño causado. En este orden de ideas, es evidente que el abuso de poder en los espacios más modestos de la administración pública, será siempre reprochable y debe ser sancionado; pero la proyección del abuso de poder en los órganos primarios del Estado alcanza una dimensión mayúscula por el monto de los recursos públicos desviados o dilapidados, por el mayor número de personas afectadas y la mayor extensión temporal de los efectos del daño causado.

Desde esta aproximación epistemológica, podemos aseverar que hay dos vías para la identificación de la responsabilidad constitucional: Una, inmediata, a partir de la constatación de estos elementos ya referidos:

- El monto de los recursos públicos desviados o dilapidados.
- El mayor número de personas afectadas.
- El mayor tiempo de los efectos del daño causado.

La segunda, que desde nuestra perspectiva representa una visión teórica más completa aunque también de mayores riesgos para la gobernabilidad, está en la identificación de la transgresión de cualquier numeral o contenido de la Constitución. Esto es, que con independencia del “nivel” del servidor público responsable, la responsabilidad constitucional se configura con la confirmación de cualquier violación al texto de la *lex fundamentalis*.

¿Cuál de los dos mecanismos es el adecuado? Las líneas que siguen nos ayudarán a definir esta importante cuestión. Para puntualizar sobre el tipo de responsabilidad, y las sanciones correspondientes en el ejercicio del poder público, es menester dejar claro que no todas las personas que ejercen empleo, cargo o comisión en los órganos del Estado pueden ser sujetos del mismo tipo de responsabilidad; y esto se relaciona de manera directa con el tipo de servidor público a quien se pueda imputar alguna conducta que deba ser investigada y, en su caso, sancionada.

Para tal fin es útil recordar, con Dabin (2003, p. 70), que la función de administrar no es la función de gobernar. Porque la administración se refiere a interés, es decir, a *cosas*; mientras que el gobierno se refiere a *hombres*, es decir, al espíritu. Esto nos acerca a la idea de que quien administra cosas o bienes debe ser responsable del uso indebido de ese patrimonio de la colectividad. Quien toma decisiones sobre las personas debe asumir una responsabilidad distinta. En uno y otro caso, el tipo de responsabilidad permite, además, hacer un ejercicio de gradación para determinar qué tipo de sanción debe imponerse a quien violenta el orden jurídico —bien sea el orden legal ordinario o el orden constitucional—.

Una forma especial de la responsabilidad es la responsabilidad ministerial. Ciertos órganos supremos de la administración, en particular, los ministros afectos a una rama de la misma, y los jefes de los Estados republicanos y ciertos órganos equivalentes a ellos, deben hacer efectiva ante el parlamento la responsabilidad de su gestión... Las sanciones más importantes son: pérdida del cargo y de los derechos políticos. Eventualmente puede añadirse a la pena la obligación de reparar daños y perjuicios. (Kelsen, 1979, p. 371)

Así, por ejemplo, el uso indebido de los bienes del Estado (una violación del orden legal ordinario) puede ser sancionado —a partir de la determinación del abuso o el daño causado— con la suspensión y hasta la destitución o inhabilitación del servidor público. Un asunto de mayor envergadura, materializado en una decisión política y no meramente administrativa —*v. gr.* la cuestionada decisión de encargar a los militares el desempeño de tareas de orden civil como la seguridad pública¹² (violación de orden constitucional)—, debería traer aparejadas sanciones —hasta ahora inexistentes¹³— de orden constitucional.

¹² Fue en 2007 cuando Felipe Calderón tomó la decisión de encargar a los militares las tareas de seguridad pública (Aranda, 2008).

¹³ Evidentemente, la destitución e inhabilitación a que se refiere la Constitución cuando regula el juicio político no son sanciones de naturaleza constitucional.

A partir de la consideración sobre las personas y los bienes como objeto de las decisiones de quienes gobiernan, podemos ensayar una tipología de la responsabilidad *ex lege lata* como sigue:

Cuadro 2

<i>Sobre quien recae la decisión</i>	<i>Tipo de norma violada</i>	<i>Tipo de responsabilidad</i>	<i>Tipo de sanción</i>
Sobre Personas	Constitucional	Política/ Constitucional	¿???? No existen
Sobre personas	Ley ordinaria	Administrativa Civil Penal	Administrativa Civil Penal
Sobre bienes	Constitucional	Política/ Constitucional	¿???? No existen
Sobre bienes	Ley ordinaria	Administrativa Civil Penal	Administrativa Civil Penal

Fuente: elaboración propia.

Una tipología que se puede establecer respecto a la responsabilidad de los servidores públicos es la siguiente: responsabilidad administrativa, responsabilidad penal, responsabilidad civil¹⁴ —que por lo general procede en los casos donde las autoridades deben atender sus compromisos como particulares— y responsabilidad política, que es la que nos ocupa en el presente estudio.

Cada uno de estos tipos de responsabilidad de los servidores públicos corresponde a diferentes ámbitos de su desempeño. Podríamos incluso mencionar una responsabilidad de tipo laboral, cuando los actos de los servido-

¹⁴ De acuerdo con Müller (2012): “La responsabilidad civil directa del servidor, deriva de la afectación al patrimonio público, independientemente de que éste se haya cometido a través de una conducta ilícita o por un acto de negligencia e inclusive por daño moral; por consecuencia, la responsabilidad es inmediata frente al Estado en cuanto que es éste el sujeto pasivo del daño causado” (pp. 165-185).

res públicos desembocan en la obligación de restituir o indemnizar a una determinada persona o a agrupaciones sindicales. Por lo general, estos casos se gestan respecto a las personas que colaboran con ellos, casi siempre en condición de subalternos; aunque en estos supuestos, la responsabilidad se atribuye al Estado, porque el servidor público está decidiendo y ejerciendo un encargo público por parte del Estado.

Tampoco es descabellado establecer este tipo de responsabilidad laboral para ciertos casos en los que, la conducta del servidor público, es la causa que genera la violación a los derechos laborales de otro servidor público. Aunque en principio la responsabilidad es atribuible al órgano estatal donde labora el servidor público, con base en el concepto de responsabilidad patrimonial del Estado, no olvidemos que hay casos en los que el servidor público debe afrontar la referida responsabilidad e incluso asumir desde su patrimonio la indemnización y el pago de daños causados por su mal desempeño.¹⁵

De acuerdo con lo que aquí estamos indicando, la responsabilidad penal atiende a este ámbito relativo a la comisión de ilícitos que deben ser sancionados cuando el servidor público incurre en alguno de ellos (*v. gr.* la concusión y el enriquecimiento ilícito, que son ejemplos de algunas conductas típicas que aquí se pueden sancionar a través de la responsabilidad de tipo penal).

Por su parte, la responsabilidad de tipo administrativo tiene una vinculación inmediata con la forma en que el servidor público ejerce el cargo para el cual ha sido designado. En este caso, el ejercicio indebido de las atribuciones, incluso omisiones, que le han sido asignadas puede propiciar alguna responsabilidad de esta naturaleza. Como sabemos, las sanciones que se pueden imponer por responsabilidad administrativa van desde la amonestación hasta la prohibición de ejercer cargos públicos por determinado tiempo —

¹⁵ Véase al respecto lo que dispone el artículo 31 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, que a la letra señala: “El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando, previa substanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa haya tenido el carácter de infracción grave. El monto que se exija al servidor público por este concepto formará parte de la sanción económica que se le aplique”.

hasta veinte años en casos graves, según lo prevén las leyes aplicables de la materia—. ¹⁶

De acuerdo con esto, las responsabilidades de tipo penal, civil, administrativo e incluso las de orden laboral son responsabilidades diferentes a la que se puede establecer bajo el concepto de responsabilidad constitucional, que hasta el día de hoy se desahoga a través del juicio político. Como lo político del juicio político —según lo hemos venido diciendo— está determinado por el tipo de encargo público que se le ha asignado a una determinada persona, nosotros establecemos que ese tipo de responsabilidad política no alcanza a cubrir las exigencias de la responsabilidad constitucional, cuya configuración nos parece indispensable para el tratamiento adecuado de las cuestiones aquí indicadas.

Dejando de lado toda la demás tipología de la responsabilidad ya referida, ahora nos enfocamos solamente a la responsabilidad de tipo administrativo, para contrastarla con la responsabilidad política, a partir de lo que prescribe el derecho positivo, y para lo cual seguimos tomando como referente el orden jurídico mexicano. De acuerdo con las normas aplicables a la materia, la responsabilidad de tipo administrativo acarrea la imposición de sanciones de naturaleza administrativa igualmente; entre ellas podemos mencionar la amonestación, suspensión, destitución y, en el caso más grave, inhabilitación para ejercer cualquier cargo o comisión dentro de la administración pública durante determinado tiempo.

En el caso de la responsabilidad política nos llama la atención que el tratamiento que realiza la Constitución mexicana indica que el desenlace del juicio político, a través de la intervención del Senado, que se erige como *jurado de sentencia*, es la destitución y la inhabilitación. ¹⁷ Como podemos ver, se trata de dos sanciones de naturaleza administrativa que, según nuestro enfoque, difícilmente pueden corresponder a una sanción de naturaleza política. Esto

¹⁶ La Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los servidores públicos, determina en su artículo 13, hasta 20 años de inhabilitación; la misma sanción está prevista en el artículo 82 de la Ley de Responsabilidades Administrativas del Estado de México y Municipios.

¹⁷ Artículo 110. [...] Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público [...] <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/110.pdf>

quiere decir que el juicio político —que según nuestra perspectiva se debe comprender y tratar como un juicio de naturaleza constitucional y de responsabilidad constitucional— no tiene a su alcance las sanciones constitucionales, es decir, “las sanciones políticas”, que ameritan ser impuestas al servidor público que ha incurrido en una responsabilidad de tal gravedad.

En este orden de ideas, además de indicar que lo político del juicio político es la naturaleza del encargo, es oportuno indicar que las sanciones que corresponden al juicio político son sanciones de corte administrativo, y que, en consecuencia, no corresponden en su naturaleza y alcances a una responsabilidad de la magnitud que ahora estamos identificando en la responsabilidad constitucional.

A través de un ejercicio de búsqueda en la historia, el método diacrónico nos permite identificar algunos mecanismos que se ocupaban en la Antigüedad para sancionar políticamente a quienes incurrían en graves faltas contra la ciudad y contra el orden político constitucional de la *polis*; se trata del ostracismo y de la atimía. Así, al ver que la ciudad muchas veces tenía discordias civiles y que algunos ciudadanos por indiferencia se contentaban con el mero azar, se promulgó una ley especial contra éstos: “el que, estando dividida la ciudad, no tome las armas ni con unos ni con otros, quede condenado a la atimía y deje de tener parte en la ciudad” (Aristóteles, 2008, p. 71).

El primer mecanismo citado, el ostracismo, se refiere a aquellos casos en los que alguna persona era expulsada de la ciudad por su conducta inapropiada, y mediante el cual se le despojaba de su investidura y se le declaraba persona *non grata* para la ciudad. En cambio, la atimía involucra —en nuestra opinión— una sanción mucho más grave, porque declara a las personas una especie de personalidad carente de derechos. En efecto, la declaración de *átimos* implicaba que la persona sancionada no podía participar en los asuntos de la ciudad, lo que equivalía a declarar o establecer la condición de “la nada jurídica” en términos de la composición de la personalidad. Es una sanción que nos parece grave y apenas equivalente en este caso a la gravedad del acto que se había cometido en contra de la ciudad o en contra de la comunidad.

En este orden de ideas, al establecer en este estudio la necesidad de correspondencia y congruencia entre el tipo de responsabilidad y la naturaleza de la sanción, que debe ser idéntica o aquiescente a la gravedad de la conduc-

ta lesiva, consideramos que el juicio político —identificado a partir de ahora como el juicio de responsabilidad constitucional— necesita de algunas otras herramientas de orden constitucional que permitan imponer sanciones equivalentes —en su naturaleza y alcances— a la responsabilidad constitucional; y no dejarlo, como hasta ahora, con sanciones administrativas para una responsabilidad de *natura* constitucional. Esto nos demuestra que el orden jurídico mexicano contiene una incongruencia muy clara; que además propicia la inoperancia y la poca eficacia del juicio político, porque un juicio de naturaleza constitucional desemboca en la imposición de sanciones administrativas —destitución e inhabilitación— que corresponden, por su naturaleza, a la responsabilidad administrativa, pero que no son aquiescentes con la responsabilidad de tipo constitucional.

El juicio político implica, pues, el ejercicio de una función jurisdiccional llevada a cabo por un órgano político, para remover o inhabilitar a cierto servidor público de alta jerarquía donde, si bien deben respetarse también las formalidades esenciales del procedimiento, no se confiere al órgano político —como necesariamente es el Congreso— la potestad para privar al respectivo servidor público de su patrimonio, de su libertad o de su vida, función esta última que exige la imparcialidad y aptitud técnica de un juez en sentido estricto a fin de evitar los excesos de la pasión política. (Orozco, 1994, p. 513)

Ahora bien, como dice Fernández (2010),

Es importante no perder de vista que el juicio político debe desarrollarse con sujeción a un procedimiento específico que sólo podrá iniciarse durante el periodo en que el servidor público desempeñe su cargo y dentro de un año después y se divide en dos etapas, la primera a cargo de la Cámara de Diputados y la segunda encomendada al Senado. (p. 339)

Según nuestra perspectiva, el juicio político ni siquiera es viable. Históricamente se le ha utilizado más como un medio de presión política, incluso para perseguir adversarios, que como un mecanismo para solventar constitucionalmente la responsabilidad respectiva. Al respecto, considérese *v. gr.* el proceso político o causa de Estado seguido contra del exdiputado de las

Cortes de Cádiz, por la Provincia de Coahuila de la Nueva España, don Miguel Ramos Arizpe (Martínez, 1987, p. 9).

En Estados Unidos:

Podemos señalar dos ejemplos: el de Andrew Johnson en 1867, que fue absuelto por un voto, y el de Richard Nixon en 1974 (cuyo procedimiento no se inició formalmente, pero determinó la renuncia del titular del Ejecutivo). En Latinoamérica, como es comprensible, el juicio político ha sido empleado de manera esporádica, y sólo en años recientes hemos visto los ejemplos de los presidentes de Brasil Fernando Collor de Melo, y de Venezuela, Carlos Andrés Pérez, los que fueron destituidos y el segundo procesado penalmente. (Fix Zamudio, 1994, p. 26)

Tanto el juicio político como el *impeachment* anglosajón evidencian su enfoque eminentemente orientado hacia la destitución y, en su caso, el enjuiciamiento penal; pero, según nuestra opinión, no alcanzan a traducirse en un mecanismo de responsabilidad constitucional.¹⁸

Since the Constitution's adoption, the House of Representatives had only impeached nineteen people. Of those nineteen officials, the Senate convicted only eight, acquitted six, dismissed two impeachments for reasons non directly related to the innocence or guilt of the impeached officials, and never proceeded against three others who had resigned prior to the beginning of their impeachment trials (Gerhardt, 2000, p. 23)¹⁹

Como podemos advertir, los mecanismos de responsabilidad política tienen efectos ciertamente limitados.

¹⁸ Al respecto, vale citar los estudios ya clásicos de Carpizo (1994) y Fix-Zamudio (1992), quienes se han referido al juicio político tanto en su evolución histórica como en el tratamiento que actualmente prevé la Constitución mexicana.

¹⁹ Nuestra traducción es la siguiente: “Desde la adopción de la Constitución, la Cámara de Representantes sólo ha procesado a diecinueve personas. De esos diecinueve funcionarios, el Senado sólo condenó a ocho, absolvió a seis, desestimó dos acusaciones por razones no directamente relacionadas con la inocencia o culpabilidad de los funcionarios acusados, y nunca procedió contra otros tres que habían dimitido antes del inicio de sus juicios políticos”.

IV. La responsabilidad política como responsabilidad constitucional y sus posibles efectos

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la tipología de las responsabilidades que se pueden imputar a los servidores públicos es básicamente la siguiente:

- Responsabilidad administrativa.
- Responsabilidad civil.
- Responsabilidad penal.
- Responsabilidad política.

Todas estas tienen una relación directa con el ejercicio de la potestad del Estado, y se pueden identificar y graduar según el nivel de participación del servidor público en las actividades que generan una responsabilidad concreta.

Ahora bien, para comprender el alcance de la responsabilidad constitucional es pertinente analizar los elementos que enunciamos previamente y que —según nuestra perspectiva— configuran un tipo de responsabilidad diferente a las del orden civil, penal, administrativo y la política (esta última vaga e imprecisa).

Así las cosas, desde un ejercicio *de lege ferenda*, podemos señalar algunos elementos que, en nuestra opinión, definen a la responsabilidad constitucional, la cual a partir de ahora tendrá que formar parte del léxico jurídico encaminado a garantizar la buena marcha del ejercicio del poder público y el respeto a los derechos de los habitantes en el marco de un Estado constitucional evidentemente democrático.

En primer término, debemos destacar la relación de tres elementos, *sujeto, acto y norma*, para definir qué es una responsabilidad constitucional; en segundo lugar, es preciso determinar, como cuarto elemento, los efectos de la decisión política (porque no puede ser de otra naturaleza); finalmente, un quinto elemento, consistente en la identificación de la o las sanciones de naturaleza constitucional que se deberán imponer a quienes trastoquen el orden jurídico superior del Estado.

Mostramos en primer término la forma en que hoy son tratados los diferentes tipos de responsabilidad. Esta es la visión *ex lege lata*:

Cuadro 3

<i>Tipo de responsabilidad</i>	<i>Sujeto</i>	<i>Acto</i>	<i>Contexto normativo</i>	<i>Efectos del acto</i>	<i>Sanciones</i>
Administrativa	Servidor público	Abuso o defecto	Leyes administrativas	Daño a particulares y/o a la administración pública	Administrativas: Desde amonestación hasta destitución y/o inhabilitación
Penal	Servidor público	Comisión de un delito	Leyes penales	Daño a particulares y/o a la administración pública	Pena privativa de la libertad y, en su caso, reparación del daño
Civil	Servidor público	Daño a particulares y/o a la administración pública	Leyes del orden civil	Daño a particulares y/o a la administración pública	Resarcimiento y pago de daños y perjuicios
Política	Servidores públicos	Actos violatorios a la Constitución	Orden constitucional	De corta, mediana, larga duración y permanentes	Destitución e inhabilitación

FUENTE: elaboración propia.

Como podemos constatar, el orden jurídico mexicano prevé sanciones de naturaleza administrativa para los actos de irresponsabilidad política. Ahora queda claro que el uso técnico de los términos tiene que llevarnos a decir que la responsabilidad política es una responsabilidad de *natura* constitucional. De acuerdo con el itinerario metodológico indicado *ab initio*, el “constitucionalismo posgarantista” nos permite afirmar que, desde una proyección *de*

lege ferenda, la tipología de la responsabilidad constitucional tiene que incluir sanciones de la misma naturaleza que, desde luego, deben ser ponderadas.

Cuadro 4

<i>Tipo de res-ponsabilidad</i>	<i>Sujeto</i>	<i>Acto</i>	<i>Contexto normativo</i>	<i>Efectos del acto</i>	<i>Sanciones</i>
Constitu-cional	Servi-dores públicos	Actos violatorios a la Cons-titución	Orden constitu-cional	Corta duración Mediana duración Larga Duración Efectos Permanentes	Destitución constitucional y reparación del daño Atimía moder-na, cancelación de derechos po-líticos e inelegi-bilidad vitalicia

FUENTE: elaboración propia.

La explicación del contenido de este último cuadro, que es el que contiene nuestra idea y propuesta centrales, inicia destacando la necesidad de relevar del lenguaje técnico la expresión “juicio político” para reemplazarlo por la voz “juicio de responsabilidad constitucional”. En consecuencia, la responsabilidad no es de orden político sino de naturaleza constitucional.

En el marco del Estado constitucional identificamos varios tipos de responsabilidad que se pueden exigir a los servidores públicos. La responsabilidad que aquí nos ha ocupado es la relativa a casos en los que la conducta reprochable ha vulnerado directamente algún precepto de la Constitución y, por consiguiente, ha proyectado sus efectos a un amplio sector de la población durante un periodo de tal extensión que no es posible lograr la vuelta a la normalidad constitucional en el corto plazo.

Podemos ubicar la distinción entre las responsabilidades administrativa y constitucional en que la primera encuentra su configuración normativa en los ordenamientos secundarios. Así, por ejemplo, la negativa a expedir una licencia de construcción, a un particular que quiere construir su casa habitación,

puede encuadrarse como un caso de responsabilidad administrativa si la autoridad no ha cumplido ni observado cabalmente los ordenamientos jurídicos de la materia, como, por ejemplo, la Ley de Desarrollo Urbano. Aun cuando en este caso es posible invocar una vulneración de orden constitucional —*v. gr.* el derecho humano a la vivienda—, lo cierto es que el acto de autoridad que trastoca la normalidad jurídica está determinado por la legislación ordinaria y no necesariamente por la Constitución.

Tampoco podemos decir que tal violación a la legislación ordinaria puede configurar una violación de orden constitucional, porque la decisión que afecta al particular no tiene la naturaleza de una decisión de fondo para la conducción del Estado, ni de trascendencia para los habitantes en general, o con efecto en un amplio sector o grupo de la población. Para una explicación mejor de lo aquí señalado, podemos citar, en vía de ejemplo, el caso de una hipotética reforma al artículo 4o. constitucional que indicara la desaparición del servicio público de salud y estableciera sólo el servicio de naturaleza privada. Evidentemente, los alcances de una reforma en tal sentido, se extendería a un amplio sector de la población, si no es que a la mayoría de los habitantes. En tal supuesto, la violación a un precepto constitucional sería mucho más grave que la violación a normas de tipo legal-ordinario.

A guisa de ejemplo, aludimos un caso italiano donde la responsabilidad en análisis se concibe en estos términos:

All'alto tradimento sembra potersi ricondurre qualunque comportamento doloso, realizzatosi in collusione con potenze straniere e volto alla compromissione di interessi vitale della Nazione e/o al sovvertimento dell'ordine costituzionale; l'attentato alla Costituzione identificherebbe una dolosa violazione di norme costituzionali, tale da mettere a rischio caratteri essenziali dell'ordinamento costituzionale e/o da sovvertirlo radicalmente.²⁰ (Mezzetti, 2011, p. 278)

²⁰ Nuestra traducción es la siguiente: “La alta traición parece ser cualquier comportamiento deliberado en connivencia con potencias extranjeras y dirigido a comprometer intereses nacionales vitales y/o a subvertir el orden constitucional; el ataque a la Constitución identificaría una violación deliberada de las normas constitucionales, de tal manera que ponga en peligro características esenciales del orden constitucional y/o lo subvierta radicalmente”.

Esto es, justamente, lo que debe atender el juicio de responsabilidad constitucional: los desacatos y la abierta violación a los preceptos constitucionales cometidos por los servidores públicos que tienen las competencias y la capacidad para tomar decisiones políticas, es decir, decisiones de dirección que trascienden más allá de las meras decisiones administrativas o de otra índole.

V. Conclusiones

La vida humana y social están direccionadas por el poder. Este concepto y elemento consustancial a las relaciones entre seres humanos es irreducible en la concepción del Estado (la cosa pública), el derecho (como elemento regulador del poder) y las formas de convivencia, donde es necesario que las personas ejercen el poder legal sean controladas a partir de la premisa de que ese poder que ejercen no les es propio, sino de la colectividad.

Evidentemente, el poder de la *res publica* se alimenta y se ejerce como cualquier otro; aunque con sus matices introducidos por el orden jurídico. Esto permite afirmar la necesidad de conocer cómo fluye y cómo impacta en la vida de los gobernados el imperio del Estado.

El poder funciona, se ejercita a través de una organización reticular. Y en sus redes no sólo circulan los individuos, sino que además están siempre en situación de sufrir o ejercitar ese poder, no son nunca el blanco inerte o consintiente del poder ni son siempre los elementos de conexión. En otros términos, el poder transita transversalmente, no está quieto en los individuos. (Foucault, 1996, p. 152)

Precisamente porque quienes ejercen el poder lo hacen en un arco temporal determinado (normalmente en un acto), resulta *a fortiori* que ese acto esté enmarcado en las normas de la legalidad y la constitucionalidad, y sea sujeto de revisión y control, para evitar y erradicar el consecuente abuso de poder que naturalmente se configura si quien lo ha aplicado carece de atribuciones legales para ello o si, teniéndolas, se ha excedido o ha sido omiso en el cumplimiento de sus obligaciones legales. El interés mayúsculo que dedicamos

a esta cuestión emana de la necesaria consideración a las posibilidades del poder público como algo más que la lucha por el poder, simple y descarnada.

Si la primera constatación de la ciencia es la de que siempre hay una minoría que se impone a los demás, es claro que el análisis político debe versar sobre los medios de que esa minoría se sirve para obtener el poder y mantenerse en él. En otras palabras, la realidad política se construye en la sola lucha por el poder. (Vega, 2004, p. 75)

Según nuestra percepción, la arena de la lucha, obtención, ejercicio y conservación del poder, es el Estado mismo. Y por eso, quienes quieren y actúan a nombre del Estado deben saber con absoluta puntualidad que el poder que han obtenido y ejercen no les pertenece. Y aquí reside el fundamento del control que la mayoría (los gobernados) debe imponer a esa minoría (gobernantes) que ejerce el poder de la *res publica*.

Por eso, el Estado constitucional sigue siendo una de las más caras aspiraciones de nuestras sociedades. Visto desde las limitaciones y rezagos que en muchos países acarrea la inconsistencia de los discursos políticos que generalmente están fuera de la realidad, el Estado, o es constitucional o no puede serlo; admitir lo contrario es una *contradictio in adjecto*. Es por ello que el asunto del control del poder se inscribe como una de las asignaturas vertebrales en todo Estado constitucional articulado en las libertades y la igualdad de todas las personas.

Estamos ante un fenómeno internacional, observable en las democracias avanzadas y en otras en vías de serlo. Los presidentes de Estados Unidos, por ejemplo, están más expuestos al *impeachment* que antes, en una perspectiva histórica comparada. También en América Latina han proliferado los casos de procesamiento y entrada en prisión de ex Presidentes. La agenda pública actual incluye la acusación reiterada contra los gobernantes, de quienes tiende a presumirse un grado de criminalidad. Entre las estrategias de oposición, más que nunca, también se generaliza la búsqueda de responsabilidades jurídicas. (Rivero, 2020, p. 65)

Este es el sino de nuestro tiempo, en lo que respecta a la forma en que debe ser ejercido el poder estatal; esto es, que el poder público debe estar sujeto a controles y mecanismos. En algunos países cuentan con el *impeachment* —no exento de cuestionamientos—;²¹ en otros, como el nuestro, tenemos el juicio político, aunque —como ya lo destacamos— sujeto a revisión por sus imprecisiones epistemológicas y además por su inoperancia e ineficacia.

El llamado juicio político no es un juicio de los ciudadanos, que son los titulares del poder político. No se trata de una decisión de los ciudadanos que designan a un señor o a una señora para desempeñar uno de los altos cargos públicos y que, lógicamente, deben poder destituirlo. El juicio político no es un juicio por la población que eligió a esos empleados, sino un juicio que llevan a cabo un grupo de políticos. (Valdés, 2009, p. 98)

Ergo, convertir a esa simulación jurídica llamada “juicio político” en un proceso de responsabilidad constitucional, constituye uno de los propósitos de mayor alcance para la buena marcha de la organización humana por antonomasia que es el Estado. El poder estatal tiene una naturaleza única, pues no se trata ya y solamente de la lucha por el poder —ese proceso inmanente

²¹ “Several trends or problems with the federal impeachment process have arisen involving the relationship between the three branches of the federal government. These include (1) the uncertain procedural value of impeachment proceedings; (2) the increasing influence of the executive branch in initiating or displacing impeachments, (3) Congress’s tendencies in defining impeachable offenses; (4) the significance of Congress’s general reluctance to overextended or abuse its impeachment powers; (5) the House and Senate’s respective failures to consider routinely the propriety of disqualifying convicted officials; and (6) the propriety of reimbursing the defense costs of impeached officials acquitted by the Senate” (Gerhardt, 2000, p. 47).

Nuestra traducción es la siguiente: “Han surgido varias tendencias o problemas con el proceso federal de impeachment que tienen que ver con la relación entre los tres poderes del gobierno federal. Entre ellos se incluyen (1) el incierto valor procesal de los procedimientos de juicio político; (2) la creciente influencia del poder ejecutivo a la hora de iniciar o desplazar los juicios políticos, (3) las tendencias del Congreso a la hora de definir los delitos susceptibles de juicio político; (4) la importancia de la reticencia general del Congreso a extralimitarse o abusar de sus poderes de destitución; (5) las respectivas omisiones de la Cámara de Representantes y el Senado a la hora de considerar de forma rutinaria la conveniencia de inhabilitar a los funcionarios condenados; y (6) la conveniencia de reembolsar los gastos de defensa de los funcionarios destituidos y absueltos por el Senado”.

a la condición humana que el derecho ha intentado regular—, sino de una estructura y de un mecanismo racional y controlado que alimenta la legitimidad de quienes gobiernan.

El poder sobre los ciudadanos y súbditos no sometido a leyes, con el que Bodino identificó a la soberanía, ha mutado hasta convertirse en el poder de los ciudadanos para someter al imperio de la ley a quienes ejercen atribuciones de la comunidad política plasmadas en la Constitución. La misma Constitución, que establece el orden jurídico supremo del Estado, tiene que ser clara y taxativa en relación con los casos de abuso o defectos en el ejercicio del poder estatal encargado a los servidores públicos; y asimismo, debe ser puntual y eficaz respecto de las sanciones que se deben imponer a quienes violenten los preceptos de la *norma normarum*.

Las reflexiones aquí contenidas tienen todavía mucho de germinal y, por eso, creemos que la búsqueda de las sanciones de naturaleza constitucional correspondientes a las violaciones de igual naturaleza, tienen que seguir siendo parte de las indagaciones de los juristas. Por lo pronto, la *moderna atimia*, la *destitución constitucional* y la *inelegibilidad vitalicia* para quienes incurran en conductas inconstitucionales, pueden ser considerados mecanismos viables, y hasta aconsejables, para evitar el deterioro de las instituciones y la merma de las arcas públicas.

La conservación de los preceptos constitucionales esbozados por el Poder Constituyente y plasmados en el más alto ordenamiento jurídico del Estado, requiere los mecanismos más depurados, eficaces y eficientes para que quienes ejercen poder público —particularmente quienes toman las decisiones de mayor importancia y trascendencia para la sociedad— rindan cuentas de sus actos. En el Estado constitucional esta es una premisa irrefutable. Montesquieu (1944, p. 150) con claridad absoluta lo había dicho ya: para descubrir la libertad política en la Constitución no hace falta buscarla. Si podemos verla donde está, si la hemos encontrado en los principios, ¿qué más queremos? En la Constitución tenemos que anotar nuestro *juicio de responsabilidad constitucional*.

VI. Referencias

- Aranda, J. (2008, enero 25). Ordena Calderón mantener al Ejército en las calles hasta 2012. *La Jornada*. <https://www.jornada.com.mx/2008/01/25/index.php?section=politica&article=003n1pol>
- Amparo penal en revisión 2682/26. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 7/12/1926. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/282846>
- Aristóteles. (2008). *Constitución de los atenienses*. Gredos.
- Castro Estrada, J. (2018). *Derecho administrativo*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <http://www.orden-juridico.gob.mx/Constitucion/articulos/110.pdf>
- Dabin, J. (2003). *Doctrina general del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fei Zi, H. (2019). *El arte de la política (los hombres y la ley)*. Tecnos.
- Fernández Ruiz, J. (2010). *Poder Legislativo*. Porrúa.
- Fix Zamudio, H. (1994). La función actual del poder legislativo (pp. 15-35). En *El Poder Legislativo en la actualidad*. Universidad Nacional Autónoma de México; Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.
- Foucault, M. (1992). *Microfísica del poder*. La Piqueta.
- García de Enterría, E. (2004). *Democracia, ley e inmunidades del poder*. Palestra.
- Gerhardt, M. J. (2000). *The federal impeachment process. A constitutional and historical analysis*. The University of Chicago Press.
- Huerta, C. (2010). *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría general del Estado*. Editora Nacional.
- Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. 29/12/2023. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf>
- Martínez, A. (1987). *Proceso político contra D. Miguel Ramos Arizpe*. Senado de la República.
- Mezzetti, L. (2011). *Manuale breve. Diritto costituzionale*. Giuffrè Editore.
- Montesquieu (1944). *El espíritu de las leyes*. Ediciones Libertad.
- Müller Creel, O. A. (2012). La responsabilidad civil del servidor público en el combate a la corrupción. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 57(214), 165-185. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42124556007>

- Orozco Henríquez, J. J. (1994). Comentario al artículo 110 constitucional. En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada* (pp. 509-514). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rivero Ortega, R. (2020). Quien la hace ¿la paga? Servidores públicos y responsabilidad personal. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 7(1), 53-66.
- Stein, E. (1973). *Derecho político*. Aguilar.
- Valadés, D. (1998). *El control del poder*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Valdés, C. (2009). *El juicio político. La impunidad, los encubrimientos y otras formas de opresión*. Ediciones Coyoacán.
- Vega, P. de. (2004). *Estudios político-constitucionales*. Universidad Nacional Autónoma de México; Universidad Complutense de Madrid.
- Weber, M. (2013). *El político y el científico*. Ediciones Coyoacán.
- Weber, M. (2022). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- Werner, J., y Veit, S. (2021). Politics and Administration in Germany. En S. Kuhlmann, I. Proeller, D. Schimanke y J. Ziekow (Comps.), *Public administration in Germany* (pp. 145-161). Palgrave Macmillan.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Uribe Arzate, Enrique y Uribe Bustamante, Diego Enrique, “Aproximación teórica a la tipología de responsabilidad constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 275-309. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19112>

APA

Uribe Arzate, E., y Uribe Bustamante, D. E. (2024). Aproximación teórica a la tipología de responsabilidad constitucional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 275-309. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19112>

**La promozione delle missioni di pace delle Nazioni
Unite come modello di politica estera: un confronto
tra la strategia della Repubblica Popolare Cinese e
quella dell'Argentina, del Brasile e dell'Italia sulla base
dei principi del Diritto Internazionale Pubblico**

*The promotion of the United Nations peacekeeping missions
as a foreign policy model: a comparison between the strategy
of the People's Republic of China and that of Argentina, Brazil
and Italy based on International Public Law's principles*

Julio Francisco Villarreal

 <https://orcid.org/0000-0001-7158-1736>

Universidad Continental. Perú

Correo electrónico: jvillarreal@continental.edu.pe

Flaminia Maietti

 <https://orcid.org/0000-0002-3545-1720>

Universidad Continental. Perú

Correo electrónico: fmaietti@continental.edu.pe

Recepción: 18 de julio de 2024 | **Aceptación:** 8 de octubre de 2024

Publicación: 10 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19351>

Abstract: Negli ultimi tre decenni la Repubblica Popolare Cinese ha attraversato una fase di progressivo cambiamento che ha avuto profonde ripercussioni sulla strategia geopolitica messa in atto in virtù della quale si è concretizzata la sua partecipazione alle missioni di pace delle Nazioni Unite. Il presente articolo si propone di indagare, sulla base dell'esperienza cinese, come i principi del Diritto Internazionale Pubblico abbiano influito sulla scelta di alcuni Stati come il Brasile, l'Argentina e l'Italia, di attuare una strategia simile a quella cinese. Si sosterrà, quindi, la tesi secondo cui questi Stati abbiano utilizzato la partecipazione a tali operazioni come presupposto per il loro inserimento nell'ordine internazionale.

Parole chiave: missioni di pace; multilateralismo; diritto internazionale pubblico; Repubblica Popolare Cinese; Brasile; Argentina; Italia.

Abstract: Over the last three decades, the People's Republic of China has gone through a phase of progressive change that has had profound repercussions on the geopolitical strategy implemented and the way its participation in the United Nations peacekeeping missions has taken shape. This article aims to investigate, on the basis of the Chinese experience, how the principles of International Public Law have influenced the choice of some States, such as Brazil, Argentina and Italy, to implement a similar strategy. Thus, the thesis that these States used participation in such operations as a prerequisite for their inclusion in the international order will be supported.

Keywords: peace missions; multilateralism; international public law; People's Republic of China; Brazil; Argentina; Italy.

Sommario: I. Introduzione. II. Sulla nozione di “medie potenze”: una premessa metodologica di avvicinamento all’ethos geopolitico comune delle missioni di pace dell’ONU per Cina, Brasile, Argentina ed Italia. III. La Repubblica Popolare Cinese e le missioni di pace: tra diritto, geopolitica e storia. IV. Il “basso profilo” della Cina come riflesso del “realismo periferico” dell’Argentina, del soft balancing del Brasile e della “via italiana” nella costruzione di una dialettica geopolitica delle missioni di pace delle Nazioni Unite. V. Conclusioni. VI. Bibliografia.

I. Introduzione

Alcuni Stati latinoamericani hanno sviluppato nel corso della loro storia un’accurata devozione al multilateralismo, al rispetto dell’integrità territoriale, alla risoluzione pacifica delle controversie ed al rispetto della sovranità degli Stati terzi, molto probabilmente dovuta alla loro condizione geopolitica periferica così come all’imponente e consolidata storia degli interventi stranieri in America Latina ed alla limitata capacità economica e militare degli Stati della regione rispetto a quella di potenze egemoni come gli Stati Uniti. La stessa tendenza può essere rilevata nella pratica di alcuni Stati europei che non rientrerebbero nel gruppo delle potenze egemoni, come ad esempio l’Italia. Sebbene l’adesione a tali principi sia stata il risultato di molteplici interventi di forze straniere nel caso latinoamericano (Livingston, 2013),

l'origine primordiale di tale culto potrebbe essere trovata nella predica di Simón Bolívar, il quale, nella sua ormai famosa “Lettera della Giamaica”, considerava imprescindibile la necessità di promuovere la risoluzione pacifica delle controversie attraverso la volontà e la voce dei rappresentanti di tutte le entità politiche esistenti a livello globale:

Che gran cosa sarebbe se l'Istmo di Panama fosse per noi ciò che fu lo stretto di Corinto per i greci dell'antichità. Arriverà il giorno in cui avremo la fortuna di celebrare lì un Congresso dei rappresentanti della Repubblica, dei Regni e degli Imperi per considerare e discutere dell'interesse supremo della pace e della guerra contro Stati di altre parti del mondo. (OEA, 1983, p. 150)

Il giuridicismo immanente che trapela dalle parole del Bolívar non poteva essere inteso come una pretesa meramente volontaristica nella storia della cultura giuridica latinoamericana. In effetti, dottrine come quella del giurista argentino Calvo rafforzerebbero il concetto della proibizione della risoluzione delle controversie attraverso l'uso della forza, come implicazione del suo stesso dettame. Sebbene questa idea dottrinaria sia stata accolta con amarezza e scetticismo da parte di quegli Stati che la ritenevano lesiva dei propri interessi economici nella regione, è riuscita comunque ad essere incorporata in un trattato internazionale celebrato tra uno Stato europeo ed uno latinoamericano:

La nascita degli Stati Uniti come potenza imperialista mondiale fu definitivamente consacrata con il corollario rooseveltiano alla Dottrina Monroe, secondo cui il governo di Washington rivendicava il diritto di intervenire in tutto l'emisfero occidentale. Vale la pena notare che, nonostante tutto questo e il fatto che la dottrina Calvo non sia stata generalmente accettata dai giuristi nordamericani ed europei, ci sono casi di Stati in cui ha trovato applicazione pratica. Un caso particolare è rappresentato dalla Repubblica di Cuba, che [...] poté concludere trattati bilaterali contenenti la dottrina Calvo, come ad esempio il trattato di commercio, amicizia e navigazione tra Italia e Cuba del 1903, ratificato nel 1905. (Tamburini, 2002, p. 87)

In definitiva, l'America Latina ha a lungo prediletto ed abbracciato il culto del multilateralismo, la soluzione pacifica delle controversie e, soprattutto, il disprezzo per qualsiasi tipo di operazione che comportasse la violazione della sovranità territoriale degli Stati terzi. Le basi di questo spirito conciliativo potrebbero addirittura estendersi al di là dell'ambito giuridico. A tal proposito ricordiamo le parole dell'ex presidente peruviano José Luis Bustamante y Rivero, pronunciate in occasione della firma del Trattato Generale di Pace tra Honduras ed El Salvador nell'ottobre del 1980. L'ex mandatario peruviano affermò che il mediatore ha

un magistero *sui generis*, emanato non dai codici, ma [...] da una di quelle verità immanenti che scaturiscono dalla natura umana, [...] o dalla voce propria della coscienza. [...] Senza essere scritti, questi sottili motivi costituiscono precetti impregnati nella legislazione dell'anima e assumono, di per sé, un profondo senso di autorità. (Cançado Trindade, 2003, t. 2, p. 42)

Quanto riportato non costituisce - né pretende costituire - innovazione concettuale alcuna, ma dimostra la fervente adesione della regione al *ius gentium*. Ciò considerato, va detto che questo articolo cercherà di fare riferimento alla compresenza di un insieme di singolarità e caratteristiche giuridiche, politiche e strategiche relative alla prospettiva, alla prassi e alla teleologia che accomuna diversi attori del sistema delle Nazioni Unite e che, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, a causa delle possibili differenze geografiche, culturali e dell'iter della loro storia politica, fa nascere certamente la necessità di un'analisi comparativa. Nello specifico, ci riferiamo al modo in cui sia la Repubblica Popolare Cinese (di seguito RPC) sia alcuni Stati latinoamericani e l'Italia abbiano concepito le missioni di pace nell'ambito di questo sistema multilaterale. Sappiamo che tali operazioni, diffuse in larga misura dopo la fine della Guerra Fredda, sono state storicamente concepite dagli Stati come un mezzo per consolidare il prestigio nazionale, e, se pensiamo agli Stati emergenti, come strumento di politica estera utile a garantire un equilibrio a livello regionale. Queste operazioni possono essere di varia natura e possono incarnare obiettivi specifici differenti, dal raggiungimento di accordi di cessate il fuoco all'assistenza umanitaria ed alla ricostruzione politica, come i casi in cui contribuiscono al ristabilimento del sistema democra-

tico ed alla promozione e protezione dei Diritti Umani e dello stato di diritto (Sarjoon y Yusoff, 2019, p. 203).

In questo senso, il presente lavoro sosterrà che le notevoli somiglianze tra i principi su cui gli Stati menzionati e la RPC hanno abitualmente costruito la loro strategia di inserimento a livello internazionale, soprattutto attraverso la partecipazione alle missioni di pace, possano essere spiegate su diversi livelli. In primo luogo sulla base delle tradizioni e della storia delle relazioni internazionali proprie di questi Stati, e secondariamente su un elemento indipendente dalle implicazioni delle loro tradizioni, ovvero l'aver aderito a un modello di strategia di inserimento internazionale tipico delle cosiddette "medie potenze". Data questa ipotesi e a fini strettamente metodologici risulta necessario fare un approfondimento su questo concetto.

II. Sulla nozione di "medie potenze": una premessa metodologica di avvicinamento all'ethos geopolitico comune delle missioni di pace dell'ONU per Cina, Brasile, Argentina ed Italia

Come già accennato, l'adesione latinoamericana a principi fondamentali del Diritto Internazionale Pubblico ha poggiato per lungo tempo su una serie di condizionamenti politici, economici e militari. In questo senso, il presente lavoro aderisce alla tesi secondo cui gli Stati della regione dimostrano una tendenza a conformarsi a tali principi a causa delle loro debolezze e limiti; nei casi in cui tali fragilità sembrano essere superate, paradossalmente alcuni Stati dell'America Latina hanno manifestato con rinnovato vigore la loro adesione agli stessi. Questo è per esempio il caso del Brasile (Daza Izquierdo, 2005), Stato che, negli ultimi due decenni, ha beneficiato di uno sviluppo economico esemplare nella storia del Sud America. In effetti, questo processo di sviluppo epocale ha fatto sì che le élite carioca cominciassero a percepire il Brasile come una potenza emergente, addirittura in grado di superare la categoria di "media potenza" nella sfera delle relazioni geopolitiche internazionali (Cousins, 2008). Al contrario, nel caso dell'Argentina la diplomazia ha abbracciato da tempo le pratiche tipiche di una "media potenza" in modo incondizionato (Arredondo, 2015), sebbene certa dottrina (Escudé,

2012) faccia riferimento a un processo che potrebbe essere inteso come esattamente opposto. Nel caso dell'Italia, secondo la lettura di Santoro, l'Italia rientrerebbe a pieno nel gruppo delle medie potenze (Santoro, 1992) e avrebbe implementato dopo la Guerra Fredda una politica estera compatibile a tale funzione, soprattutto per tornare ad avere un ruolo attivo nel Mediterraneo.

Già Botero nel suo "Della Ragion di Stato" teorizzava la necessità di dividere gli Stati in più categorie sorpassando la classificazione tradizionalmente accettata che divideva gli Stati in piccoli e grandi. Il filosofo gesuita classifica così le entità statali in tre gruppi: piccoli, medi e grandi (Botero, 2016). Va notato che, sebbene non esista una definizione univoca ed accettata di cosa si intenda per "media potenza" si può ragionevolmente proporre quanto teorizzato da Capie & Evans:

Nella pratica, il termine si riferisce comunemente alla posizione di uno Stato nella gerarchia internazionale informale. In questo senso, le medie potenze occuperebbero il punto "intermedio" rispetto a vari indicatori di potenza nazionale. Questi includono le dimensioni, la posizione geostrategica, il prodotto nazionale lordo (PNL), la capacità militare, ecc. (2007, p. 161)

Alla luce di queste considerazioni rientrerebbe quindi nel concetto di "media potenza" uno Stato collocato nello scacchiere internazionale in una posizione che si differenzia da quella di grandi potenze come gli Stati Uniti e da quella di piccoli Stati in termini geografici, economici e demografici; questa condizione influirebbe inevitabilmente negli orientamenti di politica estera. D'altra parte l'essere identificato come "media potenza" genererebbe una serie di presupposti pratici tra cui figura la necessità di imporre una presenza in consessi chiave, nelle organizzazioni regionali ed internazionali di rilievo ai fini di difesa del proprio interesse nazionale.

In sostanza, a prescindere dalle precisazioni semantiche e terminologiche che l'insieme dei postulati o delle definizioni dottrinarie istituzionalizzate dettano su cosa si debba intendere per "media potenza", si può concludere che tale concetto sia puramente casistico e non dogmatico, poiché prodotto dagli effetti di quell'insieme di esperienze storico-sociali e geopolitiche attraverso cui è transitata la comunità internazionale dalla fine della seconda guerra mondiale:

Il concetto di “media potenza” si è storicamente sviluppato come quadro di riferimento per comprendere la politica estera di alcuni Stati occidentali, in particolare Australia, Canada e alcuni Stati nordici. Gli Stati industrializzati si sono da tempo immedesimati nel modello di diplomazia della “media potenza”, che ha permesso loro di “fare il passo più lungo della gamba” grazie all’impiego di una macchina diplomatica avanzata in quanto a conoscenze, risorse ed esperienza. L’idea di essere una “media potenza” è stata sviluppata come una piattaforma di politica estera che potesse giustificare un ruolo speciale per questi Stati nella gestione delle loro relazioni internazionali. (Efsthopoulos, 2015, p. 15)

Sebbene sia plausibile sostenere che le medie potenze siano meritevoli di un certo riconoscimento nell’ordine internazionale e di un certo potere, sono però soggette a un insieme di limitazioni e fattori condizionanti di tipo strutturale propri della dinamica immanente delle relazioni internazionali; si potrebbe pensare che ciò sia principalmente dovuto alla loro stessa natura. In effetti, la distribuzione del potere militare, economico e politico non è del tutto favorevole agli Stati riconosciuti come medie potenze perché, nonostante le loro capacità relative e risorse considerevoli, tale potere rimane in larga misura legato alla potenza egemone, escludendo così gli Stati terzi. Come inevitabile corollario di questo estremo, potremmo pensare che sia impossibile per tali medie potenze gestire le proprie decisioni, le proprie azioni ed il modo in cui si inseriscono e costruiscono la loro immagine, a discrezione propria, nel *logos* delle relazioni internazionali. Come afferma Dal: “Le medie potenze non sono, ovviamente, attori indipendenti e idealizzati che agiscono al di fuori del complesso avvicinarsi degli eventi in ambito internazionale” (Dal, 2018, p. 27).

È in virtù di questa condizione che, per evitare conflitti con gli attori egemoni, queste medie potenze sono generalmente forti promotrici del Diritto Internazionale Pubblico e dei suoi principi. Una tale linea d’azione garantirebbe a questi Stati un insieme di regole e prescrizioni che consentirebbero loro di determinare per ogni loro azione un universo di conseguenze e implicazioni prevedibili, nella misura in cui sono comunemente conosciute (si pensi, ad esempio, al ricorso alla consuetudine come fonte di tale diritto, come previsto dalla lista non esaustiva delle fonti del Diritto Internazionale Pubblico stabilita dall’art. 38.1 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia),

o giuridicamente riconoscibili (si pensi, ad esempio, al ricorso alle «dottrine dei più competenti pubblicisti delle varie nazioni», come stabilito nello stesso articolo 38.1)¹. Sulla base di tale considerazione, ed in virtù della validità per tali Stati dei principi di Diritto Internazionale Pubblico quali la soluzione pacifica delle controversie (disciplinata nel Capitolo VI della Carta delle Nazioni Unite), il rispetto della sovranità di Stati terzi (codificato nell'art. 2.1 della Carta delle Nazioni Unite²) e della loro integrità territoriale (disciplinato nell'art. 2.4. della Carta delle Nazioni Unite³), si dovrebbe interpretare il dettame di politologi come Cox, secondo cui “il ruolo delle medie potenze implica l'affermazione del principio dell'adesione a determinate regole di condotta che sono suscettibili di essere accettate da tutti gli attori internazionali, che siano o meno gli stessi attori di peso dell'arena internazionale” (Cox, 1989, p. 834). Riprendendo le parole di Dal:

la concezione più innovativa di come comprendere la natura delle “medie potenze” è maggiormente strutturata intorno alle loro caratteristiche distintive, come l'uso attivo, creativo, innovativo e intraprendente della diplomazia, l'uso pragmatico delle nicchie [del sistema multilaterale di relazioni internazionali] e le loro capacità di costruire coalizioni. Ciò implica, in sostanza, che le medie potenze si presentino generalmente come buoni cittadini internazionali, rispetto-

¹ Art. 38.1, Statuto Corte Internazionale di Giustizia: “La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica:

- a. le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite;
- b. la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto;
- c. i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili;
- d. con riserva della disposizione dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche.”

² Art. 2.1, Carta de las Naciones Unidas: “[...] La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.”

³ Art. 2.4, Carta de las Naciones Unidas: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

si [delle disposizioni del diritto internazionale pubblico, piuttosto che governare la loro condotta attraverso] la coercizione e l'uso della forza". (2018, p. 4)

In effetti, in un brillante articolo in cui sono state fuse le difficoltà epistemiche e metodologiche alla base della nozione stessa di "media potenza", Robertson sosterrrebbe che, in ultima analisi, a causa della difficoltà referenziale di poter arrivare a una definizione accurata di media potenza, un approccio pragmatico scoraggerebbe la domanda "Che cosa è effettivamente una media potenza?" e piuttosto sarebbe necessario concentrarsi su come il termine debba essere usato nel contesto di un campo o sottocampo specifico. In questo senso, una possibile definizione di media potenza potrebbe essere la seguente: nel contesto della governance globale degli anni 2010, una media potenza dovrebbe essere vista come uno Stato con l'interesse e la capacità (risorse materiali, influenza diplomatica, creatività, ecc.) di lavorare in modo proattivo e di comune accordo con Stati simili per contribuire allo sviluppo e al rafforzamento delle istituzioni per la governance dei beni comuni globali (Robertson, 2017, pp. 367-368).

Come si dirà nel prosieguo, considerazioni come quella sopra riportata sono quelle su cui dovrebbe essere strutturata l'analisi del modo di progettare e mettere in moto le missioni di pace, come strumento di politica estera sia della RPC che di vari Stati latinoamericani e dell'Italia che potrebbero essere intesi come "medie potenze". Chiaramente, tale affermazione potrebbe essere soggetta a serie critiche, poiché, sebbene "la Cina sia stata considerata una media potenza nel corso degli anni" (Martínez Aldana, 2006, p. 154), sarebbe certamente conservativo o addirittura equivoco intendere che tale Stato continui ad avere lo stesso status oggi: la stessa narrazione di Martínez Aldana confermerebbe che non sia più questo il caso. Al contrario, come sostengono molti dottrinari, vi sono gravi e molteplici differenze tra l'etica o la definizione di "media potenza" e la natura economica, politica e militare della RPC stessa (Gilley y O'Neil, 2014). Tuttavia, partendo dal presupposto che Stati come Brasile (Ruiz Aycardi y Fiorentino, 2018, p. 88) ed Italia (Santoro, 1992) o, in misura minore, Argentina (Cooper y Jongryn, 2013, p. 110) siano certamente attori internazionali suscettibili di entrare in tale categoria, e quindi ad oggi molto meno rilevanti sulla scena internazionale dello stesso gigante asiatico, possiamo però notare che la strategia geopolitica della RPC e il lo-

gos delle sue missioni di pace sono stati molto simili a quelli dei suddetti Stati. Questo specifico parallelismo acquista una rilevanza particolare se pensiamo che alcune particolarità del modello o della strategia cinese di pianificazione ed implementazione delle missioni di pace sembrano obbedire, a loro volta, alla stessa teleologia che gli Stati in questione hanno abbracciato da tempo. A tal proposito è necessario però fare delle considerazioni, poiché tale *modus operandi* non si spiega necessariamente con l'insieme di proprietà immanenti alle pratiche o agli obiettivi che possono essere propri di una “media potenza”; ed inoltre bisogna considerare che non tutta la dottrina ritiene che questi Stati siano attualmente passibili di rientrare in tale categoria. In questo senso, è quindi necessario fare alcune precisazioni ed indagare le ragioni storiche, geopolitiche e giuridiche che ci consentono di sostenere e giustificare il suddetto parallelo con la RPC.

III. La Repubblica Popolare Cinese e le missioni di pace: tra diritto, geopolitica e storia

1. *Considerazioni storiche: sullo scetticismo iniziale della Repubblica Popolare Cinese verso le missioni di pace delle Nazioni Unite*

Da quello che Cassese chiama “disordine multipolare” (Cassese, 20006, p. 52), che si venne a creare dopo la fine della Guerra Fredda, scaturì l'ascesa di unità statali considerate tradizionalmente come paesi in via di sviluppo, tra cui figurava la RPC, i quali dovevano necessariamente convivere con i grandi Stati industrializzati e negoziare strategie continue con gli stessi. Uno degli strumenti impiegati da queste nuove potenze per acquisire rilevanza nell'ordine internazionale è il rafforzamento della loro politica estera attraverso la partecipazione in consessi internazionali e, relativamente al nostro studio, il contributo dato alle missioni di pace ONU. Missioni che, riprendendo la classificazione di Sandler, intendiamo suddivise in quattro categorie complesse: missioni di monitoraggio ed osservazione, missioni tradizionali di mantenimento della pace, missioni di costruzione della pace e missioni di imposizione della pace (Sandler, 2017, pp. 1879-1880), e che si ispirerebbero ai principi stabiliti nel Report Brahimi ed enunciati dalla Dottrina

Capstone, ovvero il consenso dello Stato territoriale e delle parti implicate nel conflitto, l'imparzialità da parte delle Nazioni Unite ed il ripudio dell'uso della forza. È, però, necessario ricordare che, secondo alcuni studiosi, i principi della Dottrina Capstone, come base teorica delle missioni di pace delle Nazioni Unite, sono venuti meno nel nuovo scenario internazionale, considerando che le stesse sono sempre più caratterizzate dalla mancanza del consenso delle parti in gioco e dello Stato territoriale, da un'imparzialità latente e dall'uso della forza con carattere offensivo e non difensivo (Mateja, 2015). Sebbene la base teorica di queste missioni sia da rinvenire nelle summenzionate fonti, più difficile è stato identificare la loro base giuridica. Parte della dottrina considera che tali missioni siano da giustificare sulla base dell'art. 42 della Carta delle Nazioni Unite, che prevede la possibilità di intervento del Consiglio di Sicurezza dell'ONU "con forze aeree, navali o terrestri [...] per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale"⁴, altri studiosi considerano che il loro fondamento legale si trovi in quanto predisposto dal Capitolo VI della Carta di San Francisco ("Soluzione Pacifica delle Controversie") ed altri ancora che si collocherebbe a metà tra lo stesso Capitolo VI ed il Capitolo VII – "Azione rispetto alle minacce alla pace, alle violazioni della pace ed agli atti di aggressione" (Conforti, 2005). A tal proposito, risulta necessario ricordare la famosa e consolidata idea dell'allora Segretario Generale delle Nazioni Unite, Dag Hammarskjöld, che indicava come fondamento giuridico delle missioni di pace dell'ONU il Capitolo "VI e mezzo" della Carta di San Francisco, posizionandole quindi a metà tra i metodi tradizionali di risoluzione pacifica delle controversie menzionati nel Capitolo VI e le misure che implicano l'uso della forza previste nel famigerato Capitolo VII della stessa (Groom, 2004, pp. 150-153).

Alla luce di questi cambiamenti nell'ordine internazionale che hanno inciso sul carattere stesso delle missioni di pace delle Nazioni Unite, sarebbe, di fatto, fuorviante sostenere che nel corso dei decenni la politica della RPC sia stata controversa su come intendere tali missioni. Tale contingenza, ovviamente, non è stata guidata da presupposti ideologici o discrezionali; al contrario, le varie posizioni che la RPC ha assunto sulle missioni di pace in esame sono il riflesso di come nel corso degli anni abbia percepito il sistema

⁴ ONU, Carta di San Francisco, art. 42.

di sicurezza collettiva ONU rispetto alla propria sicurezza nazionale. Come si ricorderà, questa guerra oppose una coalizione delle Nazioni Unite guidata dagli Stati Uniti alla Corea del Nord e alla RPC e, nel corso di diversi decenni, ha costituito un precedente importante di riferimento per le élite cinesi che da quel momento hanno guardato con disprezzo alle suddette missioni di pace. Come sostiene Zhang:

Dopo la guerra di Corea, la Cina ha sempre guardato con zelo alle operazioni di mantenimento della pace delle Nazioni Unite. La Forza di Emergenza delle Nazioni Unite (UNEF) del 1956, guardava con sospetto la leadership cinese, perché convinti che avrebbe “permesso al neocolonialismo americano di sostituire il colonialismo britannico e francese” in Medio Oriente. Anche il Gruppo di Osservazione delle Nazioni Unite in Libano (UNOGIL), dispiegato nel 1958, sarebbe stato semplicemente uno strumento per l'intervento statunitense-britannico nella regione. L'Operazione delle Nazioni Unite in Congo (ONUC), dal punto di vista cinese, avrebbe permesso “all' imperialismo statunitense di operare sotto la bandiera dell'ONU”, “aprendo una comoda porta per l'intervento imperialista statunitense in Congo e una [successiva] violazione della sovranità dei nuovi Stati indipendenti in nome dell'ONU”. (Zhang, 1998, p. 142)

In effetti, già alla fine del XX secolo, molti decenni dopo tale evento bellico, l'ex ministro degli Esteri cinese, Qian Qichen, avrebbe sostenuto che la riluttanza della Cina ad appoggiare le operazioni della coalizione internazionale in Iraq era direttamente e categoricamente dovuta al fatto che “il popolo cinese ricorda ancora chiaramente che la guerra di Corea è stata scatenata in nome delle Nazioni Unite” (Kim, 1995, p. 423); il che spiegherebbe, in breve, che, proprio in base a quegli eventi precedenti, per la citata posizione del Regno di Mezzo,

la maggior parte delle azioni dell'ONU doveva essere vista come un'interferenza negli affari interni dei vari Stati e come il risultato indesiderato della competizione di potere egemonico [allora esistente] tra gli Stati Uniti e l'Unione Sovietica. (Wang, 1999, p. 70)

Come è intuibile, le considerazioni storiche su cui la RPC ha basato le sue obiezioni alla partecipazione nelle missioni di pace delle Nazioni Unite spiegano molto bene la sua “apatia” verso l’impegno in azioni che potrebbero “invadere” la sovranità territoriale di Stati terzi. Ciò è spiegato da molteplici ragioni che cercheremo di chiarire in questa sede. In primo luogo perché, come detto, la stessa guerra di Corea è stata abitualmente interpretata dalla RPC in termini ideologici come espressione della volontà degli Stati Uniti di espandere la propria zona di influenza commerciale, economica, ma soprattutto politica in Estremo Oriente. Il fatto che la coalizione che ha affrontato la RPC in tale conflitto fosse stata formata sotto gli auspici dell’ONU non implica, come detto, alcuna attenuazione di tale premessa. In effetti, e contrariamente a quanto si potrebbe concludere analizzando il tema da una prospettiva occidentale, tale considerazione è un demerito del sistema delle Nazioni Unite, poiché dal punto di vista della RPC l’azione di tale organizzazione sarebbe stata quindi promossa dai suddetti interessi di quella potenza egemone. Una seconda considerazione di carattere storico, che potrebbe spiegare la devozione della RPC nei confronti del principio solenne della sovranità di Stati terzi, è che, a prescindere da considerazioni politiche o ideologiche relative alla guerra di Corea, la stessa sopravvivenza della RPC potrebbe essere spiegata dal fatto che essa è stata in grado di preservare la propria integrità di fronte alle influenze di potenze terze, in alcuni casi anche più potenti dello stesso Regno di Mezzo, sia dal punto di vista economico che da quello militare. L’incidente dell’isola di Zhenbao con l’ex Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche (1969) da un lato, ma soprattutto la possibilità molto concreta di un’invasione su larga scala della RPC da parte di quest’ultima potenza⁵ - non dovuta a considerazioni territoriali ma ideologiche - sarebbero manifestazioni inequivocabili del fatto che, per tutta la du-

⁵ Uno degli scopi principali della Rivoluzione culturale, che certamente non è stato sufficientemente sottolineato nella letteratura sull’argomento, era quello di consentire a Mao di rimuovere da posizioni di influenza chiunque fosse sospettato di essere “morbido” nei confronti di Mosca, in un momento in cui l’intervento in Cina da parte dell’URSS sembrava essere una possibilità credibile. I timori di Mao di un intervento sovietico di questo tipo, già presenti nel 1965-67, dovevano essere notevolmente accresciuti dall’invasione sovietica della Cecoslovacchia nel 1968. Questi timori sarebbero stati il fattore decisivo della svolta di Mao verso Washington (Zagoria, 1974, p. 149).

rata della sua esistenza, le élite politiche cinesi hanno dovuto salvaguardare diligentemente la sovranità del loro Stato contro rischi o minacce concrete e per nulla eventuali.

2. Un giro copernicano della Repubblica Popolare Cinese: dalla reticenza alla promozione intensa delle missioni di pace delle Nazioni Unite

Dato il contesto poco felice in cui si è venuta a consolidare l'opinione della RPC riguardo sia alle missioni di pace delle Nazioni Unite sia alla possibilità di minare la sovranità di Stati terzi, in virtù del riflesso del suo decorso storico, diventa ragionevole chiedersi quali considerazioni possano spiegare il fatto che il gigante asiatico sia passato negli anni “da un’ardente opposizione negli anni Settanta a un avido sostegno [alle suddette operazioni] negli anni Duemila” (Wang, 2013). A titolo puramente introduttivo, ci appelliamo qui alla risposta che Wang stesso dà all’interrogante: l’élite dirigente orientale capirebbe prima o poi i vantaggi di dimostrare un senso di razionalità e sanità mentale nei confronti della comunità internazionale, estendendo la propria influenza economica e diplomatica attraverso lo strumento delle operazioni di pace dell’ONU.

A questo proposito è necessario fare una distinzione di rilevanza metodologica: se da un lato Wang per spiegare la svolta copernicana in relazione al sostegno alle missioni di pace sembra riferirsi a considerazioni puramente realiste legate alla percezione da parte della leadership cinese della necessità di accrescere la partecipazione e la visibilità di tale Stato nello scacchiere internazionale, dall’altro lato questa metamorfosi è sostenuta da obiettivi che non dipendono più da ragioni geopolitiche, essenzialmente “realiste”, ma anche da ragioni “revisioniste”, volte a migliorare l’immagine della RPC, che era stata minata in passato da alcuni episodi come gli incidenti di piazza Tienanmen del 1989, i quali hanno avuto una pesante rilevanza mediatica a livello globale. In effetti, verso l’inizio degli anni ‘90, la strategia di inserimento internazionale della Cina ha puntato sulla sponsorizzazione delle missioni di pace ONU come un modo per lasciarsi alle spalle quegli infelici avvenimenti, attraverso la costruzione di una nuova immagine. Tale necessità percepita da alcuni ambienti politici cinesi sarebbe stata talmente rilevante

nella loro visione del mondo che potrebbe aver incoraggiato parallelamente lo sviluppo delle relazioni internazionali della RPC con il suo allora principale vicino, ovvero la Russia. Come sostiene Guo:

Dal 1988 al 1998, il rafforzamento delle relazioni con l'Unione Sovietica e gli sforzi per lasciarsi alle spalle l'isolamento internazionale dovuto all'incidente di Piazza Tienanmen hanno portato a una partecipazione più attiva della Cina alle missioni di pace delle Nazioni Unite. (2014, p. 99)

In questo senso, sia il bisogno percepito che le stesse risorse utilizzate per soddisfarlo sarebbero molto simili anche nel caso argentino. In effetti, la guerra delle Falkland (1982) avrebbe prodotto un isolamento simile a quello cinese per lo Stato latinoamericano: sia la sconfitta militare sia il fatto che la Gran Bretagna fosse membro permanente del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, nonché il principale alleato degli Stati Uniti, avrebbero avuto un impatto negativo sulle relazioni internazionali dell'Argentina all'indomani di tale conflitto. Secondo Sotomayor Velázquez:

L'immagine esterna del Paese è stata danneggiata dalle conseguenze della guerra delle Falkland [...]. In questo contesto, la partecipazione al mantenimento della pace è diventata il mezzo principale con cui il nascente governo democratico argentino ha inviato segnali chiari e di ampia portata sul suo impegno al cambiamento. Il governo, nello specifico, ha cercato di partecipare alle missioni di pace per garantire una migliore [...] esposizione internazionale. (Sotomayor Velázquez, 2013, p. 47)

La stessa paura dell'isolamento spinse l'Italia a partecipare in modo più attivo alle operazioni di pace dell'ONU a partire dalla fine della Guerra Fredda, si pensi alle operazioni in Somalia (UNOSOM) e Mozambico (ONUMOZ) ed alla partecipazione italiana nella missione di stabilizzazione dei Balcani. Come afferma Coralluzzo:

[...] nel mondo post-bipolare la vulnerabilità dell'Italia è considerevolmente aumentata, non soltanto per la prossimità geografica del nostro paese ai due più importanti “archi di crisi” – quello che dai Balcani, [...] e quello che dalla

fascia costiera nordafricana, attraverso il Medio Oriente, si spinge fino al Golfo Persico e al Corno d'Africa –, ma anche perché sono venute meno la rendita di posizione garantita dal bipolarismo e la certezza, a essa correlata, di poter contare in ogni momento sull'assistenza e la copertura degli alleati maggiori, Stati Uniti in testa. (Coralluzzo, 2012)

Di fatto l'Italia era estremamente preoccupata per la riunificazione della Germania, una superpotenza situata nel cuore della regione europea e per l'aggravarsi della situazione nei Balcani e nell'Africa settentrionale.

Dal canto suo, il Brasile ha manifestato, praticamente dalla fondazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, un compromesso ed un forte attaccamento ad i valori della pace e la sicurezza internazionale, dispiegando le sue forze sin dall'Operazione ONU per il monitoraggio della Tregua in Palestina, per poi inviare il proprio personale in Paesi come il Congo e l'Angola negli anni '60 e '70. Tutti esempi paradigmatici dell'adesione del Brasile al multilateralismo ed alla risoluzione pacifica delle controversie; principi riaffermati negli anni '90 con la missione brasiliana di peacekeeping in Mozambico (ONUMOZ) e con il più recente intervento ad Haiti (MINUSTAH). Indipendentemente dalle circostanze in cui il Brasile ha dispiegato il suo personale, la dottrina è concorde nel ritenere che, di consueto, il Brasile intenderebbe tali missioni in termini di presupposto di una politica estera impegnata a “[...] difendere la non ingerenza negli affari interni di altri Paesi [...] cercando] di proiettare un'identità internazionale basata sulla moderazione e sulla cautela[...].” (Cavalcante, 2011, p. 145). Tuttavia, nonostante il fatto che lo Stato carioca si sia dimostrato fedele ai principi del Diritto Internazionale Pubblico, attraverso l'impiego del proprio personale in missioni di pace, la dottrina ha richiamato l'attenzione sul fatto che tale posizione potrebbe essere suscettibile di cambiamento nel prossimo futuro. La posizione assunta dal suddetto Stato fin dall'inizio del XXI secolo avrebbe avuto un impatto decisivo sulla lettura stessa che le élite politiche e militari hanno dato alle missioni di pace delle Nazioni Unite. In particolare, lo stesso Celso Amorin avrebbe denunciato come l'invasione dell'Iraq nel 2003 sia stata trasmutata da un programma di protezione dei civili in quello Stato a un'invasione nel senso più ampio del termine (Vitelli, 2015, p. 149). Tale lettura critica sarebbe quella che sottende, in ultima analisi, lo stesso monito che l'ex pre-

sidente del Brasile, Dilma Rousseff, ha pronunciato durante il suo discorso di apertura della 56a sessione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e in occasione dell'intervento in Libia, quando ha fatto riferimento alla necessità di tenere in considerazione non solo la responsabilità di proteggere (R2P) ma anche la responsabilità mentre si protegge (RWP). È entrando nel XXI secolo che le missioni di pace cesserebbero di essere intese dall'élite al potere in Brasile come un mero meccanismo ancorato solo all'ideologia delle Nazioni Unite per essere concepite come la materializzazione di una politica estera volta a garantire la sicurezza nazionale. Infatti, una politica estera di questo tipo non avrebbe solo la funzione di proteggere e salvaguardare i principi del Diritto Internazionale Pubblico, come l'indipendenza politica e l'integrità territoriale degli Stati, ma anche di sviluppare le loro capacità offensive: nelle parole della Strategia di Difesa Nazionale "il Brasile non ha nemici nel presente. Per non averli in futuro, è necessario preservare la pace e prepararsi alla guerra" (Ministerio de Defesa de Brasil, 2012, p. 58). In sostanza, il Brasile concepisce le missioni di pace delle Nazioni Unite come un investimento di politica estera atto a riaffermare, sulla base della tesi del "soft balancing" già discussa, il suo modello di autonomia strategica, inteso come disegno di una politica estera tributaria non solo della propria sicurezza nazionale, ma anche della '[...] riforma delle principali strutture di governance politica ed economica globale' (amorim, 2010, pp. 215 y 216) capace, in quanto tale, di promuovere una '[...] gamma di partenariati internazionali favorevoli a proiettare il Brasile come attore globale'. (Vigevani y Cepaluni, 2007, p. 282)

D'altra parte, e indipendentemente dalle contingenze storiche e culturali attraverso cui sono transitate sia la Repubblica Argentina, l'Italia, il Brasile che la RPC, il ricorso alle missioni di pace delle Nazioni Unite, pur costituendo un mezzo per mitigare gli effetti svalutativi che una decisione di politica interna avrebbe avuto sulla comunità internazionale, ha, nel caso cinese, implicazioni che trascenderebbero tale fine immediato. In questo senso, fintanto che la promozione di missioni di pace implichi l'adesione esplicita ai principi del diritto internazionale pubblico, il ricorso alla risoluzione pacifica delle controversie e la condizione secondo cui lo Stato che le promuove sia un attore che ossequi tali principi all'interno della comunità internazionale (Gill y Huan, 2013, p. 141), il sostegno a tali missioni dovrà essere spiegato in ter-

mini di modello di inserimento internazionale di ciascuno Stato, motivo per cui esso non può essere compreso esclusivamente sulla base della combinazione degli effetti di una o più contingenze politiche proprie di ciascun attore nazionale.

A tale proposito è necessario ricordare, sebbene il primo contributo della RPC alle missioni di pace dell'ONU sia avvenuto nel 1988 quando inviò 20 osservatori militari al Gruppo di assistenza delle Nazioni Unite per il periodo di transizione in Namibia per contribuire al monitoraggio delle elezioni, la RPC ha iniziato ad essere più attiva in queste operazioni man mano che il suo sviluppo economico e la sua rilevanza come attore internazionale diventavano più nitidi e consolidati. Questa strategia di sostegno alle missioni di pace era quindi strutturata per evitare che i movimenti progressivi della RPC suscitassero sospetti o, peggio ancora, attriti con le potenze che all'epoca erano chiaramente considerate più potenti della Cina, sia economicamente che militarmente. A tal proposito, l'attitudine prudente e riflessiva della RPC non deve essere considerata esagerata proprio sulla base del fatto che durante il XX secolo l'integrità territoriale e la sovranità politica del Regno di Mezzo erano state minacciate in varie occasioni, sia da parte dell'Unione Sovietica che dagli Stati Uniti. Verso la fine del secolo, tale cautela potrebbe essere spiegata principalmente dalle preoccupazioni sorte rispetto a quest'ultima potenza, ovvero gli Stati Uniti d'America:

I leader cinesi si sono “riconciliati con la realtà che l'unipolarismo sarebbe durato almeno per diversi decenni” e hanno concluso che gli sforzi di partenariato (piuttosto che il confronto con gli Stati Uniti) erano, per il momento, il modo migliore per affrontare “i limiti potenzialmente pericolosi che l'egemonia statunitense durante l'ascesa della Cina allo status di grande potenza poteva comportare”. Dolorosamente consapevoli di quanto la Cina fosse ancora lontana dal colmare il divario con il gigante statunitense, i leader di Pechino erano preoccupati per la crescente “teoria della minaccia cinese” sviluppata in Occidente alla fine degli anni Novanta. Da un lato, si sentivano profondamente offesi dal suggerimento che la Cina potesse essere colpevole di qualcosa di così poco virtuoso come un comportamento egemonico. Tali accuse erano molto più che fastidiose. In una cultura politica che ancora oggi aderisce alle nozioni consuete sulla necessità di un ordine sociale basato sulla virtù, la rappresentazione della

Cina come potenza predatrice, come un altro egemone, implicava una delegittimazione diretta del ruolo del Partito Comunista Cinese. Se i membri di un tale partito si comportassero al potere come qualsiasi altro regime, potrebbero alla fine dimostrarsi indegni di governare il Regno di Mezzo. Allo stesso tempo, i funzionari erano anche preoccupati che tali teorie potessero acquisire credibilità promuovendo negli Stati Uniti comportamenti che avrebbero potuto minare il futuro sviluppo cinese [...] Di conseguenza, un elemento chiave della strategia cinese dalla fine della Guerra Fredda è stata una campagna costante e deliberata “per dissipare le preoccupazioni e i sospetti sulle sue intenzioni, una campagna che altri Stati avevano iniziato a sviluppare”; uno “sforzo concertato per dissipare i timori sul ruolo internazionale che una Cina in ascesa avrebbe svolto in futuro”. (Ford, 2010, p. 232)

In definitiva, è attraverso le operazioni di mantenimento della pace delle Nazioni Unite che la Cina è riuscita a costruirsi un’immagine di potenza in ascesa responsabile. Questa retorica ha permesso allo Stato orientale di svilupparsi armoniosamente e senza problemi relazionali con potenze come gli Stati Uniti. L’idea guida della politica estera cinese ha quindi accompagnato l’ascesa di tale Stato: all’espressione “crescita pacifica”, idea già elaborata da almeno un decennio dagli alti vertici di Stato, l’ex presidente Hu Jintao nel 2004 aggiunse l’espressione “sviluppo pacifico” (Jingzh y Ping, 2014, p. 15). Queste espressioni si riferiscono di fatto entrambe a due paradigmi o espressioni utili per capire il già menzionato sviluppo economico del Regno di Mezzo; sono paradigmi che si basano su una stessa idea: la necessità che la Cina si mantenga indenne da qualsiasi controversia che possa minare la sua crescita economica. Le testimonianze che la dottrina internazionalista ha raccolto sono, a ben vedere, più che categoriche, considerando che le missioni di pace si presentano come riflesso ottimale di un ideale che deve guidare le relazioni internazionali della RPC in futuro:

Nel rapporto governativo del 2011, il primo ministro Wen ha ribadito l’idea direttrice secondo cui la Cina continuerà a tenere alta la bandiera della pace, dello sviluppo e della cooperazione; aderendo a una politica estera indipendente ed ancorata alle idee di pace e sviluppo pacifico, portando avanti una strategia aperta di mutuo beneficio e promuovendo la costruzione di un mondo armonio-

so con una pace duratura e una prosperità comune [al fine di creare] un ambiente esterno e le condizioni per la modernizzazione della Cina. (Sun, 2015, p. 82)

In conclusione, dalla fine degli anni '80 la RPC è stata sempre più coinvolta nelle missioni di pace delle Nazioni Unite, considerandole un mezzo per proiettarsi a livello internazionale come uno Stato che sostiene i principi del diritto internazionale pubblico. Le implicazioni di una simile strategia definirebbero quindi la pianificazione e l'implementazione delle missioni di pace della Cina presso le Nazioni Unite, dalla loro nascita fino ad oggi. Di fatto, questo sarebbe lo spirito con cui la RPC, dopo aver collaborato al monitoraggio delle elezioni in Namibia attraverso il Gruppo di assistenza delle Nazioni Unite per il periodo di transizione, avrebbe inviato cinque osservatori per l'Organismo ONU di Vigilanza della Tregua in Medio Oriente (UNTSO). Sulla base delle stesse convinzioni, per la prima volta nel 1992 la Cina avrebbe inviato 400 truppe di ingegneria e 49 osservatori militari all'Autorità di Transizione delle Nazioni Unite in Cambogia (UNTAC) (Hill y Huang, 2013, p. 141). La suddetta interdizione di soluzioni *de facto* non è stata quindi retorica: mentre la RPC aveva ed ha tuttora le capacità militari per dispiegare un contingente armato considerevole, va notato che la maggior parte del personale militare cinese di stanza nelle operazioni di mantenimento della pace delle Nazioni Unite è stato nel settore dell'ingegneria, dei trasporti e del supporto medico.

IV. Il “basso profilo” della Cina come riflesso del “realismo periferico” dell'Argentina, del soft balancing del Brasile e della “via italiana” nella costruzione di una dialettica geopolitica delle missioni di pace delle Nazioni Unite

A questo punto diventa euristicamente opportuno fare un'analisi comparativa tra quanto messo in atto dalla RPC e le strategie che gli Stati in esame avrebbero implementato in occasione delle missioni di pace delle Nazioni Unite. All'inizio di questo articolo si è già accennato all'insieme di considerazioni che sono alla base dell'adesione di questi Stati ai principi del diritto interna-

zionale pubblico, come la proibizione dell'uso della forza, il culto della risoluzione pacifica delle controversie e il rispetto incondizionato della sovranità degli Stati terzi: tre mandati ai quali si allinea con fervore anche la diplomazia estera della RPC.

Passiamo ora a fare delle considerazioni più specifiche sulle strategie attuate dagli Stati latinoamericani e dall'Italia. Considerando che il Brasile è essenzialmente lo Stato che ha implementato la politica estera più ambiziosa della regione e che è dotato di “uno dei corpi diplomatici più efficaci e professionali del mondo” (Tickner, 2016, p. 369), vale forse la pena, a questo punto, indagare sul modo in cui la narrazione delle relazioni internazionali di questo Stato incida sull'idea secondo cui le missioni di pace ONU siano uno strumento di politica estera. Tale euristica non solo consentirà un confronto con la strategia attuata dalla RPC, ma permetterà anche, attraverso tale valutazione, di rendere conto dell'ipotesi su cui è stato strutturato inizialmente il presente lavoro: nonostante le notevoli differenze di capacità economiche, sia la RPC che Brasile, Italia, e Argentina hanno pensato in modo sostanzialmente simile a quale fosse l'obiettivo da raggiungere attraverso la partecipazione alle missioni di pace, ovvero la necessità per una media potenza di crescere e posizionarsi più favorevolmente nell'ordine internazionale.

In questo senso, va detto che sia il Brasile che l'Argentina sono membri dell'Organizzazione degli Stati Americani che, nella sua Carta istitutiva, non solo proibisce l'uso della forza armata, ma anche qualsiasi interferenza o minaccia arbitraria contro l'integrità politica, economica o culturale di Stati terzi (Caminos, 1995, p. 963). Allo stesso modo l'Italia in qualità di Stato membro UE aderisce agli stessi principi. È alla luce di quanto detto che questi Stati tendono ad accettare con remore qualsiasi atto che possa minacciare la sovranità politica e territoriale di uno Stato terzo. Anche di fronte al dibattito sulla messa in atto della cosiddetta dottrina della “responsabilità di proteggere” (di seguito R2P), che “implica soprattutto la responsabilità di agire per far fronte a situazioni di estrema necessità di protezione umana” (Breau, 2016, p. 210), sia il Brasile che l'Argentina, si sono dimostrati scettici sulle sue effettive possibilità di implementazione. Infatti, come dice Salgado Espinoza il Brasile:

non si trova in disaccordo con la Responsabilità di Proteggere, ma la intende come una serie di interventi che possono generare maggiori sofferenze per la popolazione civile [rispetto alla sua mancanza. Secondo questo Stato] alcuni interventi hanno “aggravato i conflitti esistenti, permettendo al terrorismo di penetrare dove non esisteva prima, hanno dato origine a nuovi cicli di violenza ed aumentato la vulnerabilità della popolazione civile”. (2016, p. 22)

L'Argentina è stata altrettanto cauta nei confronti della R2P fin dalla sua nascita, nonostante sia stata uno degli Stati latinoamericani che ha maggiormente contribuito alle operazioni di pace ONU negli anni immediatamente successivi alla Guerra Fredda. Secondo Arredondo:

Storicamente, l'Argentina ha espresso la sua volontà di contribuire alla ricerca di risposte di fronte alle crisi umanitarie, come la comunità internazionale ha testimoniato negli ultimi decenni. Al rispetto, l'Argentina ha espresso una chiara preferenza per l'uso dei meccanismi di sicurezza collettiva previsti dalla Carta delle Nazioni Unite, ed una riluttanza ad accettare che la responsabilità di proteggere è esercitata unilateralmente da uno Stato, da una coalizione di Stati o da un'organizzazione regionale senza l'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza. (Arredondo, 2015, p. 77)

L'Italia dal canto suo, che è sempre stata una convinta sostenitrice della dottrina della R2P, ha mantenuto un basso profilo fino alla fine della guerra fredda, non partecipando attivamente alle operazioni di pace ONU, anche in base alla consapevolezza che conflitti sorti a livello regionale fino a quel momento avrebbero certamente portato all'intervento della NATO e degli Stati Uniti. Secondo Andreatta:

[...] l'Italia ha rotto con le politiche postbelliche, soprattutto per quanto riguarda la sua disponibilità a prendere in considerazione opzioni militari. Nell'Europa dell'Est e nel Mediterraneo, l'Italia non può più permettersi di mantenere un basso profilo; il rischio di affrontare un conflitto regionale senza necessariamente ricevere il sostegno automatico dei suoi alleati ha costretto Roma ad uscire dal suo rifugio. L'obiettivo principale della politica è stato quindi quello di evitare l'isolamento all'interno della regione. L'Italia ha mantenuto la sua tradizionale

diplomazia multilaterale proponendo di rafforzare le organizzazioni istituzionali in grado di contenere l'instabilità regionale. Allo stesso tempo ha cercato di migliorare la propria partecipazione alle attività di queste organizzazioni per promuovere gli interessi italiani e rafforzare la propria posizione istituzionale. (Andreatta, 2001, p. 55)

Questi Stati dimostrano di mantenere una cultura strettamente legata ai meccanismi di sicurezza collettiva ed è in questo senso che va valutata la loro posizione come “medie potenze”. Come la Cina, essi hanno certamente cercato di influenzare l'agenda internazionale, ma più che altro sotto l'egida incondizionata e devota alle soluzioni multilaterali, concordate nel contesto delle Nazioni Unite e, soprattutto, del suo Consiglio di Sicurezza. Come espressione particolarmente esplicita di questa condizione, è necessario notare che il culto del multilateralismo, che come detto è un tratto tipico delle medie potenze, si manifesta nel fatto che anche nei casi in cui gli Stati latinoamericani e l'Italia cercano di assicurarsi vantaggi o benefici di natura essenzialmente personale, che si ottengono esclusivamente nei confronti di Stati terzi, tale linea d'azione viene inquadrata e costituita sulla base di una prassi e di una retorica di natura inequivocabilmente multilaterale. In effetti, il fermo sostegno del Brasile alle missioni di pace delle Nazioni Unite (Pepe y Mathias, 2005, p. 57) dovrebbe essere interpretato in questo senso: la maggiore esposizione internazionale e il rilievo che il Brasile ha ottenuto grazie alla sua partecipazione nelle missioni di pace dell'ONU consentono allo Stato carioca di migliorare il proprio profilo come contendente per un seggio nel Consiglio di Sicurezza, altra motivazione che ha storicamente spinto gli Stati membri a partecipare in tali operazioni. In questo senso, la promozione da parte del Brasile di queste operazioni come manifestazione di un'etica o di un'ideologia multilaterale è in realtà, per lo meno potenzialmente, uno strumento a favore di questa rivendicazione storica del gigante sudamericano, che in passato non è riuscito a raggiungere attraverso negoziati bilaterali. Si pensi, ad esempio, a quando nel 2009 l'amministrazione Obama si impegnò con il governo di Lula a promuovere una riforma all'interno del Consiglio di Sicurezza per favorire gli interessi di Rio (Lourenção, 2017, pp. 15-28), ad oggi possiamo dire che non sono stati fatti cambi significativi verso quest'idea. D'altra parte, la rivendicazione del Brasile di un seggio

nel Consiglio di Sicurezza implica una pretesa inequivocabilmente avversa rispetto a quelle che altri Stati della regione potrebbero rivendicare, come per esempio l'Argentina stessa, per cui appellarsi a una dialettica multilaterale per raggiungere eventualmente tale fine, data la natura degli interessi in gioco, sembrerebbe non solo l'opzione più conveniente, ma anche l'unica ragionevolmente fattibile. Anche l'Italia ha dimostrato avere delle pretese simili, si pensi alla proposta di riforma del Consiglio di Sicurezza, attraverso la quale si proponeva di riservare a rotazione un terzo dei seggi a quegli Stati membri considerati potenze a livello regionale, con l'obiettivo di garantire all'Italia e ad altre potenze che contribuiscono alle missioni di pace ONU una opportunità di sedersi in tale consesso e far ascoltare la loro voce. (Andreatta, 2001, p. 56)

Velázquez Sotomayor, analizzando il caso Argentino, identifica tre fasi distinte attraverso cui si sarebbe sviluppato l'impegno dello Stato latinoamericano nelle operazioni di pace ONU, certamente influenzate dalla situazione interna del paese e da esigenze diplomatiche. Dopo una prima fase di grande compromesso, che è quella degli anni 1991-1996, in seguito alla crisi economica manifestatasi a partire dal 1998, durante l'amministrazione Menem, l'Argentina dovette ridurre significativamente la partecipazione a tali operazioni, a causa dei costi legati all'invio delle truppe ed al loro mantenimento. L'ultima fase identificata dall'autore iniziò nel 2004 con la partecipazione dello Stato argentino alla Missione ONU ad Haiti in cui l'allora Presidente Nestor Kirchner prese la decisione di inviare un ampio contingente (il secondo dopo quello brasiliano) in supporto dell'operazione spinto dalla volontà di rafforzare la cooperazione militare nella regione, evitare che il Brasile potesse acquisire maggiore rilevanza politica e migliorare le relazioni con l'amministrazione Bush (Sotomayor Velázquez, 2010, pp. 178-184). Anche nel caso Brasiliano possiamo identificare tre fasi distinte. La prima che vide un incremento della partecipazione dello Stato carioca nelle missioni di pace ONU durante i primi anni degli anni '90, in modo parallelo a ciò che passò in Argentina, anche la crisi economica Brasiliana del 1998 ebbe forti ripercussioni sull'invio del contingente brasiliano, che fu consistentemente ridotto. L'ultima fase ebbe inizio nel 2004, quando il presidente Lula decise di inviare un copioso contingente nella missione ONU ad Haiti, con l'obiettivo, come menzionato, di aspirare ad un seggio permanente al Consiglio di Si-

curezza ONU (Sotomayor Velázquez, 2010, pp. 184-190). Rispetto al caso Italiano, lo Stato ha incrementato la partecipazione alle missioni di pace ONU dopo la guerra fredda; è passata così da un basso profilo nei decenni successivi al secondo conflitto mondiale, mantenuto anche durante la Guerra Fredda, epoca in cui la sua partecipazione alla difesa collettiva era principalmente basata “sulla sua rendita geopolitica derivante dalla sua posizione geografica e l’aver concesso in uso agli Stati Uniti basi ed infrastrutture militari situate sul territorio italiano” (Coralluzzo, 2012, p. 2). Negli anni Ottanta iniziò a dimostrare una maggiore proattività partecipando a missioni come quella in Libano per accrescere la sua rilevanza euro-atlantica. All’inizio degli anni novanta si arrivò ad un cambio radicale con la partecipazione attiva nei Balcani ed in Africa.

Ad ogni modo, il ricorso al multilateralismo non va inteso in modo dogmatico o ortodosso. Sebbene la dottrina sia coerente con il fatto che nella maggior parte dei casi le medie potenze decidano di condividere principi come il divieto dell’uso della forza, ciò non significa che, in alcuni casi, tali Stati possano prendere le distanze da tale *logos* in virtù di considerazioni tipiche delle tesi realiste, più che altruistiche (Griffiths, 2011). In effetti, sia il Brasile che l’Argentina erano membri non permanenti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite all’epoca dell’operazione NATO in Kosovo. In tale contesto, questi Stati, insieme a tutti gli Stati “occidentali”, tra cui l’Italia, hanno condannato la bozza di risoluzione presentata da Russia, Bielorussia e India (Dal, 2018, p. 27), che ripudiava l’uso della forza al di fuori del Consiglio di Sicurezza in una simile occasione.

È quindi evidente che l’adesione degli Stati in esame al multilateralismo non obbedisca a una logica deterministica: al contrario, può dipendere, in alcuni casi specifici, da condizioni legate alle relazioni diplomatiche ed a quelle di potere. A questo punto ci sembra necessario ribadire le parole di Dal, secondo il quale «le medie potenze non sono, ovviamente, attori indipendenti e idealizzati che agiscono al di fuori del complesso avvicinarsi degli eventi nell’ambiente internazionale» (Dal, 2018, p. 27). In sostanza, le missioni di pace dell’ONU, in quanto nicchia del sistema multilaterale di sicurezza collettiva (Dal, 2018), sono uno strumento che permette agli Stati identificati come medie potenze di esprimere la loro adesione a “determinate regole di condotta che possono essere accettate da tutti gli attori internazionali”

(Cox, 1989, p. 834) nella misura in cui esse sono utili a garantire la stabilità degli Stati e delle regioni più svantaggiate.

In questo senso, si potrebbe sostenere che il modo in cui i suddetti Stati intendano e progettino le missioni di pace come prerequisito per il loro inserimento internazionale non può che essere quello tipico delle medie potenze. Si dà il caso che, a prescindere dagli interessi specifici che le diverse amministrazioni di questi Stati avrebbero voluto perseguire, la stessa tradizione giuridica delle regioni, così come le strategie che questi Stati hanno abitualmente elaborato ai fini del suddetto inserimento, si limitano a replicare l'*ethos* delle medie potenze cui ha accennato Cox. È peraltro certo che questo *modus operandi* implica l'adesione a principi già menzionati come l'uguaglianza sovrana di tutti gli Stati, il non intervento negli affari interni, il diritto all'autodeterminazione di ciascuno Stato, la risoluzione pacifica delle controversie e il rispetto del diritto internazionale. (Cançado Trindade, 2003)

Tuttavia, si potrebbe suggerire che il caso della Cina sia dissimile: la RPC è sostanzialmente più forte in termini economici, militari e, chiaramente, geopolitici tanto del Brasile che, naturalmente, dell'Argentina e dell'Italia. Tuttavia il corso della storia della promozione delle missioni di pace da parte della RPC è stato anche funzionale alla percezione della necessità di adottare una strategia politica di inserimento internazionale di basso profilo. Nel caso della Cina, come si è detto, il suo sostegno alle missioni di pace è emerso come un mezzo per neutralizzare qualsiasi scontro potenziale con la potenza egemone dell'epoca, ovvero gli Stati Uniti. Impedire l'insorgere di qualsiasi tipo di conflitto avrebbe lo scopo ultimo di consentire che "la Cina si concentri sui suoi interessi immediati, evitando di rimanere invischiata in questioni globali controverse" (Zhao, 2012, p. 193). Questa politica è stata una costante nella storia delle relazioni internazionali dello Stato orientale e anche a ridosso del 2009, quando la Cina non poteva certo più essere considerata una "media potenza" a causa del suo sviluppo economico e geopolitico, l'allora presidente Hu "insisteva sul fatto che la Cina dovesse ancora aderire alla massima delineata da Deng Xiaoping di "mantenere un basso profilo" o di "aspettare il suo tempo" (taoguangyanghui)" (Lam, 2015). Alla luce di queste considerazioni, quindi, occorre esaminare il sostegno e la promozione da parte della RPC delle missioni di pace ONU: se da un lato queste missioni fanno leva sulla posizione della RPC come attore internazionale nel sistema multi-

laterale, dall'altro tale approccio è visto dalle élite dirigenti come suscettibile di limitare la possibilità di scontri con Stati terzi. Si potrebbe, quindi, affermare che tale strategia potrebbe essere considerata ragionevole agli albori del sostegno da parte della Cina alle missioni di pace delle Nazioni Unite. Tuttavia, proseguendo in questo ragionamento, una simile euristica diventerebbe ora irragionevole in quanto implausibile: la RPC ha beneficiato di un boom economico, militare e geopolitico senza precedenti e comprendere un simile scenario da una posizione storicamente quietista, come quella di una media potenza, sarebbe certamente un esercizio speculativo improduttivo.

In questo senso, e solo in termini di dinamiche delle missioni di pace, si potrebbe sostenere che, presumibilmente, una prima indicazione del cambio di paradigma potrebbe essere spiegata dalla decisione di Pechino, presa intorno alla metà del 2013, di inviare un distaccamento militare di fanteria alla Missione Multidimensionale Integrata di Stabilizzazione delle Nazioni Unite in Mali (MINUSMA). La plausibilità che un simile invio rappresenti un cambiamento di paradigma sarebbe evidente nel fatto che lo stesso ministro degli Esteri cinese, Wang Yi, avrebbe ammesso ufficialmente che un simile atto avrebbe rappresentato un cambiamento nella politica estera di Pechino. Sebbene sia da notare che, all'epoca, lo stesso governo cinese avrebbe affermato che tale dispiegamento militare non avrebbe dovuto rappresentare un cambiamento copernicano nella politica estera dello Stato, in quanto i principi di non intervento e di rifiuto dell'uso della forza militare come mezzo di risoluzione dei conflitti sarebbero rimasti in vigore, lo stesso ministro degli Esteri Wang avrebbe infine ammesso che tale decisione si spiegherebbe con il fatto che la Cina avrebbe riconosciuto la necessità di proteggere i propri interessi sia regionali che globali (Neethling, 2015, p. 20). Un ulteriore lavoro sulla questione dovrà valutare se tale dispiegamento di truppe sia in realtà una conferma del possibile cambiamento di paradigma di cui sopra.

V. Conclusioni

Certamente, per Argentina, Brasile, Italia e Cina si configurerebbe come un sogno quantomeno chimerico poter modificare o rivedere l'insieme delle strutture politico-economiche su cui poggia l'universalità della dinami-

ca delle relazioni internazionali. Modelli come quello del “soft balancing”, con cui il Brasile ha messo in discussione in passato alcune norme e presupposti di tale struttura (come ad esempio le sanzioni promosse dagli Stati Uniti contro l’Iran), trovano dei limiti nel fatto stesso di essere concepite come strumento di politica estera: opporsi ad una certa iniziativa o programma politico della potenza egemone senza che ciò implichi un’inversione di rotta radicale, o addirittura controversa, rispetto a quest’ultimo. L’idea su cui si regge il mantenere un “basso profilo” nella gestione delle relazioni internazionali proprio della RPC risponde, in ultima analisi, allo stesso scopo: quello di garantire una fetta di potere ragionevolmente ampia da poter promuovere gli interessi nazionali, senza dover essere soggetti a riluttanza o sospetto da parte di Stati terzi percepiti come più potenti. In questo caso gli interessi nazionali da promuovere sarebbero principalmente quelli legati allo sviluppo economico.

Seguendo questo ragionamento, la strategia e la concezione cinese delle missioni di pace dell’ONU, come inferenza ed esternalizzazione del suo progetto di inserimento internazionale multilaterale, costituirebbe un paradigma certamente inevitabile per Stati come l’Argentina, il Brasile e l’Italia nel momento in cui si pensa a come promuovere valori come la cooperazione internazionale e, fondamentalmente, la concomitanza di una distribuzione del potere più orizzontale rispetto al passato. In questo senso, approcci che contribuiscano al consolidamento e alla pubblicizzazione di tale multilateralismo, come la cosiddetta “trasparenza militare” (Kuik, 2005), in virtù della quale la Cina renderebbe note le sue reali capacità militari attraverso le suddette missioni di pace, sarebbero certamente ben accolti dagli altri Stati (Segura Serrano, 2007). Nella stessa ottica, la tesi di Kuik è rilevante anche per spiegare la crescente ricettività della Cina, a partire dagli anni Novanta, nei confronti di forum regionali come l’ASEAN (Juik, 2005), una disposizione che, in quanto tale, sarebbe stata adottata anche da Argentina e Brasile (si pensi, ad esempio, alla firma del Trattato di Asunción nel 1991, strumento fondante del Mercosur). L’esperienza storica del forum dell’ASEAN non è, di fatto, irrilevante: come Odgaard ha notoriamente sostenuto alcuni anni fa, il forum non solo avrebbe promosso la cooperazione pratica e tecnica tra gli Stati, ma anche, in una regione con partner politici dagli interessi complessi e potenzialmente contraddittori, la cooperazione e il dibattito di fronte

a possibili differenze politiche ed eventualmente militari. Una simile prassi porterebbe gli Stati membri della regione a non perseguire i propri interessi nazionali a scapito della stabilità e della pace della regione (Odgaard, 2001). In questo senso, la nascita e il consolidamento del Mercosur possono essere studiati solo alla luce di questo sviluppo storico. Infatti, al di là degli interessi commerciali degli Stati della regione, tale schema di integrazione sarebbe nato per promuovere, fondamentalmente tra Argentina e Brasile, la cosiddetta “fiducia nella sicurezza” (Lavagna, 1999) tra i due Stati che, avendo combattuto una guerra aperta nel XIX secolo, da allora erano rimasti sospettosi e diffidenti delle reciproche capacità militari. In breve, il modello ASEAN non sarebbe dissimile da quello del MERCOSUR, nella misura in cui quest’ultimo, almeno nel caso di Argentina e Brasile, “[...] mirava a eliminare definitivamente la diffidenza e il sospetto che le relazioni diplomatiche tra Argentina e Brasile avevano cercato di evitare quasi fin dall’inizio della loro esistenza come Stati indipendenti” (Catañeda y Villarreal, 2019, p. 20). È evidente che sia il Brasile, sia l’Argentina, sia l’Italia sarebbero influenzati dalla disposizione strategica cinese secondo la quale le missioni di pace non dovrebbero perseguire solo obiettivi o interessi umanitari, ma anche quelli di natura politica ed economica attraverso la difesa del multilateralismo, della giustizia, della pace, del multipolarismo e della ricerca dell’armonia nelle relazioni internazionali (Lee, 2011, pp. 41-43).

In questo senso, è necessario riflettere su come intendere le stesse missioni di pace alla luce delle dinamiche sostenute da Cina, Brasile, Argentina e Italia in ambito internazionale. Particolarmente importante è la figura stessa del multipolarismo, una categoria di analisi che, in quanto tale, ha permeato e spiegato, fin dalle sue origini, l’inserimento nella sfera internazionale dei menzionati Stati attraverso la promozione delle loro missioni di pace in ambito ONU (Segura Serrano, 2007). In questo modo, In questo senso, vale la pena notare che la Cina è solita appellarsi a tale dialettica multilaterale quando si tratta di promuovere il proprio inserimento internazionale. Infatti, come dice Limberg:

[...] si deve considerare che la Cina sta sviluppando interessi strategici globali e dipende quindi dal sistema internazionale. Pechino si sta concentrando principalmente sulla propria modernizzazione economica e militare, evitando conflitti

inutili e guadagnando prestigio e potere internazionale. Sebbene la Cina possa sentirsi a disagio con l'idea di un ordine mondiale dominato dagli Stati Uniti, non cercherà di trasformarlo ricorrendo all'uso della forza: un sistema internazionale stabile è la *conditio sine qua non* per garantire la sua crescita ed un maggiore status diplomatico. (2009, p. 8)

A questo proposito, è interessante considerare che, in breve, e a prescindere dalle affiliazioni politiche, economiche e/o ideologiche di ciascuno degli Stati esaminati in questo lavoro, tutti questi Stati hanno aderito al multilateralismo come premessa per regolare lo sviluppo delle loro relazioni internazionali. Infatti, nel settembre 2004, lo stesso ex presidente argentino Kirchner, davanti all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, ha dichiarato che:

[...] non esiste un'alternativa accettabile all'azione multilaterale. Solo il dibattito collettivo e il consenso della maggioranza degli Stati possono garantire un'azione autentica. L'unica legittimità per l'uso della forza deve provenire dalle decisioni del Consiglio di Sicurezza. (Simonoff, 2009, p. 76)

Questa tesi sarebbe stata ribadita sia dal Brasile, che nel suo Libro Bianco del 2013 sosterebbe che la sua strategia di integrazione globale politica e militare (omnicomprensiva delle stesse missioni di pace) “non deve creare più instabilità di quanta ne cerchi di evitare o limitare”, sia dall'Italia, Stato che, nell'ambito della stessa Unione europea, sottoscriverebbe tali valori affermando, attraverso il vicepresidente della Commissione europea Josep Borrell, che “il multilateralismo è importante perché funziona [tutti gli Stati dell'UE sono obbligati a] dimostrare il beneficio e la rilevanza del sistema multilaterale” (Simidzioski, 2022, p. 74).

In un certo senso, la ragion d'essere delle missioni di pace delle Nazioni Unite riflette non solo la promozione del multilateralismo da parte degli Stati che si impegnano a promuoverlo nella conduzione delle loro relazioni internazionali, ma anche le capacità o le condizioni di possibilità di tali Stati nel promuovere tali valori. In effetti, secondo le parole dell'ambasciatore indonesiano all'ONU in un dibattito del Consiglio di Sicurezza nel 2016, “la responsabilità dovrebbe essere condivisa attribuendo alle potenze emergenti

responsabilità commisurate alle rispettive capacità e competenze per contribuire alla pace regionale e globale” (United Nations, 2016).

In questo senso, la suddetta responsabilità, intesa nella prospettiva del multilateralismo, non dovrebbe essere concepita solo come un obbligo di ciascuno Stato nei confronti della stessa comunità internazionale, ma anche, indicativamente, nei confronti di sé stesso. Infatti, le missioni di pace del sistema ONU hanno permesso ad Argentina, Brasile, Italia e Cina non solo di definire più chiaramente la propria identità internazionale, ma anche la propria identità nazionale. Ciò è stato particolarmente vantaggioso per la Cina, che ha potuto evitare che il suo sistema politico e la sua retorica nei confronti di Stati terzi (in particolare Taiwan) la allontanassero dal proprio obiettivo di essere considerata un attore internazionale responsabile⁶. Le missioni di pace, quindi, in quanto inferenza o rifrazione del sistema multilaterale, consentono “[...] agli attori di prendere decisioni razionali su come costruire le proprie identità [poiché queste] appaiono naturali ai membri del gruppo, anche quando gli individui si impegnano in progetti di costruzione dell’identità” al di fuori di esse.⁷

Pur essendovi, quindi, dei limiti materiali, certamente difficili da superare o evitare per quegli Stati con pretese geopolitiche diverse da quelle che potrebbero essere loro conferite dalla potenza egemone del momento, le missioni di pace delle Nazioni Unite, come strumento di politica multilaterale, consentono a tali Stati, sulla base di un rigoroso rispetto e l’osservanza dei principi del Diritto Internazionale Pubblico, di porre le basi per un riconoscimento storicamente inevitabile del loro ruolo nell’arena internazionale, che rimane comunque associato ad una retorica multilaterale e strutturato sui pilastri dell’acquiescenza e del consenso.

⁶ Kalathil, Shanthi, *China’s soft power in the information age: Think again*, Institute For the Study of Diplomacy, ISD Working Papers in New Diplomacy, 2011, p. 8.

⁷ Finnemore, Martha, Sikkink, Kathryn, Taking stock: the constructivist research program in international relations and comparative politics, in *Annual review of political science*, 4(1), 2001, p. 414.

VI. Bibliografía

- Aguilar Cavallo, G. (2006). El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público. *Ius et Praxis*, 12(1), 117-154. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100006>
- Amorim, C. (2010). Brazilian foreign policy under President Lula (2003-2010): an Overview. *Revista brasileira de política internacional*, 53, 214-240. <https://doi.org/10.1590/S0034-73292010000300013>
- Andreatta, F. (2001). Italy at a Crossroads: The Foreign Policy of a Medium Power after the End of Bipolarity. *Daedalus*, 130(2), 2001, 45-65. <http://www.jstor.org/stable/20027696>
- Arredondo, R. (2015). Responsibility to Protect: An Argentine Perspective. *Pensamiento Próprio*, (41), 67-94.
- Botero, G. (2016). *Della Ragion di Stato*. Einaudi; I Millenni.
- Breau, S. (2016). *The responsibility to protect in international law: An emerging paradigm shift*. Routledge, 2016.
- Busso, A. (1994). La relación bilateral con los Estados Unidos en el gobierno de Carlos Menem. Algunas perspectivas y hechos sobresalientes. *Relaciones Internacionales*, 3(6). <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1976>
- Caminos, H. (1995). Humanitarian Intervention and the InterAmerican System. In N. Al-Nauimi y R. Meese (eds.), *International Legal Issues Arising Under the United Nations Decade Of International Law* (pp. 963-998). Martinus Nijhoff Publishers.
- Cançado Trindade, A. A. (2003), Los aportes latinoamericanos al primado del derecho sobre la fuerza”, in A.A.Cançado Trindade y F.Vidal Ramírez (Eds.), *Doctrina Latinoamericana de Derecho Internacional* (pp. 37-48). Corte Interamericana de Derechos Humanos. t. 2.
- Capie, D. H., y Evans, P. M. (2007). *The Asia-Pacific Security Lexicon*. Institute of Southeast Asian Studies.
- Castañeda Oré, P. y Villarreal, F. J. (2019). Frente al cambio de paradigma en el Mercosur: Una recapitulación de sus últimos veinte años. *Quijuka-mayoc*, 27(53), 19-24. <https://doi.org/10.15381/quipu.v27i53.15981>
- Cassese, A., 2006, *Diritto Internazionale*, Il Mulino, Bologna.

- Cavalcante, J. R. (2011). La participación de Brasil en operaciones de paz como un factor de articulación de sus políticas exterior y de defensa. *Revista Estrategia*, 3, 142-155. https://www.gub.uy/ministerio-defensa-nacional/sites/ministerio-defensa-nacional/files/2022-02/Revista_Estrategia_3_2011_pdf%20ART%20C3%8DCULO%2014%20%28142%20-155%29.pdf
- Chapnick, A. (1999). The Middle Power. *Canadian Foreign Policy Journal*, 7(2), 73-82. <https://doi.org/10.1080/11926422.1999.9673212>
- Conforti, B. (2005). *Le Nazioni Unite*. CEDAM.
- Cooper, A. F., y Jongryn, M. (2013). The Middle 7 Initiative. In Mo J. e Jongryn M. (ed.), *Middle powers and G20 governance*, Palgrave Macmillan, 104-122.
- Coralluzzo, V. (2012). Le missioni Italiane all'estero: problemi e prospettive, *Istituto per gli Studi di Politica Internazionale*, 136. <https://iris.unito.it/retrieve/e27ce429-255c-2581-e053-d805fe0acbaa/Lc%20missioni%20italiane%20all%27estero%20-%20Pdf%20editoriale.pdf>
- Cousins, B. et al. (2018). BRICS, middle-income countries (MICs), and global agrarian transformations: internal dynamics, regional trends, and international implications. *Globalizations*, 15(1), 1-11, <https://doi.org/10.1080/14747731.2018.1429104>
- Cox, R. W. (1989). Middlepowermanship, Japan, and Future World Order. *International Journal: Canada Journal of Global policy Analysis*, 4(44), 823-862. <https://doi.org/10.1177/002070208904400405>
- Dal, E. P. (2018). Profiling Middle Powers in Global Governance and the Turkish Case: An Introduction. In E. P. Dal (ed.), *Middle Powers in Global Governance*, 1-31.
- Daza Izquierdo, J. (2015). Crecimiento y rentabilidad en el mercado emergente brasileño. In *Cuadernos de Gestión*, 15(2), 91-112.
- Efstathopoulos, C. (2015). *Middle powers in world trade diplomacy: India, South Africa and the Doha development agenda*. Springer Nature.
- Escudé, C. (2012). *Principios de realismo periférico. Una teoría argentina y su vigencia ante el ascenso de China*. Lumiere.
- Finnemore, M., y Sikkink, K. (2001). Taking stock: the constructivist research program in international relations and comparative politics. *Annual review of political science*, 4(1), 391-416.

- Ford, C. A. (2010). *The mind of empire: China's history and modern foreign relations*. University Press of Kentucky.
- Gill, B., y Huang, C.-H. (2013). The People's Republic of China. In A. Belamy e P. Williams (ed.). *Providing peacekeepers: The politics, challenges, and future of United Nations peacekeeping contributions* (pp. 139-157). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199672820.003.0007>
- Gilley, B., O'Neil, A. (Ed.) (2014). *Middle Powers and the Rise of China*. Georgetown University Press.
- Griffiths, M. (2011). *Rethinking international relations theory*. Macmillan International Higher Education.
- Groom, A. J. R. (2004). UN peacekeeping: from Hammarskjöld to Brahimi and beyond. *Studia Diplomatica*, 57(1), 2004, 149-58. <http://www.jstor.org/stable/44838388>
- Guo, S. (2014). The Peacekeeping Decision-Making Process and the Modality of Financing in China. In A. de Guttery, E. Sommaro e L. Zhu (ed.), *China's and Italy's Participation in Peacekeeping Operations: Existing Models, Emerging Challenges* (pp. 93-115), Lexington Books.
- Jingzh, L. y Ping, P. (2014). *Reconstructing China: The Peaceful Development, Economic Growth, and International Role of an Emerging Superpower*. McGraw Hill.
- Kalathil, S. (2011). *China's soft power in the information age: Think again*. Institute For the Study of Diplomacy, ISD Working Papers in New Diplomacy.
- Kim, Samuel S. (1995). China's International Organizational Behavior. In T. Robinson y D. Shambaugh, *Chinese Foreign Policy: Theory and Practice*. Oxford University Press. 401-434.
- Kuik, Ch. (2005). Multilateralism in China's ASEAN policy: Its evolution, characteristics, and aspiration. *Contemporary Southeast Asia: A Journal of International and Strategic Affairs*, 27(1), 102-122.
- Lam, W. W. L. (2015). *Chinese politics in the era of Xi Jinping: Renaissance, reform, or retrogression*. Routledge.
- Lavagna, R. (1999). *Sin el Mercosur seríamos más pobres*. Clarín.
- Lee, Y. (2011). Obstáculos y desafíos al surgimiento del soft power de China en América Latina. In Yun Lee y Hong Wu (Comps.). *Chile y China, Cuarenta años de Política Exterior*. RIL Editores.
- Límberg, C. (2009). *Las relaciones políticas y económicas entre China y Perú 1998-2008*. PLADES.

- Livingston, G. (2013). *America's backyard: the United States and Latin America from the Monroe Doctrine to the War on Terror*. Zed Books.
- Lourenção, H. J. (2017). Recent agreements between Brazil and the United States on defence and security. In M. F. F. Ricco, *Culture and Defence in Brazil: An Inside Look at Brazil's Aerospace Strategies* (pp.15-28). Routledge.
- Martínez Aldana, C. (2006). *Negocios internacionales. Estrategias globales*. Universidad Santo Tomás.
- Mateja, P. (2015). Between Doctrine and Practice: The UN Peacekeeping Dilemma. *Global Governance*, 21(3), pp. 351-70. <http://www.jstor.org/stable/24526252>
- Ministerio de Defensa de Brasil (2012). *Estrategia Nacional de Defensa*. Gobierno Federal de Brasil.
- Neethling, T. (2015). China's International Peacekeeping Contributions: Towards the End of China's Non-Intervention Policy. *Strategic Review for Southern Africa*, 37(2), 7-28.
- Odgaard, L. (2001). Deterrence and co-operation in the South China Sea. *Contemporary Southeast Asia*, 292-306.
- OEA (1983). *Informe de la decimocuarta reunión ordinaria de la Junta Interamericana de Agricultura*. Oficina Central de la Dirección General del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura.
- Pepe, L. L., y Mathias, S. K. (2005). Operaciones de paz de las Naciones Unidas: la perspectiva brasileña. *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, 19(1), 57-71.
- Robertson, J. (2017). Middle-power definitions: confusion reigns supreme. *Australian Journal of International Affairs*, 71(4), 2017, 355-370. <https://doi.org/10.1080/10357718.2017.1293608>
- Ruiz Aycardi, P., y Fiorentino, M. R. (Eds.) (2018). *Globalización y Región: Transformaciones en la sociedad, política y economía latinoamericanas*. Editorial Universidad del Norte. <https://doi.org/10.2307/j.ctv513df7>
- Sandler, T. (2017). International Peacekeeping Operations: Burden Sharing and Effectiveness. *Journal of Conflict Resolution*, 61(9), 1875-1897. <https://doi.org/10.1177/0022002717708601>
- Salgado Espinoza, R. (2016). Responsibility to Protect as a Norm under Construction: The Divergent Views from the South. *Lasa Forum*, 47(2), 2016, 21-25.

- Sarjoun Athambawa, Y. M. A. (2019). The United Nations Peacekeeping Operations and Challenges. *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 8(3), 202-211, [10.36941/ajis-2019-0018](https://doi.org/10.36941/ajis-2019-0018)
- Santoro, C. M. (1992). *La Política Externa de una media potencia: l'Italia dall'Unità ad oggi*. Il Mulino.
- Segura Serrano, A. (2007). *El derecho internacional humanitario y las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas*. Plaza Valdes.
- Simidzioski, E. (2022). *Friends, Enemies, or Frenemies?: The European Union & Trump: Transatlantic Relations in Tough Times*. Tesis de Grado. Universidad de Leiden. <https://studenttheses.universiteitleiden.nl/access/item%3A3310983/view>
- Simonoff, A. (2009). La política exterior argentina durante la guerra fría: Interpretaciones y debates. In *Actas. UNLP. FAHCE, Departamento de Historia*. https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.722/ev.722.pdf
- Sotomayor Velázquez, A. C. (2013). Democratization and commitment to peace: South America's motivations to contribute to peace operations. In K. M. Kenkel, *South America and peace operations: coming of age*, Routledge, 45-63.
- Sotomayor Velázquez, A. C. (2010). Why Some States Participate in UN Peace Missions While Others Do Not: An Analysis of Civil-Military Relations and Its Effects on Latin America's Contributions to Peacekeeping Operations. *Security Studies*, 19(1). 160-195, <https://doi.org/10.1080/09636410903546822>
- Sun, J. (2015). The Construction of Uncertainty and Threat: Theoretical Debates on China's Rise. In V. K. Aggarwal e S. A. Newland, *Responding to China's Rise. In US and EU Strategies* (77-97), Springer Verlag.
- Tamburini, F. (2002). Historia y destino de la «doctrina Calvo»: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 24, 81-101.
- Tickner, A. B. (2016). Rising Brazil and South America. Foreign Policy. In S. Smith, A. Hadfield e T. Dunne, *Foreign policy: theories, actors, cases* (pp. 367-383). Oxford University Press.
- United Nations (1945). *Charter of the United Nations*.
- United Nations (2016). *Speakers in Security Council Urge Balance Between UN Role in State Sovereignty, Human Rights Protection, but Differ Over Interpretation of Charter*

- Principles*. Security Council Meeting: <https://www.un.org/press/en/2016/sc12241.doc.htm>
- UNSC, Draft Resolution S/1999/328, (1999, marzo 26). <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/kos%20S%201999%20328.pdf>
- Vigevani, T. y Cepaluni, G. (2007). A política externa de Lula da Silva: a estratégia da autonomia pela diversificação. *Contexto internacional*, 29, 273-335.
- Vitelli, M. La identidad estratégica de Brasil: política de defensa para un jugador global. *Colombia Internacional*, (85), 141-169.
- Waltz, K. (1986). Reflections of Theory of International Politics: A response to My Critics. In R. Keohane (Ed.), *Neorealism and Its Critics* (pp. 322-345), Columbia University Press.
- Wang, J. (1999). Managing Conflict: Chinese Perspectives on Multilateral Diplomacy and Collective Security. In D. Yong y W. Fei-ling (Eds.), *The Eyes of the Dragon: China Views the World* (pp. 73-96), Rowman and Littlefield.
- Wang, B. Y. (2013). *The Dragon brings peace? Why China became a major contributor to United Nations peacekeeping*. Stimson Center Spotlight. <https://www.stimson.org/2013/dragon-brings-peace-why-china-became-major-contributor-united-nations-peacekeeping-0/>
- Zagoria, D. S. (1974). Mao's Role in the Sino-Soviet Conflict. *Pacific Affairs*, 47(2), 139-153.
- Zhang, Y. (1998). *China in international society since 1949: Alienation and beyond*. Springer.
- Zhao, S. (2012). China's foreign policy as a rising power in the early twenty-first century: the struggle between taoguangyanghui and assertiveness. In Hongyi Lai and Yiyi Lu (Eds.), *China's soft power and international relations* (pp. 191-211). Routledge.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Villarreal, Julio Francisco, y Maietti, Flaminia, “La promoción de las misiones de paz de las Naciones Unidas como modelo de política exterior: un confronto entre la estrategia de la República Popular China y la de Argentina, Brasil e Italia sobre la base de los principios del Derecho Internacional Público”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 171, 2024, pp. 311-347. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19351>

APA

Villarreal, J. F., y Maietti, F. (2024). La promoción de las misiones de paz de las Naciones Unidas como modelo de política exterior: un confronto entre la estrategia de la República Popular China y la de Argentina, Brasil e Italia sobre la base de los principios del Derecho Internacional Público. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(171), 311-347. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.171.19351>