



BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 157

Nueva Serie Año LII Número 157 Enero-Abril 2020

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar

Secretaria académica

Dra. Issa Luna Pla

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy V. Rocha Cacho

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año LII, número 157, enero-abril de 2020, 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. Editora responsable: Ma Carmen Macías Vázquez. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2002-060413380600-102. ISSN versión electrónica: 2448-4873; ISSN versión impresa: 0041-8633. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Cuidado de la edición y formación en computadora: Isidro Saucedo

Asistentes de la revista: Andrés Urbano Velázquez, Sandra Karen Caballero Hinojosa y María Cristina Pérez Venegas

Apoyo editorial: Gilda Bautista Ravelo

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Directora

Ma Carmen Macías Vázquez

Coordinación editorial

Raúl Márquez Romero

Wendy V. Rocha Cacho

Consejo Editorial

Francisco Balaguer (España); Enrique Calvo Nicolau (México); León Cortiñas Peláez (México); José Ramón Cossío (México); Mariano-Florentino Cuéllar (EUA); Héctor Fix-Zamudio (México); Lawrence Friedman (EUA); Eduardo García de Enterría (España); Carmen García Mendieta (Uruguay); Sergio García Ramírez (México); Volkmar Gessner (Alemania); Patrick Glenn (Canadá); Juan Luis González Alcántara (México); Jesús González Pérez (España); Roberto Ibáñez Mariel (México); Olga Islas de González Mariscal (México); Jean-Claude Javillier (Francia); Rahmatullah Kahn (India); Boris Kozolchik (EUA); Donald MacRae (Canadá); Jorge Madrazo (México); John H. Merryman (EUA); Loreta Ortiz (México); Rogelio Pérez Perdomo (Venezuela); Javier Quijano (México); Jean-Michel Servais (Bélgica); Fernando Serrano Migallón (México); José Luis Siqueiros (México); José Luis Soberanes Fernández (México); José Juan Toharia (España); Gerald Torres (EUA); Diego Valadés (México); Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (México); Stephen Zamora (EUA).

Comité Editorial

Jorge Adame (IIJ-UNAM); Mercedes Albornoz (CIDE); César Iván Astudillo Reyes (IIJ-UNAM); Manuel Becerra (IIJ-UNAM); Leticia Bonifaz (Facultad de Derecho, UNAM); Ingrid Brena Sesma (IIJ-UNAM); José Antonio Caballero Juárez (CIDE); Enrique Cáceres (IIJ-UNAM); Miguel Carbonell (IIJ-UNAM); Alejandro Cárdenas Camacho (FES Acatlán); René Caso Luengo (Facultad de Derecho, UNAM); Gabriel Cavazos (Tecnológico de Monterrey); Kristyan Complak (Polonia); Francisco Contreras Vaca (Universidad Panamericana); Óscar Cruz Barney

(IIJ-UNAM); Juan Antonio Cruz Parceros (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM); Jorge Fernández Ruiz (IIJ-UNAM); Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (IIJ-UNAM); Imer Flores (IIJ-UNAM); Sandy Gaines (Universidad de Nuevo México); David Ganz (Universidad de Arizona); Leticia García Villaluenga (Universidad Complutense de Madrid); Ma. del Refugio González (IIJ-UNAM); Rodrigo Gutiérrez Rivas (IIJ-UNAM); Alfonso Herrera García (SCJN); Carla Huerta Ochoa (IIJ-UNAM); Rafael Ibarra Gil (FES Acatlán); Alexei Julio Estrada (Universidad Externado de Colombia); Patricia Kurczyn (IIJ-UNAM); Sergio López-Ayllón (CIDE); José Pedro López Elías (Facultad de Derecho, UNAM); Eduardo Magallón Gómez (ITAM); María Elena Mansilla y Mejía (Facultad de Derecho, UNAM); Ricardo Méndez Silva (IIJ-UNAM); Jorge Montañez Ojeda (Facultad de Derecho, UNAM); Carlos F. Natarén Nandayapa; Ruperto Patiño Manffer (Facultad de Derecho, UNAM); Mercedes Peláez (Inacipe); María de Montserrat Pérez Contreras (IIJ-UNAM); Jonathan Pratter (Universidad de Texas, Austin); Carlos Reynoso (UAM); Gabriela Ríos Granados (IIJ-UNAM); Andrés Rodríguez Benot (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla); Víctor Manuel Rojas Amandi (Universidad Iberoamericana); José Roldán Xopa (ITAM); Javier Saldaña (IIJ-UNAM); Alfredo Sánchez Castañeda (IIJ-UNAM); Miguel Sarre (ITAM); José María Serna de la Garza (IIJ-UNAM); Eduardo Torres Espinoza (FES Acatlán); Luis Daniel Vázquez Valencia (IIJ-UNAM); Gustavo Vega (El Colegio de México); Hernany Veytia Palomino (Universidad Panamericana); Jorge Witker (IIJ-UNAM).

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

Primera edición: 18 de noviembre de 2020

2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN versión electrónica: 2448-4873

El *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* se encuentra registrado en los siguientes índices, directorios y bases de datos nacionales e internacionales:

Bibliography of Asian Studies (Online Edition)
CSA Political Science & Government (Cambridge Scientific Abstracts)
Human Rights Internet Reporter
Index to Foreign Legal Periodicals
International Political Sciences Abstracts
Latindex: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Marine Affairs Bibliography
Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes (MIAR)
Periodicals Index Online
Russian Academy of Sciences Bibliographies
Scientific Electronic Library Online (SciELO México)
SCOPUS
Scielo Citation Index (SCI)
Dialnet
Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN)
Clasificación Integrada de Revistas Científicas (CIRC)
Web of Science (WOS)

CONTENIDO

ARTÍCULOS

Humberto CANTÚ
RIVERA

El papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en el ámbito de la responsabilidad empresarial 13

The Role of National Human Rights Institutions in the Field of Business and Human Rights

Rosa Verónica ESPARZA
PÉREZ

Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano 47

Procreational Will: A Requirement for Legal Parentage in Human Assisted Reproduction in the Mexican Context

Claudio FUENTES
MAUREIRA

Cristian RIEGO
RAMÍREZ

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el debate sobre los recursos en las reformas procesales 81

The Inter-American Court of Human Rights' Jurisprudence and the Debate About the Right to Appeal in the Procedural Reform Movement

Lauren Astrid GARCÍA
MÁRQUEZ
Isidro Andrés MENDOZA
NORIEGA

Análisis del control gubernamental en las empresas productivas del Estado a raíz de la reforma energética en México de 2013. 123

Analysis of Government Control in State Productive Companies, due to the 2013 Energy Reform in Mexico

Arturo LUQUE
GONZÁLEZ
Evelyn Gabriela ARIAS

El derecho constitucional en el Ecuador: presunción de inocencia y prisión preventiva 169

Constitutional Law in Ecuador: Presumption of Innocence and Preventive Prison

José Manuel MAGAÑA
RUFINO

Protección de las marcas notorias y renombradas o famosas en la Comunidad Andina de Naciones (CAN) . . . 193

Well-Known and Famous Brands Protection in Andean Community of Nations (ACN)

Jorge Eduardo MEDINA
VILLANUEVA

Los daños punitivos en el derecho mexicano. Algunas ideas para su interpretación 221

Punitive Damages in Mexican Law. Some Ideas for its Interpretation

Joaquín ORDÓÑEZ
Enrique URIBE ARZATE

Maleabilidad del coto vedado en la participación ciudadana frente a la inseguridad pública. Los casos de México y Colombia 243

Malleability of Forbidden Limits on Citizen Participation Regarding Public Insecurity. The Cases of Mexico and Colombia

José OVALLE FAVELA

El auto de vinculación a proceso . . . 271

The Association Order

Rodolfo SALASSA BOIX

La aplicación de los métodos alternativos para la prevención y resolución de conflictos tributarios: un análisis de la normativa argentina vigente 301

The Application of the Alternative Methods for the Prevention and Resolution of tax Disputes: An Analysis of the Current Argentinean Regulation

Jaime Arturo VERDÍN
PÉREZ

Derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos. Una mirada desde la reparación integral y el cumplimiento de sentencias 333

Rights of Victims of Human Rights Violations. A Look From the Comprehensive Reparation and the Compliance of Judgments

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Andrés CALDERÓN

Adriana ASCUE

Eduardo DIBÓS

Ojos que sí ven: la regulación de la publicidad estatal: lecciones desde el Perú y el derecho comparado 355

Daniel CASTRO-ANIYAR	Intenciones y realidades: el femicidio en Ecuador y Argentina a la luz del feminismo olvidado.	385
Heidi HIDALGO		
Fernando PICO		
Manuel FONDEVILA MARÓN	Enfrentamento dos discursos de ódio na Europa e colisão entre liberdade de expressão versus discriminação a partir da sentença espanhola 235/2007 . .	411
Rossana BARROS		
Jonas Rodrigo GONÇALVES	Estudo legislativo da Resolução Normativa no. 433 da Agência Nacional de Saúde Suplementar: limites ao poder regulatório das agências reguladoras brasileiras	437
Gabriel VIDAL BRITO		

BIBLIOGRAFÍA

Germán GARCÍA GARCÍA	MERRYMAN, John Henry, <i>La tradición jurídica romano-canónica</i> , 3a. ed., trad. de Eduardo L. Suárez, traducción de nuevos textos y revisión técnica de José María Ímaz, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, 304 pp.	457
Sergio GARCÍA RAMÍREZ	LIMA MALVIDO, María de la Luz, <i>Derecho victimal</i> , México, Porrúa, 2019, 536 pp.	461
Pedro PALLARES-YABUR	CIANCIARDO, Juan y ZAMBRANO, Pilar, <i>La inteligibilidad del derecho</i> , Madrid, Marcial Pons, 2019, 166 pp.	467

ARTÍCULOS

EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL*

THE ROLE OF NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS IN THE FIELD OF BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

Humberto CANTÚ RIVERA**

RESUMEN: Un actor fundamental en la discusión sobre la responsabilidad de las empresas, en materia de derechos humanos, son las instituciones nacionales de derechos humanos. A través de distintas competencias, tienen la capacidad de contribuir al desarrollo de capacidades tanto en el sector público como en el privado, lo cual les permite participar directamente en la difusión e implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU. Aún más, en el marco de las negociaciones sobre la posibilidad de adoptar un tratado en la materia, será importante considerar el papel que dichas instituciones pueden desempeñar, a fin de colaborar activamente en la construcción de una cultura empresarial de derechos humanos.

Palabras clave: instituciones nacionales de derechos humanos, empresas y derechos humanos, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, tratado vinculante, mecanismos extrajudiciales de reparación.

ABSTRACT: *A key participant in the discussion on business and human rights are national human rights institutions. Through their different functions, they may contribute to capacity-building in the public and private sectors, thus allowing them to participate directly in the dissemination and implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Furthermore, in the context of the negotiations on a binding treaty in this field, it will be particularly important to consider the role that these institutions may play, in order to actively collaborate in the development of a corporate human rights culture.*

Keywords: *National Human Rights Institutions, Business and Human Rights, UN Guiding Principles on Business and Human Rights, Binding Treaty, Non-Judicial Access to Remedy.*

* Artículo recibido el 23 de abril de 2019 y aceptado para su publicación el 21 de abril de 2020.

** ORCID 0000-0002-2770-6252. Profesor titular de la Escuela de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey, y director ejecutivo de su Instituto de Derechos Humanos y Empresas. Doctor en derecho, Universidad Panthéon-Assas Paris II. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I. Correo electrónico: humberto.cantu.r@gmail.com.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y el papel de las instituciones nacionales de derechos humanos*. III. *Las instituciones nacionales de derechos humanos y las empresas: experiencias regionales*. IV. *Una mirada al futuro: ¿qué papel para las instituciones nacionales de derechos humanos en un eventual tratado sobre las empresas y los derechos humanos?* V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La complejidad de la relación entre Estados, empresas y derechos humanos, así como la rápida evolución de este ámbito durante la última década, ha dado lugar a retos importantes, especialmente con relación a los esfuerzos de desarrollo de la capacidad y la garantía de un acceso efectivo a los mecanismos de reparación judiciales y extrajudiciales. En este sentido, algunas entidades no estatales, como las instituciones nacionales de derechos humanos (en lo sucesivo las INDH) tienen un importante papel que desempeñar para contribuir de forma efectiva a la diseminación de parámetros o estándares internacionales, en el desarrollo de capacidad tanto a nivel interno como regional e internacional, y en la provisión (en la medida en que sus mandatos lo prevean) de mecanismos que permitan a las víctimas acceder a mecanismos de reparación efectivos por abusos a derechos humanos relacionados con empresas.

Este artículo abordará, en una primera instancia, el papel que se ha previsto que las INDH deben desempeñar por el principal estándar internacional en materia de responsabilidad empresarial, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU (en lo sucesivo los Principios Rectores), así como en los informes emitidos por el representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (en adelante el representante especial), que abordan las potenciales contribuciones y funciones de las INDH en este ámbito. Tras ello, se analizarán ejemplos de las labores desempeñadas por algunas INDH de las Américas, Asia y África, a fin de evidenciar las distintas funciones que dichos órganos (con o sin un mandato explícito para abordar casos relativos a empresas) podrían desempeñar en el marco de sus atribuciones. Finalmente, se analizará el posible papel que las INDH podrían tener en el contexto de un eventual tratado sobre empresas y derechos humanos,

que potencialmente podría beneficiarse de un papel más amplio y activo de estas entidades.

II. LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La adopción y respaldo de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 16 de junio de 2011, indudablemente representan un paso histórico hacia la rendición de cuentas empresarial por abusos cometidos en materia de derechos humanos. El enfoque tripartito de los Principios Rectores ayudó a clarificar —por lo menos de forma relativa— las expectativas de la sociedad internacional con relación a la conducta que tanto el Estado como el sector privado deben observar, a fin de proteger y respetar los derechos humanos dentro de su correspondiente jurisdicción o esferas de actividad. Ciertamente, los Estados tienen una obligación internacional jurídicamente vinculante de proteger los derechos humanos, que deriva tanto del derecho internacional consuetudinario (Decaux 2010, 473) como del derecho convencional, en particular de los instrumentos vinculantes que forman parte de la Carta Internacional de los Derechos Humanos. De manera adicional, las observaciones generales de los Órganos del Tratado de las Naciones Unidas han refinado su interpretación, señalando la existencia de una obligación estatal de protección dentro de su jurisdicción o territorio,¹ y en algunos casos incluso de forma extraterritorial.² En relación con las empresas, existe una expectativa general de la sociedad de que respetarán los derechos humanos en sus actividades y operaciones, y en la medida de

¹ Comité de Derechos Humanos. 2004. *Observación general núm. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 10.

² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2000. *Observación general núm. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, párr. 39; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2002. *Observación general núm. 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2002/1, párr. 31; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2017. *Observación general núm. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, E/C.12/GC/24.

lo posible, en sus relaciones comerciales o cadenas de suministro (Cantú Rivera 2017a; Nolan 2013, 144; *cf.* Deva 2013, 94; Bilchitz 2013, 118-123). En ambos casos, los Principios Rectores reconocen claramente la necesidad de asegurar un acceso efectivo a los mecanismos de reparación, sean éstos de naturaleza judicial, extrajudicial o no estatales, a fin de permitir a las víctimas acceder a la reparación por violaciones a derechos humanos.³

Sin embargo, durante su mandato, el representante especial identificó progresivamente en distintos informes la manera en que otros actores, como las INDH, podrían igualmente contribuir a alentar el respeto empresarial de los derechos humanos. Por ejemplo, aseveró el importante papel que las INDH deben desempeñar con relación a la supervisión general del cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos por parte de terceros,⁴ incluso por parte de las empresas. Asimismo, identificó el potencial que los mecanismos de quejas de las INDH pueden tener como posibles avenidas para garantizar el acceso a la reparación, señalando que pueden ser herramientas para exigir una rendición de cuentas efectiva a las empresas.⁵ Conforme el mandato avanzó, los diferentes matices respecto al papel de las INDH en la agenda de derechos humanos y empresas se volvieron más claros. Por ejemplo, el representante especial identificó cómo las decisiones, la tradición o la capacidad limitaban la posibilidad

³ Un proyecto sobre acceso a mecanismos de reparación por abusos a derechos humanos relacionados con empresas se encuentra en desarrollo por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a solicitud del Consejo de Derechos Humanos. El primer informe y su *adendum*, enfocados al acceso a mecanismos de reparación judicial, fue presentado al Consejo en 2016, y un segundo conjunto de informes sobre mecanismos extrajudiciales fue presentado en 2018. Para acceder al informe sobre mecanismos judiciales, véase Consejo de Derechos Humanos. 2016. *Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales: Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, A/HRC/32/19.

⁴ Consejo de Derechos Humanos. 2007. *Responsabilidades de los Estados en materia de regulación y arbitraje de las actividades empresariales con arreglo a los tratados básicos de derechos humanos de las Naciones Unidas: Panorama general de los órganos creados en virtud de tratados. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/4/35/Add.1, párr. 41.

⁵ Consejo de Derechos Humanos. 2008. *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/8/5, párr. 97.

de que las INDH consideraran casos de abusos a derechos humanos relacionados con empresas;⁶ sin embargo, también subrayó en un informe posterior la manera en que los mecanismos de queja de las INDH son importantes ejemplos sobre la forma en que los mecanismos no judiciales pueden contribuir al cumplimiento de la obligación de protección a cargo del Estado.⁷

El papel previsto por el representante especial durante su mandato con relación a las INDH incidió —aunque de forma indirecta— en los Principios Rectores (Brodie 2012, 256-258). Las funciones primarias establecidas en los Principios Rectores, con relación a Estados y empresas, se complementan con un papel secundario previsto para otros actores, especialmente las INDH, cuyo rol y funciones han sido definidos ampliamente por los Principios Relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales, también conocidos como Principios de París.⁸ Dichos Principios establecen los diferentes papeles que las INDH pueden desempeñar en un contexto nacional e internacional, y aunque no hagan referencia explícita a cuestiones relativas a abusos empresariales de derechos humanos, son suficientemente amplias como para permitir a las instituciones nacionales conocer de dichas cuestiones si así lo determinan (Brodie 2012, 253; Deva 2011, 241).⁹ En consecuencia, al hacer referencia explícita en el comentario de los Principios Rectores sobre los diferentes papeles que las INDH pueden desempeñar en el contexto de la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos, el representante especial se aseguró de

⁶ Consejo de Derechos Humanos. 2009. *La empresa y los derechos humanos: la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar”*. Informe del representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, A/HRC/11/13, párr. 103.

⁷ Consejo de Derechos Humanos. 2010. *Empresa y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar”*. Informe del representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, A/HRC/14/27, párr. 101.

⁸ Asamblea General de Naciones Unidas. 1993. *Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos*, A/RES/48/134.

⁹ Es en este contexto donde sería posible de encontrar un paralelo a la cuestión ampliamente discutida de la extraterritorialidad en el comentario a los Principios Rectores: las INDH no tienen una prohibición general en la materia, mientras puedan identificar una base jurídica para examinar una queja relativa a abusos a derechos humanos relacionados con empresas, incluso por omisiones del Estado.

asignarles una función específica que pudiera relacionarse con su trabajo general en la materia.

Los Principios Rectores, a través de su comentario, identifican tres diferentes papeles para las INDH: una función de *monitoreo* o supervisión del Estado, particularmente respecto a la conformidad del marco jurídico interno con las normas internacionales de derechos humanos, así como en el grado de su implementación; una función de *orientación* con relación a las empresas; y finalmente, como un potencial *mecanismo de reparación no judicial*. Respecto a su papel de monitoreo, el comentario al principio rector 3 señala que las INDH que cumplan con los Principios de París tienen un importante papel que desempeñar en colaborar con el Estado para identificar la alineación de su marco normativo interno con sus obligaciones de derechos humanos y su nivel de cumplimiento efectivo,¹⁰ una posición que refleja de forma amplia la postura de los Principios de París, que señalan que la institución nacional deberá examinar el marco legislativo y administrativo vigente, así como propuestas o iniciativas de ley, y hacer las recomendaciones pertinentes para que dichas disposiciones sean conformes con los principios fundamentales de derechos humanos.

Asimismo, los Principios de París señalan que las INDH deberán promover y asegurar la armonización legislativa, regulatoria y de las prácticas vigentes con los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que el Estado sea parte, así como de su implementación efectiva.¹¹ En tal sentido, las INDH tienen la competencia y capacidad jurídica de supervisar las actividades del Estado y emitir pronunciamientos específicos sobre actos u omisiones tanto de la rama ejecutiva como de la legislativa, a fin de asegurar la conformidad del marco jurídico y de políticas públicas con los estándares internacionales de derechos humanos. De tal forma, la posición de las INDH se ajusta de forma precisa en el contexto de los Prin-

¹⁰ Consejo de Derechos Humanos. 2011. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/17/31.

¹¹ Asamblea General de Naciones Unidas. 1993. *Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos*, A/RES/48/134, párrs. 3.a.i, 3.b. Un elemento interesante puede encontrarse en el preámbulo de la resolución que contiene los Principios de París, donde la Asamblea General recalcó el importante y constructivo papel desempeñado por las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos; en particular, su función de orientación a las autoridades competentes.

cipios Rectores, y de modo aún más importante, con los planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos (Cantú Rivera 2017b, 135-136), que están diseñados para identificar los estándares normativos en vigor y para explorar las vías para mejorar el marco jurídico y político interno, a fin de prevenir impactos empresariales en los derechos humanos.

Una función de *orientación* para las INDH también aparece reflejada en los Principios Rectores, específicamente en dos secciones: en el comentario al principio rector 3, donde se establece que las INDH tienen un importante papel que desempeñar en orientar a las empresas y a otros actores no estatales respecto a sus responsabilidades en la materia;¹² y en el comentario al principio rector 23, por otra parte, donde el representante especial recomienda a las empresas, de conformidad con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, buscar asesoría externa tanto de INDH como de otros actores,¹³ particularmente para las cuestiones de contexto en que las empresas pueden tener dificultades para cumplir con su responsabilidad de respetar debido a estándares normativos o requisitos nacionales e internacionales que resulten contradictorios. En este sentido, las INDH tienen un importante papel que desempeñar para asegurar que las empresas comprendan a cabalidad las implicaciones de lo que deben hacer para cumplir con su responsabilidad en la materia, así como para contribuir en el desarrollo de una cultura empresarial de derechos humanos a nivel interno.

A pesar de que los Principios de París no se refieren explícitamente a una función de orientación para actores distintos al Estado, una interpretación *lato sensu* podría inferirse de su mandato para tal finalidad, específicamente cuando se enuncia que las INDH deberán “[e]xaminar libremente todas las cuestiones comprendidas en el ámbito de su competencia, que le sean sometidas por el gobierno o que decida conocer en virtud de sus atribuciones, a propuesta de sus miembros o de cualquier solicitante”.¹⁴ En ese sentido, los Principios Rectores parecerían alinearse con los Principios

¹² Consejo de Derechos Humanos. 2011. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/17/31.

¹³ *Idem*. Véase también Ruggie (2013, 103).

¹⁴ Asamblea General de Naciones Unidas. 1993. *Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos*, A/RES/48/134.

de París, al alentar a las INDH a asesorar a las empresas *motu proprio* o por solicitud de ellas.

Finalmente, el representante especial identificó en los principios 25 y 27 un papel para las INDH en torno al *acceso a mecanismos de reparación*, en particular respecto a los mecanismos extrajudiciales. En el principio rector 27, explícitamente señaló que

[l]as deficiencias del proceso de reparación de violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas pueden superarse eventualmente ampliando los mandatos de los mecanismos extrajudiciales existentes y/o creando nuevos mecanismos. Puede tratarse de mecanismos de mediación, de resolución o de otros procesos culturalmente apropiados y compatibles con derechos —o de una combinación de esas opciones— en función de las cuestiones planteadas, los intereses públicos en juego y las posibles necesidades de las partes... Las instituciones nacionales de derechos humanos tienen un papel especialmente importante que desempeñar a este respecto.¹⁵

En lo que concierne a este aspecto del funcionamiento de las INDH, los Principios de París omiten pronunciarse sobre los casos que pueden recibir y atender, en especial respecto al tipo de perpetrador de abusos a derechos humanos. Esto, ciertamente, pudiera interpretarse de forma amplia, entendiendo que no existe una limitación respecto al tipo de abusos a derechos humanos que pueden ser examinados por las INDH; sin embargo, como señala el representante especial, algunas de ellas podrían no estar bien equipadas —en sus aspectos técnico o financiero— para abordar los abusos a derechos humanos relacionados con actores empresariales (Brodie 2012, 247). Según Surya Deva, lo anterior es probablemente resultado del excesivo enfoque del derecho internacional de los derechos humanos en el Estado (2011, 241). Sin embargo, como será discutido *infra*, algunas INDH han tomado pasos en distintas direcciones para asegurar un acceso efectivo a los mecanismos de reparación extrajudiciales en diferentes jurisdicciones, logrando identificar algunas avenidas potenciales para garantizar una reparación adecuada a las víctimas.

Tras la adopción unánime de los Principios Rectores y el establecimiento de su mecanismo de seguimiento —el Grupo de Trabajo so-

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos. 2011. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos...*, *cit.*

bre empresas y derechos humanos (en lo sucesivo Grupo de Trabajo o GTNU)—, se ha comenzado a desarrollar una interpretación más específica del papel que las INDH deben desempeñar para contribuir al cumplimiento e implementación de los Principios Rectores a nivel nacional y regional. Por ejemplo, en uno de sus informes, el GTNU identificó distintos tipos de acciones que las INDH podrían desempeñar para contribuir al desarrollo de la agenda de empresas y derechos humanos, en especial

... alentar el diálogo entre los múltiples interesados; fomentar la capacidad de los agentes nacionales en la esfera de las empresas y los derechos humanos; apoyar la identificación de todos los casos de consecuencias negativas de las actividades empresariales sobre los derechos humanos, así como el acceso de los afectados a los mecanismos de reparación.¹⁶

Con relación a las empresas públicas, el GTNU recomendó que las INDH “tendrían que evaluar si las políticas pertinentes relativas a las empresas públicas están en consonancia con las obligaciones que tiene el Estado en materia de derechos humanos y deberían brindar orientaciones al Estado a ese respecto”, así como asesorar directamente a dichas empresas.¹⁷ Como puede observarse, particularmente en el contexto de las empresas públicas o de los servicios privatizados, las INDH son llamadas a desempeñar dos de los tres papeles identificados en los Principios Rectores, al supervisar las políticas y regulación del Estado respecto a su comportamiento y prácticas, y al asesorar a las empresas públicas respecto a su responsabilidad de respetar los derechos humanos, que tiene un carácter más amplio que el de una empresa comercial, precisamente por su cercanía con el Estado.

Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos han abierto una vía particularmente relevante con relación a los mecanismos extrajudiciales y no estatales de reparación por abusos a derechos

¹⁶ Consejo de Derechos Humanos. 2013. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/23/32, párr. 71c.

¹⁷ Consejo de Derechos Humanos. 2016. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/32/45, 103-104. Un ejemplo reciente de lo anterior ocurrió en Argentina en 2019, donde el Defensor del Pueblo de la Nación asesoró a la empresa estatal Jujuy Energía y Minería Sociedad del Estado (JEMSE), a fin de que en una licitación internacional se incluyera una cláusula de respeto a los derechos humanos, en línea con los Principios Rectores.

humanos relacionados con empresas. El Grupo de Trabajo y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos también han subrayado su importancia.¹⁸ En efecto, el acceso a mecanismos de reparación en etapas tempranas, especialmente a través de mecanismos empresariales o de procedimientos extrajudiciales, puede contribuir a reducir cierto tipo de abusos a derechos humanos, así como a prevenir su judicialización.

Aun así, la identificación de las causas que generan la falta de mecanismos de reparación efectivos, como fue el caso con los Principios Rectores, no necesariamente se ha traducido en cambios en la práctica. Por ejemplo, como señala Brodie con relación a las INDH, los Principios Rectores ignoran el hecho de que la mayoría de las instituciones que cumplen con los Principios de París no tienen la competencia para recibir o investigar quejas (Brodie 2012, 259; Deva 2011, 241), lo cual implicaría un optimismo excesivo de los Principios Rectores sobre sus capacidades actuales. Además, la percepción pública sobre la efectividad de las recomendaciones que usualmente emiten las INDH depende necesariamente de su naturaleza vinculante (o no), siendo lo anterior un aspecto que reduce o limita la percepción de su valor como herramientas efectivas para garantizar la reparación del daño sufrido (Brodie 2012, 265). Aunque el comentario a los Principios Rectores reconoce que ampliar los mandatos de las INDH podría ser necesario para que puedan recibir quejas sobre abusos a derechos humanos relacionados con empresas, la falta de voluntad política o el temor de convertir a las INDH en instituciones cuasi-judiciales, podría evitar que las legislaturas o el Poder Ejecutivo decidan perseguir ese objetivo, siendo lo anterior un aspecto que no debe ser subestimado.

Lo anterior podría aparentemente plantear una imagen negativa —y potencialmente pesimista—, en particular con relación a la cuestión del acceso a mecanismos extrajudiciales por vía de las instituciones nacionales de derechos humanos. Sin embargo, una opción potencial puede identificarse tanto en los Principios Rectores como en los Principios de París. Como se ha reconocido, los Principios de París no contienen un mandato específico sobre abusos a derechos humanos relacionadas con empresas, y en la práctica la mayoría de las INDH han sido creadas para abordar principalmente la reparación por violaciones a derechos humanos cometidas

¹⁸ Consejo de Derechos Humanos. 2016. *Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales: Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, A/HRC/32/19.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 13-45.

por el Estado (Deva 2011, 236). No obstante, lo anterior no necesariamente implica que las empresas no puedan ser consideradas responsables *en lo absoluto* por su participación en la comisión de violaciones a los derechos humanos, al menos con relación a la competencia que tienen las INDH para recibir y tramitar quejas. Conforme a la estructura de los Principios Rectores, el Estado es el principal sujeto obligado bajo el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que tiene una obligación explícita de protegerlos, *incluso* frente a actores no estatales como las empresas. En este sentido, y siguiendo la lógica de la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a derechos humanos de conformidad con los tribunales regionales de derechos humanos, una falta de debida diligencia del Estado para prevenir, investigar, sancionar y reparar abusos a derechos humanos cometidos por actores no estatales podría comprometer su responsabilidad internacional.¹⁹ Dicho criterio sería igualmente aplicable en el contexto de las INDH, particularmente en relación a su facultad de recibir quejas: si las autoridades gubernamentales no regulan o fiscalizan adecuadamente las actividades de las empresas que operan en su jurisdicción, y lo anterior se traduce en un impacto negativo que genera violaciones a derechos humanos, su deber de protección se vería comprometido como resultado de una falta de cumplimiento de las obligaciones que derivan del primer pilar de los Principios Rectores y, por consecuencia, de los tratados internacionales y regionales de derechos humanos de los que el Estado sea parte (Rivadeneira Silva 2017, 344 y 345).

Ciertamente, este aspecto no aborda directamente la responsabilidad de las empresas: los principios complementarios relativos a la competencia cuasi-jurisdiccional de las INDH claramente estipulan que podrán hacer “recomendaciones a las autoridades competentes”,²⁰ pero no a los actores no estatales que contribuyen o son directamente responsables por las violaciones de derechos humanos.²¹ Sin embargo, las INDH podrán hacer

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1988. “Caso *Vélásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia del 29 de julio de 1988 (fondo)”, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, párr. 172.

²⁰ Asamblea General de Naciones Unidas. 1993. *Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos*, A/RES/48/134.

²¹ A pesar de ello, distintas INDH tienen competencia tanto sobre empresas públicas como sobre aquellas empresas privadas que prestan servicios públicos, lo cual evidentemente amplía su alcance.

referencias explícitas a la situación que conduce a los abusos a derechos humanos y a sus perpetradores, incluyendo la inobservancia de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, y emitir recomendaciones explícitas a los Estados sobre llevar a cabo una pronta y efectiva investigación (así como una eventual sanción) de aquellos responsables de la comisión directa de los abusos.

De tal suerte, las INDH pueden contribuir *directamente* para garantizar el acceso a mecanismos extrajudiciales de reparación por abusos a derechos humanos relacionados con empresas, al abordar la falta de debida diligencia empresarial y de su responsabilidad de respetar derechos humanos en sus recomendaciones y resoluciones, y también de forma *indirecta*, a través de la adopción de una recomendación (o resolución, si tienen la competencia para hacerlo) señalando que el Estado deberá tomar medidas para regular la conducta empresarial que infringe los derechos humanos, incluso a través de medidas de procuración de justicia o de otras acciones judiciales o extrajudiciales que puedan garantizar la compensación, satisfacción, rehabilitación, restitución y la no repetición de los actos lesivos.²² Una acción de este tipo cubriría dos de las tres funciones previstas por los Principios Rectores para las INDH: la supervisión, al asegurar una implementación efectiva del marco jurídico aplicable al sector privado por su participación en abusos de derechos humanos, y el acceso a mecanismos extrajudiciales de reparación, incluyendo la mediación y conciliación, lo cual podría potencialmente conducir a otras formas apropiadas de reparación (Deva 2011, 243).

Este tipo de escenarios podría —o debería— conducir a las INDH a enfocarse en una de las principales problemáticas en esta área: el desarrollo de capacidad. A fin de asegurar el cumplimiento efectivo de sus deberes conforme a los Principios Rectores y su comentario, las INDH deben contribuir al desarrollo de capacidad no sólo con relación al Estado o el sector empresarial, como lo prevén los primeros dos pilares, sino también en sus propias estructuras y procedimientos. Sin la capacidad técnica adecuada y sin suficientes recursos humanos y financieros, las INDH podrían enfrentarse a importantes obstáculos para cumplir con su papel

²² Asamblea General de Naciones Unidas. 2005. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147.

de promoción y protección de los derechos humanos, incluso frente a actores no estatales; particularmente las de los Estados federales. Ello podría impedirles generar el impacto necesario para abordar los cambios culturales que se requieren tanto en el sector empresarial como en el gubernamental, un prerrequisito para proteger de forma más efectiva los derechos humanos, así como para prevenir, en la mayor medida posible, violaciones futuras a los derechos humanos. Lo anterior engloba de forma apta el carácter interrelacionado de los tres pilares de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, incluso sobre el papel de las INDH. Como se mostrará en la siguiente sección a través de ejemplos regionales, las instituciones nacionales de derechos humanos pueden desempeñar un importante papel en la promoción de los derechos humanos en la esfera privada, y abordar violaciones a derechos humanos por medio de sus mecanismos de queja (cuando existan), independientemente de la existencia de un mandato explícito sobre abusos a derechos humanos relacionados con empresas.

III. LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS: EXPERIENCIAS REGIONALES

Las instituciones nacionales de derechos humanos alrededor del mundo han abordado con distintos niveles de profundidad la temática de los abusos a derechos humanos relacionados con empresas. Aunque algunas de ellas han sido particularmente proactivas ante el sector empresarial, a fin de sensibilizar y desarrollar capacidades —cumpliendo con el papel sugerido en los pilares I y II de los Principios Rectores—, otras se han enfocado en la función de recepción de quejas y en la forma en que dicha competencia puede ser utilizada para fomentar un acceso efectivo a mecanismos extrajudiciales de reparación. Esta sección abordará tres ejemplos distintos de quejas presentadas ante las INDH de América Latina, Asia y África, a fin de analizar algunos desarrollos recientes en este ámbito y plantear líneas de acción futuras para mejorar el papel de las INDH frente a los abusos empresariales a derechos humanos.

1. *Sensibilización y recepción de quejas sobre empresas y derechos humanos en las instituciones de derechos humanos de México*

El primer ejemplo que será abordado será el caso de México, que servirá para mostrar algunas de las dificultades a las que se enfrentan las instituciones públicas de derechos humanos en Estados federales. Como se ha analizado en otra ocasión, México tiene un complejo “sistema” nacional de derechos humanos,²³ donde coexisten una Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y 32 contrapartes locales en cada una de las entidades federativas. Su trabajo es, de forma general, independiente, por lo que cada comisión (y en especial las de las entidades federativas) se enfoca en las cuestiones de derechos humanos que son más relevantes o frecuentes en su jurisdicción. Dicha complejidad se exagera por la competencia de las comisiones locales, particularmente con relación a la cuestión de las empresas y los derechos humanos: aunque la intervención de las autoridades federales para regular empresas tiene lugar en algunos sectores industriales “estratégicos”, muchas de las situaciones en las que una empresa puede incumplir con sus responsabilidades, en materia de derechos humanos, normalmente serían de la competencia de las autoridades locales (incluyendo las relacionadas a cuestiones sobre seguridad e higiene laboral, degradación ambiental, entre otras). Esta situación implica el involucramiento de las comisiones locales de derechos humanos, que usualmente cuentan con un presupuesto y capacidad técnica más limitados que su contraparte nacional. Sin embargo, algunas de ellas han hecho aportaciones importantes y han dado pasos relevantes para incluir la temática de empresas y derechos humanos en su agenda.²⁴

²³ Formalmente no existe un “sistema de derechos humanos”; la competencia sobre quejas planteadas se encuentra determinada por la ley, según el involucramiento o participación de autoridades federales, estatales o municipales en abusos a derechos humanos. La CNDH y sus contrapartes locales pueden establecer convenios, normalmente para capacitación o difusión. Sin embargo, en aspectos relativos a la competencia sobre quejas presentadas ante las comisiones de derechos humanos, la ley y el reglamento de la CNDH definen los casos y escenarios en los que la comisión federal puede “atraer” casos de sus contrapartes locales. Sin embargo, las 33 comisiones de derechos humanos de México pueden recibir quejas por violaciones alegadas a derechos humanos. Para una explicación más detallada sobre las singularidades de este sistema, véase Cantú Rivera (2017c, 27).

²⁴ Lo anterior fue reconocido por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos en su visita a México, donde subraya algunas de las acciones adoptadas por las comisiones de derechos humanos de Oaxaca, Jalisco, Sonora y la Ciudad de

Un caso interesante, que tuvo lugar en 2015 en Nuevo León, abordó la temática de los estándares normativos laborales y en materia de derechos humanos en la cadena de suministro de una empresa automotriz asiática (Kia Motors) que había llegado a México recientemente.²⁵ El caso *Kia* involucraba las alegadas condiciones inhumanas a las que los trabajadores migratorios estaban sujetos, mientras construían una de las plantas de la empresa automotriz, que incluiría condiciones de hacinamiento en la bodega que la empresa habría habilitado como vivienda, en violación al derecho a la vivienda adecuada; acceso limitado al agua y su saneamiento, así como a la alimentación, y jornadas laborales que violaban los límites establecidos por la legislación. La Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León (CEDHNL) inició una queja *ex officio*, cuya investigación inicial reveló que la construcción de la planta para la empresa automotriz estaba siendo realizada por un subcontratista (que, como se descubrió posteriormente, era una empresa constituida en otra entidad federativa sin empleados registrados a su nombre), y que la subsidiaria mexicana de la automotriz no estaba directamente involucrada en el proceso.

No obstante, la empresa automotriz accedió a dos cosas: a utilizar su influencia (por lo menos durante una fase inicial) para asegurarse de que sus subcontratistas respetaran los derechos humanos (incluyendo los laborales) en sus operaciones, y a reunirse con funcionarios y expertos de la Comisión de Derechos Humanos para difundir en el nivel gerencial de la empresa (incluso en el departamento jurídico) el contenido de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Dichas activi-

México (Consejo de Derechos Humanos. 2017. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión a México*, A/HRC/35/32/Add.2, párrs. 94-96). Una notoria omisión en el informe son los casos presentados ante la Comisión de Derechos Humanos de Nuevo León, en donde los Principios Rectores fueron por primera vez utilizados en recomendaciones a autoridades locales por omisiones en garantizar la seguridad e higiene en el trabajo, la no discriminación y la violencia contra los niños, así como con relación a el derecho a un nivel de vida adecuado, entre otras violaciones.

²⁵ Un perfil completo del caso puede encontrarse en Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León. 2015. “Mexico: Kia Motors Agrees to Implement UN Guiding Principles to Protect its Workers”, disponible en <https://business-humanrights.org/en/mexico-kia-motors-agrees-to-implement-un-guiding-principles-to-protect-its-workers>. Para un análisis detallado de la regulación internacional de las cadenas de suministro, véase Černič (2018).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 13-45.

dades condujeron a una serie de seminarios y sesiones de capacitación con funcionarios públicos de la entidad federativa (específicamente con aquellos en las secretarías del trabajo y de desarrollo económico, a cargo de supervisar el cumplimiento de las normas en materia laboral y de seguridad e higiene en el trabajo, así como de atraer inversión extranjera directa, respectivamente), con el objetivo de generar un mayor conocimiento sobre el marco global de empresas y derechos humanos.

El caso fue archivado debido a la imposibilidad para la Comisión de localizar o identificar a las supuestas víctimas; sin embargo, dos interesantes lecciones derivan de esta experiencia. En primer lugar, las comisiones de derechos humanos pueden desempeñar un importante papel en los procesos de mediación y conciliación, una función que con cierta frecuencia es ignorada o desdeñada en casos de abusos a derechos humanos relacionados con empresas. Dependiendo del nivel de gravedad o severidad del abuso, el nivel de conflicto en algunos casos podría ser reducido a través de la participación de las comisiones de derechos humanos o del *ombudsperson* en etapas tempranas del procedimiento, quienes pueden aportar sus conocimientos y experiencia para abordar violaciones a derechos humanos, un aspecto al que tal vez las autoridades o empresas no estén acostumbradas, o para el que no tengan la sensibilidad o preparación necesarias.

En segundo lugar, usualmente se da por sentado que las empresas (y particularmente aquellas con operaciones transnacionales) están conscientes del marco normativo global en la materia y que utilizan dichos estándares a través de sus operaciones. Al ser un país que recibe importantes cantidades de inversión extranjera directa, la presencia de muchas empresas “transnacionales” en México debería contribuir, al menos en teoría, a la difusión de dichos estándares en la práctica. Sin embargo, en muchos casos dicha asunción podría no ser representativa de la realidad,²⁶ lo que pone en duda la efectividad del proceso de difusión de los Principios Rectores, así como de los actores involucrados en su promoción. Ello puede ser particularmente importante en los países en vías de desarrollo, donde las subsidiarias y cadenas de suministro de empresas con operacio-

²⁶ Consejo de Derechos Humanos. 2017. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión a México*, A/HRC/35/32/Add.2, párr. 16.

nes transnacionales usualmente se encuentran, lo que haría incluso más importante el papel “ampliado” de las INDH en la promoción y la orientación especializada tanto para el sector público como para el privado.

Por otra parte, el papel de la CNDH en el tema de empresas y derechos humanos se ha incrementado de forma importante desde 2015. Al emitir informes y recomendaciones generales²⁷ sobre distintos temas que pueden infringir los derechos humanos como resultado de la actividad empresarial, en áreas como el salario mínimo (CNDH 2016a), o el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada y al consentimiento,²⁸ la CNDH ha comenzado a proveer una orientación especializada a las autoridades federales con el objetivo de concientizarlas sobre su papel en la regulación del sector privado frente a contextos particulares o grupos en situación de vulnerabilidad. Una contribución importante en este sentido es el desarrollo de manuales sobre los Principios Rectores y la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos (CNDH 2016b; Guadarrama López 2019), que podrían ser útiles para el desarrollo de capacidad en el sector privado mexicano.

Sin embargo, la contribución más importante que a la fecha se ha hecho del tema en México, desde una institución pública de derechos humanos, se da en el marco de la Recomendación general número 37 de la CNDH sobre el respeto y la observancia de los derechos humanos en las actividades de las empresas (2019). Las recomendaciones generales²⁹ permiten a la institución de derechos humanos emitir un pronunciamiento sobre alguna cuestión puntual que genere preocupación en materia de derechos humanos, así como las sugerencias que considere pertinentes

²⁷ Una “recomendación general” es una recomendación que deriva de una aparente “deficiencia estructural” que conduce a violaciones a derechos humanos dentro de un contexto determinado. Por lo tanto, no resultan de quejas individuales presentadas en torno a una acción u omisión de las autoridades, sino de las leyes, reglamentos, políticas o prácticas que no son conformes a los estándares internacionales o constitucionales de derechos humanos.

²⁸ CNDH. 2016. *Recomendación general núm. 27/2016 sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas de la República mexicana*.

²⁹ El reglamento interior de la CNDH indica en su artículo 140 que: “La Comisión Nacional también podrá emitir recomendaciones generales a las diversas autoridades del país, a fin de que se promuevan las modificaciones de disposiciones normativas y prácticas administrativas que constituyan o propicien violaciones a los derechos humanos”.

para reformar la normatividad y prácticas administrativas que generen violaciones estructurales a los derechos humanos.

En tal sentido, la Recomendación general 37 hace un reconocimiento particular de dos elementos: 1) sobre la *competencia indirecta* que tiene el organismo nacional —y, en consecuencia, sus contrapartes locales— para verificar el cumplimiento de las obligaciones de fiscalización y supervisión sobre las empresas a cargo de las autoridades correspondientes, en las diferentes áreas de la acción pública,³⁰ y 2) sobre la necesidad de contar con un marco jurídico adecuado que establezca puntualmente las obligaciones en derechos humanos que desde la legislación deben recaer en las empresas,³¹ incluyendo aquellas que tiendan a la prevención de abusos a derechos humanos. La principal virtud de ambos elementos es que visibiliza los desafíos que existen para el Estado en su papel de protección y garantía de los derechos humanos, de conformidad con sus obligaciones constitucionales y convencionales, lo cual le impone un deber constante de supervisión y regulación sobre las actividades empresariales, cuando éstas puedan generar un riesgo real o potencial sobre los derechos humanos. De tal manera, la recomendación constituye un parteaguas en el marco constitucional de derechos humanos en México, que contribuye a generar una mejor comprensión de la evolución natural de la protección de los derechos humanos frente a las actividades del sector empresarial en un mundo globalizado.

2. *El papel proactivo de las INDH asiáticas en alentar el “control” desde el Estado de origen, o una aproximación a la extraterritorialidad*

Una dimensión interesante que ha aparecido en el trabajo de las INDH en la región Asia-Pacífico³² es la de la extraterritorialidad, particularmente desde su enfoque de regulación. Como se podrá constatar en

³⁰ CNDH. 2019. *Recomendación general núm. 37 sobre el respeto y observancia de los derechos humanos en las actividades de las empresas*, párr. 146.

³¹ Donde se distingue entre obligaciones *generales* (aplicables a todas las empresas) y obligaciones *específicas* (respecto de sectores industriales particulares).

³² Otro ejemplo interesante es el de la Comisión de Derechos Humanos de Nueva Zelanda; para ver algunos comentarios sobre su funcionamiento, incluido el carácter vinculante de los acuerdos originados en su mecanismo de resolución de controversias, véase Drimmer y Laplante (2016, 327).

los dos casos que serán brevemente analizados a continuación, algunas INDH han dado pasos importantes para fomentar una conducta empresarial responsable, aun cuando las empresas de su nacionalidad operen en el exterior, así como para asegurar que los gobiernos nacionales tomen una postura proactiva para evitar los abusos a derechos humanos de las empresas de su nacionalidad en el extranjero. Como se podrá observar, este tipo de práctica envía un poderoso mensaje sobre las posibilidades que las INDH tienen para contribuir al debate global sobre empresas y derechos humanos, incluida la supervisión extraterritorial de las actividades empresariales.

El caso de la *Plantación de caña de azúcar Koh Kong*³³ fue presentado ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Tailandia (INDH tailandesa) en enero de 2010, con relación al desalojo de agricultores camboyanos de sus tierras por la empresa Kohn Kaen Sugar Industry Public Company Limited, una empresa tailandesa que, a través de subsidiarias camboyanas, obtuvo concesiones de terrenos en 2006 violando las leyes de Camboya y los estándares de derechos humanos, incluyendo la confiscación ilegal de tierras de la población local, el uso de la fuerza en los desalojos, matanza de ganado, amenazas e intimidaciones serias, pérdida de seguridad alimentaria y un aumento significativo de la pobreza. A pesar de que las violaciones alegadas a derechos humanos tuvieron lugar fuera del territorio de Tailandia, la INDH asumió su jurisdicción sobre el acaparamiento de tierras y violaciones conexas a derechos humanos, señalando que en ese tipo de casos se debe observar el papel tanto de actores públicos como privados de Tailandia por violaciones a derechos humanos que tienen lugar en proyectos de desarrollo en países aledaños. La INDH tailandesa señaló que si el actor correspondiente se encontraba sujeto a las leyes y obligaciones en materia de derechos humanos de Tailandia, haría lo necesario para servir a los intereses de la justicia por medio de la promoción y protección de los derechos humanos, y al ser los actos alegados violaciones a los derechos, se encontraban dentro del ámbito de competencia y del mandato de la INDH en términos de análisis de la queja y de

³³ Véase Comisión Nacional de Derechos Humanos de Tailandia. 2012. *Findings of the Subcommittee on Civil and Political Rights of the National Human Rights Commission of Thailand on the Koh Kong Sugar Cane Plantation case in Cambodia*, especialmente con relación a su competencia sobre casos transfronterizos. Para un perfil más amplio del caso, incluyendo el informe final, véase EarthRights International (2015).

supervisión, así como de la jurisdicción y el deber de las agencias gubernamentales de regular y/o controlar la conducta correspondiente.³⁴

En su análisis preliminar, la INDH tailandesa consideró que la empresa matriz tailandesa se encontraba involucrada en las operaciones de su subsidiaria en Koh Kong, donde las violaciones tuvieron lugar. Dicha conclusión fue sostenida en el informe final del caso, casi diez años después de que los hechos tuvieron lugar; en él, con base en el enfoque de los Principios Rectores respecto a la responsabilidad empresarial, la INDH tailandesa determinó que el impacto de las violaciones a derechos humanos eran parcialmente una responsabilidad directa de Khon Kaen Sugar Pcl, debido a la decisión de la empresa de recibir y beneficiarse de las concesiones de terreno que dieron lugar a las violaciones a derechos humanos, independientemente de que la empresa, en sí misma, no cometió la violación. Con relación al deber de protección a cargo del Estado conforme a los Principios Rectores, la Comisión señaló que a pesar de que la violación ocurrió en Camboya, Tailandia tenía el claro deber de garantizar la protección de los derechos humanos conforme a los acuerdos internacionales en la materia, lo cual incluiría la prevención de violaciones transfronterizas a derechos humanos provocadas por empresas localizadas dentro del territorio de cada Estado o constituida bajo su jurisdicción.³⁵

Un resultado muy distinto tuvo lugar en Malasia, donde la Comisión Nacional de Derechos Humanos (SUHAKAM) inicialmente aceptó una queja contra la empresa malaya Mega First Corporation Berhad por la construcción de la presa Don Sahong en el río Mekong en Laos, muy cerca de la frontera con Camboya.³⁶ La construcción de la presa potencialmente tendría impactos transfronterizos en Vietnam, Camboya y Tailandia, especialmente en los derechos a la vida, la salud, la forma de vida y la alimentación, así como en el derecho a la información y la consulta de las comunidades que habitaban en proximidad del proyecto.

³⁴ Comisión Nacional de Derechos Humanos de Tailandia. 2012. *Findings of the Subcommittee on Civil and Political Rights of the National Human Rights Commission of Thailand on the Koh Kong Sugar Cane Plantation case in Cambodia*.

³⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos de Tailandia. 2015. *Findings Report Núm. 115/2558* (2015), https://www.earthrights.org/sites/default/files/documents/unofficial_english_translation_-_nhrc_report_on_findings_-_koh_kong_land_concession_cambodia_0.pdf

³⁶ Comisión de Derechos Humanos de Malasia. 2016. *Annual Report 2015*.

A pesar de haber aceptado inicialmente la queja, SUHAKAM eventualmente determinó que no tenía poder ni mandato para llevar a cabo una visita *in situ*, debido al alegado carácter extraterritorial de la violación. La inexistencia de una INDH en Laos que pudiera colaborar en la recolección de pruebas y en realizar visitas de inspección al lugar del proyecto complicó aún más la posibilidad de llevar a cabo una investigación seria sobre las alegaciones. Sin embargo, a pesar del *impasse* jurídico en que se encontraba SUHAKAM, emitió varias recomendaciones a Mega First y al gobierno malayo con base en los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, particularmente en torno a la conducción de operaciones con absoluta observancia de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos. También recomendó al gobierno que supervisara a las empresas malayas que tuvieran operaciones en el exterior, que se adhiriera a las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE y que estableciera un Punto Nacional de Contacto para abordar quejas relativas a conducta empresarial inapropiada, incluso por actos u omisiones ocurridos fuera del país de origen.³⁷

Como se puede observar en ambos casos, algunas INDH asiáticas han utilizado sus estructuras y poderes de forma creativa, y que serían conformes a algunas discusiones actuales en el derecho internacional de los derechos humanos respecto al deber del Estado de proteger y regular la conducta extraterritorial de sus empresas (O'Brien 2018). Esta interpretación “expansiva” de las INDH también sería consistente con la opinión de los órganos del tratado de Naciones Unidas,³⁸ tanto con relación al deber del Estado de asegurar que los derechos sean respetados en las operaciones de las empresas en el exterior, como con relación a la cuestión del acceso a mecanismos extrajudiciales de reparación. Aunque ambos casos se refieren a empresas privadas, la obligación de protección a cargo del Estado —y por consecuencia, la base de la competencia de las INDH para abordar casos transfronterizos— también sería particularmente importante frente a las empresas públicas. Como lo señala Brodie, la mayoría de los casos que involucran la actividad de las INDH (incluso por

³⁷ *Idem*.

³⁸ Comité de Derechos Humanos. 2012. *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Alemania, aprobadas por el Comité en su 106º período de sesiones*, CCPR/C/DEU/CO/6, párr. 16; Comité de Derechos Humanos. 2015. *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Canadá*, CCPR/C/CAN/CO/6.

abusos a derechos humanos en el extranjero) normalmente dependerían de su capacidad técnica y voluntad política (Brodie 2012, 266-269); sin embargo, estos dos ejemplos claramente muestran cómo la competencia de las INDH para atender quejas puede convertirse en una herramienta útil para supervisar de forma efectiva el cumplimiento de las obligaciones del Estado y de la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos.

3. *La INDH de Kenia y el acceso a mecanismos de reparación: de mecanismos extrajudiciales a mecanismos judiciales*

Un último ejemplo que será abordado en este artículo es el caso de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Kenia (CNDHK), particularmente con relación a una investigación pública desarrollada en el distrito de Malindi respecto a algunas empresas de sal.³⁹ En febrero de 2004, la Asociación de Agricultores de Kubuka presentó una queja ante la CNDHK, alegando que la administración provincial y la empresa Kurawa Industries habrían invadido sus terrenos y destruido su propiedad, incluyendo sus casas, además de otras violaciones a derechos humanos vinculadas con la salud, los derechos laborales, con situaciones de acoso y de degradación ambiental. La Comisión realizó una visita de investigación en noviembre de 2004, así como visitas de seguimiento durante 2005, a fin de identificar claramente las circunstancias y verificar los impactos alegados a los derechos humanos; también sostuvo audiencias con las autoridades, con las empresas de sal, con expertos y con la comunidad.

El informe de la investigación claramente señalaba que, si no se intervenía en el caso, las empresas prosperarían y continuarían extrayendo las riquezas de la comunidad, pero devolviendo cantidades irrelevantes para mejorar su vida. El informe fue presentado al presidente y a la Asamblea Nacional en 2006, y la CNDHK continuó supervisando la implementación de sus recomendaciones por las autoridades locales y por las empresas durante varios años. En 2013, tras una consulta con las comunidades locales, la CNDHK presentó una denuncia contra las empresas por violaciones a los derechos de propiedad sobre la tierra y a un medio ambiente

³⁹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos de Kenia. 2006. *The Malindi Inquiry Report*, disponible en: http://www.knchr.org/Portals/0/Reports/Malindi_Inquiry.pdf.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 13-45.

sano.⁴⁰ Como se puede observar, los hechos y la queja original ocurrieron varios años antes del desarrollo del “Marco para proteger, respetar y remediar”, y de la adopción de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Sin embargo, es importante tomar en consideración la importancia de una supervisión continua de las recomendaciones hechas a los distintos actores involucrados y, desde luego, de la presentación de las acciones judiciales pertinentes si otro tipo de medidas de reparación son inefectivas.⁴¹

Aunque no todas las INDH tienen competencia para recibir quejas por violaciones a derechos humanos —y aún menos para casos relacionados con actividad empresarial—, es importante que aquellas que sí tienen la posibilidad de actuar como instancias de reparación extrajudicial no duden en referir casos o presentar denuncias ante las autoridades judiciales, si el gobierno o las empresas no cumplen plenamente con sus recomendaciones. Las INDH deberían tener la obligación (es decir, una facultad no discrecional) de perseguir o presentar denuncias ante las autoridades correspondientes, en donde las actuaciones derivadas de expedientes o casos atendidos por ellas pudieran servir como medio de prueba. Este tipo de acciones podría asegurar que los mecanismos de reparación se utilizaran al máximo, lo cual permitiría a las víctimas potenciales o reales obtener reparación por los daños sufridos.

4. *Posibilidades de ampliar el papel de las INDH como mecanismos de reparación extrajudicial*

Como los ejemplos anteriores lo demuestran, las INDH han utilizado diferentes estrategias para abordar casos de abusos a derechos humanos relacionados con empresas cuando sus mandatos no prevén explícitamente la posibilidad de supervisar las acciones de actores no estatales. Sin embargo, su papel como mecanismos de reparación extrajudicial podría ampliarse si un enfoque global y estandarizado se adoptara a nivel

⁴⁰ Al respecto, véase Götzmann y O’Brien (2013, 68). Desafortunadamente no fue posible encontrar información más reciente sobre el caso.

⁴¹ En tal sentido, es importante también destacar la competencia del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile para intervenir en procesos judiciales, teniendo legitimidad para plantear acciones y argumentos en cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos, incluso en el contexto de actividades empresariales.

internacional,⁴² posiblemente en el marco de la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI, por sus siglas en inglés). La labor de las INDH en materia de orientación específica a los diferentes interlocutores —sean éstos gobiernos, empresas, sociedad civil o víctimas— con relación a las obligaciones de los Estados y las responsabilidades de las empresas bajo los Principios Rectores, podría ser una estrategia exitosa para prevenir impactos negativos en los derechos humanos, una situación que por consecuencia les permitiría también reducir la necesidad de reparación. Por ello, la coordinación entre las INDH y otros actores sociales —incluidas las cámaras empresariales, los sindicatos, las redes nacionales o regionales del Pacto Mundial, etcétera— para desarrollar capacidad y fomentar una conducta empresarial responsable debería ser una prioridad para las instituciones nacionales de derechos humanos, a fin de promover y proteger de manera más efectiva los derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial.

Más allá de su función de orientación, las INDH también podrían contribuir directamente a la cuestión del acceso a mecanismos extrajudiciales de reparación por medio de vías alternativas a su propio procedimiento de quejas. En ese tenor, el conocimiento al interior de las INDH sobre la posibilidad de establecer mecanismos o esquemas de colaboración con los Puntos de Contacto Nacional (PCN) de la OCDE (Drimmer y Laplante 2016, 337), es un factor importante que podría mejorar las probabilidades de las víctimas de contar con un segundo tipo de procedimiento.⁴³ Tal colaboración podría ocurrir en distintos frentes: por ejemplo, al contribuir en la difusión del contenido de las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE, como otro estándar de referencia, con rela-

⁴² Un punto de arranque potencial sería reforzar y adaptar la Declaración de Edinburgo de 2010. International Co-ordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights (ICC), *The Edinburgh Declaration* (2010).

⁴³ Un acuerdo entre la OCDE y GANHRI (antiguamente el CIC-INDH) ha existido desde 2012, con la intención de permitir la colaboración entre los Puntos de Contacto Nacional de la OCDE y las INDH. Sin embargo, el éxito en la implementación de este acuerdo continúa siendo una interrogante. Véase, *Memorandum of Understanding between the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) and the Association International Coordinating Committee of National Human Rights Institutions (ICC)*, disponible en: http://www.oecd.org/daf/inv/mne/OECD_ICC_MoU.pdf.

ción a las operaciones empresariales respecto a los derechos humanos,⁴⁴ o al compartir información sobre las quejas recibidas cuando se relacionen con hechos o partes idénticas o similares. Los esfuerzos adoptados por las INDH asiáticas con relación a la regulación extraterritorial, por ejemplo, así como por los PCN, que pueden recibir quejas según la nacionalidad de la empresa involucrada, independientemente del lugar donde la violación a las Directrices para Empresas Multinacionales haya tenido lugar, podrían ser replicados por otras INDH cuando reciban casos. Desde luego, los PCN sólo han sido establecidos por los Estados miembros de la OCDE y otros pocos países adherentes a las Directrices, lo que implica una limitación importante a su efectividad; sin embargo, el hecho de que la mayoría de las empresas con operaciones transnacionales tengan su sede en Estados que se han adherido a las Directrices les permitiría tener “competencia” sobre casos que ocurren en el extranjero. Este mismo enfoque podría ser utilizado por las INDH. La colaboración entre INDH y PCN no sólo es deseable, sino necesaria, a fin de añadir otra “capa” procesal que podría eventualmente servir para otorgar reparación a las víctimas.

Este tipo de prácticas deberían ser difundidas de forma efectiva por la GANHRI, una institución que puede jugar un papel fundamental para desarrollar la capacidad nacional en abordar abusos a derechos humanos relacionados con empresas. Fomentar la coherencia internacional en procedimientos de queja, así como la cooperación transnacional entre INDH, son importantes áreas de oportunidad para que las instituciones nacionales de derechos humanos mejoren su efectividad, particularmente cuando dicha cooperación pueda conducir a cambios culturales al interior de los grupos empresariales transnacionales. En efecto, ello podría dar lugar a nuevas tendencias de sinergia global en el sector empresarial para trabajar de forma adecuada con las INDH y con las víctimas en su búsqueda de rendición de cuentas y de reparación.

⁴⁴ Otros aspectos distintos a los contenidos en el capítulo cuarto de las Directrices de la OCDE también podrían ser abordados; por ejemplo, las situaciones sobre protección ambiental o normas laborales.

IV. UNA MIRADA AL FUTURO: ¿QUÉ PAPEL PARA LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN UN EVENTUAL TRATADO SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS?

El papel de las INDH en la difusión e implementación del marco para proteger, respetar y remediar y de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, ha sido una constante preocupación para la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (anteriormente el Comité Internacional de Coordinación de las INDH) desde 2009, cuando se creó en su seno un Grupo de Trabajo sobre esta temática, y después de 2010, cuando se publicó la versión para consulta de los Principios Rectores. Sin embargo, en el contexto actual de discusiones y negociaciones sobre un potencial tratado sobre empresas y derechos humanos, su papel también debería ser examinado, a fin de evaluar sus posibilidades de contribución al respeto empresarial de los derechos humanos si llegase a ser adoptado un nuevo instrumento convencional. Desde luego, las siguientes líneas sólo abordan aspectos *de lege ferenda*, aunque están basados en marcos jurídicos vigentes y en algunas de sus aparentes limitaciones.

En términos generales, los Estados no han definido un papel específico para las INDH en la mayor parte de los tratados internacionales de derechos humanos;⁴⁵ sólo una convención (sobre los derechos de las personas con discapacidad) hace referencia explícita a las instituciones nacionales, particularmente sobre su participación en la supervisión de la implementación del tratado. De forma adicional, dos protocolos facultativos también hacen referencia al papel de las INDH, aunque sólo uno de ellos en su texto operativo.⁴⁶ El pronunciamiento más avanzado a la fecha ha sido hecho por el Comité sobre Desapariciones Forzadas, que emitió

⁴⁵ Cuatro órganos de tratado de Naciones Unidas han emitido observaciones o recomendaciones generales sobre el papel de las INDH en la supervisión de la implementación de los tratados, o respecto a su contribución para garantizar el acceso a mecanismos efectivos de reparación: el Comité de Derechos Humanos (Observación General 31); el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 10); el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (Recomendación General 17); y el Comité sobre los Derechos del Niño (Observación General 2).

⁴⁶ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 18.4 (también sobre el papel de supervisión que las INDH pueden desempeñar con relación a la Convención); Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, don-

un documento sobre la relación entre el Comité y las INDH donde se señalan varias posibilidades de interacción y colaboración.⁴⁷ Aunque este limitado papel de las INDH, bajo el régimen convencional de derechos humanos, no necesariamente limita su contribución a la promoción y protección de los derechos humanos —a final de cuentas, su trabajo bajo el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra prescrito por el ya mencionado amplio mandato que otorgan los Principios de París—, dicha contribución sí podría resultar perjudicada o inutilizada en las actividades y operaciones empresariales conforme a los Principios Rectores si un eventual tratado en la materia no contempla un papel específico para ellas.

La inclusión de mecanismos extrajudiciales de reparación sería una novedad en un eventual tratado sobre empresas y derechos humanos; ciertamente, algunos elementos distintos a la legislación y la adjudicación usualmente son observados de forma positiva por los órganos de tratados de derechos humanos como desarrollos para asegurar el cumplimiento y la observancia de normas de derechos humanos. Sin embargo, no sustituyen a esos elementos, que se consideran esenciales para garantizar los derechos sustantivos y procesales de las personas y grupos. En este sentido, si un tratado estuviera basado en la estructura de los Principios Rectores, sería necesario incluir, por lo menos, dos de los mecanismos de reparación propuestos por el representante especial. Dicha situación fue discutida durante la segunda sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental para la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre derechos humanos y empresas transnacionales, cuando una delegación preguntó a un panel de expertos si tales tipos de mecanismos de reparación debían estar incluidos en un eventual tratado; la respuesta fue positiva, al considerarse que la existencia de distintos mecanismos de reparación sería una medida importante para garantizar los derechos de las víctimas. Una razón por la que las INDH tal vez no han sido explícitamente contempladas en los tratados de derechos humanos adoptados previamente es que no tienen una personalidad jurídica internacional plena; sin embargo, si tal como argumentan algunos académicos, las empre-

de subraya en su preámbulo el importante papel que desempeñan las INDH con relación al acceso a mecanismos de reparación.

⁴⁷ Comité contra la Desaparición Forzada. 2014. *Relación del Comité contra la Desaparición Forzada con las instituciones nacionales de derechos humanos*, CED/C/6.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 13-45.

sas podrían ser sujetas a obligaciones internacionales si los Estados así lo decidieran (Bilchitz 2016, 110-114; De Schutter 2016, 58-62), ¿por qué habría de impedirse que las INDH recibieran el mismo trato, sobre todo si su papel sería complementario al del Estado en alentar y promover la protección y el respeto de los derechos humanos?

En particular, las INDH podrían contribuir tanto indirecta como directamente a la cuestión del acceso a mecanismos de reparación, y en especial de reparación extrajudicial. Al respecto, sería conveniente que los Estados hicieran un pronunciamiento claro sobre la competencia de las INDH para recibir quejas sobre abusos a derechos humanos perpetrados por empresas. Desde luego, algunos Estados quizás estarían en contra de la noción de ampliar el alcance de la acción de las INDH más allá de las autoridades del Estado. Esto, sin embargo, no necesariamente constituiría una limitación para ellas, puesto que sus acciones iniciarían como resultado de una omisión de las autoridades del Estado *vis-à-vis* la conducta empresarial, lo que les permitiría continuar supervisándola de modo indirecto con relación a los estándares normativos en materia de derechos humanos. De tal forma, y aunque un eventual instrumento internacional (o un protocolo adicional a éste) sólo reconociera una competencia indirecta sobre las empresas, ello bastaría para el establecimiento de un mandato internacional específico en la materia. Lo anterior podría ser complementado por una observación general o documento que fuera adoptado por un eventual órgano de tratado,⁴⁸ para profundizar en el papel a desempeñar por las INDH en la relación entre derechos humanos y empresas.

Otra contribución más directa, particularmente a nivel internacional, podría también ser prevista para las INDH. Por ejemplo, un eventual órgano de tratado con un procedimiento de comunicaciones podría en forma potencial solicitar información a las INDH sobre casos pendientes, ya sea como resultado de una instancia previa a nivel interno o con relación a un contexto específico dentro del Estado. En tal papel, las INDH podrían

⁴⁸ Aunque distintas partes interesadas han llamado al establecimiento de un mecanismo judicial internacional con competencia sobre casos de abusos a derechos humanos relacionados con empresas, la viabilidad política y financiera de un mecanismo de ese tipo es altamente improbable. Si un órgano resultante de un eventual tratado sobre empresas y derechos humanos fuera creado, posiblemente compartiría muchas de las funciones ya utilizadas por otros órganos de tratado de derechos humanos, lo que probablemente no implicaría compromisos políticos o financieros de un nivel más alto para los Estados parte.

contribuir de forma potencial como *amici curiae* ante el órgano del tratado, ampliando por consecuencia el alcance de las fuentes en las que el órgano del tratado podría basarse para determinar si la violación de los términos del tratado ocurrió, ya sea por las acciones u omisiones del Estado.

De forma adicional, un órgano de tratado sobre empresas y derechos humanos podría posiblemente también requerir a las INDH su colaboración para supervisar el cumplimiento de medidas urgentes que fueran adoptadas, o incluso con relación a las vistas adoptadas sobre el fondo de una comunicación específica.⁴⁹ En este sentido, las INDH podrían servir como enlace entre el Estado y el órgano de tratado para asegurar una cooperación más efectiva en el cumplimiento de su obligación de proveer mecanismos y reparaciones efectivas a las víctimas a nivel interno. Asimismo, las INDH podrían contribuir de modo directo en el proceso de presentación de informes, a través de la presentación de un informe independiente sobre los aspectos cubiertos por el tratado, lo que le daría al órgano convencional una fuente de información (relativamente) confiable y autónoma sobre la implementación de las obligaciones impuestas por el tratado, así como en el seguimiento de las observaciones finales adoptadas respecto a los Estados parte, en especial en el lapso entre la presentación de informes periódicos. Lo mismo podría ser hecho por las INDH frente a las represalias o respecto de abusos sistemáticos o generalizados, en especial con relación a la falta de voluntad o de capacidad del Estado para asegurar una implementación apropiada de sus obligaciones convencionales.⁵⁰

Tal vez la opción más plausible para asegurar una colaboración efectiva de las INDH con un eventual órgano convencional sería la inserción de una cláusula, que especifique que las instituciones nacionales deberán cooperar con un órgano de tratado en sus distintos procedimientos, misma que podría ser desarrollada en una observación general o documento en un momento ulterior. Lo cierto es que el asegurar que las INDH tengan un papel relevante de colaboración con un órgano convencional, ade-

⁴⁹ Sobre el régimen de comunicaciones individuales bajo el derecho convencional de los derechos humanos, véase Stavrinaki (2016).

⁵⁰ Un paralelo a dichas ideas puede encontrarse en el trabajo desarrollado por el Comité sobre Desapariciones Forzadas, citado *supra*, que abordó el papel potencial de las INDH con relación a la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

más de su papel a nivel interno en la recepción y atención de quejas o en la promoción de la implementación efectiva de los Principios Rectores, de las Directrices de la OCDE y de otros estándares internacionales de derechos humanos que abordan la conducta empresarial, es esencial para que las víctimas cuenten con mecanismos apropiados para asegurar el acceso efectivo a mecanismos de reparación.

V. CONCLUSIONES

Este artículo ha buscado ilustrar el papel evolutivo que las instituciones nacionales de derechos humanos han tenido en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, particularmente durante el mandato del representante especial y tras la adopción de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Como se pudo observar en los casos analizados de México, Tailandia, Malasia y Kenia, las INDH pueden contribuir de distintas maneras para difundir entre los distintos sectores de la sociedad el deber del Estado de proteger los derechos humanos y la responsabilidad empresarial de respetarlos, y de asegurar su respeto en sus cadenas de suministro. Esta función puede ser complementada potencialmente a través de un mecanismo de reparación extrajudicial para las víctimas —cuando las INDH tengan dicha competencia—, con independencia de que su mandato incluya o no una disposición que les permita recibir casos relativos a operaciones empresariales. En este sentido, será necesario que la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos contribuya a concientizar a las INDH sobre la posibilidad de responsabilizar indirectamente a las empresas por su participación en abusos a derechos humanos, cuando exista una omisión del Estado.

Ante la potencial adopción de un tratado sobre las empresas y los derechos humanos en un futuro próximo (o lejano), será necesario considerar un papel específico y a la medida para las INDH tanto a nivel interno como frente a un eventual órgano convencional, a fin de complementar las opciones existentes para reducir la brecha de responsabilidad que actualmente existe en la materia. Sólo a través de medidas de cooperación y coerción —es decir, a través de una “mezcla inteligente” de medidas, como propuso en reiteradas ocasiones John Ruggie— se transformará la esperanza de las víctimas de acceder a la reparación en una realidad. En este sentido, las INDH deberían ser llamadas a desempeñar un papel pri-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 13-45.

mario, con un rol amplio en la promoción y protección de los derechos humanos en la esfera empresarial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BILCHITZ, David. 2013. "A Chasm between «is» and «Ought»? A Critique of the Normative Foundations of the SRSG's Framework and the Guiding Principles", en DEVA, Surya y BILCHITZ, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BRODIE, Meg. 2012. "Pushing the Boundaries: The Role of National Human Rights Institutions in Operationalising the «Protect, Respect and Remedy Framework»", en MARES, Radu (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff.
- CANTÚ RIVERA, Humberto. 2017a. "Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos", en CANTÚ RIVERA, Humberto (coord.), *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH.
- CANTÚ RIVERA, Humberto. 2017b. "Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XVII.
- CANTÚ RIVERA, Humberto. 2017c. "Hacia un sistema nacional de derechos humanos", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 36.
- ČERNIČ, Jernej Letnar. 2018. "Moving Towards Protecting Human Rights in Global Business Supply Chains", *Boston University International Law Journal*, 36(2).
- CNDH. 2016a. *Salario mínimo y derechos humanos*, México, CNDH.
- CNDH. 2016b. *Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*.
- DE SCHUTTER, Olivier. 2016. "Towards a New Treaty on Business and Human Rights", *Business and Human Rights Journal*, vol. 1(1).
- DECAUX, Emmanuel. 2010. "Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales", en DAUGAREILH, Isabelle (ed.), *Responsa-*

- bilité sociale de l'entreprise transnationale et globalization de l'économie*, Bruselas, Bruylant.
- DEVA, Surya. 2011. "Corporate Human Rights Abuses: What Role for the National Human Rights Institutions", en NASU, Hitoshi y SAUL, Ben (eds.), *Human Rights in the Asia-Pacific Region: Towards Institution Building*, Londres, Routledge.
- DEVA, Surya. 2013. "Treating Human Rights lightly: a Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles", en DEVA, Surya y BILCHITZ, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect*, Cambridge, Cambridge University Press.
- DRIMMER, Jonathan y LAPLANTE, Lisa J. 2016. "The Third Pillar: Remedies, Reparations, and the Ruggie Principles", en MARTIN, Jena y BRAVO, Karen E. (eds.), *The Business and Human Rights Landscape: Moving Forward, Looking Back*, Cambridge, Cambridge University Press.
- EARTH RIGHTS INTERNATIONAL. 2015. "Human Rights Violations in Koh Kong Sugar Plantation Confirmed by Thai Human Rights Commission", disponible en <https://www.earthrights.org/media/human-rights-violations-koh-kong-sugar-plantation-confirmed-thai-human-rights-commission>.
- GÖTZMANN, Nora y O'BRIEN, Claire Methven. 2013. *Business and Human Rights: A Guidebook for National Human Rights Institutions*, Ginebra, ICC-DIHR.
- GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique. 2019. *Cultura y práctica empresarial de respeto a los derechos humanos*, México, CNDH.
- NOLAN, Justine. 2013. "The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: Soft Law or not Law?", en DEVA, Surya y BILCHITZ, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect*, Cambridge, Cambridge University Press.
- O'BRIEN, Claire Methven. 2018. "The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal", *Business and Human Rights Journal*, vol. 3(1).
- RIVADENEIRA SILVA, Ramiro. 2017. "La experiencia y retos para las instituciones nacionales de derechos humanos latinoamericanas en torno a la protección de los derechos humanos frente a actividades empresariales", en CANTÚ RIVERA, Humberto (coord.), *Derechos humanos y empresas: Reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH.

- RUGGIE, John Gerard. 2013. *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W. W. Norton.
- STAVRINAKI, Tina. 2016. *Le régime des procédures de communications individuelles dans le système des traités des Nations Unies*, París, Pedone.

VOLUNTAD PROCREACIONAL: PRESUPUESTO PARA LA FILIACIÓN DERIVADA DE PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL CONTEXTO MEXICANO*

PROCREATIONAL WILL: A REQUIREMENT FOR LEGAL PARENTAGE IN HUMAN ASSISTED REPRODUCTION IN THE MEXICAN CONTEXT

Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ**

RESUMEN: El artículo expone la situación de la reproducción humana asistida en países latinoamericanos y en México, así como la regulación de la filiación derivada de estos procedimientos en el contexto mexicano y la importancia de la voluntad procreacional para determinar la filiación. Finalmente, destaca algunas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, en torno al tema.

Palabras clave: reproducción humana asistida, gestación subrogada, filiación y voluntad procreacional.

ABSTRACT: *The article exposes the situation of assisted reproduction in Latin American countries and in Mexico; regulation of filiation derived from these procedures in the Mexican context and the importance of procreational will as a requirement for legal parentage in assisted reproduction. Finally, it highlights some resolutions on the subject of the Inter-American Court of Human Rights and the Mexican Supreme Court.*

Keywords: *Human Assisted Reproduction, Surrogacy, Filiation and Procreational Will.*

* Artículo recibido el 22 de noviembre de 2019 y aceptado para su publicación el 5 de diciembre de 2019.

** ORCID: 0000-0002-7549-3220, doctoranda en la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Madrid, España. Correo electrónico: esparzaveronica@hotmail.com.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Primera parte. Reproducción humana asistida en América Latina*. III. *Situación actual en México*. IV. *Legislación aplicable a la reproducción humana asistida en México*. V. *Segunda parte. Regulación de la filiación en casos de reproducción humana asistida y gestación subrogada en México*. VI. *Voluntad procreacional*. VII. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. VIII. *Jurisprudencia en México*. IX. *Conclusión*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se ha dividido en dos partes. La primera, refiere a la situación que prevalece en los países latinoamericanos que han regulado la reproducción humana asistida (en adelante RHA), así como el estado de la cuestión de esta práctica y la regulación en México. La segunda parte aborda aspectos sobre la regulación de la filiación en casos de RHA en los códigos civiles y familiares de la República mexicana; los casos resueltos en torno al tema por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en México.

Los avances en el campo de la RHA y la expansión de centros donde se realizan estos procedimientos, hacen necesario contar con un marco normativo que regule de manera integral su práctica. En México, pese a que desde hace décadas miles de personas recurren a estos procedimientos, no se cuenta con una regulación que norme, a nivel nacional, los aspectos generales sobre la provisión de este tipo de servicios, como una forma de proteger los derechos de las partes que intervienen.

El uso de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) también demanda cambios en las normativas a nivel local, relativas a la filiación, debido a que estos avances amplían las opciones de reproducción y cuestionan las nociones tradicionales de paternidad, maternidad y, en general, de las relaciones familiares. En este tipo procedimientos, sobre todo en los que intervienen donantes de gametos y embriones, la voluntad de querer asumir la paternidad y/o maternidad adquiere relevancia para determinar la filiación de las personas que nacen a partir de éstos.

La ausencia de un marco normativo completo y adecuado ha provocado que conflictos generados, principalmente por estas lagunas legales, sean resueltos por la vía judicial. En México, la SCJN se ha pronunciado en algunos conflictos en torno a procedimientos de RHA, resoluciones

en las que ha resaltado la importancia de la voluntad procreacional para determinar la filiación en estos casos.

II. PRIMERA PARTE. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN AMÉRICA LATINA

Desde que en 1978 naciera en el Reino Unido la primera niña concebida por fecundación *in vitro* (Kamel 2013), las TRHA¹ posibilitan el nacimiento de miles de niños y niñas al año en todo el mundo. De acuerdo con cifras publicadas por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED LARA) de 1990 a 2012,² en América Latina nacieron 12'824,534 niños con ayuda de alguna TRHA.³

El desarrollo de las TRHA, aunado a la disposición de las personas a donar sus gametos y embriones para el tratamiento de otros, ha hecho posible que muchas personas puedan tener descendencia.⁴ En Estados Uni-

¹ Assisted reproductive technology (ART). Interventions that include the in vitro handling of both human oocytes and sperm or of embryos for the purpose of reproduction. This includes, but is not limited to, IVF and embryo transfer ET, intracytoplasmic sperm injection ICSI, embryo biopsy, preimplantation genetic testing PGT, assisted hatching, gamete intrafallopian transfer GIFT, zygote intrafallopian transfer, gamete and embryo cryopreservation, semen, oocyte and embryo donation, and gestational carrier cycles. Thus, ART does not, and ART-only registries do not, include assisted insemination using sperm from either a woman's partner or a sperm donor (Zegers-Hochschild 2017). /

² La Red Lara recolecta, analiza y publica información sobre procedimientos de RHA realizados en los centros latinoamericanos afiliados a la Red. "Estado actual de la eproducción asistida en América Latina y el mundo", disponible en: http://redlara.com/PDF_RED/Situacao_atual_REDLARA_no_mundo.pdf.

³ Los países en donde se registró el mayor número de nacimientos fueron: Brasil (56,674); Argentina (26,085) y México (17,238). En otros países de Latinoamérica: Chile (6,579); Colombia (5,191); Perú (4927); Venezuela (4802); Ecuador (1191); Uruguay (1258); Guatemala (331); Bolivia (384), Panamá (214); República Dominicana (97); Nicaragua (74); Paraguay (12), y Costa Rica (15). Red Lara, "Estado actual de la reproducción asistida en América Latina y el mundo" (2012).

⁴ El uso de TRHA da respuesta, originalmente, a un problema médico —infertilidad o esterilidad—, en la actualidad esta concepción sería limitada. Muchas personas recurren a la RHA para tener descendencia sin, necesariamente, tener un problema de salud; por ejemplo, las personas sin pareja o parejas del mismo sexo. La Organización Mundial de la Salud (OMS) define, desde 2009, infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo determinada como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas. En 2017, el término "infertilidad" se

dos, en los últimos veinte años los nacimientos por donaciones de gametos aumentaron de 30,000 a 60,000.⁵ La expansión de centros en donde se realizan TRHA revela la existencia de un mercado global;⁶ pese a ello, muchos países no tienen un marco normativo específico que regule los aspectos relacionados con la RHA (Vidal s.d.).

En América Latina (Andorno 2009), hasta el momento, Argentina (Ley argentina 26.862)⁷ y Uruguay (Ley uruguaya 19.167)⁸ han regulado sobre la materia; ambas leyes se sancionaron en 2013.⁹ Brasil, si bien no tiene una ley que regule de manera integral las TRHA, cuenta con un acuerdo administrativo (Resolución CFM 1.957-2010, 2011), emitido por el Consejo Federal de Medicina, que contiene normas éticas para el uso de procedimientos de RHA.

Por otra parte, en 1995 Costa Rica reguló la práctica de la RHA; meses después, se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo 24029-S. La argumentación del recurso se basó, fundamentalmente, en que era violatorio del derecho a la vida, porque a través de la fecundación *in vitro* son desechados embriones (Suárez 2015). Costa Rica es el único país en el mundo en el que se prohibió, en concreto, la

modificó, y el Glosario Internacional en Infertilidad y Cuidado de la Fertilidad la define como “Una enfermedad caracterizada por la imposibilidad de establecer un embarazo clínico después de 12 meses de relaciones sexuales regulares sin protección o debido a un deterioro de la capacidad de una persona para reproducirse como individuo o con su pareja. Las intervenciones de fertilidad pueden iniciarse en menos de un año según los antecedentes médicos, sexuales y reproductivos, la edad, los hallazgos físicos y las pruebas de diagnóstico. La infertilidad es una enfermedad que genera discapacidad como un deterioro de la función”. Esta definición es más amplia y reconoce, entre otros aspectos, que el hecho de no lograr un embarazo no siempre es el resultado de una enfermedad; por ejemplo: personas que desean tener hijos en solitario o parejas del mismo sexo.

⁵ Estas cifras son estimaciones debido al limitado sistema de registros. Nahata, L. *et al.* (2017).

⁶ En 2016 la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad, de forma conjunta con la OMS, reportó en América Latina 391 centros; Brasil (180); Argentina (60), y México (48) (International Federation of Fertility Societies 2017).

⁷ La ley nacional beneficia a cualquier adulto, sin contemplar si es infértil, su edad o estado civil. Un análisis de esta normativa puede verse en Herrera y Lamm (2013).

⁸ Dice la ley que pueden beneficiarse todas las personas en la medida en que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil.

⁹ Sobre la regulación de TRHA en Argentina y Uruguay véase Esparza y Cano (2018).

práctica de la fertilización *in vitro*.¹⁰ Este decreto fue impugnado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (Sentencia 2000-02306 2000), instancia que declaró su inconstitucionalidad.

Por este fallo de la Corte Suprema de Costa Rica, varias parejas afectadas llevaron el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH);¹¹ esta instancia reconoció que la determinación vulneraba diversos derechos, y dirigió recomendaciones a ese Estado, las cuales no fueron atendidas. Por esta inobservancia, el caso se turnó a la Corte IDH, que en 2012 emitió la sentencia sobre el caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *in vitro*”) vs. *Costa Rica*, en la que declaró la responsabilidad del Estado y ordenó levantar la prohibición de la fertilización *in vitro* y regular la aplicación de las TRHA (Brena 2016 y 2019).

Tras varios intentos fallidos por parte del Poder Legislativo del Estado¹² para regular los procedimientos de RHA, el Poder Ejecutivo emitió el decreto 39210-MP-S, “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria”, que entró en vigor el 11 de septiembre de 2015. Este decreto fue impugnado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Estado, instancia que ordenó su suspensión y posterior anulación. Ante esta situación, la Corte IDH resolvió que se mantuviera la vigencia de este decreto, sin perjuicio de que el órgano legislativo emitiera alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

III. SITUACIÓN ACTUAL EN MÉXICO

En México, la expansión de los centros en los que se practican procedimientos de RHA y el elevado número de niños que han sido concebidos con

¹⁰ Sobre el marco regulatorio en Costa Rica véase Esparza y Cano (2018) y Brena (2019). La práctica de la fertilización *in vitro* sólo se ha prohibido en este país; sin embargo, la gestación subrogada está expresamente prohibida en varios países. Sobre el marco regulatorio en esos Estados véase González (próxima publicación).

¹¹ Sobre la resolución de la CIDH, véase Brena (2012).

¹² Sobre las diversas iniciativas presentadas en el seno de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, así como las distintas posturas imperantes en ese Estado, véase Brena (2019).

ayuda de éstos¹³ revela la existencia de una realidad; cada día más personas recurren a TRHA para tener hijos. A pesar de lo anterior, hasta este momento no se cuenta con una regulación en la materia que norme los aspectos generales del acceso y provisión de estos servicios. Debido a la ausencia de reglas claras, los responsables de las clínicas públicas y privadas operan con base en criterios propios, normas académicas o lineamientos emitidos en consenso por expertos en la materia, cuestión que, independientemente del profesionalismo y calidad en la atención médica y científica, deja a los usuarios en situación de vulnerabilidad e incertidumbre jurídica.

La emisión de la normatividad aplicable a los servicios de salud, específicamente respecto a los procedimientos de RHA, es competencia federal y, con fundamento en el artículo 73 constitucional, corresponde a la Ley General de Salud (LGS) establecer las bases para su regulación. A pesar de que en México desde hace décadas miles de personas recurren a estos procedimientos por diversas razones (motivos médicos, ser parejas del mismo sexo o personas solteras, entre otros), hasta este momento no existe una normativa federal vigente que los regule.

En México, por disposición de ley, los establecimientos en los que se practican procedimientos de RHA deben contar con una licencia sanitaria expedida por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris).¹⁴ Hasta enero de 2019 la Cofepris tenía registradas a nivel nacional 107 clínicas, hospitales y/o establecimientos autorizados.¹⁵ También compete a esta Comisión vigilar que estos establecimientos cumplan con diversas disposiciones sanitarias: por ejemplo, cuenten con licencia sanitaria, exista un responsable sanitario, cédula profesional con especialidad del médico responsable, e infraestructura adecuada (Reglamento de la Cofepris, artículo 15).¹⁶ De enero de 2012 a marzo de 2019, la Co-

¹³ A pesar de que no existen datos oficiales al respecto, de acuerdo con el último reporte de la Red Lara, entre 1999 y 2012 nacieron 17,238 niños y niñas en México con ayuda de alguna TRHA.

¹⁴ Sobre la naturaleza jurídica, estructura orgánica, atribuciones y funciones de la Cofepris, véase Cano (2014).

¹⁵ Solicitud de información pública, Sistema Infomex, folio 121510029118.

¹⁶ Dice que corresponde a la Comisión de Operación Sanitaria: III. Realizar visitas de evaluación, verificación y supervisión de la actuación de terceros autorizados y emitir el dictamen correspondiente; IV. Realizar según corresponda, las evaluaciones, verificaciones y supervisiones sanitarias, emitir el dictamen correspondiente y sustanciar en su caso, el procedimiento respectivo por el incumplimiento de las disposiciones de la Ley,

fepris realizó 47 visitas a establecimientos en los que se practican TRHA y/o funcionan como bancos de células germinales; como resultado de esas visitas, suspendió la licencia a diez establecimientos.¹⁷

Si bien las acciones que realiza la Cofepris para la expedición de licencias y visitas de verificación son fundamentales para dar seguridad a los usuarios, éstas resultan insuficientes. De aprobarse un marco regulatorio, deberá considerarse el que estos centros informen con cierta periodicidad a la autoridad sanitaria correspondiente, sobre su actividad, número de procedimientos realizados, tasas de éxito, número de embriones supernumerarios¹⁸ y cualquier otro dato que sea necesario para evaluar su actuación, así como para contar con datos reales sobre la situación de la RHA en México.

IV. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN MÉXICO

A pesar de que la primera iniciativa en la materia se presentó en el seno del Poder Legislativo en 1999 (González 2016; Olavarría 2018), a la fecha ningún proyecto ha sido aprobado.¹⁹ En este epígrafe se hará referencia al marco normativo actualmente aplicable a estos procedimientos en México.

1. *A nivel constitucional*

El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) establece que todas las personas tienen el de-

sus reglamentos y demás disposiciones administrativas de carácter general; V. Aplicar las medidas de seguridad y las sanciones que procedan, así como vigilar su cumplimiento, de conformidad con lo previsto por la Ley, el presente Reglamento y demás disposiciones aplicables.

¹⁷ Sistema Infomex, folios 1215199572516 y 1215101029118, Recurso de Revisión RRA 1625/19.

¹⁸ También llamados “embriones sobrantes” o “embriones abandonados”, son aquellos que no serán transferidos a un útero por diversos motivos. Sobre posibles destinos de estos embriones véase Álvarez (2007).

¹⁹ Algunas de las iniciativas que se han presentado en el Poder Legislativo —ambas cámaras— pueden consultarse en: Grupo de Información en Reproducción Elegida (2013, 168 y 169; en adelante, GIRE; GIRE 2015, 226-228 y Comisión Nacional de Bioética 2013).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 47-80.

recho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. En esta disposición no se hace distinción entre reproducción consecuencia de un proceso natural o si para lograrla se puede recurrir a TRHA. Por ello, consideramos que el derecho es el mismo, en ambos supuestos; sin embargo, la forma en que podrá ejercitarse es distinta.

El mismo artículo 4o. constitucional, párrafo tercero, expresa: “Toda persona tiene derecho a la protección de su salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud”. Toda vez que la infertilidad constituye un tema de salud, corresponde al Estado atenderla e implementar una política pública integral para abordarla.

Por otra parte, el artículo 1o. constitucional establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no se podrá restringir ni suspender, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece.

El párrafo cuarto del artículo 1o. expresa:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En consecuencia, el derecho a procrear, por vía natural o mediante RHA, no podría limitarse, por ejemplo: a personas solteras, parejas del mismo sexo, o por cualquier otra razón que, sin justificación, anule o afecte derechos y libertades.

2. *Regulación en materia sanitaria*

La LGS define las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. Esta Ley regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana (artículo 68).

Por su parte, el Reglamento de la Ley General en Materia de Investigación para la Salud incluye algunos aspectos relativos a la RHA. Primero, define a la *fertilización asistida* como aquella en que la inseminación es artificial —homóloga o heteróloga—,²⁰ e incluye la fertilización *in vitro*. Segundo, prevé que para la práctica de una fertilización asistida debe obtenerse una carta de consentimiento informado, suscrito por la mujer y su cónyuge o concubinario. Este consentimiento por parte del cónyuge o concubinario sólo se podrá dispensar en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer, o bien cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido (artículo 43).

La exigencia del consentimiento del cónyuge o concubino, de la mujer que se someterá a un procedimiento de RHA, ha sido un aspecto discutible para algunos autores, por constituir una limitación a la libertad de la mujer para ejercer su derecho a la reproducción (Gómez 1994), postura con la que se coincide. Lo dispuesto en el artículo 43 del citado Reglamento, sobre la necesidad de contar con el consentimiento expreso por parte del marido o concubino de la mujer —casi de manera inexcusable—, constituye una previsión que limita la libertad de la mujer y sus derechos reproductivos sin justificación razonable, condicionando su libertad procreativa a esta autorización marital. En ningún caso podría justificarse la intromisión de los cónyuges o concubinos sobre la capacidad reproductiva del otro.

Si bien el fin del artículo del Reglamento de la Ley General en Materia de Investigación para la Salud puede ser el incorporar la presunción de filiación matrimonial a los hijos nacidos producto de estos procedimientos, la redacción de este artículo es errónea y violatoria de derechos humanos. De ningún modo este consentimiento se debe entender como autorización a la mujer para someterse a un procedimiento de RHA. En todo caso, el consentimiento del cónyuge o concubino debe considerarse como una manifestación de la voluntad para adquirir responsabilidades parentales con el niño o niña que nacerá. Si no existiera esta manifestación de voluntad por parte del cónyuge o concubino, éste podría impugnar la pa-

²⁰ El Reglamento de la Ley General en Materia de Investigación para la Salud no define los términos “homóloga” y “heteróloga”. Entendemos por procedimientos homólogos aquellos realizados con gametos provenientes de la pareja, y heterólogos, en los que se utiliza material genético de un tercero, ajeno al proyecto parental.

ternidad para no asumir las obligaciones parentales, sin que ello impida que esos niños puedan requerir información sobre su origen genético y biológico, en aras de garantizar su derecho a la identidad, y tampoco que esto implique determinación legal de la filiación.²¹

El mismo Reglamento establece que la investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad²² que no se puedan resolver de otra manera (artículo 56). En los términos en que está redactado este precepto, las personas que no acrediten tener un problema médico de fertilidad tampoco podrán acceder a los procedimientos de RHA. Esta disposición excluye a personas solteras o parejas del mismo sexo que desean tener descendencia, a través de TRHA, situación que es discriminatoria por razón de estado civil y/o preferencias sexuales.

V. SEGUNDA PARTE. REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN EN CASOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

El artículo 124 de la CPEUM establece el mecanismo de distribución de competencias legislativas; todas aquellas facultades que no están expresamente concedidas al Poder Legislativo federal, están reservadas para los congresos estatales. Una de las materias que se encuentra dentro la competencia local es la civil y familiar. En consecuencia, los aspectos relativos a filiación, determinación de la paternidad y maternidad son temas cuya competencia corresponde a los congresos locales.

El uso de TRHA demanda cambios en la normativa relativa a la filiación, debido a que amplía las opciones de reproducción y cuestiona las nociones tradicionales de paternidad, maternidad, embarazo, así como también la del parto.

²¹ Sobre el derecho a la identidad de las personas nacidas por TRHA véase Esparza (2019).

²² A pesar de que es frecuente que se utilicen los términos de “esterilidad” e “infertilidad” como sinónimos, es oportuno precisar que el primero se refiere a aquella situación en la cual una persona no consigue una gestación que llegue a término por ningún medio, tras mantener relaciones sexuales sin el uso de anticonceptivos, durante al menos un año sin éxito. Por su parte, la infertilidad es aquella situación en la que se consigue la gestación, pero no se logra llevarla a término, por un proceso concreto.

Algunas entidades federativas han incorporado en sus códigos civiles y/o familiares aspectos vinculados con los procedimientos de RHA, generalmente temas como la filiación de las personas que nacen con ayuda de esos avances científicos y la investigación de la paternidad y/o maternidad en estos casos. Los estados que han regulado sobre estos aspectos son: Ciudad de México, Coahuila, Colima, Estado de México, Jalisco, Michoacán, Puebla, Querétaro, Sonora, Sinaloa, San Luis Potosí, Tabasco y Zacatecas.²³

No se hará un análisis a profundidad sobre la regulación en estas entidades federativas; únicamente se hablará de los aspectos relacionados con el reconocimiento y determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante alguna TRHA.

1. *Regulación de la reproducción humana asistida*

A. *Ciudad de México (antes Distrito Federal)*

El Código Civil para el Distrito Federal dispone en el artículo 162, segundo párrafo, que los cónyuges pueden emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia, y quien haya otorgado consentimiento expreso para su realización no podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge, en términos de lo dispuesto por el artículo 326, segundo párrafo, del mismo Código.

También hace referencia al consentimiento en el capítulo del parentesco (Código Civil para el Distrito Federal, artículo 293), al establecer que entre los hijos producto de una TRHA y de quienes la hayan consentido existe parentesco por consanguinidad y para evitar cualquier controversia en el futuro sobre los derechos derivados de la filiación, se establece que no existe ninguna distinción, independientemente de cuál haya sido su origen (Código Civil para el Distrito Federal, artículo 338 bis).

B. *Coahuila*

En la Ley de Familia de Coahuila se reconoce que existe parentesco por consanguinidad entre la hija o hijo producto del uso de TRHA y

²³ En el resto del país las legislaciones civiles y/o familiares han sido omisas en incorporar aspectos relativos a la regulación de la filiación de los niños y niñas nacidos a partir de TRHA.

quien la emplea, o sólo la mujer que haya procurado el nacimiento. Agrega que la donación de gametos no genera parentesco entre el hijo o hija y el donante (Ley de Familia de Coahuila, artículos 268, 319, 374 y 366 al 374).

Previo al inicio del tratamiento, las personas deberán dar su consentimiento en escritura pública otorgada ante notario público. Quien haya dado su consentimiento no podrá impugnar la filiación. También permite a la persona investigar sobre su origen biológico; pero tratándose de fecundación asistida heteróloga, no se establecerá ningún lazo filiatorio entre la hija o hijo y el donante de los gametos.

C. *Estado de México*

El Código Civil del Estado de México establece que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido mediante este método de reproducción (Código Civil del Estado de México, artículos 4.16, 4.112, 4.113, 4.114, 4.115 y 4.116). Resulta preocupante el contenido de estas disposiciones, porque desconocen la capacidad de agencia de las mujeres para tomar decisiones relacionadas con su reproducción y planificación familiar. Primero, se le condiciona el acceso a la conformidad de su cónyuge; segundo, se le niega la posibilidad de dar en adopción al niño o niña que nazca. Es probable que la intención del legislador fuera evitar que se realicen acuerdos de gestación subrogada; sin embargo, estas disposiciones vulneran y restringen los derechos reproductivos de las mujeres.

D. *Jalisco*

El Código Civil de Jalisco establece que se presumen hijos de matrimonio los nacidos producto de fecundación asistida con semen del marido (Código Civil de Jalisco, artículos 456 y 457). Es decir, sólo se admiten los procedimientos de RHA homólogos y entre cónyuges.

E. *Michoacán*

En Michoacán, el Código Familiar prevé que los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, así como emplear cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia (Código Familiar de Michoacán, artículos 149 y 327). Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges. El artículo 327 de este Código reconoce la generación de parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y quienes la consientan.

Este ordenamiento es a todas luces inconstitucional, puesto que hace referencia a decisiones reproductivas asumidas solamente por cónyuges (de común acuerdo); es decir, limita el acceso a personas unidas en matrimonio.

F. *Puebla*

El Código Civil de Puebla establece que existe parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores (Código Civil de Puebla, artículo 477 bis).

G. *San Luis Potosí*

El Código Familiar de San Luis Potosí establece que los cónyuges, de común acuerdo, ejercerán el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijas o hijos, y podrán utilizar los métodos de fecundación artificial o asistida, y de esterilización, temporal o permanente (artículo 28). Pese a que en esta disposición se excluye a las personas unidas en concubinato o a las que sin pareja desean tener hijos a través de la RHA, más adelante prevé que pueden ser destinatarios de TRHA las personas unidas en matrimonio o concubinato, pero sólo aquellas que acrediten ser estériles o infértiles podrán recurrir a gametos donados, cuando se compruebe que no existe otra opción.

Este ordenamiento cuenta con un capítulo relativo a la filiación resultante de la “Fecundación Humana Asistida” (artículos 236-246). Este apartado comienza por definir lo que debe entenderse por RHA, cuáles son las técnicas que se pueden practicar, qué debe entenderse por inseminación homóloga y heteróloga (artículos 236-239). Lo dispuesto en estos artículos constituye una invasión de competencias, toda vez que son aspectos que deben estar previstos en la LGS, en términos el artículo 3o. de este ordenamiento legal.

El Código Familiar establece que tratándose de procedimientos con gametos donados no se establecerá ningún lazo de filiación entre el niño o niña y las personas que participaron como donantes (artículo 242). Por su parte, la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, con relación a la madre, resulta del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una resolución judicial que declare la paternidad. También se consideran hijas o hijos del matrimonio los concebidos mediante prácticas de RHA, realizadas con el consentimiento del marido, quien para tal efecto deberá otorgarlo por escrito, con las formalidades de ley.

Quien haya dado su consentimiento para la práctica de una TRHA no podrá impugnar la filiación que de ésta resulte, a no ser que la petición se base en que el hijo o hija concebido no fue producto del tratamiento. La RHA llevada a cabo en la madre con autorización del cónyuge se equipara a la cohabitación para los efectos de la filiación y la paternidad, independientemente de que el material genético pertenezca a un tercero en su carácter de donador.

H. Sonora

El Código Familiar de Sonora establece que existe parentesco voluntario cuando el nacimiento sea mediante TRHA con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos (artículos 206-208). Además, cuando se recurra a TRHA heterólogas, los que consintieron voluntariamente el uso de gametos de terceros serán considerados padres biológicos del niño o niña que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. Esta autorización podrá hacerse ante el director de la clínica o centro hospitalario, ante notario público o por acuerdo privado suscrito ante testigos. El hijo podrá solicitar, al llegar a

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 47-80.

su mayoría de edad, informes sobre el progenitor biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.²⁴

En consecuencia, si las partes consintieron recurrir a un procedimiento asistido con gametos donados, no se puede impugnar posteriormente alegando no ser quien aportó el material genético; o sea, el vínculo filial queda determinado por el consentimiento previamente prestado con prescindencia del elemento genético o biológico.

I. *Zacatecas*

Existe parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la RHA y los cónyuges o concubinos que hubieran procurado el nacimiento (Código Familiar de Zacatecas, artículo 246).

2. *Filiación en casos de gestación subrogada*

Hasta este momento, la gestación subrogada en México ha sido regulada únicamente en dos estados: Tabasco y Sinaloa.²⁵ No se hará un análisis exhaustivo sobre los aspectos normados en torno a la gestación subrogada en estas entidades, sólo sobre lo relativo a la determinación de la filiación de niños y niñas nacidos producto de TRHA y por un acuerdo de gestación subrogada.

A. *Tabasco*

En 1997, Tabasco introdujo una regulación mínima sobre gestación subrogada en su Código Civil. De hecho, se limitaba a definir la figura en el artículo 92, y establecer la posibilidad del registro de menores nacidos

²⁴ Si bien el ordenamiento avanza en el sentido de abrir la posibilidad de que el hijo o hija pueda solicitar información sobre los donantes, la ausencia de normativa en la materia que obligue a los responsables de bancos o clínicas a conservar la información y la falta de registros de donantes pueden generar que los interesados se enfrenten a la situación de que la clínica no cuente con la información del donante o que ésta no siga operando, en cuyo caso sería materialmente imposible ejercer tal derecho (Esparza 2019).

²⁵ Sobre diversos aspectos de la regulación de la gestación subrogada en México se sugiere consultar: Albornoz (próxima publicación) y GIRE (2017).

a partir de estos acuerdos, siempre y cuando las partes acudieran al registro civil con el certificado de nacimiento y un contrato notariado. El 13 de enero de 2016 se aprobó una reforma a dicha legislación. La reforma, aunque presenta algunos aspectos positivos,²⁶ contiene disposiciones que invaden competencias,²⁷ son discriminatorias²⁸ y otras generan inseguridad jurídica.²⁹

De entrada, por definición, la normativa se refiere a la existencia de una madre y un padre contratantes, lo que excluye implícitamente a personas solteras y parejas del mismo sexo de acceder a estos acuerdos y, por lo tanto, es discriminatoria por razón de estado civil y orientación sexual.

Con relación a la forma en que se determinará la filiación de los niños y niñas nacidos por medio de la RHA, en concreto, por medio de un contrato de gestación subrogada, el Código Civil es poco claro y contiene disposiciones contradictorias, situación que genera una colisión normativa.³⁰

En principio, el artículo 321 del Código Civil establece que la filiación resulta de las presunciones legales, del nacimiento, de la adopción o por virtud de una sentencia ejecutoriada que la declare. Sin embargo, otros artículos del mismo ordenamiento hacen referencia a formalidades necesarias para generar un vínculo filial entre padres intencionales y el niño o niña que ha nacido. Así, el artículo 380 bis 5 establece que para que el juez decrete la filiación es necesario suscribir el contrato de gestación subrogada ante notario público; renuncia de la gestante y, en su caso, de

²⁶ Resulta favorable que se establezca la obligación de cubrir los gastos médicos derivados del embarazo, parto y puerperio y contratar un seguro de gastos médicos para la mujer gestante; la responsabilidad tanto de la oficina del Registro Civil como de la Secretaría de Salud de Tabasco de registrar los acuerdos y los nacimientos por gestación subrogada, así como la obligación de que un juez vigile y apruebe el contenido del contrato (GIRE 2017).

²⁷ Define conceptos como RHA; establece el límite de embriones que podrán transferirse, aspectos que deben estar regulados en la LGS (GIRE 2017).

²⁸ Restricciones en cuanto a quiénes pueden acceder a los acuerdos de gestación subrogada, y que son discriminatorias, por ejemplo: sólo parejas heterosexuales (GIRE 2017).

²⁹ Disposiciones ambiguas que se prestan para dejar a las partes en una situación de inseguridad jurídica (GIRE 2017). La reforma contempla varias razones de nulidad de los contratos de gestación subrogada; sin embargo, no establece con claridad qué implica. Estas disposiciones ambiguas generan incertidumbre para las partes que intervienen.

³⁰ Será el juzgador el responsable de hacer una interpretación jurídica, con el propósito de evitarla o disolverla (tesis I.4o.C.220 C). /

su cónyuge o concubino, a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido; aprobación del contrato por una autoridad judicial y el reconocimiento del parentesco mediante un procedimiento judicial contencioso.

Pareciera que los requisitos referidos en el párrafo anterior son los determinantes para atribuir la filiación en estos casos; sin embargo, el artículo 380 bis 6 establece que el asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por juez competente, en los términos del Código Civil (artículo 399),³¹ numeral que establece otros requisitos para que sea aprobado.

Ahora bien, el artículo 92, párrafo tercero, del Código Civil, establece que en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. El último párrafo de este artículo establece que

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

³¹ Artículo 399. Requisitos.

Para que la adopción plena tenga lugar se requiere:

I. Que los adoptantes sean un varón y una mujer casados entre sí o que vivan públicamente como marido y mujer, sin tener ningún impedimento para contraer matrimonio entre sí;

II. Los adoptantes deben tener como mínimo cinco años de vivir como marido y mujer (F. de E., P. O. 22 de noviembre de 1997).

III. Que el menor a adoptar no tenga más de cinco años de edad, se trate de un niño abandonado o de padres desconocidos, sea pupilo en casa de cuna o instituciones similares, o sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización *in vitro* con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción;

IV. Que los adoptantes tengan medios bastantes para proveer a la formación y educación integral del adoptado; y

V. La adopción debe fundarse sobre justos motivos y presentar siempre ventajas para el adoptado.

El último párrafo del artículo 92 prevé que

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

Ahora bien, el artículo 347 respecto de la filiación paterna establece que:

La filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia. Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató. La filiación de los hijos también se podrá acreditar a través de la prueba biológica molecular de la caracterización del ácido desoxirribonucleico de sus células en el juicio contradictorio.

La determinación de la filiación en este artículo resulta ser una presunción legal y en el último párrafo también admite que la filiación se acredite a través de una prueba de ADN, medio de prueba que resultaría irrelevante para aquellos casos en que se recurra a donantes de gametos.

En conclusión, las disposiciones relativas a la determinación de la filiación de los niños y niñas nacidas por medio de procedimientos de RHA y, en particular, por acuerdos de gestación subrogada, son contradictorias y confusas, situación que genera incertidumbre jurídica para las partes, sobre todo para los niños y niñas que pueden verse afectados por la falta o demora en el reconocimiento del vínculo filial, y con ello de los derechos y obligaciones que se generan con éste.

B. Sinaloa

Con relación al acceso a procedimientos de RHA, el artículo 68 del Código Familiar establece que los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida,³² para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

En esta entidad federativa, la figura de la gestación subrogada³³ se introdujo en 2013 en el Código Familiar (artículos 282-297), y se define como la práctica médica a través de la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Este ordenamiento prevé que sólo podrán celebrar acuerdos de gestación subrogada las parejas heterosexuales (artículo 287); además, es requisito que la madre intencional esté imposibilitada físicamente o exista contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero (artículo 283).

El artículo 240 de este ordenamiento prevé que la filiación puede tener lugar por consanguinidad o por adopción. La filiación consanguínea es el vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el solo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida consentida, con material genético de ambos padres. Es decir, en este tipo de filiación no se prevén los procedimientos de RHA con gametos provenientes de donantes.

³² El Código Familiar del Estado de Sinaloa define la RHA en su artículo 282 como “Las prácticas clínicas y biológicas, para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos; además de la reproducción de cigotos y embriones que permita la procreación fuera del proceso natural de la pareja infértil o estéril”. Este aspecto debe estar previsto en la LGS y no en el Código Familiar del estado.

³³ En el artículo 284 del Código en cita se enuncian las modalidades de la gestación sustituta que tienen aplicabilidad en el estado, como la subrogación total, la subrogación parcial, la subrogación onerosa y la subrogación altruista.

A pesar de que la disposición señalada en el párrafo que antecede prevé que la filiación por consanguinidad se produce sólo cuando el material genético proviene de ambos padres; otros artículos del mismo código familiar establecen diversos aspectos contradictorios con esta disposición. Así, el artículo 198 prevé que existe parentesco por consanguinidad, entre el hijo o hija producto de reproducción asistida entre el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo resultado de la reproducción asistida. La redacción de este artículo, al contrario de lo dispuesto en el artículo 240, prevé que hay parentesco por consanguinidad aunque el material genético no haya sido provisto por ambos padres.

El artículo 287 establece, entre otros requisitos, que el instrumento sea suscrito por parte de la madre y el padre intencionales, así como por la mujer gestante, intérprete —si fuera necesario—, el notario público y el director de la clínica o centro hospitalario, así como los datos referentes al lugar, año, mes, día y hora en que se otorga. Tal como lo prevé el artículo 293, este instrumento deberá ser notificado a la Secretaría de Salud para sus efectos, y al oficial del Registro Civil, a fin de que el niño sea contemplado en su filiación como hijo de la madre y padre o madre intencionales.

En contraste con estos dos estados, Querétaro³⁴ y San Luis Potosí³⁵ han incluido artículos en su Código Civil y Familiar, respectivamente, que desconocen explícitamente cualquier acuerdo de gestación subrogada. Es decir, establecen que siempre se presumirá la maternidad de la mujer gestante, y que no se podrá hacer válido ningún acuerdo que diga lo contrario.³⁶ En el resto del país, la práctica de la gestación subrogada permanece desregulada.

³⁴ Código Civil de Querétaro, artículo 400. “Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión”.

³⁵ Código Familiar de San Luis Potosí. “Artículo 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera”.

³⁶ El 15 de diciembre de 2015 se publicó en el periódico oficial la reforma que derogó el artículo 491 del Código Civil para el Estado de Coahuila, que establecía lo siguiente: “El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el

VI. VOLUNTAD PROCREACIONAL

Generalmente, cuando las personas, en pareja o en solitario, recurren a TRHA lo hacen para no renunciar a tener descendencia con la que estén genéticamente vinculados. Sin embargo, el elemento genético no debe ser, en todos los casos, el que determina la filiación, sino el volitivo. Es decir, la voluntad de querer llevar adelante un proyecto parental, de manera individual o en pareja (Iturburu *et al.* 2017).

Como ya hemos precisado, las TRHA pueden practicarse con gametos provenientes de la pareja o de terceros. En los casos de TRHA heterólogas, la identidad genética corresponderá al donante —gametos femeninos, masculinos y/o embriones— y la identidad volitiva la asumirán la o las personas que no aportaron sus gametos, pero desean admitir la paternidad y/o maternidad. Por ejemplo, una pareja heterosexual que recurre a una TRHA con gametos masculinos de un donante; en este caso, el niño o niña que nacerá no tendrá vínculo genético con el hombre en esta pareja; sin embargo, al manifestar su voluntad para procrearlo asume su filiación con ese niño o niña, y con ésta las obligaciones parentales que se generan, y no podrá impugnar su paternidad alegando que no los une vínculo genético, porque es la voluntad procreacional, debidamente prestada, la que determina ese parentesco.

En la procreación con ayuda de avances científicos, la voluntad procreacional adquiere suma importancia en la filiación, de modo que cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y la voluntad, se debe dar preponderancia a la voluntad. Es decir, debe prevalecer la paternidad o maternidad consentida por sobre la genética. Se está frente a lo que algunos autores consideran nuevas realidades, que importan una “desbiologización y/o desgenetización de la filiación”, y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos, y se comenzó a hablar de “voluntad procreacional” (Lamm 2015, 81). Esta manifestación de voluntad debe entenderse como la expresión de una persona que de manera libre y consentida asume las consecuencias de un acto, como sucede por ejemplo en la voluntad en casos de adopción (Guzmán y Valdés 2017).

material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó”. Por lo que a partir de 2015 Coahuila forma parte de los estados en los que la gestación subrogada no está regulada.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 47-80.

En México, debido a la falta una regulación específica en cuanto a la forma en cómo debe expresarse esa voluntad, y, por tanto, otorgar el consentimiento para iniciar un proceso de RHA heterólogo, se puede recurrir a preceptos generales; en el caso particular, el artículo 1803 del Código Civil federal establece que la voluntad puede otorgarse de manera expresa o tácita.³⁷ Otra posibilidad es que, ante la falta de regulación sobre ello, el operador jurídico pueda concluir que la prueba ideal para acreditar la voluntad procreacional, sea el documento, generalmente recabado por los responsables de las clínicas, donde conste la expresión de las personas para someterse a ese tratamiento (tesis: 1a. LXXX/2018).

VII. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En junio de 2011 se publicaron diversas reformas a la CPEUM.³⁸ La modificación del párrafo primero, y la adición de los párrafos segundo y tercero al artículo 1o. incorporan al texto constitucional figuras que inciden en la protección, defensa y garantía de los derechos humanos, y los extiende a las actuaciones de los poderes públicos y en la aplicación e interpretación al resto del ordenamiento jurídico. Así, en términos de lo que establece la Constitución, la interpretación normativa en materia de derechos humanos se hará de conformidad con lo previsto en la ley fundamental y en los tratados internacionales ratificados por México, favoreciendo en todo momento la protección más amplia a las personas.

³⁷ “Artículo 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.

³⁸ Publicada en el *DOF* el 10 de junio de 2011. Sobre la reforma constitucional véase, Salazar, Caballero y Vázquez (2014); Carbonell y Salazar (2012) y ReformaDH, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal-SCJN-Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, junio de 2013, disponible en: <http://www.reformadh.org.mx/>.

Por su parte, el Pleno de la SCJN, al estudiar la Contradicción de tesis 293/2011, resolvió que los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, y que los tratados internacionales tienen eficacia constitucional; además, que la jurisprudencia interamericana es vinculante siempre que sea más favorable a la persona, tanto la derivada de asuntos contra el Estado mexicano como la producida en asuntos frente a los demás Estados miembros (García 2014).

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) en su artículo 17, párrafo segundo, reconoce “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

Así, la Corte IDH ha fijado su postura en algunas resoluciones sobre el concepto de familia y sobre la aplicación de las TRHA. Este contexto jurisprudencial convencional hace importantes aportes en materia de RHA para México. En este apartado, se hará referencia a tres criterios jurisprudenciales con relevancia en el tema.

1. *Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile*

En este caso la controversia tuvo origen en el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual, lo cual desencadenó un proceso judicial que concluyó con el retiro de la custodia de sus hijas.³⁹

Al resolver el caso, la Corte IDH asevera que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo «tradicional» de la misma”. Y agrega, “el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de

³⁹ Sobre un análisis del caso véase Gómora (2018).

hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (*Atala Riffó y niñas vs. Chile*, párr. 142).⁴⁰

2. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*

En términos generales, los hechos del caso refieren que el señor Fornerón se enteró del nacimiento de su hija biológica un día después del alumbramiento, y no obstante su intención de hacerse cargo de ella, la madre la entregó en guarda previa a la adopción a un matrimonio sin el consentimiento del señor Fornerón.⁴¹ En virtud de ello, éste promovió diversos litigios a fin de evitar la adopción de su hija y obtener su guardia y custodia o, al menos, el establecimiento de un régimen de visitas, con el fin de tener una relación filial con ella, sin que nada de ello fuera posible a lo largo de doce años. El tema central del caso gira en torno a otro tipo filial como el adoptivo; sin embargo, de manera general, se amplía la noción de familia y su protección a la luz del artículo 17 de la CADH.

La reproducción mediante el uso de TRHA constituye otro modo de monoparentalidad originaria. La Corte IDH ha resaltado que

... no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas (*Fornerón e hija vs. Argentina* 2012, párr. 98).

⁴⁰ En similar sentido, la SCJN de México, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, señaló que el reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño. Por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor de los menores de edad y de obligaciones de quienes son sus padres, pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador. A pesar de que la SCJN en México se ha pronunciado sobre el reconocimiento a diversos modelos familiares, constituye una obligación para todas las autoridades en México el observar también la jurisprudencia de la Corte IDH, al momento de legislar y/o resolver cualquier conflicto sobre acceso a TRHA por personas en solitario o parejas del mismo sexo. Sobre modelos familiares véase González (2012).

⁴¹ Sobre el caso *Fornerón e hija vs. Argentina* véase Tello (2012).^f

3. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*

La sentencia sobre el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* representa un avance en el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos, integridad personal, libertad personal, derecho a la vida privada y familiar, derecho a fundar una familia, igualdad ante la ley e igual protección de la ley, derechos reconocidos en la CADH.

En este fallo, la Corte IDH determina sobre el alcance de la protección del derecho a la vida, al decir que la protección inicia con la implantación uterina y no con la fertilización del embrión, y que la protección de la vida prenatal es gradual e incremental. Establece que la prohibición de servicios de salud reproductiva puede tener un impacto discriminatorio basado en el género, al considerar que los derechos del embrión deben prevalecer sobre los de la mujer, y que sólo a través del ejercicio de los derechos de las mujeres puede darse la protección de la vida prenatal; discriminación por condición del estatus socioeconómico, debido a que las personas sin recursos para practicarse la fertilización *in vitro* en otro país quedaron imposibilitadas para acceder a estos procedimientos en su Estado.

VIII. JURISPRUDENCIA EN MÉXICO

Los rápidos y permanentes avances en el ámbito de la RHA, así como la ausencia de un marco normativo que regule de manera adecuada y completa lo relativo al acceso y forma en que deben realizarse las TRHA en México, ha provocado que los conflictos suscitados tengan que ser resueltos por la vía judicial; esto, con el inconveniente de que, a pesar de que se vayan estableciendo precedentes importantes en la materia, las resoluciones judiciales favorecen sólo a quienes promueven la intervención, y el resto de las personas continúan desprotegidas y vulnerables a que sus derechos humanos sigan violándose.

En este apartado se expondrán algunos de los criterios adoptados principalmente por la SCJN para dirimir controversias en torno al acceso, práctica y aspectos relativos a la determinación de la filiación en casos de personas nacidas a través del uso de TRHA. El orden para su exposición es cronológico.

1. *Derecho a la identidad de un menor, nacido mediante inseminación artificial heteróloga*

El nacimiento por inseminación artificial heteróloga fue uno de los primeros casos resueltos por la SCJN derivado de un conflicto que involucra procedimientos de RHA (Amparo directo en revisión 2766/2015). Los hechos son los siguientes: por motivos de infertilidad masculina, una pareja casada recurrió, de común acuerdo, a un donante para realizar una inseminación artificial. A los cuatro años del nacimiento, la pareja se divorció y disuelto el vínculo matrimonial, la madre demandó desconocer la paternidad de su exesposo.

La madre del niño argumentó que en un proceso de inseminación artificial heteróloga únicamente la madre tiene un lazo genético con el niño, de modo que ella debía ser reconocida como la única progenitora; que la filiación no se puede obtener por un acuerdo de voluntades o con el simple reconocimiento de paternidad, y que al niño producto de una inseminación artificial con gametos masculinos de un donador anónimo se le estaba negando el derecho a conocer su verdadera identidad y origen biológico.

La SCJN resolvió que cuando dentro del matrimonio se consiente una TRHA, uno de los factores fundamentales para determinar la filiación de los niños nacidos a través de dichas técnicas será la voluntad de los padres. Así, cuando en el ejercicio de un derecho en su dimensión de pareja existe consentimiento de los cónyuges para someterse a una inseminación artificial heteróloga, lo que se está dirigiendo es la voluntad consensuada de ambos para ejercer su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, ello a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan lazos genéticos.

En este caso, la Corte empieza a desarrollar el concepto de *voluntad procreacional* (Iturburu *et al.* 2017), y entiende por tal, el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea. La Corte resolvió que, en este caso, la filiación no se determina por la verdad biológica, sino por la voluntad procreacional expresada por ambos cónyuges para someterse a este procedimiento de inseminación artificial heterólogo, lo que acarrea una filiación indisoluble entre el niño que ha nacido y el cónyuge que asumió esa paternidad.

La Corte agregó que no debe confundirse la impugnación de la filiación con el derecho a conocer el origen biológico; si el menor quisiera hacer valer algún derecho frente al donante, derivado del nexo genético, ello sería materia de una controversia distinta, y que la revelación de la identidad del donante, de ser procedente, no necesariamente implicará la determinación legal de la filiación, dado que la acción de conocimiento del origen biológico tiene como finalidad tener acceso a la verdad biológica.

En este caso, el respeto del derecho a la identidad del menor se garantiza con la conservación de la filiación del padre que manifestó su voluntad procreacional para que la madre se sometiera a dicho tratamiento. Con esta conclusión, la Corte buscó salvaguardar la identidad del niño y su interés superior, al preservar su relación familiar y la satisfacción de sus derechos, derivada de la prevalencia de las consecuencias legales inherentes a la filiación.

2. *Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo*

El 18 de enero de 2017, la Primera Sala de la SCJN aprobó la tesis de jurisprudencia 8/2017 (10a.). Este criterio establece que la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita a la vida en pareja, si no que puede extenderse a la procreación y crianza de niños y niñas procreados o adoptados o parejas que utilizan los avances científicos para procrear. Esta jurisprudencia reafirma la obligación en materia de derechos humanos, de reconocer a la familia como una realidad social con múltiples formas y manifestaciones. En este sentido, la Corte reconoce expresamente la existencia de parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear.

La relevancia de esta jurisprudencia es la obligatoriedad de su observancia para todos los órganos jurisdiccionales. Esta decisión reiterada por parte de la SCJN constituye un avance en la garantía del derecho a la igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual y estado civil.

3. *Criterios de admisión al servicio de RHA en un hospital público*

En noviembre de 2017, la Segunda Sala de la SCJN amparó a una de-rechobahiente del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) en contra de la negativa de la institución para acceder al servicio de RHA que ofrece el Centro Médico Nacional “20 de Noviembre”, por no cumplir con uno de los requisitos de ingreso, en específico el relativo a la edad (Amparo en revisión 619/2017). La Corte, al resolver el caso, estableció que tres de los requisitos de admisión a este programa son violatorios de derechos humanos. El primero, el límite de edad —35 años en mujeres y 55 en hombres—, es violatorio de los principios de igualdad y no discriminación, porque esa restricción no está directamente relacionada con el derecho a la salud, que incluye el acceso a los servicios de salud reproductiva. El segundo, que los solicitantes sean parejas constituidas legalmente —matrimonio o concubinato—, es contrario a los principios de igualdad y no discriminación, excluye a personas solteras, aunado a que tampoco está directamente relacionado con el derecho que pretende proteger, pues el concepto de familia que contempla el artículo 4o. constitucional se refiere a la familia como realidad social. Por último, sólo pueden ingresar al programa las parejas sin anomalías genéticas heredables a sus hijos. Este último criterio, a juicio de la Corte, contraviene los principios de igualdad y no discriminación, porque no es la menos restrictiva, y al aplicarla se estaría limitando el derecho a la salud reproductiva.⁴²

4. *Reconocimiento de maternidad dual*

Si bien el resto de los casos expuestos en este apartado corresponden a asuntos resueltos por la SCJN, se consideró relevante incluir el fallo del juez noveno de distrito, en Morelia, Michoacán, al conceder el amparo a las quejas que pretendían que se les reconociera a las dos como madres

⁴² Pese a que, ya lo dijo la Corte, los criterios de admisión del CMN “20 de noviembre” del ISSSTE no han sido modificados. Requisitos similares se imponen en otras instituciones públicas que realizan procedimientos de RHA en México. Véase Esparza (2017, 628).

de sus menores hijas, en el acta de registro de nacimiento (Amparo indirecto 1151/2015).⁴³

El 25 de noviembre de 2015, dos mujeres interpusieron un juicio de amparo indirecto donde reclamaban al director del Registro Civil en el estado la negativa para registrar el nacimiento de sus menores hijas y reconocer su maternidad dual.⁴⁴ Al momento de registrar a sus hijas, alegaron que se les tenía que reconocer a ambas como progenitoras, en virtud de que una aportó el óvulo fecundado mediante la técnica de fecundación *in vitro*, mientras que la otra ostentaba el derecho de maternidad por razón de alumbramiento. La autoridad registral fundó la negativa en que la legislación estatal no prevé la posibilidad de que figuren dos mujeres como madres en el acta del registro.

El juez que resolvió el caso analizó el asunto en tres partes. En la primera, analizó los derechos de las niñas, como son el derecho a la identidad, al nombre, a conocer su identidad biológica, a una filiación reconocida legalmente —por doble maternidad— y todos los derechos que de esa filiación deriven. En la segunda parte, el derecho de procreación de ambas mujeres, para figurar ambas como madres en el acta de nacimiento, el juez analizó sus respectivos derechos a la igualdad ante la ley, protección a la familia y libertad procreacional. En la tercera parte, analizó la inconstitucionalidad de los preceptos relativos al registro del nacimiento

⁴³ Sobre el caso véase Hernández y García (2018).

⁴⁴ En 2011, un caso similar fue resuelto por la autoridad judicial en Argentina. Una pareja de mujeres solicitó que se dejara sin efecto el acto administrativo del Registro Civil que negaba el reconocimiento del niño por parte de una de las mujeres. El niño había nacido por un tratamiento de fertilización *in vitro*. El óvulo fecundado —con semen de donante— había sido aportado por la mujer a la que se le impedía el reconocimiento —con quien tiene vínculo genético— y luego transferido a la mujer que lo dio a luz. Solicitaron que se inscribiera el reconocimiento en la partida de nacimiento, lo cual fue concedido por el tribunal de grado. Los argumentos de la resolución fueron: el derecho a la igualdad y a no ser discriminado (con relación a la pareja), el derecho a la identidad del niño, a la autonomía personal y a la dignidad. La autoridad entendió que “la voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifáctico, inclusivo de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como la identidad en sentido dinámico”. En Argentina existen otros precedentes jurisprudenciales sobre conflictos jurídicos con relación a la filiación de los niños nacidos por RHA. Estos precedentes judiciales pueden consultarse en Iturburu *et al.* (2017).

de las personas y la exclusión a la doble maternidad, originada por el nacimiento de hijos producto de procedimientos de RHA.⁴⁵

El 22 de junio de 2017 se les concedió el amparo y protección de la justicia federal para que la autoridad registral en el estado realizara lo siguiente: 1) restituyera en el pleno goce de sus derechos a las quejas; esto es, no les aplicara las porciones normativas declaradas inconstitucionales (artículos 49, 51 y 345 del Código Familiar); 2) no se aplicara a las quejas esas porciones normativas en el futuro; es decir, no podrán utilizarlo como base para negar a las quejas beneficios o establecer cargas relacionadas con la doble maternidad pretendida; 3) el director del Registro Civil del estado dejara sin efectos el oficio por el cual dio respuesta negativa a la petición de las quejas para registrar la maternidad dual y en sustitución emitiera otro autorizando ese registro, a fin de garantizar el derecho a la identidad de las menores (Amparo indirecto 1151/2015, 114-119).

5. *Filiación en casos de gestación subrogada*

En noviembre de 2018 la SCJN resolvió el primer asunto directamente relacionado con un acuerdo de gestación subrogada, debido a la negativa de la autoridad local a reconocer la relación filial entre una pareja de hombres y un niño nacido a través de este acuerdo en Yucatán, en donde la práctica de la gestación subrogada no está regulada (Amparo en revisión 553/2018). Por ello, no se tienen reglas expresas sobre la atribución de filiación en esos casos ni sobre los requisitos y la actuación del Registro Civil en cuanto al nacimiento y presentación de un menor de edad nacido a través de estos acuerdos.

La Corte resolvió que para el reconocimiento de la relación filial es necesario evaluar la voluntad procreacional y, con ello, todas las responsabilidades derivadas de la filiación, por parte de los padres intencionales (Tesis 1a. LXXVIII/2018). Así, la Corte concedió el amparo para que el niño fuera registrado como hijo de los padres intencionales, al considerar que de este modo se garantiza la vigencia del derecho del niño a tener

⁴⁵ En este caso, una de las mujeres aportó sus gametos y la otra llevó a término el embarazo, pero podrían haber recurrido a una donante de óvulos o bien utilizar los gametos de la mujer que gestó el embarazo y, en ambos los casos, al existir esta voluntad procreacional, por parte de la mujer que no gestó el embarazo, legalmente también podría haber solicitado su inscripción como madre de las niñas en el acta de nacimiento.

una identidad y ser inscrito en el Registro Civil; el derecho de los padres intencionales a su vida privada y a procrear mediante TRHA, así como el derecho de la mujer gestante a su vida privada y libre desarrollo de la personalidad (Tesis 1a. LXXVIII/2018).

IX. CONCLUSIÓN

La práctica de procedimientos de RHA en México no es reciente, y la expansión de establecimientos en los que se practican revela una realidad; cada día más personas recurren a TRHA para tener hijos. Sin embargo, hasta este momento no se cuenta con una regulación que norme los aspectos generales del acceso y provisión de estos servicios, situación que impacta de manera negativa en el ejercicio de diversos derechos humanos, entre ellos el derecho a fundar una familia, a la protección de la salud, a la vida privada, a beneficiarse del progreso científico, entre otros.

Es fundamental que la normativa que se adopte se integre desde una perspectiva democrática, respetuosa de los derechos humanos y del progreso científico, de conformidad con los estándares más altos de protección a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México. Además, es fundamental que la legislación respete la distribución de competencias entre la Federación y los estados. Es decir, que la regulación de los aspectos generales de los servicios de RHA se haga a través de una reforma a la Ley General de Salud, y sean los congresos locales los que prevean aspectos relativos a la filiación de los niños y niñas que nacen por medio de procedimientos de RHA.

El consentimiento expresado de manera libre e informada es un presupuesto indispensable para la práctica de TRHA. Es necesario distinguir los diferentes ámbitos del consentimiento; primero, la autorización por parte de los y las usuarias para la intervención sobre su cuerpo y/o células germinales; por otra parte, la manifestación de la voluntad para asumir las obligaciones parentales que se generan a partir de estos procedimientos reproductivos, es decir, la voluntad procreacional.

En tal sentido, es fundamental que los códigos civiles y/o familiares locales prevean la forma en que la voluntad procreacional deberá quedar asentada, a efecto de garantizar el vínculo filial que se genera y con éste la prevalencia de las consecuencias legales inherentes a la filiación.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, María Mercedes. Próxima publicación. *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- ÁLVAREZ DÍAZ, Jorge Alberto. 2007. “Historia contemporánea: las técnicas complejas de reproducción asistida”, *Ginecología y Obstetricia de México*, núm. 75.
- ANDORNO, Roberto. 2009. “Técnicas de procreación asistida”, en BRENA SESMA, Ingrid y TOBOUL, Gérard (coords.), *Hacia un instrumento regional internacional sobre bioética. Experiencias y expectativas*, México, UNAM.
- BRENA SESMA, Ingrid. 2012. “La fecundación asistida, ¿historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. XII.
- BRENA SESMA, Ingrid. 2016. “La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Artavia Murillo y otra fecundación in vitro*) vs. *Costa Rica*. Un avance en el pensamiento laico en Latinoamérica”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel *et al.* (coords.). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudio homenaje a Jorge Carpizo*. Derechos Humanos. México, UNAM, vol. 1.
- BRENA SESMA, Ingrid. 2019. *La fecundación in vitro en el sistema interamericano de justicia. Implicaciones para México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CANO VALLE, Fernando *et al.* 2014. *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México. Hacia la reforma integral del sistema de salud mexicano*, México, UNAM.
- CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR. 2012. *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y SCJN.
- COMISIÓN NACIONAL DE BIOÉTICA. 2013. “Informe de actividades de la Comisión Nacional de Bioética en torno al marco regulatorio en materia de reproducción humana asistida”, disponible en: <http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/Informe.pdf>.
- ESPARZA PÉREZ, Rosa Verónica. 2017. “La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México”, *Gaceta Médica de México* 153 (5).

- ESPARZA PÉREZ, Rosa Verónica y CANO VALLE, Fernando. 2018. “El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 51 (151).
- ESPARZA PÉREZ, Rosa Verónica. 2019. “Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asistida: ¿anónima o abierta?”, *Gaceta Médica de México*, 155 (1).
- GARCÍA SILVA, Fernando. 2014. “Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿reforma constitucional del futuro vs. interpretación constitucional del pasado? (comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 30.
- GIRE (Grupo de Información en Reproducción Elegida). 2013. “Omisión e Indiferencia. Derechos reproductivos en México”, disponible en: <http://informe.gire.org.mx/caps/cap6.pdf>.
- GIRE. 2015. “Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México”, disponible en <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>.
- GIRE. 2017. “Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación”, disponible en: <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. 1994. *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons.
- GÓMORA JUÁREZ, Sandra. 2018. “El caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*: sobre la relación entre derechos, razonamiento judicial y estereotipos”, en CARBONELL, Miguel *et al.* (eds.), *Bioética y decisiones judiciales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. 2012. “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: Una aproximación casuística”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel *et al.* (eds.), *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. Próxima publicación. “Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución”, en ALBORNOZ, María Mercedes (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- GONZÁLEZ SANTOS, Sandra. 2016. “From Esteriology to Reproductive Biology: The Story of the Mexican Assisted Reproduction Business”. *Reproductive, Biomedicine and Society*, núm. 2.

- GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal y VALDÉS MARTÍNEZ, María del Carmen. 2017. “Voluntad procreacional”, *Oñati Socio-Legal Series* 1(1).
- HERNÁNDEZ VALDEZ, Martha Patricia y MARTÍNEZ GARCÍA. 2018. “Análisis en torno a una sentencia sobre maternidad dual en México: reflexiones sobre el derecho a la identidad y a la verdad biológica”, *Revista Conamed*, 23 (4).
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. 2013. “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, *La Ley*, año LXXXII, 140.
- ITURBURU, Mariana *et al.* 2017. “La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 11(39).
- KAMEL, Remah Moustafa. 2013. “Assisted Reproductive Technology after the Birth of Louise Brown”, *Journal of Reproduction & Infertility*, 14(3).
- LAMM, Eleonora. 2015. “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, 4.
- OLAVARRÍA, María Eugenia. 2018. *Gestación para otros en México. Parentesco, tecnología y poder*, México, Universidad Autónoma Metropolitana.
- RED LARA. 2012. “Estado actual de la reproducción asistida en América Latina y el mundo”, disponible en: http://redlara.com/PDF_RED/Situacao_atual_RED_LARA_no_mundo.pdf.
- SALAZAR, Pedro *et al.* 2014. *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez y Senado de la República.
- SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad. 2015. *Laicidad y derechos reproductivos en la jurisdicción constitucional latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- TELLO MORENO, Luisa Fernanda. 2012. “Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, 7(21).
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. s. d. “Reproducción asistida”, *Enciclopedia de bio-derecho y bioética*, disponible en: <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/278>.

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL DEBATE SOBRE LOS RECURSOS EN LAS REFORMAS PROCESALES*

THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS' JURISPRUDENCE AND THE DEBATE ABOUT THE RIGHT TO APPEAL IN THE PROCEDURAL REFORM MOVEMENT

Claudio FUENTES MAUREIRA**

Cristian RIEGO RAMÍREZ***

RESUMEN: El presente artículo hace una revisión y análisis sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación al derecho a recurso, tanto en el ámbito del proceso penal como en otras materias. En este contexto, se revisará qué es lo que la Corte ha entendido por abarcado dentro de este derecho dentro de un procedimiento penal y hasta dónde llegan las obligaciones del Estado de establecer un sistema recursivo en otro tipo de materias, como los procedimientos civiles. Dicho análisis tiene importancia en la actualidad debido al movimiento de reformas procesales que ha tenido o está teniendo lugar en diversos Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos (entre ellos las actuales reformas a los procedimientos civiles), donde la jurisprudencia de la Corte ha sido invocada a efectos de orientar y exigir a los Estados en

ABSTRACT: The following paper analyzes the Inter-American Court's jurisprudence regarding the right to appeal in criminal procedure and other subject-matters. In this context, the paper examines which are the standards the Inter-American Court has set regarding the right to appeal in criminal matters and if there is a State duty to set appeals processes in other type of proceedings, such as civil procedure. This analysis is highly relevant today, given the procedural reform movement that took or is taking place in different signatory States (including the current civil procedure reform), in which the Inter-American Court's jurisprudence has been invoked to guide and demand from the States the way the appeals processes must be regulated, and in which cases the State must make amendments to their reformed procedural codes in order to comply with the duties set in the Inter-American Convention in order to ensure the right to appeal.

* Artículo recibido el 13 de septiembre de 2017 y aprobado para su publicación el 10 de abril de 2020.

** ORCID: 0000-0003-1088-5554. Master of the Science of Law (J.S.M), Stanford University, magíster en derecho penal y procesal penal por la Universidad Diego Portales. Profesor de derecho procesal e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: claudio.fuentes@mail.udp.cl.

*** ORCID: 0000-0002-7013-1976. Master of Laws (LL.M.) University of Wisconsin-Madison. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: cristian.riego@udp.cl.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LII, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 81-122.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

cuanto a cómo deben realizar modificaciones a sus legislaciones ya reformadas con el objeto de verse por cumplidas las obligaciones de la Convención respecto del derecho a recurrir.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho de recurso, procedimiento civil, procedimiento penal, reforma judicial.

Keywords: *Inter-American Court of Human Rights, Right to Appeal, Civil Procedure, Criminal Procedure, Procedural Reforms.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los recursos en la reforma procesal penal.* III. *La jurisprudencia de la Corte IDH.* IV. *Los recursos en las reformas procesales civiles.* V. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el derecho al recurso en materias no penales.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En las tres últimas décadas, América Latina ha experimentado un generalizado proceso de reformas procesales. Estas reformas han abarcado diversas jurisdicciones que van desde la penal hasta la civil, pasando por las laborales, las familiares y otras.¹

¹ El proceso de reformas a la justicia penal lleva ya más de veinte años. Éste inició con Guatemala en 1994, siguiéndole las provincias argentinas de Córdoba y Buenos Aires; Costa Rica y El Salvador en 1998, Paraguay y Venezuela en 1999, Bolivia y Chile en 2000, Ecuador y Nicaragua en 2001, Honduras en 2002, República Dominicana y Perú en 2004, Colombia y Panamá en 2005 y el Código Nacional de Procedimientos Penales de México en 2014 (De Castro *et al.*, 2017). En cuanto al proceso de reformas a la justicia no penal, no ha existido un esfuerzo sistemático; con todo, es igualmente posible observar una tendencia hacia reformas fundadas en la introducción de la oralidad en áreas no penales: véase la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en Venezuela (2002), Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia de Chile (2005), Codificación del Código del Trabajo de Ecuador (2005), Ley 20.087 que sustituye el procedimiento laboral de Chile, Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica y Nuevo Código Procesal Civil de Honduras (2006), Ley 1.149 de Reforma al Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia y Ley 8.624 de Cobro Judicial de Costa Rica (2007), Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador (2008), Ley 29.497 sobre nueva Ley Procesal del Trabajo de Perú y Ley 18.572 sobre Abreviación de los Procesos Laborales de Uruguay de 2010, Ley 1.437 sobre Proceso Contencioso-Administrativo de Colombia y Reforma al Código de Comercio de la Federación de México de 2011, y Ley 1.564 sobre Código General del Proceso de Colombia de 2012 (Ríos 2013).

Una de las tendencias predominantes en estos procesos de reforma ha sido la pretensión de abandonar sistemas tradicionales predominantemente escritos y remplazarlos por otros en que prepondere el uso de la oralidad en los procedimientos, en los que la producción de la prueba tenga lugar de manera inmediata frente al juez y las partes. Estas modificaciones procesales han generado muchos debates legales propios de procesos de cambios tan intensos y acelerados.

Una de esas discusiones ha estado vinculada a la cuestión de la posibilidad de impugnar las resoluciones judiciales que se dictan como producto de los nuevos procedimientos orales. La predisposición de los procesos de reforma ha sido la de reducir y limitar los sistemas de impugnación, que solían ser muy amplios en los sistemas tradicionales (en materia penal esta tendencia es muy clara. Véase Duce *et al.* [2008]). Frente a esa pretensión se han planteado diversas objeciones, de las cuales probablemente la más importante ha sido la de reivindicar al recurso contra la sentencia como un derecho básico de los que constituyen las garantías de debido proceso.

Este trabajo pretende explorar la noción y el alcance del derecho al recurso como parte de las garantías del debido proceso a partir de un análisis del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objetivo de precisar cuáles son los requerimientos que desde el debido proceso se formulan a las legislaciones nacionales, en este caso a las nuevas regulaciones que surgen como producto de los procesos de reforma. Para cumplir con ese objetivo revisaremos todos los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se han pronunciado sobre el alcance del derecho al recurso, e intentaremos identificar los criterios que la Corte ha ido estableciendo para determinar cómo ellos afectan las discusiones acerca de los sistemas de recursos que han tenido lugar con motivo de las reformas procesales. Dado lo anterior, el presente texto estará dividido en dos partes. En la primera analizaremos la Convención y la jurisprudencia de la Corte en cuanto al derecho al recurso en materia penal. Mediante el análisis de la jurisprudencia daremos cuenta de la interacción entre ésta y el proceso de reformas a la justicia criminal, en particular en la evolución que dicha jurisprudencia ha experimentado en la materia, que apunta hacia una mayor compatibilidad entre ambos. En la segunda parte examinaremos el debate acerca de la aplicación del artículo 8.2 h) en materias distintas a la penal. Daremos cuenta de que en contra de lo que

ciertos sectores de la doctrina latinoamericana sostienen, la jurisprudencia de la Corte no ha establecido que exista un derecho a un recurso en materias civiles, ni menos ha sostenido que dicho recurso sea la apelación. Mostraremos que si bien la Corte ha determinado que el debido proceso tiene aplicación a materias no penales, ésta no ha determinado que el artículo 8.2 h) sea aplicable en materias civiles y, por lo tanto, éste no es un argumento que se pueda invocar en las discusiones sobre reformas legislativas internas de cada país.

II. LOS RECURSOS EN LA REFORMA PROCESAL PENAL²

Las reformas procesales penales que han tenido lugar en casi todos los países de América Latina han planteado como uno de sus elementos centrales el de la instalación del juicio oral como etapa central del proceso judicial y como mecanismo principal de la realización de las garantías del debido proceso. A partir de esa pretensión, los nuevos códigos que se han aprobado han modificado el sistema recursivo, abandonando el sistema tradicional de la doble instancia y lo han remplazado por recursos de casación o nulidad, que son claramente más restrictivos en cuanto a la posibilidad de impugnar las sentencias que sus predecesores.³

² Abordaremos una versión muy sintética de este punto que no parece polémico para el desarrollo de nuestro trabajo. Para una versión más detallada sobre la orientación de los sistemas recursivos en las reformas procesales penales véase Duce *et al.* (2008). Además, información específica sobre la regulación de los recursos en las reformas de 16 países latinoamericanos en Maier, Ambos y Woischnik (2000).

³ Existen en el mundo distintos sistemas de impugnación de sentencias, aunque tradicionalmente se destacan dos modelos predominantes, el de la apelación y el de la casación. La diferencia de los dos modelos puede ser identificada al momento de compararlos respecto de tres parámetros. Primero, en cuanto a la existencia o no de causales específicas para recurrir. Segundo, en cuanto al alcance de la revisión que el tribunal revisor hará de lo decidido por el inferior. Finalmente, en cuanto a los efectos que tiene que el tribunal revisor acoja el recurso. Existen recursos ordinarios, cuyo clásico ejemplo es la apelación, en el cual no existen causales taxativas de impugnación, que permiten una amplia revisión de los ya resueltos, mediante la examinación de los hechos dados por probados y los razonamientos de derecho, y que permiten que el tribunal revisor no sólo anule, sino que pueda dictar una sentencia que remplaza la del tribunal impugnado, incluso pudiendo dar por probados hechos nuevos. Se habla, en cambio, de recursos extraordinarios para indicar que éstos no constituyen instancia, es decir, que no permite un nuevo juicio, ya que limitan el alcance de la revisión del tribunal superior al limitar su función a la verificación de la correcta aplicación del derecho. A este tipo responden los recursos de casación. Normalmente

El recurso de apelación, que constituía el elemento central del sistema de doble instancia propio de los sistemas inquisitivos anteriores a las reformas, se caracterizaba por permitir a cualquiera de las partes conseguir una revisión amplia de la decisión impugnada sin que existieran mayores requisitos de admisibilidad del reclamo y otorgando a la Corte revisora facultades prácticamente ilimitadas para corregir la decisión del tribunal de primera instancia. Los nuevos sistemas recursivos introducidos por las reformas presentan, en cambio, diversas restricciones a la posibilidad de revisión del fallo. La primera de ellas es que exigen a la parte agraviada, identificar con precisión un defecto o error del procedimiento o del fallo, el que a su vez debe estar recogido por la ley como causal específica de impugnación, las que en general están limitadas a errores en la aplicación de la ley. En segundo lugar, suelen otorgarse a las cortes que conocen del recurso, facultades para declarar inadmisibles todos aquellos reclamos en que no se haya cumplido satisfactoriamente el requisito de identificar y argumentar la causal específica. En tercer lugar, en el caso de que la corte acoja el recurso, sus facultades para modificar el fallo están limitadas a determinadas hipótesis debiendo en general ordenarse la realización de un nuevo juicio en el que el vicio o error sea corregido.

El propósito de estas nuevas regulaciones ha sido el de proteger y realzar al juicio oral como actividad central del proceso. De acuerdo con los propósitos de las reformas, es en el juicio donde debían tener lugar las garantías principales del debido proceso. La incompatibilidad entre el método de la oralidad y el sistema tradicional de la apelación amplia y la doble instancia residía en que si la decisión tomada por el tribunal del juicio podía ser enmendada por una corte que no había tomado parte en el juicio, sino que sólo hacía una revisión de sus registros, se estaría reinstalando en la práctica un sistema basado en la escrituración, perdiendo importancia el conjunto de interacciones que se producen en la audiencia oral y que son la que otorgan realidad e intensidad a garantías básicas fundamentales como las de defensa en juicio, el derecho a confrontar a los testigos, el derecho a presentar prueba de descargo, el de defenderse personalmente, entre otras.⁴

estos recursos establecen causales taxativas de exigente argumentación y no autorizan el establecimiento de hechos nuevos o distintos a los ya fallados por el tribunal impugnado.

⁴ Una explicación completa de los fundamentos de estos cambios la entrega Julio Maier, el autor más influyente en los procesos de reforma latinoamericanos y redactor de

Hasta antes del proceso de reforma los abogados latinoamericanos tendían a identificar sus principales posibilidades de defensa con la posibilidad de reclamar ante diversas cortes superiores contra las decisiones del juez de instrucción que aparecía como una figura todopoderosa. La legislación les franqueaba diversas opciones de impugnación, consistentes en recursos de gran amplitud y con pocos requerimientos de fundamentación, e incluso de identificación de los agravios reclamados. La restricción del acceso a los recursos que la reforma ha significado ha sido resistida por sectores importantes de la profesión legal y la academia, quienes han entendido que por esa vía se ha limitado lo que tradicionalmente constituía el principal modo de ejercicio de la defensa.⁵ Esta reacción se explica también por el hecho de que no siempre ha resultado fácil que esos mismos actores identifiquen con claridad o se familiaricen con las nuevas oportunidades de defensa que la oralidad les ofrece en el nuevo sistema. También es necesario decir que en muchas ocasiones los procesos de reforma no han logrado transformar las prácticas tradicionales y en consecuencia las oportunidades de ejercicio de defensa en los juicios son en muchas ocasiones menos efectivos de lo que aparece en la ley (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005 y 2007).

Es a partir de la situación descrita que se ha generado un importante debate en América Latina acerca de la limitación a los recursos que se produjo con la aprobación de las nuevas legislaciones procesales penales. En el contexto de estos debates, uno de los principales argumentos en contra de las nuevas legislaciones ha sido la invocación al derecho a recurso establecido en el artículo 8, núm. 2 letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, en Maier (2002). También Horvitz, Inés y López (2004) y Barrientos (2009).

⁵ La gran significación atribuida al “control de calidad” por superiores en una organización jerárquica inevitablemente desvirtúa la importancia de la toma de decisiones original: adquiere un aura de provisionalidad. Por otro lado, la importancia del control de calidad explica por qué un sistema de apelación regular y extendido es comúnmente considerado en organizaciones judiciales jerárquicas como una garantía esencial de una administración de justicia justa y ordenada, o como un componente esencial del debido proceso (Damaska 1986, 49) (la traducción es propia).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 81-122.

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH⁶

1. *El caso Herrera Ulloa y el cuestionamiento a las reformas*

El cuestionamiento al régimen recursivo que establecieron la mayoría de las reformas procesales penales desde la perspectiva de las garantías individuales y específicamente desde el derecho al recurso encontró un primer elemento de confirmación en 2004, cuando la Corte Interamericana pronunció la conocida sentencia *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.⁷ Se trata de un caso paradigmático, ya que la Corte Interamericana debió lidiar por primera vez con los sistemas procesales penales reformados, y específicamente con el alcance del derecho al recurso establecido en la letra h) del núm. 2 del artículo de la Convención.

El caso *Herrera Ulloa* se refiere a un periodista que acusó a un funcionario público de actos de corrupción, y que fue condenado en 1999 en un tribunal local por delitos contra el honor. El núcleo del caso se refiere a la afectación a la libertad de expresión que la condena penal supone. Pero, además, se condenó al Estado costarricense porque el carácter restringido del recurso de casación establecido en el Código Procesal Penal impidió una revisión amplia de la condena, esta última fue confirmada por la Corte de Casación después de una revisión de los aspectos puramente legales de la sentencia.

Estos hechos motivaron a la Corte Interamericana a concluir no sólo que se violaba el artículo 8.2 h) en el caso específico, desarrollando para ello el estándar de la *revisión integral*, sino que su razonamiento trata de manera conjunta esta violación concreta con la infracción del deber de adoptar disposiciones de derecho para dar vigencia a los derechos de la Convención, derivada de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, es decir, la Corte estimó que la regulación legal del recurso de casación era en sí misma constitutiva de una infracción de la CADH.

El punto de partida de la crítica por parte de la Corte radica en la definición de cuáles son los objetivos que un recurso contra la sentencia penal debe cumplir. A este respecto, la Corte Interamericana indicó que el

⁶ Para una revisión completa de los fallos recaídos sobre el artículo 8o. véase Medina (2016). En español, aunque con un desarrollo menor, Letelier (2013).

⁷ Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, serie C, núm. 107, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004.

objetivo de este derecho es “evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”.⁸ En el presente caso el argumento de la Corte se basa en que los recursos son mecanismos que buscan evitar que los condenados se vean afectados por un error en la condena.

Para la Corte no existió duda alguna del limitado espectro de revisión que la Corte costarricense tenía, y que estaba limitado al derecho. Esta conclusión se desprendió de diversas fuentes. Así lo sostuvo el peritaje entregado por el profesor Carlos Tiffer, quien indicaba “que la revisión que hace el Tribunal de Casación penal es muy limitada y se restringe exclusivamente al derecho”.⁹ Posteriormente el mismo peritaje señalaba que dejaba “fuera de la revisión la revalorización de la prueba y las cuestiones fácticas”.¹⁰ A esto debe agregarse el hecho de que la argumentación presentada por los representantes del Estado dejó en claro que la restricción en la revisión no sólo era una práctica, sino que era un elemento de diseño legal. Esto lo nota la propia Corte cuando en el considerando 139 cita dichos argumentos, entre los que se encuentran una admisión por parte de los agentes de Costa Rica acerca de que el recurso de casación mantiene el principio de la intangibilidad de los hechos probados y “que no resulta una revisión plena, pero la Convención no lo exige”.¹¹ La Corte examinó específicamente cuáles eran las causales que permitían la presentación del recurso de casación descritas en el artículo 369 del Código Procesal Penal costarricense de la época, todas referidas a aspectos puramente legales.¹²

En este caso inicial, la Corte Interamericana estaba lidiando con un sistema reformado que contenía un régimen recursivo extremadamente

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, serie C, núm. 107, párrafo. 158.

⁹ *Ibidem*, párrafo 66 e.

¹⁰ *Ibidem*, párrafo. 66 e.

¹¹ Adicionalmente, en los alegatos realizados por los representantes de las víctimas se alude a un fallo pronunciado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense, en que ésta misma consideró que el diseño legal del recurso de casación sólo podría cumplir con el derecho a recurrir, siempre que no se interpretara de manera formalista, entendiéndose que existía una práctica generalizada a este respecto. Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, serie C, núm. 107, Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004, pfo. 137.2) b).

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, serie C, núm. 107, párrafo 150.

restrictivo, fundado en una noción muy tradicional del recurso de casación, como un recurso de derecho estricto y excepcional orientado sólo a corregir aspectos legales. De hecho, antes del fallo, el estado de Costa Rica intentó solucionar este problema mediante la incorporación de una nueva causal de casación, la letra j), que indicaba “Cuando la sentencia no haya sido dictada mediante el debido proceso o con oportunidad de defensa”. De ese modo, se trataba de ampliar de forma considerable el espectro de análisis que podía realizar el tribunal superior, aunque dicha causal no resultaba aplicable al caso en cuestión, dado que éste ya se encontraba resuelto.¹³

La Corte se refiere también —párrafo 166— al criterio del Comité de Derechos humanos de las Naciones Unidas, que había indicado que un recurso que sólo permitía la “revisión de los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto”.¹⁴ Posteriormente, en el párrafo 167 la Corte manifiesta la base de su crítica al régimen costarricense; esto es, que dicho régimen no cumple con el estándar del examen integral, ya que no permitió “que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior”.

En esta primera jurisprudencia sobre la materia, la Corte identifica como núcleo problemático dos aspectos característicos propios del recurso de casación, muchas veces compartidos por los regímenes recursivos que han formado parte de los procesos de reforma: la existencia de causales legales específicas y reducidas para la presentación del recurso, que debían ser identificadas y argumentadas, entendiéndolas como una mera formalidad que entorpece el ejercicio del derecho y, más importante aún, identifica como gran núcleo problemático las limitaciones a los alcances de la revisión por parte del tribunal superior.

Debido al enfoque de la Corte en estos dos rasgos, se generó la impresión en algunos sectores de la doctrina procesalista latinoamericana según veremos, aunque la Corte nunca lo dijo explícitamente, de que el único recurso compatible con la convención era el de apelación, ya que según

¹³ Ministerio de Relaciones Exteriores y de Culto de la República de Costa Rica. 2009. *Informe para la audiencia núm. 134 del período de sesiones ordinarias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el “Debido proceso penal en Costa Rica”*, disponible en: http://www.oas.org/OASpage/videosaf/2009/03/134cidh_24mar_7.wmv.

¹⁴ Comunicación N701/1996 2000; U.N. Doc. CCPR/C/69/D/701/1996, 2000.

las definiciones tradicionales se caracterizaba por no tener causales de admisibilidad y otorgar a la corte revisora facultades amplias. Al mismo tiempo, creemos que se estableció una especie de desconfianza *ab initio* respecto de aquellos sistemas reformados que establecían un recurso de casación o nulidad contra la sentencia de condena, dado el tratamiento conjunto que la Corte hizo de la violación ocurrida en el caso concreto y la violación de la convención por no adoptar disposiciones de derecho interno.

En el razonamiento de la Corte existe una completa ausencia de consideraciones respecto de los principios y lógicas de los sistemas reformados. Los representantes del Estado de Costa Rica sostuvieron que la Convención daba un margen a los Estados para el diseño de sus recursos, y que si bien “es cierto que el recurso de casación mantiene limitaciones —como lo sería la intangibilidad de los hechos probados—, y que no resulta una revisión plena”, esto último la Convención no lo exigía. Finalmente, el Estado argumenta y vincula el régimen recursivo a la oralidad y al juicio oral; sostiene que “las limitaciones son las estrictamente necesarias para mantener un sistema procesal penal basado en la oralidad”. Nada de esto fue recogido por la Corte en su análisis. Tampoco cuando el Estado argumentó que “Es más beneficioso para el imputado (en general para la administración de la justicia penal) que un sistema tenga previsto un recurso con ciertas limitaciones, a cambio de un proceso penal marcadamente oral”.¹⁵ A pesar de esto, la Corte omite referirse a la interacción entre el régimen recursivo y las garantías del juicio oral, ambos mecanismos orientados a garantizar los derechos del imputado.

Asimismo, la Corte no menciona, ni parece considerar, el contexto en el cual este sistema recursivo estaba vigente, vale decir, las grandes diferencias existentes entre los sistemas inquisitivos y los nuevos sistemas adversariales, que se basaban en paradigmas distintos. Sólo el juez García Ramírez en un considerando da cuenta de comprender que la introducción de la oralidad supone un replanteamiento del problema, aunque no profundiza sobre la forma en que se redefinirá la comprensión de las garantías individuales y en especial el derecho al recurso.¹⁶

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, serie C, núm. 107, párrafo. 139.1.e.

¹⁶ “Desde luego, estoy consciente de que esto suscita problemas importantes. Existe una fuerte y acreditada tendencia, que se acoge, por ejemplo, en el excelente Código

Adicionalmente, la actitud del gobierno de Costa Rica durante el cumplimiento de este fallo respalda la comprensión de que lo que la Corte ordenaba era el establecimiento de una apelación. Ya se mencionó que después de los hechos del caso, Costa Rica había incorporado una causal adicional al recurso de casación, que ampliaba su procedencia. Como eso no pareció suficiente, una vez dictado el fallo el Estado de Costa Rica se comprometió a modificar su Código Procesal Penal, alterando completamente su régimen recursivo mediante el establecimiento de un recurso de apelación en contra de la sentencia pronunciada en un juicio oral y un posterior recurso extraordinario ante la Corte Suprema.¹⁷

La postura de la Corte respecto de la *revisión integral* persistió en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*.¹⁸ También reiteró la Corte el mismo criterio en *Mendoza vs. Argentina*, aunque en este caso se trató de un recurso de revisión, es decir contra una sentencia ejecutoriada; la Corte especificó que el recurso tiene que constituir un medio apropiado para corregir una condena errónea, lo que supone hacerse cargo tanto de aspectos legales como fácticos.¹⁹

Finalmente, vale la pena destacar que la mencionada desconfianza *ab initio* adquirió más fuerza debido a que las primeras lecturas que la doctrina realizó de este fallo eran desfavorables respecto de los sistemas reformados. Por un lado, se afirmaba una incompatibilidad entre los sistemas

Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, compuesto por un selecto grupo de juristas, que opta por prescindir de la doble instancia tradicional y dejar subsistente sólo la casación, como medio de control superior de la sentencia. Esta opción se sustenta, entre otros argumentos, en el alto costo de la doble instancia y en la necesidad de preservar el principio de inmediación procesal, que no siempre impera en la apelación, bajo sus términos acostumbrados. Para retener los bienes que se asignan a la doble instancia seguida ante un juzgador monocrático, primero, y otro colegiado, después, cuyos integrantes pueden significar, colectivamente, una garantía adicional de sentencia justa, aquella opción contempla la integración plural del órgano de única instancia". Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos 2004, pfo. 35).

¹⁷ Ley de Apertura de la Casación Penal Ley núm. 8503 (2006) y Ley 8837 (2010), Ley de Creación del Recurso de Apelación de Sentencia y otros. Una breve explicación del impacto del caso *Herrera Ulloa* en Costa Rica, incluyendo las iniciativas legales tendientes a dar cumplimiento al fallo y el proceso de cumplimiento mismo por parte de la Corte Interamericana puede verse en Arroyo (2013).

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, serie C, núm. 21, párrafos 179 y ss.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos 2013, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, serie C, núm. 260, pfos. 242 y ss.

reformados y el fallo *Herrera Ulloa*²⁰ y, por otro lado, una sinonimia entre doble instancia y *revisión integral*.²¹ Si bien de manera posterior existieron algunos esfuerzos por desvirtuar dichas lecturas (Fuentes 2009), todavía ciertos sectores de la doctrina procesal discuten acerca de la (posible) incompatibilidad entre los regímenes recursivos reformados y este fallo (Del Río 2014); aunque la mayoría acepta que la compatibilidad es posible si es que la práctica judicial se aparte de una interpretación formalista de las restricciones a la revisión (Cortez 2006; Cerda 2016).

2. *El caso Mohamed y el cuestionamiento al sistema tradicional*

En la sección previa planteamos cómo el fallo *Herrera Ulloa* instaló una desconfianza *ab initio* hacia los sistemas recursivos reformados, e incluso la idea de que existiría una especie de sinonimia entre el estándar de la *revisión integral* y la doble instancia. En nuestra opinión, dicha comprensión se desvirtúa completamente con el fallo *Mohamed vs. Argentina*, y es por ello que lo consideramos fundamental para entender la evolución de la comprensión del derecho al recurso por parte de la Corte Interamericana.

El caso *Mohamed vs. Argentina* se refiere a una persona que en 1992 atropelló a otra con un vehículo motorizado en la ciudad de Buenos Aires. En esa fecha regía en esa jurisdicción un sistema de justicia con la tradicional doble instancia, en que tanto el imputado como el acusador podían apelar sin mayores limitaciones de la sentencia de primera instancia, y la Corte superior quedaba habilitada con facultades amplias para modificarla en cualquier sentido.

En el caso, lo que ocurrió fue que el imputado, señor Mohamed, fue absuelto en la primera instancia, frente a lo cual la acusación apeló y la

²⁰ Nash (2005) “la Corte ha entendido este recurso en forma amplia, lo que parece no adecuarse con los estándares restrictivos de nuestra nueva legislación procesal penal en materia de recursos. Esta situación debiera exigir una revisión de nuestra legislación antes de vernos expuestos a una sentencia condenatoria en el sistema internacional”. En un sentido similar, aunque refiriéndose a la reforma boliviana, véase Callisaya (2006).

²¹ Así, se dijo “en tanto que establece que el Estado costarricense violó el artículo 8.2 h) de la Convención Americana de Derechos Humanos porque Mauricio Herrera no pudo ejercer el recurso de apelación”, en Castillo (2004), y también “Nosotros creemos que lo que se exige es la doble instancia ordinaria a favor del condenado”, en Heredia (2005). En el mismo sentido, Zurita (2010).

cámara de apelación modificó el fallo estableciendo una condena de tres años de privación de libertad. Frente a esta condena en apelación, la defensa de Mohamed intentó el único recurso disponible, uno de carácter extraordinario federal, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicho recurso fue declarado inadmisibile, y la Corte Suprema no llegó a conocerlo.

El 23 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana condenó a Argentina,²² tanto por la ausencia de un recurso efectivo para el señor Mohamed en el caso particular, como por una violación general de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno.

Respecto de la aplicación del derecho, en el caso concreto la Corte Interamericana resolvió que existía una violación al derecho de recurso efectivo, ya que la Cámara Nacional de Apelaciones rechazó *in limine* el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed con base en que los argumentos presentados se referían “a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que habían sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado”.²³ En este sentido, el fallo es consistente con la doctrina de la revisión integral, y exige que todos los aspectos del fallo puedan ser objeto de revisión.

Con relación a la obligación de adoptar disposiciones de carácter interno, la Corte Interamericana igualmente condenó a Argentina, dado que en el escenario del caso concreto “los recursos a que tuvo acceso el señor Mohamed según normativa vigente en aquel momento, esto es el recurso extraordinario federal y el de queja, no garantizaron ese derecho”.²⁴

En su razonamiento, la Corte Interamericana señala con claridad que el derecho al recurso está establecido a favor de toda persona condenada, cualquiera que sea la instancia en que esa condena se produzca:

Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél condenado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, caso *Mohamed vs. Argentina*, serie C, núm. 255.

²³ *Ibidem*, párrafo 110.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 114.

una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena.²⁵

Ante este razonamiento, nos parece claro que el fallo Mohamed cierra la posibilidad que habían venido planteando los críticos de las reformas, y que consistía en la vuelta al sistema tradicional de la doble instancia.

En primer lugar, la Corte constata los problemas que el sistema recursivo tradicional de la doble instancia presenta. Se debe recordar a este respecto que no sólo se declaró la violación en el caso concreto, sino que también se declaró la violación respecto de los artículos 1.1 y 2 de la CADH; esto es, la incompatibilidad de un aspecto propio de la doble instancia (la posibilidad de una condena en la instancia superior y la imposibilidad de recurrir de ella) y la Convención. Resulta relevante en esta línea señalar que si bien la Corte en el caso *Herrera Ulloa* había cuestionado aspectos de diseño por parte de los regímenes recursivos reformados, en el caso Mohamed hace lo propio con el sistema tradicional, el cual fue presentado en su momento como la única forma viable de garantizar el derecho al recurso.

En segundo lugar, el razonamiento previamente transcrito da cuenta de los énfasis que la Corte coloca al momento de examinar la vigencia del derecho a recurrir. Para el tribunal internacional aquello que permite determinar la efectividad de dicho derecho no radica en la mera existencia de dos instancias con independencia de quién gatilla la revisión y/o con indiferencia del pronunciamiento de inocencia o culpabilidad. Por el contrario, la Corte radica el análisis de la efectividad del derecho en la posibilidad de que el condenado pueda exigir una *revisión integral* de la condena.

Finalmente, al establecer la Corte Interamericana que el derecho al recurso rige para la condena producida por primera vez en la apelación, se destruye el supuesto básico del sistema tradicional según el cual es la jerarquía de los tribunales la que determina la mayor o menor exigencia de control sobre sus decisiones. Entiende entonces la Corte que no importa cuál sea la jerarquía del tribunal que emite el fallo ni cuál sea la etapa procesal en que se dicte la condena; ella siempre debe quedar sujeta a la posibilidad de una impugnación.

²⁵ *Ibidem*, párrafo 92.

Esta debilidad estructural del sistema tradicional para dar cumplimiento al requerimiento del derecho al recurso había sido ya planteada con mucha claridad por el profesor Julio Maier (Maier, Ambos y Woischnik 2000), quien indicaba que la exigencia del derecho al recurso debe interpretarse como la de un doble conforme; esto es, que toda condena debe ser acordada y verificada por al menos dos tribunales diferentes. En el planteamiento de Maier, el derecho al recurso otorga a los legisladores diversas opciones de diseño de recurso, pero siempre que cumplan con este supuesto básico. La lectura del profesor Maier parece corroborarla el tribunal interamericano cuando sostiene en el párrafo 97:

El tribunal ha señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía fundamental, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado.²⁶

Al resolver de este modo, la Corte se aparta claramente de la línea tradicional de las legislaciones latinoamericanas anteriores a las reformas. Ellas estaban basadas en la jerarquía de la estructura judicial, y de acuerdo con ella no resultaba problemático que un tribunal superior pudiera revertir el fallo del inferior aun cuando el nuevo fallo significara una primera condena no sujeta a recurso. El rechazo a este criterio tradicional es muy explícito en el fallo.

El Estado argentino invocó en su favor como un antecedente ilustrativo de un sistema comparado el protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Este documento amplía dicha Convención para los países que lo suscriban, estableciendo el derecho al recurso, que no figura en el texto original; pero al mismo tiempo establece excepciones a la exigibilidad del mismo, las que consisten en: tratarse de ofensas menores, haberse decretado la condena por el tribunal superior del país, y haberse decretado la condena en la apelación de una absolución.

La Corte Interamericana rechazó la pretensión de aplicar los criterios del protocolo 7 al señalar que "... no coincide con el alcance que Argenti-

²⁶ *Ibidem*, párrafo 97.

na otorga a esa norma del sistema europeo para interpretar la correspondiente norma de la Convención Americana, ya que precisamente esta última no previó excepciones como sí lo hizo expresamente la disposición del sistema europeo”.²⁷ En consecuencia, la Corte Interamericana no acepta el planteamiento de que se pueda hacer depender el derecho al recurso de la jerarquía del tribunal que dicta la condena,²⁸ lo que es esencial al sistema de la doble instancia.

Con el fallo Mohamed nos parece que se rompe la noción de identidad entre el derecho al recurso y la doble instancia. Este fallo tampoco implica la aceptación de los sistemas de recursos restrictivos propios de las reformas procesales penales. La comprensión correcta en nuestra opinión es que la norma del derecho al recurso no se identifica con ningún modelo procesal, sino que se plantea críticamente frente a todos ellos. De este modo, tal como se podría entender que Herrera Ulloa cuestiona los sistemas de casación o nulidad, al menos en sus versiones más restrictivas u ortodoxas, Mohamed cuestiona el modelo de la doble instancia en su versión tradicional en cuanto a la posibilidad de una condena en segunda instancia sin recurso ordinario posterior.²⁹

²⁷ *Ibidem*, párrafo 94.

²⁸ La Corte reiteró este mismo criterio luego en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, donde la violación consistió en no existir recurso debido a que el caso fue conocido directamente por el tribunal superior de país (caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, serie C, núm. 276, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

²⁹ La discusión acerca del contenido del derecho al recurso, la doble instancia es un tema de actual polémica en Colombia, siendo resuelto en el mismo sentido que la Corte Interamericana. En 2014, la Corte Constitucional colombiana decretó exequibles diversas normas del Código de Procedimiento Penal de dicho país, ya que éste no permitía la impugnación mediante apelación de la sentencia condenatoria pronunciada en segunda instancia en el proceso penal, con el fin de permitir que cuando la primera sentencia condenatoria fuera la revocatoria de una absolución en segunda instancia, ésta también pueda ser impugnada. La Corte Constitucional, entre otros, señaló: “de entenderse que el derecho a la impugnación recae únicamente sobre las sentencias que se dictan en primera instancia, se subsumiría este derecho en la garantía de la doble instancia y se anularían los efectos de los artículos 29 de la Carta política, 8.2 h) de la CADH u 14.5 del PIDCP”. Corte Constitucional de Colombia, C-732 de 2014, sentencia del 29 de octubre de 2014. También se ha discutido el problema con relación a los enjuiciamientos criminales contra personas aforadas (autoridades como el fiscal general o congresistas) por parte de la Corte Suprema, en donde el máximo tribunal de dicho país enjuicia en única instancia. Esos debates han llevado a la presentación de un proyecto de ley que divide la composición

3. *El caso Norín Catrimán: la Corte no cuestiona la reforma chilena y hace exigencias a los jueces*

En 2014, la Corte tuvo la oportunidad de volver a pronunciarse sobre los sistemas recursivos restrictivos propios de los sistemas reformados. En el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*,³⁰ se condenó a este país por diversas violaciones ocurridas en los procesos de juzgamiento de diversas personas de la etnia mapuche, acusados de actos de violencia política. Entre las diversas violaciones al debido proceso que se plantearon se encontraba la del derecho al recurso.³¹

En el caso concreto, los reclamantes plantearon que la corte de apelaciones que conoció de la nulidad contra su condena no revisó diversos aspectos del fallo que fueron alegados en el recurso. La corte de apelaciones se amparó en que la ley no la autorizaba a revisar el modo en que el tribunal del juicio había realizado la valoración de las pruebas.³² El Estado de Chile a su vez planteó en su defensa que si bien la ley establecía causas específicas de impugnación, algunas de éstas sí habilitaban a la Corte a revisar los aspectos alegados por los condenados por medio de una interpretación adecuada de la ley.³³

En su condena al Estado de Chile la Corte determinó la violación del derecho al recurso, criticando el modo en que la corte de apelaciones autorrestringió sus facultades de revisión, utilizando un criterio extremadamente limitado en su interpretación de las facultades que la ley le otorgó. En este caso, la Corte Interamericana mantuvo el estándar de la *revisión integral*, pero hizo recaer la carga de su cumplimiento en la Corte revisora. En concreto, critica a la corte de apelaciones diciendo que “no realizó un examen integral de la decisión recurrida, ya que no analizó todas las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas impugnadas en que se basaba la sentencia condenatoria”.³⁴

de la Corte Suprema con el fin de que pueda garantizar el derecho a impugnar de dichos aforados. Véase *La otra cara* (2016) y *El Nuevo Siglo* (2017).

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, serie C 279, 2014.

³¹ *Ibidem*, párrafos 263-298.

³² *Ibidem*, párrafos 263-265.

³³ *Ibidem*, párrafo 266.

³⁴ *Ibidem*, párrafo 290.

La Corte Interamericana especifica la obligación de la Corte revisora diciendo:

... el tribunal superior que resuelve el recurso debe controlar... que el tribunal inferior cumpla con su deber de exponer una valoración que tenga en cuenta tanto la prueba de cargo como de descargo. Aún si el tribunal inferior optara por valorar la prueba de manera conjunta, tiene el deber de exponer claramente en qué puntos existen coincidencias y en cuáles contradicciones en la misma, así como ocuparse de las objeciones que la defensa hiciera sobre puntos o aspectos concretos de esos medios de prueba.³⁵

A pesar de la condena respecto del caso concreto, nuestra lectura del fallo en el contexto de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana nos lleva a entender que con este pronunciamiento la Corte legítima implícitamente los regímenes recursivos que los sistemas reformados establecieron. Esto se debe a que la Corte, a diferencia de lo hecho en el caso *Herrera Ulloa*, divide su razonamiento en dos partes; en la primera realiza un análisis referido a la manera en que el recurso de nulidad operó en el caso particular, en donde declara la existencia de una violación, y una segunda parte, en donde analiza la compatibilidad en abstracto del recurso de nulidad chileno y su regulación con la Convención Americana, estableciendo que no existía violación de dicho tratado internacional. Profundizaremos esta segunda parte en las siguientes líneas.

Es importante mencionar que la pregunta acerca de la compatibilidad en abstracto de la regulación del recurso de nulidad y la Convención Americana es una cuestión debatida incluso entre los mismos organismos de protección de derechos humanos que participaron en el presente caso. Es así que sólo uno de los representantes de las víctimas, la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), solicitó que se declarara una violación respecto de la obligación general establecida en los artículos 1.1 y 2 de la CADH de adoptar normas de derecho interno. Por el contrario, la Comisión Interamericana de derechos humanos sostuvo que “en el caso de los sistemas procesales penales en los cuales rigen primordialmente los principios de la oralidad y la intermediación, los Estados están obligados a asegurar que dichos principios no impliquen exclusiones o limitaciones en el alcance de la revisión”, para posteriormente matizar, indicando que

³⁵ *Ibidem*, párrafo 289.

“la revisión del fallo por un tribunal superior no debería desnaturalizar la vigencia de dichos principios”.³⁶ Según da cuenta el fallo, la Comisión sostuvo que el derecho a recurrir “fue vulnerado tal y como les fue aplicado por los tribunales”³⁷ y, en consecuencia, no solicitó la violación de los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Finalmente, otro de los peticionarios, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) no alegó una violación del artículo 8.2 h).³⁸

En segundo lugar, es necesario examinar la diferencia entre aquello solicitado por la FIDH en este punto y la respuesta provista por la Corte Interamericana. En el párrafo 264 del fallo la Corte resume la solicitud y argumento de la FIDH a este respecto:

En el escrito de solicitudes y argumentos, la FIDH sostuvo que Chile violó el artículo 8.2h de la Convención [e] indicó que el régimen recursivo de las sentencias penales en Chile no es conforme puesto que excluyó el recurso de apelación frente a las sentencias de los tribunales orales en lo penal y estableció como único recurso contra las mismas el recurso de nulidad, pero que en ninguna circunstancia es posible la evaluación integral de los hechos.

Nótese que la base de la crítica por parte de la FIDH está efectivamente en el cambio legislativo realizado por Chile, eliminando el recurso de apelación y parece sostener que el único recurso que permite esta revisión integral es aquél. La lectura de las consideraciones de la Corte Interamericana da cuenta de que en ningún momento la Corte dirige el debate a examinar si la apelación es mejor que el recurso de nulidad en este punto. Tampoco la Corte se pregunta acerca de si la apelación es el medio más idóneo para asegurar la revisión integral. De hecho, en todo el análisis posterior la Corte nunca menciona la apelación, alejándose entonces de identificar para los Estados cuál es el régimen recursivo correcto.

Ahora bien, para resolver la compatibilidad en abstracto entre la regulación del recurso de nulidad y la CADH, la Corte enfoca la problemática desde la perspectiva de si las causales del recurso de nulidad tal como están establecidas en la legislación chilena permiten o no revisión o examen de los supuestos fácticos del fallo.

³⁶ *Ibidem*, párrafo 263.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Ibidem*, párrafo 265.

La comprensión del razonamiento de la Corte reviste cierta dificultad. En el caso, se presentaron dos peritajes acerca del derecho chileno. Los peritajes resultaron contradictorios respecto del alcance de la causal de nulidad contemplada en el artículo 374 letra e), referida a la obligación del tribunal de juicio de fundamentar su fallo. Una interpretación superficial podría llevar a pensar que dada la contradicción de los peritos, la Corte se vio impedida de pronunciarse por no alcanzar una comprensión precisa de la norma. No obstante, el razonamiento de la Corte da cuenta de que ella hace sus propias constataciones respecto del régimen recursivo chileno y su regulación. Es decir, la Corte realiza un conjunto de determinaciones con independencia de los informes periciales.

En el párrafo 294 del fallo, la Corte establece la vinculación entre los artículos 374.e) (nulidad por falta de fundamentación), 342 (contenido de la sentencia y fundamentación) y 297 (libre valoración de la prueba y fundamentación) del Código Procesal penal chileno. Es decir, la Corte reconoce que la causal “otorga la posibilidad” de impugnar el fallo cuando no se cumplan los requisitos del artículo 342 del CPP, indicando que éste se refiere posteriormente al artículo 297 del mismo cuerpo normativo. En el párrafo 295, la Corte explicita: “el texto del artículo 374.e) del Código Procesal Penal establece una causal de nulidad absoluta con base en los deberes de motivación y valoración probatoria consagrados en esa misma normativa procesal”. En este sentido, la Corte acoge lo propuesto por el Estado; esto es, la interrelación entre los tres artículos y la posibilidad de recurrir por problemas de fundamentación y valoración de la prueba a partir de ellos.

A esto se debe agregar la segunda constatación que realiza la Corte en el mismo párrafo 295.

Además de lo anterior, le consta a este Tribunal que de acuerdo al artículo 381 del Código Procesal Penal, al tribunal superior que resuelve el recurso se le debe remitir no sólo la sentencia recurrida y el escrito de interposición del recurso, sino también las actuaciones determinadas impugnadas o el registro de la audiencia del juicio oral que, según el perito, se corresponde con los audios de la audiencia pública.

En esta segunda consideración se observa que la Corte reflexiona en torno al material con que cuenta el tribunal superior a efectos de revisar

la impugnación realizada. La Corte resalta que no sólo se remite el fallo objeto de impugnación, lo que sería suficiente para un recurso de derecho estricto que sólo revisa el fallo para ver su coherencia interna. Al contrario, la Corte a este respecto destaca que además se remiten las actuaciones impugnadas y el registro de la audiencia de juicio, esto es, antecedentes que permiten una fiscalización que va más allá del fallo y su coherencia.

Concluye en esta parte la Corte Interamericana señalando que la causal del artículo 374.e de ese Código permite que el recurrente interponga argumentos que no sólo se refieran a la rectitud interna de la fundamentación del fallo condenatorio y su apreciación de la prueba, sino que también posibilita que se ofrezca como parámetro para sustentar esos argumentos aquellas actuaciones y pruebas rendidas en el juicio oral que, según estime el recurrente, fueron indebidamente valorados y sus conclusiones indebidamente fundamentadas en la sentencia condenatoria.³⁹

Las conclusiones de la Corte en este punto dan cuenta de que en su criterio el recurso de nulidad chileno va más allá de la revisión normativa o de derecho, que de hecho permite que el litigante impugne aspectos vinculados a la valoración de la prueba y el análisis probatorio del tribunal *a quo*. El rol de los registros de la audiencia de juicio y la posibilidad de llevar otras actuaciones, además del fallo condenatorio, entiende la Corte Interamericana, permiten que el *ad quem* realice una contrastación entre lo que dice el fallo, las piezas probatorias del juicio y los registros de audio o de las otras actuaciones. En otras palabras, la Corte da por probado, sin recurrir a los peritos, que la regulación misma del recurso de nulidad permite realizar una revisión más amplia, que incluye hasta cierto punto la prueba y los hechos.

Una vez hecha esta aclaración es cuando la Corte vuelve a mencionar que la prueba existente es contradictoria,⁴⁰ pero esta vez se refiere a la práctica por parte de los tribunales chilenos respecto de esta causal. La disconformidad de la Corte Interamericana respecto de los antecedentes aportados en este caso tiene relación con el hecho de que no es posible establecer mediante el análisis normativo de la causal 374.e) que ésta no está en conformidad con la Convención. Indica al respecto la Corte:

³⁹ *Ibidem*, párrafo 295.

⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 296.

Tomando en cuenta que existen mutuas implicaciones entre las dimensiones fáctica, probatoria y jurídica de la sentencia penal, no siendo una conclusión derivable del texto de la causal referida, no ha sido probado que bajo la misma no sea posible impugnar cuestiones relativas a la base fáctica del fallo por medio del examen del juicio probatorio del mismo.⁴¹

Esto significa que la Corte entiende que el mismo tenor literal de la causa, según su análisis previo de los párrafos 294 y 295, sí permite la posibilidad de una revisión de los supuestos fácticos.

Vale la pena, para finalizar esta sección, reflexionar respecto de tres ideas que nos permiten concluir que el fallo *Norín Catrimán* supone un cambio de perspectiva de la Corte Interamericana hacia los sistemas reformados y su régimen más restrictivo de impugnación.

Primero, y lo más obvio, la Corte Interamericana, a diferencia de lo que falló en el caso *Herrera Ulloa*, no declaró la violación del régimen recursivo en abstracto, sino que centró la violación en el caso concreto y en la interpretación de la causal hecha por la Corte revisora.

Segundo, la Corte implícitamente valida el régimen recursivo del Código Procesal penal chileno. Esto se debe a que realiza un análisis de la norma misma, y entiende que la forma en como ésta está consagrada no permite deducir una violación *per se* de la Convención Americana. Si la Corte estimara que la mera existencia misma de la norma contradecía la Convención, podría haber determinado aquello, pero, al contrario, sostiene que no puede fallar en dicho sentido, separando en los considerandos 296 y 297 la práctica de la causal, de su consagración normativa.

Finalmente, la Corte Interamericana constata en el fallo que la regulación en abstracto de la causal del considerando 374 e) permite al menos en teoría revisar el fallo condenatorio en aspectos que van más allá del análisis jurídico realizado por el tribunal *a quo*, como lo sería una revisión de la valoración probatoria y de las conclusiones fácticas a partir de la prueba presentada. Debe notarse que, aceptando esta posibilidad, la Corte no concluye que una regulación restrictiva de la posibilidad de impugnación sea contraria a la Convención Americana; esto es, que pueden ser compatibles con la Convención formas de materializar el estándar de la *revisión integral* que no siguen el modelo de la apelación y que de hecho regímenes recursivos más restrictivos pueden satisfacer dicha exigencia.

⁴¹ *Ibidem*, párrafo. 297.

Al respecto, podría haberse esperado que la Corte criticara el hecho de que la causal del considerando 374.e) impone una carga argumentativa mayor que la clásica apelación o el de la existencia de una causal más restrictiva que el mero agravio genérico a efectos de gatillar la revisión. Pero la Corte Interamericana en su razonamiento no repara en ninguna de estas consideraciones. Tampoco repara en el grado de extensión de la revisión; esto es, no dice qué tanto debe extenderse la revisión que realiza el *ad quem*, sino sólo pone atención en que sea posible alcanzar los aspectos fácticos y probatorios alegados por el recurrente.

Entendemos entonces que el fallo *Norín Catrimán* supone una aceptación de la vigencia de regímenes recursivos restrictivos como los que han acompañado las reformas a favor de la oralidad, bajo la condición de que en su diseño normativo admitan la posibilidad de una revisión efectiva, no sólo de los aspectos puramente legales, sino también del modo en que se ha fundamentado el fallo y valorado la prueba. Pero además exige la Corte que dichas facultades de revisión admitidas por la ley sean en la práctica ejercitadas por los tribunales revisores en los casos concretos.

IV. LOS RECURSOS EN LAS REFORMAS PROCESALES CIVILES

La reforma al proceso civil ha sido en América Latina un proceso más tardío y menos vigoroso que el de las reformas al proceso penal: no obstante, actualmente están teniendo lugar en varios países de América Latina, importantes procesos de reforma consistentes en la promulgación de nuevos códigos procesales civiles y muchas reformas a segmentos de la justicia no penal, como laboral, familiar, comercial y otros (Villadiego 2007). Los componentes de esos procesos de reforma son variados, pero cabe identificar algunos de los más característicos el de la introducción de la oralidad (Ríos 2013), el reconocimiento y la promoción de sistemas alternativos de resolución de conflictos (Mera 2013), el mejoramiento de los sistemas de ejecución (Vargas 2013), entre otros.

En el contexto de esos procesos de reforma, uno de los debates más importantes ha sido el de los sistemas recursivos, aunque las soluciones adoptadas por las nuevas leyes han sido menos innovadoras que las concretadas en el área procesal penal. Es decir, en las reformas no penales no se puede identificar una tendencia tan clara a la restricción de los recursos como la producida en el área penal. En materia civil, la necesidad de res-

tringir los recursos para preservar las garantías vinculadas con la oralidad se ha planteado en la discusión, pero las soluciones legislativas han tendido a mantener en muchos casos las características de los sistemas tradicionales; esto es, a establecer recursos relativamente amplios de apelación (Ferrer y Simons 2010).

Los sistemas tradicionales civiles se caracterizan por posibilidades de impugnación de los fallos bastante amplias, que suponen la existencia de una doble instancia; esto es, la posibilidad de que por medio de un recurso de apelación ejercido por cualquiera de las partes un tribunal superior pueda revisar todos los aspectos de la decisión del juez inferior (Ferrer y Simons 2010). Pero además suele existir la posibilidad de que el fallo del segundo tribunal sea revisado al menos en algunos de sus alcances legales por un tercer tribunal por medio de un recurso de casación. Estas fórmulas tradicionales de revisión de los fallos civiles están muy fuertemente atadas a una estructura jerárquica de nuestros sistemas judiciales (Damaska 1986),⁴² de acuerdo con las cuales los tribunales se ordenan en categorías de acuerdo con su experiencia y capacidades, estando dotados los de las categorías superiores con amplias facultades para revisar lo obrado por los de las inferiores (Merryman y Pérez-Perdono 2014).

Como hemos dicho, las reformas han generado discusiones en torno a la estructura de los recursos (véase como ejemplo Quintero 2015). Dichas discusiones están vinculadas en primer lugar a la compatibilidad de los mismos con el sistema de la oralidad. Pero, además, los procesos de reforma tienen entre sus objetivos el de simplificar los procesos, reducir sus tiempos de duración y controlar sus costos. Es bastante evidente cómo estos objetivos suelen entrar en pugna con un sistema recursivo amplio que permite e incluso incentiva las sucesivas revisiones.⁴³

⁴² Asimismo, el informe comparado elaborado por Ferrer y Simons para las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal señala que la existencia de un derecho a la doble instancia en algunos países se deriva implícitamente “como consecuencia de la institucional constitucional de un sistema jurisdiccional con distintos grados; sistema del cual se desprende la necesaria existencia de recurso como parte de las competencias que han de ejercer los tribunales de segundo grado” (Ferrer y Simons 2010, 689).

⁴³ El conflicto quedó de manifiesto hace años en el trabajo de Eduardo Couture, cuando éste sostuvo que “Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso”, señalando como manifestación de este principio que “El número de instancias es normalmente menor en asuntos de escaso monto; y en algunos casos, cuando la cuantía es ínfima, las decisiones son inapelables” (Couture 2007, 155).

En el debate acerca de la reforma al proceso civil suelen escucharse voces que señalan que el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior es intocable. Se trataría de una exigencia de la garantía del debido proceso que no podría ser restringida, ni menos suprimida en ningún tipo de proceso civil, por cuanto estaría exigida por tratados internacionales. En otras palabras, se plantea que la posibilidad de impugnar una sentencia civil no puede estar condicionada por criterios de política pública, como son los de gestión judicial, de reducción de costos o de demora, ya que se trata de un derecho fundamental. La determinación de esta cuestión es fundamental para los debates de las reformas. Si el derecho al recurso existe en materia civil, éste constituiría un elemento condicionante de las decisiones legislativas de todos los países latinoamericanos que están obligados a dar cumplimiento a la Convención Americana de Derechos Humanos. Si no es así, la necesidad de recursos y las características de los mismos pasa a ser una cuestión que debe ser discutida y resuelta con argumentos específicos vinculados a las necesidades de cada país en relación con los diversos tipos de casos que cada uno de los subsistemas de justicia no penales deba abordar.

En consecuencia, a diferencia de lo que ha ocurrido en materia penal, donde el derecho al recurso se ha planteado como argumento crítico a las legislaciones reformadas, en materia civil este argumento más bien ha cumplido la función de limitar las posibilidades de búsqueda de fórmulas novedosas con las que se pudieran lograr objetivos generales de los procesos de reforma, como son la protección de la oralidad y la simplificación procesal con su consiguiente efecto de disminución de tiempos y costos. La pregunta por responder en este caso es si desde el debido proceso, y específicamente desde el derecho al recurso existe una verdadera limitación a los legisladores para buscar fórmulas apropiadas para dar cumplimiento a sus propios objetivos o se trata en realidad de una discusión abierta, y pueden los legisladores establecer procedimientos con diversos tipos de recursos, más limitados o amplios, o aún sin recursos, con el fin de buscar las respuestas apropiadas a los distintos tipos de casos.

V. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO AL RECURSO EN MATERIAS NO PENALES

Una revisión de los tratados internacionales en materia de derechos humanos permite afirmar que el derecho a recurrir en juicios civiles no es un derecho reconocido por dichos tratados y, por ende, los Estados tienen libertad para establecer o no formas de impugnación considerando distintos criterios y necesidades.

En primer lugar, una revisión del tenor literal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) permite observar que el derecho a recurrir no alcanza a los procedimientos civiles. En el artículo 8o. de la CADH, que se titula “Garantías judiciales”, el derecho a recurrir se menciona en el numeral 2 del artículo, el cual reza “Toda persona inculpada de delito tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h. derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. A su vez, el PIDCP en su artículo 14.5 indica que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Como es claro por su ubicación sistemática y tenor literal, ambos tratados internacionales establecen como garantía fundamental el derecho a recurrir sólo a favor del condenado en un juicio penal, y no se hace ninguna mención explícita a los procedimientos civiles en este punto.

Las garantías procesales que conocemos provienen en general de las dos tradiciones legales principales, la europea continental y la anglosajona. En ninguna de ellas existe tal cosa como una garantía constitucional absoluta de acceso a un recurso y menos en materia civil. En estos dos ámbitos se entiende como una cuestión que debe ser resuelta por el legislador. Así, en la Convención Europea de Derechos Humanos no se establece en el artículo 6o. (equivalente al artículo 8o. de la CADH) un derecho a recurrir, sino que en el evento de que el Estado decida establecer dicho derecho, la tramitación del recurso debe cumplir con algunos aspectos básicos de debido proceso,⁴⁴ los cuales no deben ser necesariamente los mismos

⁴⁴ “El artículo 6o. no demanda que los Estados establezcan tribunales de apelación o casación. Sin embargo, cuando aquellos sistemas sí han sido establecidos, será aplicable en

respecto de todo tipo de jurisdicción. En este sentido, la Corte Europea ha indicado que los requerimientos inherentes al debido proceso (*fair hearing*) no son necesariamente los mismos en casos de determinación de derechos y obligaciones civiles que en casos criminales.⁴⁵

De hecho, el derecho a un recurso como garantía suprallegal es una cuestión que sólo se plantea en dos ámbitos normativos internacionales. Uno es el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su texto lo reconoce. Con todo, el órgano oficial de aplicación de dicho Pacto (el Comité de Derechos Humanos) ha dicho explícitamente que dicha garantía no se extiende al ámbito civil. Así, en la comunicación 450/1991 contra Finlandia resuelta en 1993, el Comité estableció que el derecho a recurrir estaba limitado al ámbito penal.⁴⁶ Años después, el Co-

la medida que los procedimientos internos le otorguen al peticionario un remedio accesible ante un tribunal superior.

”Sin embargo, no todas las garantías del artículo 6o. se aplican a la etapa de apelación de la misma manera que ante el juez de primera instancia” (traducción nuestra). “Article 6 does not of itself demand that states set up courts of appeal and cassation. However, where such a system has been set up, it will apply as long as the domestic procedure accords the applicant an accessible legal remedy before a higher national court.

However, not all the guarantees of Article 6 apply at the appellate stage in the same manner as before «the trial court»” (Vitkauskas y Dikov 2012, 22).

Asimismo, el protocolo 7, que debe ser firmado de manera adicional por los Estados, si bien establece un derecho al recurso lo circunscribe a materias penales exclusivamente, como se da cuenta en la siguiente cita “1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley”.

Finalmente, Joan Picó I Junoy sostuvo que el derecho al recurso establecido en la Convención Europea se ha entendido sólo para materias penales, y que quien pretenda afirmar lo contrario debe soportar la carga argumentativa de justificar por qué en dicho caso concreto éste es necesario, especialmente en función de la materia en que se da cuenta del conflicto. Joan (2016).

⁴⁵ Council of Europe y European Court of Human Rights, Guide to Article 6, 2013.

⁴⁶ “3. Alega además que es víctima de una violación del artículo 14, ya que, cuando se determinó que su condición era la de empleado, las decisiones que afectaban a sus derechos y obligaciones se adoptaron sin concederle audiencia y no se le permitió apelar contra esas decisiones.

4.4 En lo que se refiere a la reclamación del autor de que se le había denegado la posibilidad de apelar, aun cuando esos temas entraran *ratione materiae* dentro del alcance del artículo 14, el derecho de apelación se refiere a una acusación penal lo que no es aquí el caso. Por consiguiente, esta parte de la comunicación es inadmisibles con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo”. Comité de Derechos Humanos de las Naciones

mité reafirmó su posición en esta materia de manera explícita al momento de elaborar la observación general 32 en 2007, cuyo propósito fue explicar el contenido del artículo 14 del PIDCP. En ella señala que “el párrafo 5 del artículo 14 no se aplica a los procedimientos para determinar los derechos y obligaciones de carácter civil ni a ningún otro procedimiento que no forme parte de un proceso de apelación penal, como los recursos de amparo constitucional”.⁴⁷

A pesar de lo anterior, hay quienes sostienen que igualmente existe un derecho al recurso en materias civiles.⁴⁸ Este argumento se basa en dos pronunciamientos realizados por la Corte Interamericana. El primero dice que “el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8o. de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden «civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter»”.⁴⁹ El segundo está constituido por la Opinión consultiva 11 de 1990.⁵⁰

Las dos resoluciones citadas han establecido un criterio general, que ha sido reiterado en diversos casos con el mismo grado de generalidad

Unidas. I. P. (nombre omitido) v. Finland, Comunicación, núm. 450/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/450/1991, 1993.

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación general 32 2007, párrafo 46.

⁴⁸ En cuanto a la doctrina procesal civilista, es posible observar dos tipos de pronunciamiento en esta materia. Por un lado, existe una posición que entiende que el 8.2 es plenamente aplicable a juicios de orden civil y por ende el derecho al recurso y la jurisprudencia de la Corte son igualmente exigibles en dicha materia, entre ellos véase Palomo (2010, 500): “La pregunta que surge de inmediato es si esta garantía del derecho al recurso (con este estándar reforzado declarado por la Corte Interamericana en el fallo citado [*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*]) es predicable del proceso civil. A estas alturas del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana consideramos que la respuesta no puede ser sino afirmativa”, y Monterisi (2011, 4).

Por otro lado, existe una segunda postura que reconoce que el artículo 8.2 h) se refiere a procesos penales y en principio no tiene aplicación a procesos civiles, pero que sostienen que “nada impediría que el artículo 8.2 h) encuentre una conveniente extensión interpretativa a los procesos a los cuales se refiere el artículo 8.1 de la propia Convención, en la medida en que sea factible su aplicación al caso y su aplicabilidad a la luz de los derechos en juego en un proceso civil” (Ferrer y Simons 2010, 690). En el mismo sentido Parra (2010).

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, serie C, núm. 72, 2001.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1990, Opinión consultiva OC-11/90, serie A, núm. 11.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 81-122.

(Salmón y Blanco 2012). No existe duda de que la Corte en su jurisprudencia ha reconocido que el derecho al debido proceso no sólo es aplicable en juicios criminales. Asimismo, tampoco es discutible que la Corte efectivamente ha entendido que las garantías contempladas en el artículo 8.2 pueden tener vigencia en áreas distintas a la criminal. En donde no existe claridad y certeza es en el hecho de que el artículo 8.2 de la Convención y las garantías que éste contempla sean todas ellas efectivamente aplicables, de la misma manera y sin ningún matiz a materias distintas de las criminales.

En otras palabras, para los autores de este trabajo el reconocimiento del criterio general antes enunciado en ningún caso justifica la aplicación de la letra h) del núm. 2 del artículo 8o. a materias no penales. Para comenzar nuestro análisis, el paso más lógico supone examinar con un poco más de detalle los pronunciamientos invocados.

En primer lugar, ni en *Baena vs. Panamá* ni en la OC-11 de 1990 la Corte se refiere explícitamente al derecho a recurrir de la sentencia contra tribunal superior contenido en la letra h). Es decir, no existe una decisión de la Corte en donde claramente haya decidido que dicho derecho es aplicable a otras materias distintas de la penal, y en que se haya determinado de qué forma, en qué casos y con qué intensidad dicha dimensión del debido proceso opera en otro tipo de materias. Dichos pronunciamientos se limitan a declarar que algunos procedimientos específicos de tipo penal exigen la aplicación de algunas garantías que se encuentran en el numeral 2 del artículo 8o., y para comprender el contenido específico de la decisión y su alcance hay que examinar más detenidamente su contexto.

En *Baena vs. Panamá*, pronunciado por la Corte Interamericana en 2001, el caso trata de la exoneración de 270 trabajadores estatales por medio de una simple nota de despido. La Corte constata que no existió ningún procedimiento sancionatorio formal y, en ese contexto, plantea la aplicabilidad de las garantías penales básicas, sin referirse explícitamente al derecho a recurrir. En este caso la Corte envió un mensaje muy claro a los Estados acerca de que no sólo los procedimientos judiciales exigían el cumplimiento del debido proceso, sino que ellos rigen “ante cualquier instancia procesal” incluidas las que se producen en el ámbito administrativo, dejando claramente establecido que el objetivo detrás de las garantías es el de limitar las actuaciones del Estado que puedan afectar los derechos

de los ciudadanos de manera abusiva.⁵¹ Esto se grafica en el párrafo 126 del fallo, cuando la Corte señala:

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

Como se puede observar de la cita en cuestión, el mensaje de la Corte es que el poder del Estado tiene límites, dentro de los cuales el debido proceso previene la arbitrariedad de la administración mediante la exigencia de garantías básicas para aquellos casos en donde la remoción laboral se entienda como una sanción.⁵² Se observa entonces que la Corte se refiere de manera muy general a la aplicación de garantías básicas del debido proceso a un procedimiento que no ofrece ninguna garantía, y que en nada se parece a los procedimientos típicamente civiles. Resulta claro que en este caso lo que la Corte plantea en general es la necesidad de algunas garantías procesales básicas frente a la pura actuación administrativa, y no pretende referirse en modo alguno al problema de un recurso contra una sentencia proveniente de un proceso que ya ha contado con garantías básicas en sede judicial.

En cuanto a la Opinión consultiva 11 de 1990 (cabe hacer presente que las opiniones consultivas de la Corte no tienen la obligatoriedad de los fallos; no obstante, nos parece que vale la pena su análisis, dado que esta opinión específica suele ser citada para sostener la opinión contraria a la que sostenemos), ésta se refiere a las excepciones al agotamiento de los recursos internos como requisito previo para acceder al sistema interamericano de protección de derechos humanos. En dicha opinión, la Corte se explaya en cuanto a las hipótesis en donde el requisito de admisibilidad de agotamiento de los recursos internos puede ser omitido, refiriéndose específicamente a la situación de un indigente que debido a tal situación

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, serie C, núm. 72, párrafo. 124.

⁵² *Ibidem*, párrafo 131.

no está en condiciones de agotar dichos recursos a nivel nacional.⁵³ Para desarrollar su respuesta, la Corte analiza el problema desde la perspectiva de un inculpado penal, examinando los alcances del derecho a contar con asistencia letrada.⁵⁴ Cuando la Corte lleva su análisis a materias de índole no penal es cuando señala:

En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el artículo 8o. no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso.

Pues bien, una lectura de la cita en cuestión permite de nueva cuenta matizar considerablemente la pretensión de que el artículo 8.2 se extrapola sin distinción ni variación alguna a áreas distintas de la penal. En esta cita se observa que la Corte extiende la noción de “debidas garantías” a materias distintas a la penal, declarando que aquellas contenidas en el artículo 8.2 también pueden ser aplicables a otro tipo de materias. Al respecto, la Corte no señala nada sobre el derecho a recurrir. Tampoco señala que todas las garantías del artículo 8.2 se extienden de la misma forma y con la misma intensidad de cobertura a otras materias. De hecho, reconoce que respecto de una garantía específica, como es la de la representación letrada, su exigibilidad en un caso concreto no penal está condicionada por una serie de circunstancias que enumera, por ejemplo

⁵³ “¿Se aplica el requisito de agotar los recursos jurídicos internos a un indigente que, debido a circunstancias económicas, no es capaz de hacer uso de los recursos jurídicos en el país?” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, serie C, núm. 72, párrafo 2).

⁵⁴ “Aun en aquellos casos en los cuales un acusado se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, podría presentarse una violación del artículo 8o. de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, serie C, núm. 72, párrafo. 27).

“su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular”. Es decir, la Corte sólo afirma que las garantías judiciales que están en el numeral 1 no son las únicas que pueden exigirse en procesos no penales, sino que también las garantías del numeral 2, pero que su exigibilidad debe ser ponderada específicamente a partir de las circunstancias del procedimiento judicial de que se trate.

A mayor abundamiento, la cita de la Corte se refiere a contar con asesoría letrada en materias no penales; es decir, la Corte misma hace un pequeño ejercicio de extrapolar una de las garantías del artículo 8.2 fuera del contexto criminal. En el contexto de este ejercicio la Corte no dice de manera clara, tajante y absoluta que la asesoría legal es obligatoria en otras materias distintas a la penal. Por el contrario, la Corte señala que en algunos casos la representación legal puede ser necesaria para cumplir con el debido proceso, pero también que en otros la ausencia de dicha representación no supondrá tal violación. Para ello, la Corte brevemente indica que esta conclusión supone examinar las circunstancias de un procedimiento en particular, sus principales rasgos y su contexto en el sistema legal en concreto. En otras palabras, la Corte entiende que el debido proceso no opera siempre de la misma manera y que la exigencia de contar con asesoría letrada en un determinado procedimiento (civil, laboral, de inmigración, etcétera) no será siempre la misma.

Quienes pretenden utilizar este pronunciamiento de la Corte Interamericana a favor de la extensión del derecho al recurso a materias no penales deberán aceptar que aun en el caso de que ese ejercicio analógico fuera apropiado, lo que pudieran deducir es sólo que, en algunos procedimientos, dependiendo de su significación, su carácter y su contexto, pudiera ser necesario el acceso a un recurso para dar cumplimiento al debido proceso. Es decir, no se trataría en ningún caso de una regla general, ni menos absoluta.

En consecuencia, nos parece claro que las dos resoluciones en que la Corte se refiere a la extensión de las garantías del numeral 2 del artículo 8o., lo que hace es abrir la posibilidad de su exigibilidad, pero dejándola condicionada a las características y a las condiciones de la situación de que se trata. No es correcto deducir de estos textos que la Corte siempre exige la aplicación de todas las garantías a todos los procesos no penales. Pero además es necesario tener en cuenta que en ambos casos el pronunciamiento de la Corte se refiere a situaciones extremas, donde no hay ac-

ceso a ninguna forma de defensa, y por lo tanto su invocación al artículo 8.2 se refiere a contar con elementos mínimos de formalidad judicial.

Pero además de la no existencia de pronunciamientos de la Corte Interamericana que extiendan la totalidad las garantías del artículo 8.2 a todas las materias y de la misma forma, existen buenas razones para sostener que no es posible aplicar todas las garantías del artículo 8.2 a materias civiles, entre ellas la de la letra h) del derecho al recurso.

En primer lugar, existen dimensiones del artículo 8.2 que derechamente no pueden ser aplicadas a materias no penales, en la medida en que las dinámicas inherentes a esos derechos sólo tienen sentido en un contexto de enjuiciamiento criminal, y no en otro tipo de casos.

El caso más evidente de lo anterior es del enunciado general del numeral 2, que indica: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Al respecto, parece bastante claro que esta dimensión del debido proceso sólo puede darse y adquiere pleno sentido en el contexto de una imputación criminal, en la medida en que el lenguaje de la Convención alude explícitamente a personas que han sido imputadas de ilícitos penales. Más importante aún, la presunción de inocencia constituye una regla que no sólo obliga a que el Ministerio Público o cualquier ente acusador sea quién debe soportar todo el peso probatorio del proceso, sino que la contracara de esto es que no existe un deber de colaboración del imputado con la parte acusadora (Binder 2005). En los juicios penales, la presunción de inocencia faculta al imputado a no asistir de forma alguna ni a la contraria, ni al juez, ni al proceso. Dicha lógica se justifica plenamente en un escenario de contienda desigual entre un ciudadano y el Estado que pretende aplicar una sanción penal, pero que no necesariamente se recoge, y tiene sentido en materias no penales, en donde la distribución de la carga de la prueba es diversa, y en donde se acepta que la parte demandada tiene algunos deberes de colaboración con el proceso. Por lo mismo, no parece tener sentido hablar de la *presunción de inocencia* en escenarios distintos al juicio criminal.

Algo similar ocurre con la letra “g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”. Nuevamente, se trata de una disposición que sólo tiene sentido en el contexto de un juicio criminal, lo que no sólo se desprende del tenor literal de la norma, sino que, de las propias dinámicas del proceso penal democrático, en donde se espera que

el Estado no desarrolle su investigación criminal favoreciendo la ocurrencia de confesiones no voluntarias (Binder 2005), cuestión que históricamente ha sido un problema de los procesos de corte inquisitivo.

Es bastante evidente que esta garantía no es extrapolable a los procedimientos de carácter no penal. En ellos se acepta la lógica contraria; esto es, la de forzar a la parte contraria a tomar el estrado y someterse a las preguntas que realiza el abogado de la contraparte con el fin de declarar contra sí mismo, al punto de que si no comparece, sus respuestas son evasivas o se negara a contestar, el juez está autorizado para dar por reconocidos ciertos hechos. Esto no supone que la institución de la absolución de posiciones o de la confesión de parte es automáticamente incompatible con la CADH, sino que más bien supone reconocer el hecho de que el debido proceso no opera igual en todas las materias que es por lo demás lo que indican el texto de la Convención Americana y, como hemos visto, los pronunciamientos de la Corte.

La idea de que el debido proceso no opera de la misma forma en todas las materias supone que las exigencias que esta garantía demanda para el diseño y funcionamiento de los sistemas procesales no son siempre las mismas. Las diferencias se pueden manifestar en dos niveles distintos. El más obvio, que es aquel que muestran los ejemplos de la presunción de inocencia y el derecho a no declarar, supone que hay garantías del debido proceso que en ciertas materias son exigibles a los Estados ante determinado tipo de conflictos, mientras que en otras materias no lo son. Pero existe un segundo nivel en que esto ocurre, y es más sutil. Se trata de garantías del debido proceso, que si bien se encuentran presentes en diversas materias, la intensidad con la que éstas proveen de protección al ciudadano varía, existiendo entonces mayores o menores niveles de exigencias en su cumplimiento.

Esta idea puede resultar incómoda a nuestra forma tradicional de concebir el derecho, pero es perfectamente consistente con la forma en cómo en general operan los derechos fundamentales, y específicamente el debido proceso. Al respecto, en otro trabajo, uno de los autores de este texto ha examinado de qué forma este derecho opera, planteando que el debido proceso es una garantía compleja, compuesta por estándares, y no por reglas, evolutivo y de aplicación gradual (Duce *et al.* 2008).

Al respecto, la idea de que el debido proceso se aplica gradualmente apunta a que

... de acuerdo con la proporcionalidad del debido proceso, cada uno de sus componentes no siempre será aplicado con la misma intensidad en todos los casos por igual, sino que admitirá distintos grados o fuerza de aplicación dependiendo de ciertas circunstancias concretas. Así, una de las particularidades determinantes para establecer la intensidad de la aplicación de alguno de sus componentes es la magnitud de las consecuencias que tendrá la decisión judicial final en los derechos de los litigantes (Duce *et al.* 2008, 21).

A partir de lo dicho, se vuelve evidente que no es posible extender las garantías del artículo 8.2 a todas las materias, y que, por el contrario, es necesario delimitar con precisión si una determinada garantía tiene sentido en materias distintas a la penal, y de tenerlo preguntarse si operará con la misma intensidad y de la misma manera en este otro tipo de conflictos. Es nuestro parecer que el actuar de la Corte Interamericana en su jurisprudencia es consistente con esta dinámica.

Por ejemplo, en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte examinó un proceso de deportación al cual fue sujeto el peticionario.⁵⁵ En este contexto, la Corte reafirma su jurisprudencia en el sentido de que las garantías del debido proceso no sólo se aplican a procedimientos judiciales, sino también a aquellos llevados ante cualquier autoridad administrativa o de otra índole, ya que constituyen límites infranqueables para el Estado. Asimismo, la Corte en el mismo párrafo reitera la noción de que las garantías del artículo 8.2 se aplican a otras materias. Con todo, la Corte finaliza sosteniendo lo siguiente: “Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican *mutatis mutandis* en lo que corresponda”.⁵⁶ La última frase de la Corte en este punto es clave, y es necesario analizarla detenidamente.

En el caso, la Corte, si bien fija que las garantías del artículo 8.2 son aplicables a materias no penales, cualifica o condiciona dicha aplicabilidad. La lectura de la cita en cuestión muestra que son exigibles las garantías mínimas a procedimientos administrativos, pero que dichas “garantías mínimas” se aplican *mutatis mutandis*.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, serie C, núm. 72.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 142.

La expresión *mutatis mutandis* puede ser entendida como “cambiando lo que se debía cambiar” o “de manera análoga, haciendo los cambios necesarios”. En otras palabras, las garantías del artículo 8.2 deben ser aplicadas a otro tipo de materias, pero realizando ciertos cambios o introduciendo ciertos matices que sean necesarios. Sostenemos que en esta frase la Corte termina por precisar lo que ha sostenido en el caso *Baena Ricardo, Ivcher Bronstein y otros*, en la medida en que explicita con claridad que las garantías del artículo 8.2 se aplican haciendo los cambios necesarios “en lo que corresponda”. Esta idea reafirma la noción de que el debido proceso no funciona de la misma manera o, si se quiere, no tiene el mismo alcance y no provee la misma protección en todo tipo de situaciones. Esto mismo se concluye del razonamiento de la misma Corte en los párrafos 145 y 146 del fallo.

En el párrafo 145, la Corte identifica que las letras d) y e) del artículo 8.2 están redactados para casos criminales; con todo, la Corte reitera aquello que señaló en la OC-11 de 1990, en que también se refirió a representación legal gratuita en materias no penales, señalando que la ausencia de ésta dependería de las circunstancias del procedimiento en concreto, el contexto, entre otros. En el párrafo 146, la Corte explica por qué este derecho es exigible en procesos migratorios. Así, dado que estos procesos pueden finalizar en deportación, expulsión o privación de libertad, la Corte indica que

... la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal es necesaria. En efecto, en casos como el presente en que la consecuencia del procedimiento migratorio podía ser una privación de la libertad de carácter punitivo, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia.

El razonamiento de la Corte muestra que ésta analizó para determinar si el debido proceso exige esta dimensión de asistencia jurídica gratuita para casos no penales, las circunstancias particulares del caso, con especial énfasis en su carácter sancionatorio, y las consecuencias que la decisión puede tener para los derechos del peticionario. Al respecto, la Corte en su jurisprudencia parece establecer tácitamente una relación; si las consecuencias de una decisión jurisdiccional se asemejan a la imposición de una sanción, entonces se requiere más debido proceso.

Dadas las consideraciones anteriores, nos parece que sostener que el derecho a recurrir del artículo 8.2 se extiende a la justicia civil, y que además esto ocurriría en los mismos términos que para el juicio criminal, es incorrecto. Dicha postura falla en reconocer la forma en cómo está consagrado y cómo opera el debido proceso en la Convención Americana y la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana. Por el contrario, el criterio de la Corte obliga a un análisis específico del proceso jurisdiccional de que se trata y sus circunstancias. Es decir, cuando un Estado diseña procesos judiciales no penales, debiera discutir a fondo la necesidad de recursos de impugnación para los diversos tipos de procedimientos, y se podría presumir que si esa discusión ha concluido en soluciones diferenciadas apropiadas para los diversos tipos de casos ofreciendo para cada uno de ellos un procedimiento razonablemente garantista, entonces la Corte no debiera objetar las soluciones específicas de cada proceso judicial.

El hecho de que el artículo 8.2 incluye en su letra h) el derecho a recurrir no significa que la misma Convención y la Corte exijan a los Estados un derecho a recurrir para juicios civiles. Por el contrario, la forma en como opera el debido proceso, graficada en el razonamiento de la Corte, da cuenta de que si bien el ciudadano tiene derecho a contar con garantías judiciales en ámbitos distintos al penal, éstas no deben ser necesariamente las mismas garantías que operan en materia criminal. Al contrario, cuáles de estas garantías específicas serán aplicables y qué exigirán del Estado es algo que sólo sabremos cuando la propia Corte Interamericana lo señale en su jurisprudencia constante.⁵⁷ Nos parece indudable que para ese análisis que hipotéticamente la Corte pudiera llegar a realizar serían muy relevante factores como cuáles son los derechos de las partes que están en juego, cuáles son las garantías ofrecidas por el procedimiento cuyo fallo se quiere impugnar o las razones de tiempo y costo que llevaron al legislador a reducir o ampliar un determinado sistema de recursos.

⁵⁷ Salmón y Blanco (2012, 87) señalan “aunque creemos que, a diferencia del supuesto anterior de los procedimientos administrativos, resulta todavía necesario hacer una labor de adaptación explícita que explique, por ejemplo, si todas las garantías previstas para el proceso penal (de acuerdo con los términos expresos del inciso segundo) deben trasladarse a otros escenarios o si se trata sólo de algunas y, en este caso, de cuáles y con qué contenido”.

VI. CONCLUSIONES

El proceso de las reformas a la justicia en América Latina ha generado una importante discusión acerca de la necesidad de restringir los amplios sistemas de recursos propios de los sistemas tradicionales basados en la lógica jerárquica de los tribunales. La tendencia a establecer sistemas de impugnación limitados está motivada por la necesidad de proteger la oralidad y las garantías del juicio en materia penal, y en materia civil además por la necesidad de reducir la duración y los costos de los procedimientos judiciales. Esa orientación general de los procesos de reforma se ha visto cuestionada y obstaculizada porque una parte importante de la doctrina y la opinión de sectores relevantes de las comunidades legales en los diversos países latinoamericanos, que han entendido que el derecho al recurso establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos exige la mantención de los sistemas tradicionales de recursos amplios conocidos generalmente como la doble instancia. Esta percepción se ha visto fortalecida por diversos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han parecido validarla.

Un examen detenido y contextualizado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana muestra una situación diferente de la percepción inicial antes identificada.

En materia penal, la Corte Interamericana comenzó efectivamente cuestionando radicalmente los sistemas de casación bastante formalistas y restrictivos que fueron parte de las reformas hacia la oralidad de los juicios. No obstante, la Corte también se ha pronunciado muy claramente en cuanto a la inconsistencia del sistema tradicional de la doble instancia con el derecho al recurso, en especial respecto de la posibilidad de una condena en segunda instancia que no puede ser impugnada de manera ordinaria. En desarrollos más recientes los sistemas recursivos de las reformas han flexibilizado algunos de sus elementos más restrictivos y formalistas, y la Corte, por su parte, ha aceptado que ellos pueden ser compatibles con la exigencia del derecho al recurso siempre que la práctica de las cortes revisoras admita la discusión y el cuestionamiento no sólo de los aspectos legales del fallo, sino su fundamentación y la valoración que hace de la prueba.

En materia civil, el cuestionamiento a la posibilidad de restricción a los recursos tradicionales ha operado impidiendo que las reformas avan-

cen hacia fórmulas innovadoras consistentes con sus propios propósitos, en especial los de acortar los tiempos y costos de los procedimientos. Uno de los argumentos a favor de esta posición conservadora ha sido el carácter suprallegal del derecho al recurso a partir de tratados internacionales de derechos humanos. No obstante, una revisión detenida del texto de la Convención Americana como de las resoluciones de la Corte Interamericana da cuenta de que el derecho al recurso está establecido sólo para la materia penal, y específicamente para el condenado. No existe en consecuencia tal cosa como el derecho al recurso en materia civil y, por tanto, los legisladores nacionales están en libertad para establecer o no sistemas de impugnación de las sentencias, dependiendo de factores como la complejidad de los casos, los costos, la duración y otros semejantes. Lo que sí ha establecido la Corte es que las garantías penales, entre las que se encuentra el derecho al recurso, pueden ser necesarias para cumplir con el debido proceso en determinados procesos no penales; pero ello dependerá de que las circunstancias específicas de los casos de que se trate lo hagan necesario. En consecuencia, el legislador nacional puede fijar criterios para determinar que en ciertos casos no penales no haya recursos o que en otros los haya más restrictivos. Si es que esa regulación está construida con criterios razonables de proporcionalidad y permite que cada caso sea conocido de una manera apropiada a sus circunstancias, entonces no debiera haber lugar a la alegación de haberse violado el derecho al recurso, puesto que éste no constituye un derecho de aplicación general fuera del ámbito penal.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel. 2013. “La reforma al régimen de impugnación de la sentencia penal en Costa Rica”, en GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel (comp.), *El recurso contra la sentencia penal en Costa Rica*, San José, Editorial Jurídica Continental.
- BINDER, Alberto. 2005. *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- BARRIENTOS PARDO, Ignacio. 2009. “Recurso efectivo contra la sentencia que no concede beneficios de la Ley 18.216”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 11.

- CALLISAYA, Pedro. 2006. “El caso *Herrera Ulloa* y el sistema impugnatorio procesal penal boliviano”, *Revista Derechos Humanos y Acción Defensorial: Derechos Indígenas*, 1(1).
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. 2004. *La Nación* “Consecuencias del caso *Herrera Ulloa*”. Disponible en: <https://www.nacion.com/opinion/consecuencias-del-caso-herrera-ulloa/5ROLSLLPR7HKTA7CNCB3SQXKP7E/story/>.
- CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. 2016. *Juicio fáctico en las sentencias penales*, Santiago, Librotecnia.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo. 2006. *El recurso de nulidad. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Legal Publishing.
- Council of Europe y European Court of Human Rights. 2019. “Guide to Article 6, Right to a Fair Trial”. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf.
- COUTURE, Eduardo. 2007. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4a. ed., Montevideo, BdeF.
- DAMASKA, Mirjan. 1986, *The Faces of Justice and Estate Authority*, Yale University.
- DE CASTRO, Delia *et al.* 2017. *Informe final del proceso de evaluación y recomendaciones sobre la implementación del sistema penal acusatorio en el Ministerio Público y el Órgano Judicial en el Segundo y Cuarto Distrito Judicial de la República de Panamá y preevaluación en el Tercer Distrito Judicial*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- DEL RÍO FERRETI, Carlos. 2014. *El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal*, Santiago, Thomson Reuters.
- DUCE *et al.* 2008. “Reformas a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información”, en CABEZÓN, Andrea y ARENADA, Sandra (eds.), *Justicia civil. Perspectivas para una reforma en América Latina*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- EL NUEVO SIGLO. 2017. “Corte con nuevas salas para doble instancia”, disponible en: <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/04-2017-corte-con-nuevas-salas-para-doble-instancia>.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SIMONS PINO, Adrián. 2010. “Los recursos en el proceso civil. Una mirada desde Iberoamérica”, en TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (ed.), *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias*

- de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Santiago, Editorial Puntotex, t. 2.
- FUENTES MAUREIRA, Claudio. 2009. "Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios", *CEJIL*, 5(4).
- HEREDIA, José Raúl. 2005. "¿Casación o un nuevo recurso? De «Jáuregui» a «Casal»". *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, disponible en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcasacionounnuevorecurso/at_download/file.
- HORVITZ LENNON, María Inés y MASLE LÓPEZ, Julián. 2004. *Derecho procesal penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. II.
- LA OTRA CARA. 2016. "Qué pasó con la doble instancia para los aforados?", disponible en: <http://laotracara.co/destacados/que-paso-con-la-doble-instancia-para-aforados/>.
- LETELIER LOYOLA, Enrique. 2013. *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, Barcelona, Atelier.
- MAIER, Julio. 2002. *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l.
- MAIER, Julio et al. 2000. *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- MEDINA, Cecilia. 2016. *The American Convention on Human Rights, crucial Rights and their Theory and Practice*, 2a. ed., Cambridge, Intersentia.
- MERA, Alejandra. 2013. "Mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas", disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4093>.
- MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2014. *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica.
- MONTERISI, Ricardo. 2011. "El derecho al recurso como garantía constitucional en el proceso civil", disponible en: https://www.academia.edu/31876134/El_derecho_al_recurso_como_garant%C3%ADa_constitucional_en_el_proceso_civil.
- NASH, Claudio. 2005. "Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (2004)", disponible en: <https://anuar-iocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/12781>.
- PALOMO VÉLEZ, Diego. 2010. "Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite", *Estudios Constitucionales*, 8(2).

- PARRA QUIJANO, Jairo. 2010. “Los recursos en el proceso civil colombiano”, *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Santiago, Editorial Puntotext, t. 2.
- PICÓ JUNOY, Joan. 2016. *Ponencia presentada en Jornada del Instituto de Estudios de Judiciales sobre Derecho Probatorio*, Santiago.
- QUINTERO GONZÁLEZ, Armando. 2015. “El recurso de apelación en el Código General del Proceso: un desatino para la justicia colombiana”, *Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi*, 2(10).
- RÍOS, Erick. 2013. “La oralidad en los procesos civiles en América Latina. Reflexiones a partir de una observación práctica”, *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*, 95-166, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- SALMÓN, Cristian y Elizabeth BLANCO. 2012. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- VARGAS, Macarena. 2013. “Investigación exploratoria sobre la ejecución civil en América Latina”, *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la Justicia y reforma civil en América Latina*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- VILLADIEGO BURBANO, Carolina. 2007. “Avances en América Latina y el Caribe de la reforma a la justicia civil”, en VARGAS, Juan Enrique, *Nueva justicia civil para Latinoamérica. Aportes para la reforma*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- VITKAUSKAS, Dovydas y DIKOV, Grigoriy. 2012. “Protecting the Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Human Rights Handbooks”, disponible en: http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/hb12_fairtrial_en.pdf.
- ZURITA, Raúl Vicente. 2010. *Reglas mínimas*. “La doble instancia, «ultra garantía» contemplada en el art. 8 de la CADH”, disponible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yKL9axTPo9Y7:www.defensa-publica.org.ar/JURISDICCIONAL%255CDoctrina%255CLA_DOBLE_INSTANCIA_ULTRA_GARANTIA_CONTEMPLADA_EN_EL_ART%5B1%5D._8_DE_LA_CADH.doc+&cd=6&hl=es&ct=clnk&gl=cl.

ANÁLISIS DEL CONTROL GUBERNAMENTAL EN LAS EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO A RAÍZ DE LA REFORMA ENERGÉTICA EN MÉXICO DE 2013*

ANALYSIS OF GOVERNMENT CONTROL IN STATE PRODUCTIVE COMPANIES, DUE TO THE 2013 ENERGY REFORM IN MEXICO

Lauren Astrid GARCÍA MÁRQUEZ**

Isidro Andrés MENDOZA NORIEGA***

RESUMEN: El presente estudio refiere al análisis de los cambios que conllevó la reforma energética de 2013 en materia de control gubernamental, dentro de los cuales se encuentra la nueva naturaleza de Pemex y la CFE como empresas productivas del Estado, adquiriendo un enfoque distinto en cuanto a sus ejes y actuaciones, lo que deriva en un nuevo esquema de vigilancia y auditoría, así como nuevos mecanismos de transparencia y rendición de cuentas. Dichos cambios trascendentales tienen la finalidad de fortalecer el sector energético y evitar la corrupción; sin embargo, no se han obtenido los objetivos planteados.

Palabras clave: rendición de cuentas, transparencia, control, auditoría, vigilancia, reforma energética, empresas productivas del Estado, Pemex, CFE.

ABSTRACT: This study refers to the analysis of the changes that the 2013 energy reform entails in terms of government control, within which is the new nature of Pemex and CFE as productive companies of the State, acquiring a different approach in terms of their axes and performances. This leads to a new surveillance and audit scheme, as well as new transparency and accountability mechanisms. These transcendental changes are intended to strengthen the energy sector and prevent corruption, however, the stated objectives have not been achieved.

Keywords: Accountability, Transparency, Control, Audit, Surveillance, Energy Reform, State Productive Companies, Pemex, CFE.

* Artículo recibido el 24 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 21 de abril de 2020.

** ORCID: 0000-0002-5073-3697. Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; proyectista en el Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en la Procuraduría Federal del Consumidor. Correo electrónico: astrid.gam.18@gmail.com.

*** ORCID: 0000-0002-0749-4854. Licenciado en derecho con mención honorífica egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México 2019; asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2017-2019; asesor jurídico en la Dirección de Recursos Materiales y Servicios de la Segob, 2018-2019. Correo electrónico: aandresmendoza@hotmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LII, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 123-168.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Rendición de cuentas, transparencia y fiscalización*. III. *Reforma energética de 2013*. IV. *Ejes en materia de control sobre las empresas productivas del Estado con base en la reforma energética de 2013*. V. *Naturaleza jurídica de Pemex y CFE*. VI. *Control de las empresas productivas del Estado*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Para México, el sector energético representa un punto clave en el desarrollo del país. A pesar de las distintas reformas que se han realizado a lo largo de la historia en hidrocarburos y electricidad, se seguían presentando déficits importantes, que no permitían un mayor desarrollo en la materia y, a su vez, se originaban graves problemas de corrupción.

Es por ello que como parte de la reforma se encuentra el cambio en la naturaleza de las instituciones encargadas de llevar a cabo la actividad energética, es decir, la CFE y Pemex pasan de ser organismos descentralizados a ser empresas productivas del Estado con un gobierno corporativo.

Dos de los principales ejes con los cuales se les dio un enfoque diferente a las empresas productivas del Estado son: nuevos mecanismos de transparencia y rendición de cuentas y rediseño integral de los esquemas de vigilancia y auditoría. Con lo anterior se pretende que la CFE y Pemex brinden mayor seguridad en sus operaciones tanto en el ámbito nacional como en el internacional, siempre en el marco de la Constitución.

Además de dar confianza a la ciudadanía e inversionistas mediante un esquema de transparencia en sus contrataciones, pues anteriormente éste era un ámbito cerrado, ahora es público en gran medida, con ayuda de los órganos reguladores en materia energética, que les desempeñan un papel clave en la vigilancia de las actuaciones de las empresas productivas del Estado.

En el presente trabajo se analizarán los cambios más importantes realizados por la reforma en la CFE y Pemex en materia de control gubernamental; esto implica la forma en que operan dichas empresas productivas del Estado, así como sus nuevos mecanismos de transparencia, rendición de cuentas, auditoría y vigilancia; lo anterior es esencial para un desarrollo eficaz y eficiente del sector energético.

Estas herramientas de control dentro de las empresas productivas del Estado cobran aún más relevancia debido a los múltiples casos de corrup-

ción que se han suscitado dentro de ambas instituciones a través de los años, y que se habían presentado con mayor intensidad recientemente; por ejemplo, el caso Odebrecht en Pemex (López *et al.* 2018, 20-21); otro caso es el siguiente:

De 2003 a 2012, Reuters identificó más de 100 contratos, con un valor aproximado de 117 billones de dólares (8% del ingreso total de Pemex en dicho periodo) que, de acuerdo a la ASF, presentaban graves irregularidades. Dichas incluían sobrevaluaciones de contratos, empleados fantasmas, pagos por servicios no recibidos, conflictos de intereses, etc[étera]. Entre 2008 y 2012, la ASF dio a Pemex 274 recomendaciones para obtener reparaciones por las pérdidas de los 6 contratos cuestionados. Pemex emitió respuestas a 267 de las mismas, mas sólo acató tres de ellas (Toledo 2016, 5).

La CFE no se ha escapado de los actos de corrupción

... de acuerdo al INAI, en los últimos 15 años, más de 40 funcionarios de la CFE han recibido multas de la SFP por participar en actos de corrupción. Éstas suman más de 80 millones de dólares. Pero estas medidas parecen ser puramente simbólicas ya que a la fecha tan solo se han pagado 830 dólares (Toledo s. d., 6).

Así, se pueden enumerar una gran cantidad de actos de corrupción dentro de ambas empresas productivas del Estado; es por ello que se necesita el fortalecimiento de los medios de control dentro de las mismas.

A pesar de que la reforma energética tuvo lugar hace algunos años, el presente estudio resulta interesante, debido a que no existen trabajos que se encarguen del estudio específico y detallado de esta parte de la reforma. Y tratándose de una actividad de tal relevancia como lo es el control de un sector dentro del Estado, su relevancia a pesar del paso de los años no es un tema menor, pues se trata de una actividad constante. De la misma forma, son escasas las investigaciones que abordan con detenimiento la corrupción y/o los mecanismos de control y rendición de cuentas dentro de las empresas productivas del Estado.

Cabe destacar que la transparencia y rendición de cuentas, al ser herramientas esenciales de control, juegan un papel de suma relevancia en la reforma, y se sitúan como uno de los principales objetivos de ésta; es por ello que se examinará si se ha logrado cumplir o no con estos estándares a la luz de las principales teorías en torno al tema.

II. RENDICIÓN DE CUENTAS, TRANSPARENCIA Y FISCALIZACIÓN

Rendición de cuentas y transparencia son temas que contribuyen de forma importante en el desarrollo y fortalecimiento democrático de un Estado de derecho, en vista de que son mecanismos a través de los cuales los gobernantes proporcionan información de sus acciones, con la finalidad de evitar la opacidad en el ejercicio del poder. Con base en estos instrumentos se puede evaluar el desempeño de los servidores públicos y de la gestión gubernamental, de donde resulta fundamental que un Estado los promueva en todas las áreas del quehacer público.

En la actualidad, “Fiscalización, control y auditoría gubernamental son conceptos que se consideran trascendentales por su relación con la corrupción y, por lo tanto, la creciente pérdida de confianza en las instituciones estatales” (Peralta 2015, 108). A los tres conceptos enunciados en la cita bien podríamos agregar el de rendición de cuentas, que se manifiesta como “una efectiva victoria sobre la corrupción sistémica y específica y [contribuye a] acabar con la impunidad” (Vega 2018, 101), ya que proporciona elementos para erradicar problemas, como corrupción, y ayuda a mejorar el desempeño de los servidores públicos.

La primera vez que se institucionalizó la rendición de cuentas fue en Francia, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; se establece en el artículo 15 de este documento: “La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a cualquier agente público”. Esta disposición constituye uno de los primeros esfuerzos por acotar la actividad de los gobernantes a medidas de control, para evitar un uso desmedido, arbitrario y discrecional del poder, como se había ejercido a través de las monarquías dictatoriales, en donde se concentraba en una sola persona todo el poder y la fuerza de decisión del Estado. Cabe aclarar que se pueden rastrear antecedentes de la rendición de cuentas desde las democracias de Atenas y Grecia. En el caso de Atenas, existían cinco instituciones: *ostracismo*, *euthinay*, *eisangelia*, *aphofasis* y *graphe paranomon* (Ugalde 2015). Básicamente estas instituciones se encargaban del control en cada una de las áreas del Estado, como materia política, control de las cuentas públicas, de la administración y políticas públicas. Existen otros ejemplos de los antecedentes del control dentro del Estado, como los siguientes:

... instituciones como la partida doble —que ya aparece en algunos libros en 1340, refinada posteriormente por Luca de Boigo Paciulus, mejor conocido como fray Luca Pacioli (1445-1517), en su libro *Suma de aritmética, geometría y contabilidad*— van a ser el antecedente de los modernos auditores y de la contabilidad. La Magna Charta de 1215 tiene como eje motor los abusos del monarca inglés. La Ilustración, con su llamado a la razón, pone el acento en el control del poder. La teoría de la división de poderes, que en esta época adquiere relevancia, tiene como propósito que el poder controle al poder (Márquez 2003, 14)

El párrafo citado enuncia algunos de los acontecimientos e instituciones más importantes que abonaron en el control y la rendición de cuentas desde diversas áreas del Estado, como el aspecto financiero y el control parlamentario.

Ahora bien, en el México antiguo también existen algunos antecedentes en materia de control y rendición de cuentas:

... el control general de todos los tributos que formaban la Hacienda Pública correspondía, como ya hemos dicho, al Cihuacóatl (funcionario civil, especie de alter ego del rey), que cuidaba de su distribución y buen empleo, contando para ello con autoridad propia, de tal modo que el rey no podía disponer a su arbitrio de los caudales del reino, pues éstos debían dedicarse precisamente a lo que de antemano y por bien público estaba determinado, lo que revela un gran progreso administrativo para aquellos tiempos y aquellas circunstancias (Lanz 1987, 28).

Los hechos descritos en el párrafo anterior nos muestran que los aztecas contaban con sistemas de control en diferentes aspectos; específicamente, el párrafo anterior nos habla del control en materia tributaria. Es así como tanto a nivel internacional como dentro de la historia política y cultural de los pueblos prehispánicos en el caso específico de México se sitúan diversas manifestaciones de la institucionalización del control dentro de los Estados.

La rendición de cuentas es un término que se castellaniza de la palabra anglosajona *accountability*. Dicho concepto no tiene una traducción literal al español, puesto que es entendido como responsabilidad o rendición de cuentas; éste es su intento de traducción más acertado, puesto que también ha sido teorizado como transparencia, pero en menor medida,

“el diccionario *Merriam-Webster* explica que el termino *accountability* se comenzó a usar a partir de 1770 para hablar del caso en que exista alguna persona o institución que es responsable por el cumplimiento de ciertos deberes de los que debe dar cuenta a una autoridad” (Romero 2019). En las siguientes líneas veremos que la *accountability* se encuentra más alejada del término “transparencia”, a pesar de tener una cierta relación con el concepto. Andreas Schedler es uno de los teóricos que más ha contribuido al respecto. Schedler (2008) conceptualiza el término dividiéndolo en dos dimensiones; por un lado, *answerability*, que entraña la obligación de los funcionarios públicos de informar respecto de sus decisiones y justificarlas; por otro lado está la *enforcement*, que señala la capacidad de sanción sobre los servidores públicos que hayan violado alguno de sus deberes. De tal forma que Schedler construye lo que denominó “los tres pilares de la rendición de cuentas”, que constituyen a la vez sus etapas.

Como primer momento está la información y justificación, que son parte de la responsabilidad que tiene el servidor público respecto de sus actuaciones. En esta etapa se proporciona la información del actuar del funcionario y posteriormente se otorgan las razones de por qué se actuó de dicha manera, las cuales deben tener bases sólidas de motivación y fundamentación, puesto que el servicio público está restringido a realizar sólo aquello que la ley permite; por tanto, sus actos deben estar apegados a la legalidad, además de aplicar criterios de eficacia y eficiencia en sus decisiones.

En un segundo momento se encuentra la posibilidad de sanción, etapa que cierra el ciclo de la rendición de cuentas. Esta fase entraña la función de establecer medidas de sanción efectivas a los funcionarios que hayan transgredido alguno de los deberes que los rigen: estas transgresiones serán detectadas como consecuencia de la práctica de la primera etapa. Es cierto que no en todos los sistemas se previenen las sanciones, lo que da paso a la conceptualización de rendición de cuentas blanda y rendición de cuentas dura.

Aquellos sistemas que prevén medidas de sanción ante el actuar irregular de los servidores y políticos en el ejercicio de sus funciones constituyen una rendición de cuentas dura, pues la sanción representa un incentivo o, por el contrario, un castigo para la conducta gubernamental. En cambio, si no existen sanciones y únicamente se emiten observaciones y

recomendaciones, o el proceso se colma con la entrega de información, estamos hablando de una rendición de cuentas blanda.

La esencia de la rendición de cuentas se encuentra en la intención de disciplinar al poder y prevenir sus abusos” (Salgado 2006, 138). Para estos efectos también podemos referirnos a la idea de control; sin embargo, es importante diferenciar la rendición de cuentas del concepto de control, puesto que este último “pretende eliminar o minimizar los márgenes de decisión de funcionarios y políticos” (Schedler 2008, 91). El control es un término más amplio, y bien podríamos entender a la rendición de cuentas como una de las herramientas, pero no como conceptos análogos.

El control es un concepto amplio, que tiene su aparición y desarrollo anterior al de rendición de cuentas. El control surge desde que se crean las primeras formas de organización. Manuel Aragón señala que el control no tiene un sentido unívoco, puesto que se puede materializar a través de diversos medios, “bajo las diversas formas (parlamentaria, judicial, social, etcétera) del control del poder y bajo las diversas facetas (freno, vigilancia, revisión, inspección, etcétera) que tal control puede revestir” (Aragón 2002, 97).

Etimológicamente la palabra control se identifica con las voces latinas *inspectio*, *inquisitio*, *expectatio*, *-onis* y *judicium*. Con ellas se alude a diversas cuestiones que se identifican con examen, limitación, regulación, dispositivo, verificación, tutela, dominio y supremacía (Márquez 2005, 11).

Una forma de entender el control es por medio de la clasificación hecha por Karl Loewenstein (1976), quien los divide en controles intraorgánicos y controles interorgánicos. Los primeros son los que se llevan a cabo por el mismo sujeto del control; es una forma de autocontrol; los segundos son los que se llevan a cabo entre diversas dependencias o instituciones.

Como ya se ha mencionado, el control surge como una necesidad desde que se crea el Estado y la división de poderes; por ello, se analizará la clasificación del control desde el ámbito de cada uno de ellos:

— Control legislativo o político: “este control es el que ejerce el órgano encargado de expedir las leyes” (Márquez 2005, 23), que se materializa de diversas formas, en un principio por medio de la expedición de leyes y también por medio del control presupuestal y el político.

- Control judicial o jurisdiccional “lo realizan los tribunales encargados de impartir justicia y se relaciona con la actividad de esos órganos” (Márquez 2005, 24). Esta forma de control se ejerce mediante toda la serie de recursos procesales en ley que permiten frenar abusos o actos que contraríen el Estado de derecho.
- Control administrativo. Esta forma de control es la que se ejerce dentro de la administración pública del Estado, con el objetivo de limitar las funciones de los diferentes entes dotados de poder y de capacidad de decisión dentro de las diversas actividades públicas.

Finalmente, se tomará la clasificación propuesta por María de la Luz Mijangos (1996), pues es de vital importancia en cuanto hace a la actividad financiera del Estado dentro de la administración pública. Las empresas productivas del Estado forman parte de la administración; por lo tanto, esta clasificación nos será de gran ayuda.

- a) Control interno. Se puede definir como aquel que debe realizar la propia administración; esto es, un órgano especializado encuadrado dentro del Poder Ejecutivo, pero situado jerárquicamente en una posición superior, o por lo menos no dependiente orgánica ni funcionalmente de ninguna secretaría, con el propósito de investigar, comprobar, y en su caso, informar, sobre la legalidad, eficacia, objetivos, resultados, etcétera, del gasto público.
- b) Control externo de carácter político. El control externo tiene dos vertientes: la política y la jurisdiccional. Cuando se lleva a cabo por el Poder Legislativo en ejercicio de las facultades que constitucionalmente le están asignadas, se le conoce como control político.
- c) Control externo jurisdiccional. Este tipo de control lo ejerce un órgano de carácter jurisdiccional, ya sea que se encuentre ubicado dentro del Poder Legislativo —en cuyo caso conserva, no obstante, plena independencia en el desarrollo de su función—, o se trate de una institución especializada, situada orgánica y funcionalmente dentro del Poder Judicial.

Es así que la fiscalización, transparencia y rendición de cuentas constituyen herramientas importantes para el control gubernamental. A pesar de existir una diversidad de formas y facetas de control, todas ellas tienen

la finalidad de evitar el uso arbitrario y desmedido del poder, finalidad que se persiguió desde las revoluciones del siglo XVIII en contra de los gobiernos absolutistas.

Ahora bien, dentro del Estado están obligados a rendir cuentas todos los funcionarios y políticos que desempeñan alguna actividad dentro del Estado, puesto que se les han encomendado actividades de representación y respecto de las cuales deben reflejar ciertos resultados. En cuanto a quien exige cuentas, en primer lugar podemos decir que corresponde a la sociedad este derecho; así, hablamos de la rendición de cuentas vertical; pero dada la complejidad de la estructura gubernamental de los Estados actuales, se tienen que implementar mecanismos a través de los cuales se desempeñe o se ejerza este derecho entre entes que forman parte de la propia estructura estatal; en este último caso hablamos de la rendición de cuentas horizontal (Fox 2008). “En los ámbitos administrativo y financiero, las tareas de rendición de cuentas muchas veces se encomiendan a agencias públicas especializadas, tales como defensores del pueblo, cortes administrativas, oficinas de auditoría y agencias anticorrupción” (Schelder 2008, 98). En el caso de nuestro estudio, analizaremos que la función de rendición de cuentas es desempeñada por el modelo de auditoría, principalmente.

La transparencia se constituye a partir de la existencia de información, pero además de los distintos mecanismos o instrumentos que se diseñan e implementan para acceder a la misma. En otras palabras, no podemos hablar de transparencia sin que existan los medios necesarios para poder acceder a los datos que reflejen las acciones de la actividad gubernamental, “la transparencia, conceptualizada en palabras más simples, consiste en un mecanismo de publicidad y acceso a la información gubernamental sin un destinatario específico ni un formato especial” (Brizio 2008, 212).

Asimismo, la transparencia existe en la medida en que se dé publicidad de las acciones de gobierno, “la idea de publicidad conecta las bases normativas del proceso democrático y de la rendición de cuentas” (Moniváis 2005, 40); es así que podemos entender a la transparencia como la primera fase que constituye el proceso de rendición de cuentas; esto es, la presentación de información, aunque cabe aclarar que la transparencia va más allá de este derecho. El acceso a la información lo constituye el derecho que tiene todo ciudadano a conocer la información producida y controlada por los poderes públicos (Merino 2008). La transparencia

se genera a partir de los datos e información que pueden ser conocidos por un público, pero además debe servir para que la misma institución o ente del Estado que la genera, se autoevalúe y con base en ello mejore sus prácticas; todo lo anterior acompañado de los mecanismos necesarios para generar y dar a conocer los datos.

La transparencia puede presentarse de diversas formas, según los mecanismos de generación y acceso a la información que se proporcione. Existe una clasificación de la transparencia en dos tipos: opaca y clara.

La transparencia opaca “se refiere a las formas de difusión de información oficial que no revelan cómo se desempeñan las instituciones en la práctica, ya sea en términos de cómo se toman decisiones o de cuáles son los resultados de sus acciones” (Fox 2008, 191). En esta clasificación cabe hacer una crítica, debido a que estos términos resultan contradictorios desde la simple definición de cada una de las palabras; por un lado, transparencia puede ser definida como algo que tiene la cualidad de ser transparente; es decir, “claro, evidente, que se comprende sin ninguna ambigüedad” (RAE). Por otra parte, “opaco” se define como algo “que impide el paso a la luz u oscuro” (RAE). Por ello, podemos concluir que hay una clara contradicción, y en nuestra opinión esta clasificación resulta confusa.

Es cierto que puede existir el caso en el cual dentro de un Estado haya nula difusión de la información o mecanismos adecuados para poder acceder a ella, y casos en que haya Estados que provean los mecanismos necesarios para difundir información y exista en circulación información, pero que ésta se encuentre tergiversada o que únicamente se arrojen datos para simular que se cumple con una obligación, cuando en realidad esta información no refleja el verdadero actuar de las instituciones del Estado. Para este último caso el resultado viene a ser el mismo que si no existiera información; es decir, si no existe transparencia por parte del Estado, ¿de qué le puede servir a los ciudadanos una cantidad infinita de datos en circulación cuando no reflejan las verdaderas acciones y resultados de las instituciones del gobierno? Por tanto, sería incorrecto hablar de una transparencia opaca.

La transparencia clara “se refiere tanto a programas que dan a conocer información confiable y accesible sobre el desempeño institucional, precisando las responsabilidades de sus funcionarios, particularmente en

lo relativo a la toma de decisiones, así como el destino real de sus recursos” (Fox 2008, 191).

Para que la transparencia sea efectiva no basta con proporcionar información y pensar que se están cumpliendo sus objetivos con este sólo hecho, sino que la información divulgada debe corresponder de forma efectiva con las decisiones y acciones que se toman dentro de la esfera gubernamental, de manera que no se tergiverse y manipule la información; así, “se asume que la rendición de cuentas y la transparencia hacen visible el trabajo de las organizaciones” (Sepúlveda 2005, 140), “se puede a través de los mecanismos de transparencia difundir los logros, difundir las acciones, lo valioso y los importantes de esas decisiones” (Luna 2012, 42), estas ideas son de relevancia, sobre todo para Pemex, pues como se analizará más adelante, uno de los motivos de la reforma es reforzar la credibilidad en dicha institución.

La fiscalización es otra de las herramientas de control sobre la administración pública, generalmente en lo que respecta al control de recursos públicos; se puede decir que “es la acción por la cual se evalúan y revisan las acciones de gobierno, considerando su veracidad, razonabilidad y apego a la ley” (Adam y Becerril 2003, 15). Esta forma de control se realiza *ex post*, es decir, una vez que se han llevado a cabo los actos a evaluar.

Mauricio Merino señala al respecto que “es preciso asegurar, mediante los procesos de fiscalización, que, después de todos los controles existentes, el dinero público se gastó de forma honesta y no se desviaron recursos para intereses privados” (Merino *et al.* 2016, 104). Mauricio Merino propone a la fiscalización como la etapa final del proceso de la rendición de cuentas.

La fiscalización incluye la “comprobación de la legalidad de los actos públicos, su eficiencia, eficacia, el cumplimiento de los programas de gobierno y recientemente, el fincamiento de responsabilidades” (Manjarrez 2003, 57). La fiscalización es importante porque constituye la herramienta mediante la cual se sigue la legalidad de los actos públicos principalmente relacionados con el manejo de recursos, desde el momento de su asignación hasta la ejecución de los mismos:

La fiscalización se realiza mediante el estudio y análisis de documentación e información relativa al ejercicio, procedimientos y operaciones de los órganos del gobierno, consiste en el control de la actividad financiera pública de

conformidad con los principios establecidos y plasmados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás ordenamientos que de ésta emanan (Medina 2015, 180).

Podemos ver claramente en la idea anterior que la fiscalización es una herramienta de gran peso en el control relativo al manejo de recursos públicos por parte del Estado. Siguiendo la argumentación de Medina Estrada, cabe resaltar una idea más:

En México, la fiscalización implica la existencia de órganos internos de control en las dependencias y entidades de la administración pública federal, además de la Auditoría Superior de la Federación, ya que en conjunto hacen posible la revisión de las actividades y operaciones que realizan los poderes de la Unión en los tres ámbitos de gobierno, lo cual permite conocer el desempeño de las instituciones bajo los criterios de eficacia, eficiencia y economía (Medina 2015, 180).

Resulta interesante, debido a que el autor identifica a la fiscalización en México por medio de las principales instituciones que se encargan de llevar a cabo esta tarea. Para efectos de las empresas productivas del Estado, analizaremos en los apartados posteriores que estos principios se ven modificados con la nueva reforma.

Es así que podemos observar la relación tan estrecha que existe en los tres conceptos analizados, con regularidad se entienden y explican en su conjunto. “El efecto de la Fiscalización bajo la perspectiva de desarrollo institucional se aborda a la luz de la aplicación del gasto público bajo el esquema de resultados y frente al ejercicio de transparencia y rendición de cuentas” (Aguirre 2015, 149 y 150). Todos estos temas tienen la finalidad de contribuir a un control efectivo sobre la administración pública, y principalmente con ello evitar prácticas de corrupción, y conductas contrarias a las disposiciones legales que rigen el actuar de las instituciones y de los servidores públicos.

Dentro del tema de fiscalización es pertinente hablar de la auditoría, que se conforma como uno de los instrumentos que a su vez tiene la fiscalización para desempeñar los procesos de evaluación y revisión de las acciones gubernamentales, “es una función que tiene como objetivo la práctica o realización de una revisión” (Adam y Becerril 2003, 91); a su vez, “la auditoría entendida como el proceso de revisión, cae dentro de

la rendición de cuentas horizontal, ya que su ejecución se realiza a través de instituciones específicas, como la Secretaría de la Función Pública y la Auditoría Superior de la Federación” (Brizio 2008, 214).

A nivel internacional se han reconocido diversos tipos de auditoría, principalmente existen tres modalidades:

- Auditoría de cumplimiento. “Analiza en qué medida la entidad auditada observa las reglas, las leyes y los reglamentos, las políticas, los códigos establecidos o las estipulaciones acordadas por ejemplo en un contrato o en un convenio de financiación” (ISSAI 4100 s. d.).
- Auditoría financiera. “Evaluación independiente, reflejada en una opinión de garantías razonables, de que la situación financiera presentada por una entidad, así como los resultados y la utilización de los recursos, se presentan fielmente de acuerdo con el marco de información financiera” (Glosario de términos de las Directrices de auditoría financiera de la INTOSAI 2010, 57).
- Auditoría de desempeño. Se entienden “como una revisión objetiva y confiable que permite conocer si las políticas públicas operan bajo los principios de eficacia, eficiencia y economía” (Tipos de auditoría, ASF).

Este tipo de revisiones ayudan a conocer cómo se está desempeñando la actividad gubernamental y hacer una evaluación de la medida en que se cumplen los parámetros establecidos para acercarnos a los objetivos planteados. Los órganos de vigilancia, ya sea internos o externos, públicos o privados, cuentan con dos grandes funciones: por un lado, la verificación de los recursos, esto es, respecto de la cuestión presupuestaria y su correcta utilización; y por la otra, la verificación del desempeño satisfactorio de las funciones por parte de las personas que integran la organización o institución (Peralta 2015, 111). Es así que dentro de la administración pública en México se han creado mecanismos de auditoría interna y externa, modelo que utilizan actualmente las empresas productivas del Estado, además de estar sujetas al control interno y externo de la administración pública.

Entender el concepto de auditoría será vital para comprender la temática desarrollada en este trabajo, dado que las empresas productivas del Estado tienen a la auditoría como su principal forma de control interna.

Por último, resulta necesario cuestionarse si estos mecanismos son los ejes adecuados para conducir la actividad estatal, y muy específicamente en el control de las empresas productivas del Estado, puesto que como se revisará más adelante, ciertos principios, como el de la fiscalización o control interior y exterior, se modificaron con la reforma energética, y se ha creado un nuevo sistema de vigilancia. En cuanto al control de las actividades dentro del Estado, se puede considerar la siguiente idea:

el adecuado y escrupuloso manejo de los recursos públicos, el respeto a la legalidad, el combate a la corrupción, la mejora de procesos y servicios, y el desarrollo de una auténtica cultura de transparencia y rendición de cuentas, son hoy condiciones indispensables para la gobernabilidad democrática y para la integración de la ciudadanía a las tareas de mejora del entorno comunitario (Morgan 2008, 67).

Por ello, la transparencia, la rendición de cuentas, la fiscalización y la auditoría, hoy en día son procedimientos que acompañan en todo momento el quehacer de la administración pública. El Estado en la actualidad se conforma por una pluralidad de sujetos que son tomadores de decisiones; esto es, entrañan poder y autoridad; por tanto, estas decisiones deben ser vigiladas y conducidas para que se realicen a efecto de procurar el bien de la sociedad, así como la satisfacción de necesidades y el buen desempeño del Estado. Es importante que no perdamos la brújula, debemos exigir en todas las áreas del Estado este tipo de mecanismos que ayudan a la evaluación, medición del desarrollo y funcionamiento de las instituciones, cualquiera que sea la naturaleza y forma que éstas puedan tomar. A lo largo de la presente investigación se podrá analizar si estos mecanismos son convenientes en el desarrollo de las actividades de la empresa productiva del Estado, y la forma en que se están llevando a cabo a partir de la reforma de 2013.

III. REFORMA ENERGÉTICA DE 2013

La reforma energética de 2013 ha sido una de las mayores reformas de los últimos años debido a su complejidad política y legislativa, además de suponer un gran cambio para el sector energético. Lo anterior, con la finalidad de incrementar la competitividad y la productividad de México

mediante una apertura con transparencia, administración y rendición de cuentas adecuadas.

Cabe destacar que el sector energético mexicano se divide en dos grandes rubros: hidrocarburos y electricidad, mismos que toma en cuenta la reforma energética, teniendo los siguientes antecedentes históricos:

El sector de hidrocarburos, de acuerdo con Pedro Joaquín Coldwell (2014), se puede dividir en tres grandes momentos:

- a) En la Constitución de 1917 se realizó la primera nacionalización del petróleo, en la cual se estableció el dominio directo de la nación sobre los hidrocarburos del subsuelo, propiciando la participación del sector privado en la exploración y extracción de éstos a través de concesiones.
- b) El presidente Lázaro Cárdenas, mediante decreto publicado el 19 de marzo de 1938 en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, expropió las instalaciones de las compañías petroleras; posteriormente, el 7 de junio del mismo año se creó Petróleos Mexicanos (Pemex), por lo que en 1939 se aprobó una segunda Ley Reglamentaria del Artículo 27 en el Ramo del Petróleo (LRA27RP), en la que se prohibieron las concesiones, lo cual cambió con la abrogación de dicha Ley y la creación de una tercera, que estableció la participación de compañías privadas mediante contratos de riesgo. Finalmente, en 1940 se reformó el artículo 27 de la Constitución, con el cual el gobierno mexicano asumió el “monopolio” de la exploración, explotación, refinación y distribución del petróleo y sus derivados.
- c) En 1958, el Congreso aprobó una cuarta Ley Reglamentaria del Artículo 27 en el Ramo del Petróleo, “la nueva Ley estableció el sistema de propiedad de la nación sobre el petróleo y otros hidrocarburos, además del monopolio público en el sector que incluyó todas las actividades relativas a la construcción y operación de infraestructura” (González 2017, 55). Por lo que en 1960 se reformó el artículo 27 constitucional, que estableció que no se otorgarían concesiones ni contratos ni sustitución de éstos.

En lo referente al sector eléctrico, la Comisión Federal de Electricidad fue creada por ley en 1937 “con el objeto de organizar y dirigir el sistema nacional de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica”

(González 2017, 73), y no fue sino hasta 1949 cuando se emitió el decreto en el que se estableció con las bases de su funcionamiento. Sin embargo, compartió la actividad de distribución con la hoy extinta Compañía de Luz y Fuerza del Centro.

En 1960, el presidente Adolfo López Mateos inició el proceso de nacionalización de la industria eléctrica con la compra de acciones a las principales empresas eléctricas extranjeras que operaban en el país, lo cual concluyó con la reforma al artículo 27 constitucional, con el cual la generación de energía eléctrica estuvo exclusivamente a cargo del Estado.

Durante 1992 se modificó la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, que permitió la participación de la inversión privada en la generación de electricidad no destinada a la prestación de un servicio público mediante permiso otorgado por la Secretaría de Energía, por lo que al año siguiente se expidió el reglamento correspondiente a dicha Ley.

Con los antecedentes anteriores, y al observar el rezago en materia de hidrocarburos y electricidad que México tenía, se llegó a la conclusión de realizar una reforma energética radical que diera como resultado un país eficaz y eficiente. Sin embargo,

... para ello, había que alcanzar un consenso entre las diferentes fuerzas políticas y los principales actores sociales y económicos, con el fin de identificar las coincidencias en las distintas visiones sobre la realidad energética en México y las necesidades del país en la materia. Este complejo acuerdo se logró gracias al Pacto por México (Vázquez 2015, 5).

El Pacto por México, compuesto por cinco acuerdos nacionales, fue el instrumento político clave para llevar a cabo la reforma energética; se firmó el 2 de diciembre de 2012 por el presidente Enrique Peña Nieto y los dirigentes de las tres principales fuerzas políticas del país: PRI, PAN y PRD; sin embargo, este último abandonó el Pacto el 28 de noviembre de 2013. Cabe destacar que “como parte de los acuerdos para el crecimiento económico, empleo y competitividad se incluyeron siete compromisos específicos para concretar una reforma energética” (Gallardo 2014, 21).

Uno de los principales motivos que impulsó la reforma fue el hecho de que existía mayor inversión en la búsqueda y extracción de petróleo, pero con menor producción, debido a que el petróleo de fácil acceso se está agotando, y las reservas probadas para diez años de producción se

ubicar en aguas profundas del Golfo de México. Sin embargo, para seguir explorando nuevas áreas de explotación se necesita de mayor inversión y tecnología avanzada, además de que no es conveniente que la empresa estatal (Pemex) absorba el riesgo total. De igual manera, disminuye la productividad de los pozos en los que se encuentra gas natural, por lo que se incrementa la importación de éste.

Aunado a lo anterior, se consideró como parte de la reforma hacendaria la modificación el régimen fiscal bajo el que operaba Pemex, sustentado en derechos rígidos para ser modificado de tal manera que los derechos a pagar sean menores y “el remanente de ese pago de derechos podrá ser reinventado en la empresa o una parte podrá ser transferida al presupuesto” (Proyecto de iniciativa de reforma a los artículos 27 y 28 de la CPEUM del Ejecutivo federal 2013, 14) permitiendo que la empresa tenga mayor competitividad.

Por otro lado, en el sector eléctrico, la Comisión Federal de Electricidad (CFE) tenía una cobertura del 98%, pero con tarifas altas, y 2% pendiente a electrificar, lo cual se complicó, debido al déficit financiero con el que empezó a operar en 2012. En este aspecto, la reforma busca disminuir los costos de la energía eléctrica mediante la operación de un mercado eléctrico, establecer el acceso universal y avanzar en la transición energética hacia energías limpias.

Los objetivos de la reforma energética son:

- Mantener la propiedad de la nación sobre los hidrocarburos que se encuentran en el subsuelo.
- Modernizar y fortalecer, sin privatizar, a Pemex y a la Comisión Federal de Electricidad como empresas productivas del Estado 100% mexicanas.
- Reducir la exposición del país a los riesgos financieros, geológicos y ambientales en las actividades de exploración y extracción de petróleo y gas.
- Permitir que la nación ejerza, de manera exclusiva, la planeación y control del sistema eléctrico nacional, en beneficio de un sistema competitivo que permita reducir los precios de la luz.
- Atraer mayor inversión al sector energético mexicano para impulsar el desarrollo del país.

- Contar con un mayor abasto de energéticos a mejores precios.
- Garantizar estándares internacionales de eficiencia, calidad y confiabilidad de suministro, transparencia y rendición de cuentas.
- Combatir de manera efectiva la corrupción en el sector energético.
- Fortalecer la administración de los ingresos petroleros e impulsar el ahorro de largo plazo en beneficio de las generaciones futuras.
- Impulsar el desarrollo con responsabilidad social y proteger al medio ambiente (Reforma energética 2013, 3).

El primer partido en presentar su propuesta fue el PAN, el 31 de julio de 2013: la propuesta consistía en reformar los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución; destacaba el permitir el otorgamiento de concesiones para la exploración y explotación de hidrocarburos, y un principio de carácter ambiental para desarrollar estrategias y programas de adaptación y mitigación al cambio climático.

Ahora bien, por parte del PRI se presentó, a través del presidente Enrique Peña Nieto, el 12 de agosto de 2013, la iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, para ser remitida a la Cámara de Senadores. Dentro de ésta cabe resaltar el cambio en la forma en que se permitía la exploración y explotación, cuya novedad eran los contratos de utilidad compartida; por otro lado, estaba la participación de particulares en la generación de energía eléctrica.

Por último, el PRD hizo lo propio el 19 de agosto de 2013. Esta iniciativa, a diferencia de las dos anteriores, no proponía la apertura del sector energético a la inversión privada, sino el fortalecimiento de la CFE y de Pemex. Convertir a la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía en organismos públicos descentralizados, de esta manera adquirirían mayor fuerza, además de crear el Fondo de Excedentes Petroleros.

Las tres iniciativas sirvieron de base para que el Congreso discutiera los pros y los contras de cada una y adecuar lo que se considerara conveniente. Es así como el 20 de diciembre de 2013 se publicó el decreto por el cual se reformaban los artículos 25, 27 y 28 y se adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de energía, además de incluir 21 artículos transitorios, con entrada en vigor al día siguiente de su publicación. De lo cual se destaca lo siguiente:

Artículo 25	<p>Se reforma el párrafo cuarto en el cual se introduce el concepto “empresas productivas del Estado”, además de redefinir el alcance del sector energético como área estratégica de la economía.</p> <p>Es importante destacar que la ley establecerá las normas relativas al “régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinará las demás actividades que podrán realizar” (DOF 20-12-2013).</p> <p>Párrafo sexto. Incorpora el concepto de sustentabilidad bajo el cual se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía.</p> <p>Párrafo octavo. Incorpora la referencia al desarrollo industrial sustentable como parte de una política nacional.</p>
Artículo 27	<p>Se reforma el párrafo sexto “se elimina la prohibición de celebrar contratos con particulares en materia de hidrocarburos.</p> <p>Se reduce el monopolio estatal a las siguientes actividades del sector eléctrico: a. planeación y el control del sistema eléctrico nacional; b. servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica.</p> <p>En esas actividades reservadas a la nación se prohíbe otorgar concesiones, pero se permite celebrar contratos con particulares.</p> <p>Se adiciona el párrafo séptimo recorriéndose los subsecuentes. Por el cual se reitera la prohibición de otorgar concesiones exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos, pero se autoriza la celebración de contratos para que los particulares lleven a cabo esas actividades.</p> <p>Se introduce el mecanismo de la asignación para que empresas productivas del Estado lleven a cabo por sí o a través de empresas privadas las actividades reservadas a la nación en materia de hidrocarburos” (González 2017, 99).</p>
Artículo 28	<p>Se reforma párrafo cuarto. En cuanto al “sector eléctrico se reduce el alcance del monopolio estatal a las actividades de planeación el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica...</p> <p>Con relación al sector hidrocarburos, se reduce el monopolio estatal de las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás carburos de hidrógeno” (González 2017, 102).</p> <p>Párrafo sexto. Crea el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo.</p> <p>Se adiciona el párrafo octavo recorriéndose los subsecuentes. A través de este se establece que el Ejecutivo contará con los órganos reguladores coordinados en materia energética: Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía.</p>
Transitorio cuarto	<p>Establece que el Congreso de la Unión tiene ciento veinte días naturales siguientes a la entrada en vigor del decreto para realizar las modificaciones necesarias al marco jurídico y así hacer efectivas las disposiciones establecidas en éste.</p>

FUENTE: Elaboración propia a partir de González (2017, 97-104)

El 11 de agosto de 2014 se publicó en el *DOF* la legislación secundaria correspondiente a la reforma energética, en donde se crearon nueve leyes y se reformaron doce.

Nuevas leyes:

1. Ley de Hidrocarburos.
2. Ley de la Industria Eléctrica.
3. Ley de Energía Geotérmica.
4. Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética.
5. Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos.
6. Ley de Petróleos Mexicanos.
7. Ley de la Comisión Federal de Electricidad.
8. Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos.
9. Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo.

Leyes reformadas:

1. Ley de Aguas Nacionales.
2. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
3. Ley de Inversión Extranjera.
4. Ley Minera.
5. Ley de Asociaciones Público Privadas.
6. Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
7. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
8. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.
9. Ley Federal de Derechos.
10. Ley de Coordinación Fiscal.
11. Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.
12. Ley General de Deuda Pública.

Con lo hasta ahora analizado nos podemos dar cuenta del enfoque que se buscó darle a la reforma energética; es decir, hacer de Pemex y de la CFE, empresas competitivas en sus respectivos mercados frente a par-

ticulares, y de esta manera operar con mayores recursos económicos y ser redituables para el Estado.

IV. EJES EN MATERIA DE CONTROL SOBRE LAS EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO CON BASE EN LA REFORMA ENERGÉTICA DE 2013

Como hemos ido analizando en el presente trabajo, la reforma energética ha significado una reestructuración radical para Pemex y la CFE debido al cambio de naturaleza jurídica que sufrió; es decir, de ser organismos públicos descentralizados ahora son empresas productivas del Estado (tema que se abordará con mayor detenimiento más adelante). Lo anterior supone un enfoque de gobierno corporativo, capaz de generar valor económico. De aquí se desprendan nuevas obligaciones.

Es importante conocer lo que implica el gobierno corporativo, con respecto a éste es que se establecieron ejes en materia de control y transparencia. Por lo que enunciaremos dos definiciones que nos ayudarán a entender mejor el alcance de la nueva forma de organización de Pemex y de la CFE.

La estructura organizacional de la Empresa, la determinará su Consejo de Administración, salvo los principios básicos establecidos por la propia ley, atendiendo a su autonomía operativa y de gestión, así como a los siguientes principios: optimizar recursos (humanos, financieros y materiales), simplificar los procesos, actuar con eficiencia y transparencia, así como adoptar todas las medidas que resulten de las mejores prácticas corporativas y empresariales (Miranda 2015, 82).

El gobierno corporativo es el marco de normas y prácticas, que se refieren a las estructuras y procesos para la dirección de las compañías, por el cual un consejo de administración asegura la rendición de cuentas, la equidad y la transparencia en la relación de una empresa con sus todas las partes interesadas (la junta directiva, los accionistas, clientes, empleados, gobierno y la comunidad) (Bolsa Mexicana de Valores, gobierno corporativo).

De las definiciones anteriores podemos destacar la transparencia y la rendición de cuentas. Recordemos que estos términos son herramientas

del control gubernamental, sin dejar a un lado la vigilancia y la auditoría. Dada su importancia y trascendencia es que se consideraron parte de los objetivos de la reforma.

En la iniciativa de reforma constitucional se establece como eje estratégico la transparencia, con la cual se pretende “garantizar a los mexicanos el adecuado acceso a la información sobre la administración del patrimonio energético nacional” (Proyecto de iniciativa de reforma a los artículos 27 y 28 de la CPEUM del Ejecutivo Federal 2013, 1).

El 30 de abril de 2014, el presidente Enrique Peña Nieto envió el paquete de legislación secundaria en materia energética, dentro del cual se encuentra la iniciativa de decreto por el que se expiden la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en la cual someten a consideración del Congreso de la Unión las nuevas leyes de Pemex y CFE “siguiendo los principios, reglas y directrices que la propia Constitución estableció para garantizar su autonomía, eficiencia y transparencia” (Senado de la República 2014, 2).

Tomando en consideración los siguientes ejes de cambio:

- Rediseño integral de los esquemas de vigilancia y auditoría, y
- Nuevos mecanismos de transparencia y rendición de cuentas (Senado de la República 2014, 2 y 3).

Como parte de los objetivos:

- Garantizar estándares internacionales de eficiencia, calidad y confiabilidad de suministro, transparencia y rendición de cuentas.
- Combatir de manera efectiva la corrupción en el sector energético (Reforma energética 2013, 3).

Diversos son los estudios que se han hecho en la materia; dentro de éstos destaca el realizado por Emilio Lozoya (2014,193) ex director general de Pemex de 2012 a 2016, quien pronuncia lo siguiente:

La reforma aumentará la transparencia y la rendición de cuentas en la industria y en Petróleos Mexicanos por tres caminos:

- Las nuevas facultades de los órganos regulatorios, en particular la CNH (que implican que Pemex deje de ser juez y parte al establecer prioridades de inversión) harán más transparente el proceso de priorización de proyectos de Pemex.
- En segundo lugar, la reforma establece que los procesos de licitación y asignación de bloques, lo mismo que los pagos de diverso tipo que se hagan al amparo de los contratos con empresas privadas, sean públicos.
- En tercer lugar, la participación de Pemex en asociación con empresas líderes a nivel mundial implicará mayor transparencia y divulgación de información.

A raíz de la reforma energética a nivel constitucional de los artículos 25, 27 y 28, se emitió en febrero de 2014 la Estrategia Nacional de Energía, instrumento en el cual se esclarece el funcionamiento y rumbo que ha de tomar el sector energético basado en sus diferentes sectores y actores. Para ello toma en cuenta los objetivos de la reforma, como es “garantizar estándares internacionales de eficiencia, transparencia y rendición de cuentas” (Estrategia Nacional de Energía, Gobierno de México 2014, 8), el cual busca dar seguridad en cuanto a las actuaciones de la CFE y Pemex con los inversionistas, y a su vez con la sociedad.

Los ejes y objetivos planteados por la reforma energética pretenden evitar la corrupción, brindar mayor transparencia en las acciones de las empresas productivas del Estado para con los ciudadanos, y de esta manera generar confianza y seguridad. Con posterioridad se explica cómo es que éstos se materializan.

V. NATURALEZA JURÍDICA DE PEMEX Y CFE

Con la reforma constitucional en materia energética, ahora Pemex y la CFE tienen una nueva naturaleza jurídica, ya que anteriormente eran organismos públicos descentralizados. Recordemos que el artículo 90 constitucional señala que la administración pública federal será centralizada y paraestatal; del mismo modo se establece en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal esta forma de organización del Poder Ejecutivo.

“La centralización es una forma organizacional que se emplea tanto en el ámbito político como en la esfera administrativa del Estado, consistente en reunir en un punto de convergencia, configurado como un ente central, la toma de decisiones del poder público” (Fernández 2016, 82). Es así que dentro de la administración pública centralizada encontramos a las secretarías de Estado (actualmente hay 19).

La administración paraestatal se compone de la siguiente forma:

Está integrada por el conjunto de instituciones, organismos, empresas de economía mixta, patrimonios públicos, que por disposición de la ley, colaboran en la realización de los fines del Estado, sin formar parte de la administración pública centralizada, con la cual mantienen estrictas relaciones de control y vigilancia a cargo de aquélla, y dividida en sectores para tal efecto (Serra Rojas 2016, 729).

Tanto la ley de Pemex como la ley de la CFE establecen que ambas son empresas productivas del Estado de propiedad exclusiva del gobierno federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y gozarán de autonomía técnica, operativa y de gestión. Esto conlleva a una nueva naturaleza jurídica dentro de la administración pública en México, pues no se contemplaba para ninguna otra entidad esta forma de organización.

El artículo transitorio vigésimo del decreto publicado en el *DOF* el 20 de diciembre de 2013 señaló cuáles serían los aspectos que entrañaban la nueva naturaleza, y que por tanto tenían que regularse en la legislación secundaria respecto de las empresas productivas del Estado:

Vigésimo. Dentro del plazo previsto en el transitorio cuarto de este Decreto, el Congreso de la Unión realizará las adecuaciones al marco jurídico para regular a las empresas productivas del Estado, y establecerá al menos que:

I. Su objeto sea la creación de valor económico e incrementar los ingresos de la nación, con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental.

II. Cuenten con autonomía presupuestal y estén sujetas sólo al balance financiero y al techo de servicios personales que, a propuesta de la Secretaría del ramo en materia de Hacienda, apruebe el Congreso de la Unión. Su régimen de remuneraciones será distinto del previsto en el artículo 127 de esta Constitución.

III. Su organización, administración y estructura corporativa sean acordes con las mejores prácticas a nivel internacional, asegurando su autonomía técnica y de gestión, así como un régimen especial de contratación para la

obtención de los mejores resultados de sus actividades, de forma que sus órganos de gobierno cuenten con las facultades necesarias para determinar su arreglo institucional.

IV. Sus órganos de gobierno se ajusten a lo que disponga la ley y sus directores sean nombrados y removidos libremente por el titular del Ejecutivo federal o, en su caso, removidos por el Consejo de Administración. Para el caso de empresas productivas del Estado que realicen las actividades de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos en términos de lo previsto por el párrafo séptimo del artículo 27 de esta Constitución, la ley deberá establecer, entre otras disposiciones, que su Consejo de Administración se conforme de la siguiente manera: cinco consejeros del gobierno federal, incluyendo el secretario del ramo en materia de energía quien lo presidirá y tendrá voto de calidad, y cinco consejeros independientes.

V. Se coordinen con el Ejecutivo federal, a través de la dependencia competente, con objeto de que sus operaciones de financiamiento no conduzcan a un incremento en el costo de financiamiento del resto del sector público o bien, contribuyan a reducir las fuentes de financiamiento del mismo.

VI. Cuenten, en términos de lo establecido en las leyes correspondientes, con un régimen especial en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, presupuestaria, deuda pública, responsabilidades administrativas y demás que se requieran para la eficaz realización de su objeto, de forma que les permita competir con eficacia en la industria o actividad de que se trate.

El objeto de convertir a Pemex y a la CFE en empresas productivas del Estado radicó en la necesidad de crear una forma de organización dentro de entidades que forman parte de la administración pública, que tuvieran una mayor independencia que le permitiera ejercer sus funciones con el objetivo de crear mayores ingresos, debido a que anteriormente estaban reportando grandes pérdidas, sobre todo en el caso de Pemex, lo que significaba un decremento en las finanzas públicas y el desarrollo económico de la nación.

La nueva estructuración pugnó por una forma de organización corporativa, es decir, que observa ciertos principios de la Constitución y operación de una persona moral de carácter privado; tienen un director general, un consejo de administración y comités que apoyan al Consejo en el ejercicio de sus funciones.

Otro de los objetivos de optar por esta naturaleza fue la de incorporar las mejores prácticas de gobierno corporativo, con mayor transparencia en el ejercicio de sus funciones, responsabilidad y rendición de cuentas. De esta forma, se transformaban las funciones tanto de Pemex como de la CFE para evitar la opacidad y contribuir al fortalecimiento de las instituciones bajo un amplio espectro democrático.

Conocemos cuál es la naturaleza de Pemex y de la CFE, y en qué consiste la misma, pero quedó un tema pendiente, relativo a en dónde se encuadran las empresas productivas del Estado. Resulta bastante obvio que no forman parte de la administración pública centralizada, pero queda en duda si podemos incluirlas dentro de la administración paraestatal. Esta cuestión se presenta debido a que el artículo 3o. de la Ley Federal de Entidades Paraestatales señala en su último párrafo:

Las empresas productivas del Estado y sus respectivas empresas productivas subsidiarias, la Procuraduría Agraria, la Procuraduría Federal del Consumidor, la Agencia de Noticias del Estado Mexicano y el Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano, atendiendo a sus objetivos y a la naturaleza de sus funciones, quedan excluidas de la observancia del presente ordenamiento.

Por tanto, este ordenamiento las excluye de ser reguladas como entidades paraestatales, ya que conocemos que ambas empresas productivas cuentan con su legislación especial aplicable. Sin embargo, existen criterios judiciales (tesis aislada, segunda sala, LXXX/2018), que señalan que estas empresas son una nueva categoría de entidades paraestatales con un régimen especial y diferenciado, basado en principios de gobierno corporativo, que ya hemos analizado.

Ambos criterios coinciden en que la finalidad de esta naturaleza es permitir a las empresas productivas, competir con flexibilidad y autonomía en el sector energético a fin de crear un valor económico para la nación.

El artículo 2o. de la Ley de Pemex y el artículo 2o. de la Ley de la CFE señalan que ambas empresas son de propiedad exclusiva del gobierno federal. Por su parte, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 1o. establece que las empresas de participación estatal componen a la administración pública paraestatal; es así, que refrendando lo

establecido en el criterio jurisprudencial, podemos determinar que ambas empresas productivas forman parte de la administración paraestatal.

VI. CONTROL DE LAS EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO

La nueva naturaleza que la reforma energética dio a Pemex y a la CFE como empresas productivas del Estado modificó la forma en que se realiza su control, el cual es distinto al que se ejerce en los demás integrantes de la administración pública en vista del nuevo gobierno corporativo.

Para estudiar los cambios al respecto, analizaremos la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad; en cada una se establece la estructura y las normas que se encargarán de su regulación. Se hace la aclaración de que las dos leyes son similares, por no decir idénticas; por tanto, el análisis que se presenta en los siguientes párrafos hace referencia al contenido de ambos instrumentos jurídicos.

El artículo 1o. de ambas leyes señala que su objeto es regular, entre otros aspectos, el control, la evaluación y la rendición de cuentas de las empresas productivas del Estado. De esta forma, en el título tercero de ambas leyes se establece lo respectivo a su vigilancia y auditoría; en este apartado se consideran algunas de las disposiciones más importantes en cuanto al control, que contribuyen a la supuesta rendición de cuentas y transparencia que propició la reforma. La ley establece que ambas empresas productivas contarán con un Comité de Auditoría, una Auditoría Interna y una Auditoría Externa, que tienen a su cargo la función de vigilancia y auditoría.

El Comité de Auditoría es uno de los comités que forma parte del Consejo de Administración, junto con el de Recursos Humanos y Remuneraciones, Estrategia e Inversiones y Adquisiciones, Arrendamientos, Obras y Servicios. La Ley señala que el Consejo de Administración podrá además establecer los demás comités que requiera. Por lo que se refiere al Comité de Auditoría, éste tendrá a su cargo la organización, planeación y emisión de directrices en cuanto al control y vigilancia interna de las empresas productiva del Estado, respectivamente; estas actividades serán ejecutadas por la auditoría interna.

Dentro de estas actividades, el Comité será el responsable de la verificación del cumplimiento de las metas, objetivos, planes y programas, que miden el desempeño de las empresas productivas; además, tendrá a su cargo la vigilancia de la información contable y financiera. El Comité

será el encargado de aprobar el programa anual de auditoría interna; de la misma forma, podrá requerir las investigaciones y práctica de auditorías cuando lo estime necesario.

Es así que este Comité es el encargado del diseño y evaluación de la auditoría interna. El artículo 51 de la Ley de Petróleos Mexicanos y el artículo 50 de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, respectivamente, enumeran todas las funciones de forma específica a cargo del Comité, que en ambos casos tienen las mismas funciones. A continuación se abordan algunas de ellas que representan inconvenientes, y cabe hacer algunas críticas al respecto.

Una de las funciones del Comité es proponer al titular de la Auditoría Interna y evaluar su desempeño; la designación estará a cargo del Consejo de Administración. Posteriormente, también se establece que tendrá a su cargo la contratación del auditor externo. Más adelante analizaremos cómo estos puntos pueden representar un menoscabo en materia de rendición de cuentas. La auditoría interna tiene a su cargo la ejecución de las normas y controles establecidos por el Comité de Auditoría, así como poner en marcha todas las acciones solicitadas por éste.

Posteriormente, en ambas leyes se reitera que el Consejo de Administración designa al titular de la auditoría interna a propuesta del Comité de Auditoría. Señala que el titular de la auditoría interna puede ser removido libremente por el Comité de Auditoría. Es necesario recalcar que esto representa un peligro para el control interno de las empresas productivas, pues no se establece ningún tipo de seguridad en cuanto al nombramiento del auditor interno, que tiene funciones de gran peso en torno al control y auditoría.

Las funciones del auditor interno se contemplan en el artículo 54 de la Ley de Pemex, y en el artículo 53 de la Ley de la CFE. Analizando cada una de ellas, se puede concluir que se contemplan una serie de medidas adecuadas y acertadas para poder evaluar el desempeño de las actividades y acciones de las empresas productivas. Si las observamos a la luz de la teoría sobre transparencia, sus requerimientos se ven colmados.

Estas funciones se pueden resumir de la siguiente forma:

- Revisar de forma material el cumplimiento de las políticas y disposiciones jurídicas aplicables que propician el adecuado funcionamiento de la institución.

- Tiene la facultad de verificar los sistemas informáticos que contengan la información contable y operacional de la entidad.
- Pueden hacer una evaluación de la calidad, suficiencia y oportunidad de la información de manera que sea confiable y adecuada para que se tomen decisiones de forma correcta y oportuna.
- Verifica el desempeño de funciones de acuerdo con la distribución de competencias.
- Será el encargado de proporcionar al Comité de Auditoría la información respecto de irregularidades detectadas; si éstas llegaran a constituir responsabilidades se deberán iniciar los procedimientos correspondientes. Si detecta responsabilidades administrativas deberá ponerlas a disposición de la Unidad de Responsabilidades.
- De toda su gestión deberá informar por lo menos de forma semestral al Comité de Auditoría.

En cuanto a la auditoría externa, será designada por el Consejo de Administración a propuesta del Comité de Auditoría.

Finalmente, en ambos instrumentos se dispone que la Auditoría Superior de la Federación sea la competente para fiscalizar las empresas productivas del Estado, puesto que se encarga del control externo, y tiene a su cargo la fiscalización superior, función mediante la cual revisa la cuenta pública, documento donde se refleja el ejercicio del presupuesto de egresos. La actividad de Pemex y de la CFE no puede escapar de este tipo de control, dado que ambas empresas se encuentran dentro de la administración pública federal y reciben recursos a través del presupuesto de egresos. Para que la Auditoría Superior pueda llevar a cabo la fiscalización de las empresas productivas, deberá tener en cuenta su naturaleza especial, así como la legislación que las regula y el decreto del 20 de diciembre de 2013, que dio paso a la reforma energética.

Dentro de esta serie de disposiciones que norman la nueva naturaleza y funciones de las empresas productivas existen diversos aspectos que se tienen que revisar de forma cuidadosa. En primer lugar, al conformar a Pemex y la CFE con una nueva naturaleza, en la búsqueda de un gobierno corporativo dentro de ellas, se modifican sus formas de control interno, las cuales son distintas en comparación con los demás entes de la administración pública federal. En un principio podríamos decir que estas mo-

dificaciones fortalecen y ejercen un mayor control respecto de su actividad, pues además de su control interno se dotan de otros mecanismos que abonan en la rendición de cuentas y transparencia, como las auditorías interna y externa, previas a la auditoría superior. Sin embargo, la reforma en este aspecto deja mucho que desear respecto a la forma en que se diseñaron los mecanismos de control. Las modificaciones en estos temas son un intento de dar una apariencia de supuesto control que en realidad no existe, lo único que se presenta es la construcción de una burocracia mayormente articulada, donde se han acomodado todas las piezas para que estéticamente sean observadas como medidas más fuertes y robustecidas de control, pero que finalmente no tienen un diseño con verdadera voluntad política de transparencia, fiscalización y rendición de cuentas.

La auditoría y la vigilancia se presentan en tres momentos distintos. El Comité de Auditoría, que es parte del Consejo de Administración, es el encargado del diseño de los programas y políticas de auditoría; además, funge como intermediario entre el Consejo y las auditorías interna y externa. Este Comité es el encargado de proporcionar los instrumentos necesarios al auditor interno, que a su vez es elegido por el mismo Comité; igualmente, la ley establece que también puede removerlo de forma libre. Esta última disposición resulta arbitraria y dudosa, puesto que la Ley no exige algún requerimiento o motivos por los cuales pueda ser removido el titular de la auditoría interna. Se debió establecer en la ley secundaria cuáles serían los supuestos en los que se puede solicitar su remoción; la Ley literalmente señala que el titular podrá ser removido “libremente”, dejando un sinnúmero de posibilidades por las cuales se pueda quitar al titular.

Así, el Comité de Auditoría se encarga de proponer a los titulares interno y externo, y evalúa el desempeño de los mismos; además, es el conducto entre éstos y el Consejo de Administración. Debió establecerse un diseño distinto en la designación de ambos tipos de auditoría, pues finalmente todas las decisiones y facultades se concentran en el Comité de Auditoría y decide sobre lo que deberá auditarse por ambos, la información que considerará para sus informes, así como la evaluación respectiva de su trabajo. A pesar de que el Comité se conforma por tres consejeros independientes, finalmente forma parte del Consejo de Administración; de ahí que debieron establecerse mayores candados para la operación y designación de las auditorías interna y externa.

La auditoría interna cuenta con distintas funciones, que son favorables para la adecuada evaluación de la entidad, pero la información resultado de sus trabajos es filtrada por el Comité de Auditoría; de la misma manera, la información que proporcione la auditoría externa contará con dicho filtro a través del Comité. En consecuencia, a pesar de existir diversas auditorías, todas quedan a consideración del Comité, concentrando un número importante de facultades en este órgano, lo que podría atentar contra el control imparcial y eficiente.

Debió establecerse una estructura diferente en la que se distribuyeran de mejor forma las facultades en cuanto a la auditoría de la entidad, donde se presentaran evaluaciones independientes que permitieran la adecuada evaluación y vigilancia, que finalmente se refleja en información valiosa para poder mejorar el desempeño de las empresas productivas, identificando áreas de riesgo, errores y prácticas corruptas, que en todo momento deben corregirse y en su caso sancionarse, para mejorar la calidad del gobierno corporativo.

En lo que respecta al control interno de las empresas productivas del Estado, éste se ejerce de forma distinta al de los demás entes de la administración pública federal. Recordemos la definición propuesta en el segundo apartado de la investigación; el control interno se puede definir como: aquel que debe realizarse [por] la propia administración; esto es, un órgano especializado encuadrado dentro del Poder Ejecutivo, pero situado jerárquicamente en una posición superior o por lo menos no dependiente orgánica ni funcionalmente de ninguna secretaría, con el propósito de investigar, comprobar y, en su caso, informar, sobre la legalidad, eficacia, objetivos, resultados, etcétera, del gasto público (Mijangos 1996, 967).

La reforma en materia energética rompe el principio expresado en la definición anterior. En México, el control interno se realiza por la Secretaría de la Función Pública (SFP), dependencia del Poder Ejecutivo federal. Se encarga del control de la administración pública, al ser un control interno, se encuentra dentro de la administración, pero no depende orgánica ni funcionalmente de ningún ente al que revisa, con la finalidad de tener un mejor desempeño en sus funciones, y que se desarrollen de forma imparcial.

Las funciones que tiene a su cargo la SFP se encuentran descritas en el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. En él se enumeran 29 fracciones, que contienen todas sus facultades en

cuanto a control interno se refiere. Sus funciones se pueden resumir de la siguiente forma:

... vigila que los servidores públicos federales se apeguen a la legalidad durante el ejercicio de sus funciones, sanciona a los que no lo hacen así; promueve el cumplimiento de los procesos de control y fiscalización del gobierno federal, de disposiciones legales en diversas materias, dirige y determina la política de compras públicas de la Federación, coordina y realiza auditorías sobre el gasto de recursos federales, coordina procesos de desarrollo administrativo, gobierno digital, opera y encabeza el Servicio Profesional de Carrera, coordina la labor de los órganos internos de control en cada dependencia del gobierno federal y evalúa la gestión de las entidades, también a nivel federal (SFP).

Todas las entidades y dependencias de la administración pública federal deberán contar con órganos internos de control (OIC), que están facultados para prevenir, corregir e investigar actos u omisiones que pudieran constituir responsabilidades administrativas. Estos órganos tienen facultades de sanción en caso de faltas no graves, y deberán promover ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa aquellas que pudieran constituir faltas graves. Las faltas no graves se encuentran previstas en los artículos 49 y 50 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Este tipo de faltas se presentan cuando el servidor actúa de forma contraria a los principios que rigen el servicio público: disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, entre otros. Por su parte, las faltas graves están previstas en los artículos 52 a 64 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas; estas faltas son cohecho, peculado, desvío de recursos públicos, utilización indebida de información, abuso de funciones, actuación bajo conflicto de interés, contrataciones indebidas, enriquecimiento oculto u ocultamiento de conflicto de interés, tráfico de influencias, encubrimiento, desacato y obstrucción de la justicia.

Estas funciones se adecuaron en razón de la reforma anticorrupción de 2015.

Los OIC cuentan con una estructura y facultades amplias, y se conforman de la siguiente manera:

- Un área de responsabilidades.
- Un área de quejas.
- Un área de auditoría interna.

— Un área de auditoría para desarrollo y mejora de la gestión pública.

Entre las funciones más importantes de los OIC se encuentran las siguientes:

- Verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los servidores públicos, que se apeguen a los requerimientos legales para el desempeño y gestión gubernamental de forma adecuada.
- Se encargan de la revisión de los recursos públicos en cuanto a su ingreso, administración y aplicación.
- Reciben las denuncias por hechos que pudieran constituir responsabilidades administrativas.
- Pueden ordenar y realizar la práctica de auditorías y revisiones para evaluar el desempeño y la gestión de las entidades de la administración pública.
- Derivado de las funciones descritas, que pueden sustanciar los procedimientos de responsabilidades administrativas e imponer sanciones cuando se trate de faltas no graves. En el caso de faltas administrativas graves, deberá remitir los procedimientos ante el TFJA, o ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción cuando los hechos pudieran ser constitutivos de delitos.

Es así que el sistema de control interno de la administración pública tiene la función de evaluar y revisar la gestión y desempeño de las acciones de gobierno, con la finalidad de poder mejorar, corregir y en su caso sancionar actos contrarios a las disposiciones legales que rigen el actuar de las instituciones. Todas estas acciones abonan a la rendición de cuentas, estudiada en el apartado teórico de la investigación.

La reforma anticorrupción de 2015 estableció que ningún ente de la administración pública federal podía estar fuera del control interno, es así, que incluso se determinó que los órganos que gozan de autonomía constitucional también tienen que contar con un OIC que ejerza un control interno, además de estar sujetos al control externo de la ASF.

Sin embargo, la reforma energética no contempla el control interno para Pemex ni para la CFE en la forma que se desarrolla generalmente en los entes que integran a la administración pública federal. Dentro de las empresas productivas no existe un control por parte de SFP a través de

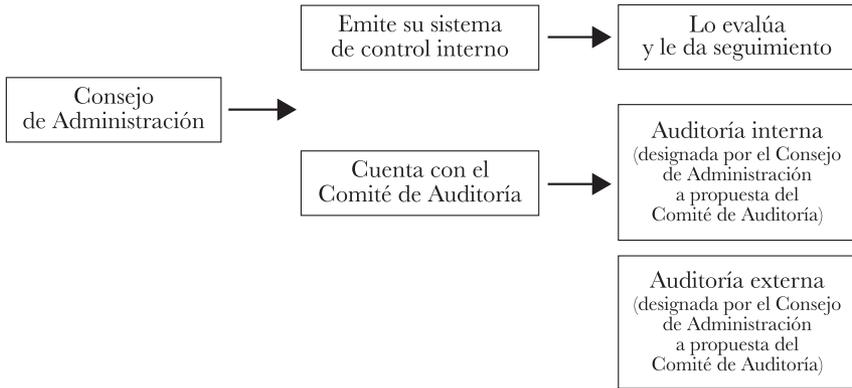
un OIC. La intervención de la SFP en ambas empresas productivas del Estado es a través de la Unidad de Responsabilidades, dado el régimen especial del que gozan ambas empresas productivas, la cual tiene funciones limitadas en comparación con los OIC presentes en las dependencias de la administración pública. La Ley señala que esta Unidad será la encargada de la aplicación de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, pero exclusivamente en dos supuestos:

I.	Recibir y dar atención a quejas y denuncias y realizar investigaciones con motivo de las mismas, y
II.	Tramitar los procedimientos de responsabilidad administrativa e imponer las sanciones respectivas, en términos de las leyes aplicables.

La Unidad no tiene competencia en materia de control interno y auditoría, debido a que la auditoría se desempeña por los órganos que faculta la ley de forma especial; por ejemplo, el control interno está a cargo del Consejo de Administración de las empresas productivas. Como resultado, toda la amplia gama de funciones que tienen los OIC en cualquier dependencia de la administración pública no son ejercidas de la misma forma dentro de las empresas del sector energético, pues quedan totalmente limitadas y reducidas a las acciones a cargo de las unidades de responsabilidad, cuestión que representa una merma para el desarrollo del control interno por parte de la SFP en lo que respecta al sector energético.

La Ley establece que el Consejo de Administración tendrá la facultad de emitir, a propuesta del Comité de Auditoría, los lineamientos de control interno. También señala que el mismo Consejo tendrá a su cargo la evaluación y seguimiento del control interno, esta función también la desempeña la auditoría.

Se puede observar que el control ejercido dentro de las empresas productivas del Estado se encuentra concentrado en los consejos de administración. Para resumir las funciones en materia de control interno dentro de las empresas productivas del Estado, podemos observar el siguiente esquema:



FUENTE: Elaboración propia.

En vista del nuevo gobierno corporativo en las empresas productivas, se han concentrado muchas funciones en sus consejos administrativos, en razón de que se equipara su organización y forma de gobierno al de una empresa privada; sin embargo, esto no puede resultar del todo favorable para una entidad que se encuentra dentro de la administración pública y forma parte de la estructura del Estado, a pesar de formarse por medio de una estructura que nace en el ámbito privado.

En apartados anteriores analizamos que dentro de los principales objetivos de la reforma se encontraban una mejora en la rendición de cuentas y una mayor transparencia; es por eso que se implementaron distintas formas de auditoría, sumadas al control interno dentro de las empresas productivas del Estado; no obstante que existen distintos medios de control, su efectividad puede verse amenazada, en vista de que finalmente toda la información se controla por medio del consejo de administración, en un solo órgano se concentran las funciones, representando sin duda una brecha para que se presenten casos de corrupción y manipulación en el manejo de los datos e información.

Dentro de ambas leyes se contempla un apartado denominado “transparencia y rendición de cuentas”, en donde se establecen una serie de medidas respecto de la divulgación de información que permita conocer la situación de la empresa en materia financiera, administrativa, operacio-

nal, económica y jurídica. La información debe ser puesta a disposición del público en general.

De la misma forma, se deberá cumplir con las obligaciones que se prevean en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Por último, se establece la obligación de presentar a más tardar en abril de cada año, un informe al Ejecutivo federal y al Congreso de la Unión que contenga lo siguiente:

I. Un reporte del director general sobre la marcha de Petróleos Mexicanos, sus empresas productivas subsidiarias y empresas filiales y, en su caso, sobre los principales proyectos existentes. Dicho reporte deberá realizarse por línea o rama de negocios, además de emplear indicadores o parámetros usuales a nivel internacional para la correcta y puntual medición de los resultados y estar vinculado a los objetivos y metas que se hayan fijado en el Plan de Negocios;

II. La explicación y declaración de las principales políticas y criterios contables y de información seguidos en la preparación de la información financiera;

III. Los estados que muestren la situación financiera de Petróleos Mexicanos durante y a la fecha de cierre del ejercicio, sus cambios y resultados, así como la demás información que sea necesaria para completar o aclarar los datos suministrados con dichos estados;

IV. Un reporte sobre el ejercicio de su presupuesto, en el que se incluyan las desviaciones en montos, tiempo y alcance de ejecución de los contratos que se lleven a cabo, y

V. La evaluación del Consejo de Administración sobre la ejecución de los programas anuales de Petróleos Mexicanos (artículo 113, Ley de Pemex).

Esta disposición constituye un elemento importante en materia de control, debido a que las empresas productivas tienen que informar y rendir cuentas no únicamente al poder Ejecutivo, pues se encuentran dentro de su estructura, sino que además se señala la obligación de reportar sus actos ante el Congreso de la Unión, que recordemos cuenta también con el control externo ejercido a través de la ASF.

El inconveniente se presenta debido a que las leyes no establecen qué sucederá si se detectan irregularidades en alguno de estos informes; el requisito parece satisfecho con la simple entrega de la información. Esta medida representa logros en materia de transparencia, pero no es sufi-

ciente si se analiza desde el punto de la rendición de cuentas; en todo caso se está propiciando la vertiente de una rendición de cuentas blanda, al no establecer mecanismos de sanción en caso de posibles irregularidades.

Por último, para reforzar todos los mecanismos anteriores se agregó una forma adicional de control y transparencia. Se estableció tanto para Pemex como para la CFE una evaluación a cargo de un comisario independiente, que tiene que elaborar un informe que se presenta a la Cámara de Diputados y al Ejecutivo federal a más tardar el 30 de junio de cada año. El comisario será designado por el Pleno de la Cámara de Diputados a propuesta del Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas previa solitud del Ejecutivo federal.

Este informe es una evaluación que incluye un análisis sobre la situación operativa, programática y financiera de las empresas productivas del Estado; derivado de su trabajo debe elaborar recomendaciones para el Consejo de Administración y el director general de las empresas productivas, respectivamente.

Esta disposición representa una última forma de control externo. El problema sigue siendo el mismo: que no se considera ningún tipo de procedimiento ante la detección de irregularidades; asimismo, los requisitos se ven colmados con la simple entrega de información; además, el informe que se elabore será con base en la información que le proporcione el director general de cada una de las empresas, no se establecieron mecanismos para que el comisario pudiera allegarse de la información de forma directa o por medio de otros conductos, con el fin de que existiera una pluralidad de datos a partir de diversas fuentes.

En suma, el consejo de administración de ambas empresas productivas cuenta con todas las facultades, y tiene a su disposición todas las herramientas de control, tanto en temas de transparencia como en rendición de cuentas; de igual manera, se encarga de filtrar toda la información que sale al exterior; por ejemplo, la que otorga al comisario independiente.

Estos hechos pueden representar un peligro para el debido control de las empresas productivas del Estado, pues no existe un adecuado flujo de la información ni una serie de facultades compartidas en materia de transparencia y rendición de cuentas donde participen distintos actores que descarguen y distribuyan las funciones para obtener procesos imparciales.

Por otro lado, resta comentar algunos aspectos sobre los órganos reguladores coordinados en materia energética. Estos órganos son la Comi-

sión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Nacional Reguladora de Energía, ya que cada uno interviene según la materia que le corresponde. El 11 de agosto de 2014 se publicó en el *DOF* la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética dentro de un paquete de leyes secundarias, que se encargaron de reglamentar la reforma constitucional en materia energética.

Ambos órganos tienen autonomía técnica, operativa y de gestión; en el ejercicio de sus atribuciones deben coordinarse con la Secretaría de Energía (Sener). Dentro de la gama tan amplia de funciones que tienen los órganos reguladores, son de relevancia en materia de transparencia y control para Pemex y la CFE, la posibilidad de otorgar permisos, autorizaciones y emitir demás actos administrativos vinculados con la materia energética en su ramo respectivo.

Otra función relevante consiste en poder solicitar a las empresas productivas la información y documentación necesaria para la revisión de su debido funcionamiento; de la misma forma, podrá hacerlo con los terceros relacionados.

Los órganos reguladores desempeñan ciertas funciones en materia de control y vigilancia de las empresas productivas, puesto que además de poder solicitar datos e información pueden ordenar y realizar visitas de verificación, inspección, o supervisión, con objeto de revisar y evaluar el cumplimiento de las disposiciones jurídicas aplicables que norman el actuar de ambas empresas, así como el cumplimiento de lo dispuesto en los permisos y autorizaciones respecto de los convenios y contratos regulados. También podrán llevar a cabo visitas de inspección cuando así lo ordene la Sener y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).

Dentro de la Ley de los órganos reguladores se dispone en el capítulo XII un apartado respecto del combate a la corrupción. En este capítulo se establece que los órganos reguladores deberán contar con mecanismos que permitan la prevención e identificación de actos ilícitos, irregulares o negligentes, y en el caso de su comisión, medidas que permitan subsanar y sancionar estos actos u omisiones. Estas medidas tienden a establecer un mejor control dentro de los procesos por los que se otorgan permisos y contratos en materia energética.

Con la reforma, ambos órganos reguladores tienen mayores facultades y participación dentro de las distintas actividades ejercidas por las

empresas productivas de Estado; ahora estos órganos tendrán un papel relevante en la contratación de exploración y extracción de hidrocarburos.

En el caso específico de Pemex, antes de la reforma podía decidir con libertad el otorgamiento de contratos de exploración y extracción con la aprobación de la Sener, pero esta aprobación constituía un mero trámite; por tanto, no estaban debidamente reguladas las decisiones de Pemex, ahora la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) tiene una participación efectiva, pues podrán participar en los permisos y autorizaciones de contratación en la materia.

Todo lo concerniente a los contratos de exploración y extracción que celebren será determinado por la Sener conjuntamente con la CNH, que serán las encargadas de los procesos de licitación y asignación de los contratos quitando esta función tradicional y exclusiva a Pemex, además de que la CNH podrá realizar la revisión y verificación de la operación de los mismos.

Derivado del análisis de las funciones de los órganos reguladores, podemos concluir que también cuentan con facultades en materia de control y vigilancia de las empresas productivas del Estado.

A pesar de que se ha construido todo un sistema en el cual participan distintas autoridades e instituciones en el funcionamiento de Pemex y la CFE, como se ha expuesto en los últimos párrafos, no resulta del todo satisfactorio en términos de control y transparencia. Es cierto que se trata de un nuevo modelo en materia energética dentro del Estado mexicano, pero también lo es que la construcción del nuevo sistema de control no resulta favorable, debido a la intervención de múltiples autoridades, que hacen complicado el estudio y la vigilancia de las empresas productivas del Estado, ya que si bien participan en distintos procesos dentro de sus actividades, como la contratación de servicios o licitaciones, no existe un ente que se encargue del control efectivo de auditoría y manejo de recursos públicos.

Actualmente las EPE se encuentran en un esquema de gobernanza híbrida, con un Consejo de Administración con consejeros independientes, pero también con asientos para la Secretaría de Energía (Sener), la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), la Secretaría de Economía (SE) y la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat). Es decir, una empresa productiva con herencia paraestatal, con poca transparencia a los

mercados en el manejo de sus finanzas y una fuerte vinculación a la estructura de la SHCP. Ambas EPE continúan siendo valoradas como empresas del Estado, con directores generales nombrados por el partido en el poder, limitando su actuación como directores ejecutivos que deben competir y tomar decisiones de negocios a largo plazo (Olivas 2017, 49).

La cita anterior confirma que es cierto que participan diversas autoridades dentro de las empresas productivas del Estado, las cuales tienen funciones específicas, dentro de distintas actividades, pero que ninguna de ellas llega a homogeneizar un proceso que aporte efectivamente al control y rendición de cuentas.

VII. CONCLUSIONES

La reforma del 20 de diciembre de 2013 representa un cambio trascendental, que modificó la forma y estructura en que se concebía el sector energético en México. Pemex y la CFE tomaron una nueva naturaleza jurídica como empresas productivas del Estado para poder implementar una forma de gobierno corporativo, que supone una mayor transparencia y rendición de cuentas, pues ambos tópicos fueron ejes de la reforma constitucional; así, se presentó una posible solución al problema de la corrupción.

Se diseñó un nuevo modelo de auditoría y vigilancia dentro de ambas empresas productivas; sin embargo, no cumple con las expectativas y objetivos que se propusieron en la reforma, ya que su control es cerrado y no permite la intervención de distintos actores que hagan más transparentes los procesos de revisión, evaluación y vigilancia.

Existe una gran cantidad de funciones en materia de control que se concentran dentro de los consejos de administración tanto de Pemex como de la CFE, cuestión que representa un peligro, debido a que toda la información resultado del ejercicio de los diversos medios de control finalmente se filtran por el Consejo; esta situación podría generar cierto nivel de opacidad.

Con la participación de los órganos reguladores en la celebración de contratos que pueden llevar a cabo Pemex y la CFE, se ven fortalecidas algunas funciones para evitar la corrupción y generar un mayor control en el desarrollo de los mismos, pero hay que recordar que aún quedan un sinnúmero de funciones que son vigiladas al interior de ambas empresas

productivas; además, como se destacó a lo largo de la investigación, la intervención de distintas autoridades entraña un sistema complejo, que dificulta los mecanismos de rendición de cuentas y difusión de la información, alejándose de los estándares de transparencia que permitan el fácil acceso al conocimiento de la toma de decisiones dentro de las empresas productivas del Estado, sobre todo las que tengan que ver con el manejo de recursos económicos.

A raíz de la reforma se generaron diversos medios de revisión y vigilancia, como el informe que debe presentar el director de cada una de las empresas productivas al Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión, o el caso de la evaluación a cargo del comisario externo. Todos estos mecanismos sugieren una mayor vigilancia gubernamental del desempeño de las empresas productivas del sector energético; no obstante, sus diseños requieren un mayor esfuerzo, que contengan medidas concretas de identificación, solución y sanción de hechos de corrupción y cualquier otro tipo de actos u omisiones que atenten contra el debido desarrollo del sector energético.

El gobierno corporativo propuesto concentra las decisiones en muy pocos actores, con la finalidad de un mejor desempeño, que incremente los ingresos en el sector, pero este tipo de diseños no pueden adoptarse dentro de entes que formen parte de la administración pública, pues a pesar de contar con tal naturaleza, aun pertenecen al Estado y se encuentran dentro de la estructura gubernamental; por ello, deben incluirse una serie de acciones distribuidas entre diversos actores, que eviten la concentración de funciones y poder, lo que conlleva a una mayor transparencia y adecuado desempeño institucional.

Por un lado, se agregan funciones de vigilancia y auditoría, pero a la vez se desvinculan de ciertos controles tradicionales, como el practicado por la SFP en su modalidad de auditoría interna, que suponía mayor intervención por parte de distintos entes que permitían un mayor flujo de información y, por ende, un control adecuado.

Dentro de los grandes problemas se encuentra la ausencia de sanciones o procedimientos de actuación ante la detección de irregularidades derivada del ejercicio de los medios de control, como el practicado por el comisario externo o el derivado de la evaluación que presenta el director general de cada empresa productiva al Ejecutivo y al Congreso de la

Unión; en todos los casos, a lo más que puede llegarse es a la emisión de simples recomendaciones.

Posterior a estas formas de revisión, al final del camino queda el control externo practicado por la ASF; pero hay que decir que bajo esta revisión tampoco hay mucho en cuanto a procesos efectivos de sanción. Definitivamente, no se han cumplido las exigencias de una adecuada rendición de cuentas, mucho menos de procesos efectivos de control, pues aún falta mucho por mejorar, ya que si bien la reforma pretende cambios sustanciales, éstos no terminan de satisfacer demandas que exigen un combate directo a la corrupción, mal que tanto aqueja a nuestra sociedad, y que se presenta con mayor fuerza en este sector derivado del capital que representa.

Aún se puede y debe mejorar; para ello se tienen que diseñar medios de control más efectivos, que fomenten en mayor medida la transparencia, pero sobre todo la rendición de cuentas. Así, tendremos instituciones sólidas, que fortalezcan nuestro sistema democrático y que generen confianza en la sociedad a partir de un adecuado desempeño de uno de los tantos sectores públicos del Estado, como el sector energético.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ADAM ADAM, Alfredo y BECERRIL LOZADA, Guillermo. 2003. *Fiscalización y control gubernamental en México*, México, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A. C.
- AGUIRRE ROMERO, Lilia. 2015. “El efecto de la fiscalización bajo la perspectiva del desarrollo institucional”, *Revista de Administración Pública*, 2(L), mayo-agosto.
- ARAGÓN, Manuel. 2002. *Constitución. Democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BRIZIO RODRÍGUEZ, Guillermo. 2008. “La auditoría, la transparencia y la rendición de cuentas”, *Revista de Administración Pública*, XLIII, septiembre-diciembre.
- COLDWELL, Joaquín Pedro. 2014. “La propuesta del gobierno federal para la reforma energética de México”, en GALLARDO, Adrián y MORA, Luz María de la (coords.), *Reforma energética, motor de crecimiento económico y bienestar*, México, Fundación Colosio-Porrúa.

- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. 2016. *Derecho administrativo y administración pública*. 7a. ed., México, Porrúa.
- FOX, Jonathan. 2008. “Transparencia y rendición de cuentas”, en ACKERMAN, John (coord.), *Más allá del acceso a la información, transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI.
- GALLARDO, Adrián. 2014. “Una reforma para el crecimiento económico y el bienestar”, en GALLARDO, Adrián y MORA, Luz María de la (coords.), *Reforma energética, motor de crecimiento económico y bienestar*, México, Fundación Colosio-Porrúa.
- GONZÁLEZ, Juan José. 2017. *Nuevo derecho energético mexicano*, México, UAM.
- LANZ CÁRDENAS, José Trinidad. 1987. *La contraloría y el control interno en México*, México, Fondo de Cultura Económica.
- LOEWENSTEIN, Karl. 1976. *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitante, Barcelona, Ariel.
- LÓPEZ TOACHE, Vania et al. 2018. “Las asociaciones público-privadas en México: corrupción estructural, subcontratación y endeudamiento”, *Actualidad Económica*, núm. 95, mayo-agosto.
- LOZOYA, Emilio, Pemex. 2014. “La industria petrolera y la reforma energética”, en GALLARDO, Adrián y MORA, Luz María de la (coords.), *Reforma energética, motor de crecimiento económico y bienestar*, México, Fundación Colosio-Porrúa.
- LUNA PLA, Issa. 2012. “Transparencia y rendición de cuentas”, *Seminario Internacional de Acceso a la Información, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas del Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- MANJARREZ RIVERA, Jorge. 2003. *La construcción democrática de la rendición de cuentas y la fiscalización en la administración pública de México: 1997-2001*, México, Instituto Nacional de Administración Pública.
- MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. 2003. *Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la administración pública*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. 2005. *Función jurídica de control de la administración pública*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- MEDINA ESTRADA, Rubén. 2015. “El valor público de la fiscalización en México”, *Revista de Administración Pública*, 137, vol. L, núm. 2, mayo-agosto.

- MERINO, Mauricio. 2008. “La transparencia como política pública”, en ACKERMAN, John (coord.), *Más allá del acceso a la información, transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI.
- MERINO, Mauricio *et al.* 2016. “Por un sistema de rendición de cuentas”, en PESCHARD, Jacqueline, *Hacia el sistema nacional de transparencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MIJANGOS BORJA, María de la Luz. 1996. “Control del gasto público”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 87.
- MIRANDA OLIVO, Marlen. 2015. “Las empresas productivas del Estado, análisis de su régimen jurídico y comparativo con las sociedades anónimas”, *Amicus Curiae*, 3(1), enero-abril.
- MONSIVÁIS CARRILLO, Alejandro. 2005. “Rendición de cuentas, justificaciones públicas y democracia. Una perspectiva deliberada”, en MONSIVÁIS C., Alejandro (comp.), *Políticas de transparencia: ciudadanía y rendición de cuentas*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.
- MORGAN RÍOS, Rafael. 2008. “Una cuenta que se empieza a saldar. Transparencia y rendición de cuentas”, *Revista de Administración Pública*, número especial, XLIII, septiembre-diciembre.
- OLIVAS GASTÉLUM, Ramón. 2017. “¿Qué hemos aprendido con la reforma energética? Lecciones y retos para una nueva administración”, disponible en: <https://imco.org.mx/indices/memorandum-para-el-presidente-2018-2024/capitulos/garantizar-la-continuidad-de-las-reformas-educativa-y-energetica/que-hemos-aprendido-con-la-reforma-energetica-lecciones-y-retos-para-una-nueva-administracion>.
- PERALTA HERNÁNDEZ, Elsa Bibiana. 2015. “Fiscalización, control y auditoría gubernamental”, *Revista de Administración Pública*, 2(L), mayo-agosto.
- ROMERO GUDIÑO, Alejandro. 2019. *Teoría, evidencia y prospectiva de la fiscalización y rendición de cuentas en México*, México, INAP.
- SALGADO SÁNCHEZ, Raquel. 2006. “Rendición de cuentas y transparencia en organizaciones campesinas”, en HERNÁNDEZ BAQUEIRO, Alberto (coord.), *Transparencia, rendición de cuentas y construcción de confianza en la sociedad y el Estado mexicanos*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.
- SCHEDLER, Andreas. 2008. “¿Qué es la rendición de cuentas”, en SOSA, José (comp.), *Transparencia y rendición de cuentas*, México, Siglo XX.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 123-168.

- SEPÚLVEDA TOLEDO, MaylÍ. 2005. “Visibilidad y control: la rendición de cuentas en las organizaciones civiles”, en MONSIVAÍS C., Alejandro (comp.), *Políticas de transparencia: ciudadanía y rendición de cuentas*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.
- SERRA ROJAS, Andrés. 2016. *Derecho administrativo*, 29a. ed., México, Porrúa.
- TOLEDO GUERRERO, Gabriel. 2016. *Corrupción en el sector energético mexicano: propuestas y recomendaciones*, México, Wilson Center.
- UGALDE, Luis Carlos. 2015. *Rendición de cuentas y democracia. El caso de México*, México, Instituto Nacional Electoral.
- VÁZQUEZ SENTÍES, Luis. 2015. “Prólogo”, en RODRÍGUEZ DÁVALOS, Jesús (comp.), *Reforma energética regulación*, México, Rodríguez Dávalos Abogados, Miguel Ángel Porrúa.
- VEGA RODRÍGUEZ, Francisco Javier. 2018. “Fiscalización superior, rendición de cuentas y combate a la impunidad”, *Revista de Administración Pública*, 2, LIII, mayo-agosto.

Recursos electrónicos

- DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL Ciudadano, s. d., disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.
- GOBIERNO CORPORATIVO, s. d. “Bolsa Mexicana de Valores”, disponible en: <https://www.bmv.com.mx/es/mi-empresa-en-bolsa/gobierno-corporativo>.
- GOBIERNO DE MÉXICO. 2014. “Estrategia Nacional de Energía”, disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/214/ENE.pdf>.
- INTOSAI. s. d. “Glosario de términos de las Directrices de auditoría financiera de la INTOSAI”, disponible en: <http://www.intosai.org/es/issai-executive-summaries/detail/issai-1003-glosario-de-terminos-de-las-directrices-de-auditoria-financiera-de-la-intosai.html>.
- INTOSAI. s. d. “ISSAI 4100”, disponible en: <http://www.intosai.org/es/issai-executive-summaries/detail/issai-4100-directrices-para-las-auditorias-de-cumplimiento-realizadas-separadamente-de-la-auditori.html>.
- MÉXICO GOBIERNO DE LA REPÚBLICA. s. d. “Reforma energética”, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/10233/Explicacion_ampliada_de_la_Reforma_Energetica1.pdf.

- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. 2013. “Proyecto de iniciativa de reforma a los artículos 27 y 28 de la CPEUM del Ejecutivo Federal”, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/reformas/IEF20122013.pdf>. SFP. s. d. Disponible en: <http://pcop.funcionpublica.gob.mx/index.php/conoce-la-sfp.html>.
- SENADO DE LA REPÚBLICA. 2014. “Oficio de iniciativa de decreto por el que se expiden la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas”, disponible en: http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2014-04-30-1/assets/documentos/Ley_Petroleos_Mexicanos.pdf
- TIPOS DE AUDITORÍA. s. d. “Auditoría Superior de la Federación”, disponible en: https://www.asf.gob.mx/Section/53_Tipos_de_auditorias_desarrolladas.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN PREVENTIVA*

CONSTITUTIONAL LAW IN ECUADOR: PRESUMPTION OF INNOCENCE AND PREVENTIVE PRISON

Arturo LUQUE GONZÁLEZ**

Evelyn Gabriela ARIAS***

RESUMEN: Ecuador es un Estado constitucional, soberano y garantista de derechos vinculados a la dignidad de las personas. A su vez, está obligado a detener todo tipo de violaciones cometidas por jueces y fiscales que basan su accionar en una simple noticia *criminis* o meras presunciones. Por ende, un Estado constitucional de derechos y justicia va más allá de la privación de la libertad. Como consecuencia, es necesario conocer estos pormenores a fin de evitar un uso doloso de la privación de la libertad, o que se pretenda amedrentar a ciudadanos inocentes que, ante el desconocimiento, se pueda atentar a su inocencia transgrediendo garantías fundamentales propias del procesado con una ejecución anticipada que la pena misma trae consigo. Por tanto, la prisión preventiva no sólo atenta contra las normas ecuatorianas y de derechos humanos, sino que atenta contra el bien máspreciado otorgado al ser humano; su libertad.

Palabras clave: derechos, prisión, inocencia, justicia.

* Artículo recibido el 18 de julio de 2019 y aceptado para su publicación el 23 de febrero de 2020.

** ORCID: 0000-0002-7447-7560. Doctor en ciencias jurídicas y sociales. Investigador en la Universidad Técnica de Manabí, Portoviejo, Ecuador, y en el Observatorio Eumediterráneo de Políticas Públicas y Calidad Democrática de la Universidad Rey Juan Carlos (España). Correo electrónico: arturo@elcandelero.es.

*** ORCID: 0000-0003-1766-0796. Universidad Técnica de Ambato, Ambato, Ecuador. Correo electrónico: gabrielaqaliano1994@hotmail.com.

ABSTRACT: Ecuador is a constitutional, sovereign and guarantee state of rights linked to the dignity of people. In turn, it is obliged to stop all types of violations committed by judges and prosecutors who base their actions on simple news *criminis* or mere presumptions. Therefore, a Constitutional State of Rights and Justice goes beyond the deprivation of liberty. As a consequence, it is necessary to know these details in order to avoid a malicious use of it, or that it is intended to intimidate innocent citizens who, in the face of ignorance, can be attacked to their innocence by transgressing fundamental guarantees of the defendant with an execution anticipated that the penalty itself brings with it. Therefore, preventive detention not only violates Ecuadorian norms and Human Rights, it undermines the most precious asset granted to human beings, their freedom.

Keywords: Rights, Prison, Innocence, Justice.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LII, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 169-192.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Hipótesis*. III. *Marco teórico*. IV. *Metodología*. V. *Análisis*. VI. *Conclusiones*. VII. *Anexo. Encuesta aplicada a jueces de la Unidad Penal de la ciudad de Ambato con la finalidad de ser usada únicamente con fines académicos (docencia/investigativos)*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva o el sometimiento por parte del Estado de una persona sospechosa de haber cometido un delito a una medida de privación de libertad con carácter previo a la comprobación judicial de culpabilidad, suele describirse como un enfrentamiento entre dos intereses igualmente valiosos; por un lado, la defensa del principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad y, por el otro, la responsabilidad del Estado a la hora de cumplir su obligación de perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y la violación de valores jurídicos protegidos. Para ello, se establece una garantía mediante la cual el imputado estará presente durante el juicio en su contra. Además, es necesario asegurar que la investigación inherente se pueda llevar a cabo sin obstaculizaciones indebidas, y que aquellos sujetos que sean encontrados penalmente responsables cumplan con la pena impuesta. Con la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), los derechos de las personas toman un control político dentro del sistema jurídico penitenciario, al establecer que “Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...” (CRE 2008,16). Esto implica *per se* la elaboración de leyes justas, necesarias, bien escritas, eficaces, con sanciones proporcionadas al hecho ilícito tipificado; que sean acatadas por la sociedad en su conjunto, que no sean inexorables ni débiles, superfluas o de imposible cumplimiento y, en definitiva, el realismo de las mismas.

Sin embargo, ambas posiciones son minoritarias. La doctrina mayoritaria sostiene que la presunción de inocencia no implica que no pueda disponerse la prisión preventiva. Así, cuando los autores latinoamericanos y alemanes se ocupan de la relación de la presunción de inocencia con la prisión preventiva, sostienen que la presunción de inocencia no podría significar que el imputado debiera estar libre de toda medida coercitiva durante el proceso, ya que ello haría que ningún proceso penal pudiera ser realizado. Sin embargo, se reconoce a su vez que la presunción de inocencia influye la regulación de la prisión preventiva.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 169-192.

De ahí el anhelo existente por parte de buena parte de la ciudadanía al observar de manera impasible el establecimiento de una justicia en muchos casos comprometida, que debería velar y entregar a cada cual su derecho. Para ello se debe establecer una justicia al alcance de cualquier persona y colectividad sin distinciones ni discriminación de ningún tipo, sino efectiva, participativa, transparente y garantista de derechos (Código Orgánico de la Función Judicial 2009, 38).

En pleno siglo XXI, y con la amalgama de leyes, acuerdos y pactos internacionales existentes a nivel global, en Ecuador, un derecho fundamental como es la libertad, en ocasiones se ve comprometido por aquellos galenos de justicia que sentencian el destino de un imputado o de un inocente sin tomar en cuenta determinadas pruebas o, más aún, pueden omitir y omiten que una persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. No cabe duda que los riesgos son claros en ambos sentidos: una persona sometida a prisión preventiva que resulta inocente verá su derecho a la libertad seriamente restringido, además del daño inevitable a sus relaciones familiares, económicas, sociales y laborales. Por otro lado, una persona que enfrenta un proceso en libertad con intención de boicotearlo podría con relativa facilidad frustrar la obtención de justicia, sea mediante la fuga, manipulación y/u obstaculización de la actividad probatoria. Las cárceles en Ecuador se encuentran llenas de personas con claras evidencias de quizá no ser culpables o, en el mejor de los casos, sin poderse demostrar la responsabilidad penal en el juicio. Por todo este tipo de atropellos, se crea la prisión preventiva como medida cautelar de *ultima ratio*, que desarrolla sus respectivos límites y controles necesarios con el único fin de evitar vulnerar el principio de inocencia. Tanto buena parte de la jurisprudencia existente como de los doctrinarios definen este principio desde sus orígenes. La inocencia se toma como un estado de pureza absoluta, pues se afirma que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Para Nogueira Alcalá (2005), la presunción de inocencia forma parte del bloque constitucional de derechos inherentes a las personas. El establecer la prisión preventiva como medida para precautelar al reo en un juicio, tal circunstancia conlleva una seria responsabilidad tanto por acción como por omisión, pues la libertad personal es el segundo derecho fundamental en importancia después de la vida. Por lo tanto, las meras presunciones deben ser eliminadas por el juzgador, así como por la fisca-

lía. Estas dos figuras se encargan de determinar hechos fácticos que conlleven demostrar la responsabilidad y materialidad de elementos primordiales que puedan configurar el cometimiento de un delito. La inocencia como presunción, indicio o categoría jurídica, no permite múltiples interpretaciones ni conjeturas, sino que conforma una categoría cuyo origen, desarrollo y aplicación dependen necesariamente de la forma de responsabilidad penal en su concepción dentro del sentido más etimológico del concepto. La responsabilidad penal se establece al determinar una carga de la prueba en contra, y con ello las medidas sustitutivas, y aparece aquí la prisión preventiva con el fin de garantizar la presencia del imputado a un juicio y el cumplimiento de una pena.

En la práctica judicial, aun cuando los juzgadores tienen el imperativo de preservar este derecho regulado constitucionalmente, en ocasiones no se refleja en las resoluciones, debido a los factores exógenos y elementos irradiadores de una sociedad en la que se encuentran inmersos y dependientes. Se establece un estado de laceración y desconfianza asentado en un sistema judicial incapaz de proteger los derechos de manera objetiva bajo una cultura constituida para establecer *a priori* la culpabilidad del acusado aduciendo que es esa la forma de hacer justicia y restablecer el orden social a modo de justicia al acceso de todos. Por lo tanto, la detención preventiva debe ser ejercida de manera consistente, pero su duración no debe ser irrazonable, pues de darse este supuesto se estaría invirtiendo la presunción de inocencia, además de dar un trato delincucional a alguien que todavía no lo es, e incluso pudiera no serlo.

La prisión preventiva obliga al Estado a adoptar medidas necesarias para garantizar que la detención preventiva sea aplicada como una medida excepcional y justificada a establecer sólo cuando se cumplan los parámetros legales aplicados en cada caso individual, y donde esos criterios no se cumplan deberán adoptarse leyes para garantizar la liberación inmediata del detenido.

Tanto la norma penal como la constitucional han ido evolucionando de tal forma que la libertad personal no sea puesta en juego por meras presunciones.

En la tabla 1, “Cuerpos legislativos”, se muestra la evolución de la prisión preventiva en el Código Penal y en la Constitución de la República del Ecuador. Es necesario indicar que el nuevo Código de Procedimiento

Penal introdujo cambios sustanciales en el procedimiento, y concretamente en el rol del Ministerio Público.

TABLA 1. Cuerpos legislativos

<i>Cuerpo Legal</i>	<i>Año</i>	<i>Artículo</i>	
Constitución de la Republica del Ecuador	1998	Art. 24 numeral 8	La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.
Código de Procedimiento Penal	2001	Art. 169	La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. En ambos casos, el plazo para que opere la caducidad se contará a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.
Constitución de la Republica del Ecuador	2008	Art. 77 numeral 9	En todo proceso en que se haya privado de libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.
Código de Procedimiento Penal	2007	Art. 169	No se considerará, por consiguiente, que ha excedido el plazo de caducidad de la prisión preventiva cuando el imputado, por cualquier medio, ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar la caducidad de la prisión preventiva.

FUENTE: elaboración propia.

La administración de justicia no ha sido dotada de los recursos tecnológicos, económicos y de personal —capacitado— para aplicar el nuevo esquema procesal penal, lo que sumado a una serie de prácticas no muy profesionales de abogados “mañosos” e imputados determinó en la aparición de una cantidad importante de caducidades en los procesos

de prisión preventiva. Así, las reformas en concreto sustituían en algunas normas de la legislación la expresión “orden de prisión preventiva” por “orden de detención en firme”.

La Constitución del Ecuador es muy clara en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva, pues considera que la misma deberá ser atribuida por parte de los jueces de manera racional, al considerar la privación de la libertad como medio de *ultima ratio* y no como una pena anticipada.

Uno de los principales objetivos del sistema penitenciario es conseguir la rehabilitación social de quienes se encuentran cumpliendo una condena a fin de que sean reinsertados en la sociedad como individuos útiles; sin embargo, este ideal no puede cumplirse por diversos factores, entre los cuales existe una escasa infraestructura y alarmantes porcentajes de hacinamiento carcelario. De acuerdo con Edmundo Moncayo (2019), director del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad (SNAI), casi 40% de la población carcelaria en Ecuador tiene prisión preventiva, y al momento existe un hacinamiento de unas diez mil personas privadas de la libertad (PPL).

El problema de la alta concentración carcelaria se encuentra completamente influenciado por la aplicación indiscriminada de la prisión preventiva dentro del sistema penal de Ecuador, ya que el establecimiento de prisión preventiva se aplica como la principal medida cautelar, restando de esta forma eficacia a las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.

En este sentido, tanto la prisión preventiva como la presunción de inocencia conllevan la introducción y formalización de dos conceptos relativamente evolutivos y claramente diferenciados. Se parte de la convicción de que se puede hacer más fácil la comprensión de un problema que no sólo aqueja a Ecuador, sino a países con una justicia débil. Se afirma que el principio de presunción de inocencia es un derecho humano que se encuentra presente como regla de trato procesal y regla de valoración probatoria; tal aspecto se establece a tenor de estudios doctrinarios y de derecho comparado, que nos permiten definir su eficacia en la práctica judicial en el sistema procesal mixto o conocido como inquisitorio, pues las diligencias aportadas por la representación social en el proceso penal son incuestionables y constituyen un prejuzgamiento de los hechos respecto de la culpabilidad del acusado, a quien se revierte la carga de la prueba para demostrar su inocencia (García 2009; Rodríguez 2009;

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 169-192.

González 2018). Esta problemática detonó en la necesidad de reformar el sistema penal en Ecuador, con la finalidad de garantizar la observancia jurídica del principio de presunción de inocencia en las diversas etapas del proceso penal. Es la realidad jurídica la que se ve sometida la legislación penal. Además, en la actualidad no subsana el hecho de que el imputado de un delito pueda precautelar su libertad quedando absuelto de la prisión preventiva mientras se establecen y recaban las pruebas necesarias.

II. HIPÓTESIS

Desde la perspectiva constitucional y legal, queda contemplado el derecho de todos a no ser privados de la libertad. La fricción aparece en cuanto a la forma y a los casos previstos en la ley. Aquí surge que la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad son una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el constituyente, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en las cuales tal privación es jurídicamente viable. De ahí que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existan múltiples controles judiciales materiales sobre las actuaciones de la autoridad regulado en el *habeas corpus* y la acción de protección cuando se vulnera o amenaza el derecho fundamental de la libertad personal; en este caso se busca al juez defender un componente del orden constitucional.

El derecho penal tiene como finalidad un fin preventivo, que se aplica al margen de la pena, pero que funciona mediante un sistema de medidas cautelares, que de manera general afectan a la libertad personal y a los bienes; indica las que operan bajo un conjunto de condiciones que justifican la imposición de la medida en una especie de reacción estatal frente a la posible comisión de un delito, como un principio de intervención mínima coercitiva frente a ataques de peligrosidad social, ciertamente como tarea de defensa de la sociedad.

La libertad individual garantizada constitucionalmente encuentra su limitación en la figura de la prisión preventiva, cuya finalidad no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria. Aparece en la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena. Así lo dispone el numeral 1 del artículo 77 de la Constitución Política de la República, por lo que el derecho

a la libertad personal, no obstante ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado constitucional de derechos y justicia, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto.

III. MARCO TEÓRICO

Desde los más primitivos orígenes del ser humano, la privación de la libertad fue administrada de manera arbitraria por cónsules que se fungían al mismo tiempo como jueces de vida, pues la imputación de penas no conllevaba el ser privado de la libertad. Al contrario, se imponían penas económicas o sociales como medida de redención y pago con la sociedad. Con estos orígenes y el lógico avance del tiempo, la conducta de la sociedad se fue desarrollando, así como la aplicación de la prisión preventiva fue desencadenando otro valor.

Fue en Roma donde se implantaron las primeras manifestaciones carcelarias de carácter público, pues era la forma en que el emperador imponía la responsabilidad de una persona en la comisión de un hecho delictuoso. Según Carlos García (1999, 271):

La prisión desde la etapa primitiva, hasta finales del siglo XVI, pasando por el derecho técnico germánico, se ha utilizado fundamentalmente para guardar delincuentes, no como medio represivo en sí, sino como resultado de la concepción sobre el delito y el delincuente; el hecho sancionable es un mal, y el culpable un “*perversus homo*” no susceptible de enmienda sino de castigo rápido. En esta situación la cárcel custodia se impone frente a la prisión entendida y aplicada como pena.

Las prisiones o cárceles, en términos generales, tenían la finalidad de privar de libertad a un inocente o responsable de la comisión de un delito. En tiempos muy primitivos se vinculaban a la rudeza y arbitrariedad de una sociedad iletrada y llena de asimetrías. Así, los vestigios dejados por civilizaciones más antiguas concebían que la prisión era sinónimo de tratos crueles, inhumanos y forzosos, hechos que a través de potestades ficticias sometían el cumplimiento de una pena por el capricho de un soberano. Muchos tratadistas del derecho y filósofos como Platón, establecen una concepción muy conservadora, pues su pensamiento establecía que la pena era la medicina contra el autor del delito y el tratamiento su aplica-

ción a través de la cárcel o el hospital (Conde 1990). Por lo tanto, a medida que el avance de la sociedad conjuntamente con la conducta delictiva de las personas ha ido evolucionando, la aplicación de la privación de libertad ha conllevado la ejecución de una pena anticipada, al no ser necesario que exista un hecho relevante para establecer la culpabilidad y responsabilidad a un imputado. Frente a este abuso del poder punitivo del Estado y a través de los antecedentes históricos que han marcado la libertad del ser humano de ser tratado y juzgado como un animal, los instrumentos internacionales de derechos humanos han reconocido el derecho fundamental a la libertad, logrando frenar en cierta medida el uso irracional de la prisión preventiva frente a actos delictivos totalmente irrelevantes. La norma de imputación de una medida cautelar debe precautelar el debido proceso. Se deben establecer una serie de parámetros y responsabilidades minuciosas por parte de quienes están a cargo de una investigación penal, así como el aporte de pruebas de cargo y de descargo en la comisión de delitos que afecten de manera irracional la pasividad y convivencia de una sociedad, fines y objetivos propios de un Estado garantista de derechos y justicia.

Desde su creación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante) ha dedicado particular atención a la grave situación de las personas privadas de libertad en las Américas. En este contexto, desde hace más de una década la CIDH ha considerado que uno de los principales desafíos que enfrentan la absoluta mayoría de los Estados de la región es el uso excesivo de la detención preventiva; en algunos países como Bolivia, Paraguay, Uruguay y Panamá, los porcentajes de personas privadas de libertad en espera de juicio son realmente alarmantes. Y en otros Estados, aun cuando las cifras oficiales de personas en espera de juicio sean inferiores a las de personas condenadas, se han identificado otra serie de deficiencias contrarias al uso excepcional que esta medida tiene en una sociedad democrática. Así, varios han sido los instrumentos internacionales que han reconocido el derecho fundamental a la libertad que tiene todo ser humano; tenemos: la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (artículo 7o. numeral 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9 numeral 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 1. Todos los seres humanos nacen

libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona); y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 5 numeral 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, en sentencia del 21 de noviembre de 2007 (serie C, n.-170) define a la libertad como: “En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”.

Según la tabla 2, “Definiciones”, se muestra un resumen terminológico de los conceptos de prisión preventiva y presunción de inocencia por parte de diferentes autores. Muchos de ellos señalan que los procesos de prisión preventiva son una medida cautelar procesal de carácter personal, no punitiva, formal, excepcional, de *ultima ratio*, subsidiaria y provisional, consistente en la privación de la libertad, que procede cuando se han motivado sus razones y con el fin de garantizar la comparecencia del procesado al juicio.

TABLA 2. Definiciones

<i>El derecho constitucional en el Ecuador: presunción de inocencia y prisión preventiva</i>	
<i>Autor</i>	<i>Concepto</i>
Barrita (1990)	La prisión preventiva, al igual que la pena, fácticamente es privación de un bien, y por cierto uno de los bienes más preciados del ser humano: la libertad, y también al igual que la pena es decretada por el órgano jurisdiccional y ejecutada por el órgano ejecutivo.
Ferrajoli (2001)	Una garantía al mismo tiempo, de libertad y de verdad.
Miranda (1997)	Obliga a que el acusado sea tratado durante el desarrollo del proceso penal, tanto en el ámbito procesal como en el extraprocesal, como inocente mientras no se declare su culpabilidad en una sentencia condenatoria.

Fernández (2005)	Desempeña dos importantes funciones: por un lado, exige la presencia de ciertos requisitos en la actividad probatoria para que ésta pueda servir de base a una sentencia condenatoria (función de regla probatoria) y, por otro lado, actúa como criterio decisorio en los casos de incertidumbre acerca de la <i>quaestio facti</i> (función de regla de juicio).
Montañes (2009)	En sus orígenes, la inocencia se tomó como un estado de pureza absoluta; la lectura fue ideológica: se afirma que las personas al nacer llegan al mundo inocentes, y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte.
Llobet (2009)	La presunción de inocencia no podría significar que el imputado debiera estar libre de toda medida coercitiva durante el proceso, ya que ello haría que ningún proceso penal pudiera ser realizado.
Manzini (2011)	Es un contrasentido jurídico, nada más burdamente paradójico e irracional, pues no cabe pretender la inocencia de un sujeto que se encuentra procesado, precisamente, por haber indicios incriminatorios en su contra.
Avalo (2013)	El término “presunción” proviene del latín <i>praesumptio</i> , derivación de <i>praesumptio-ónis</i> , que significa idea anterior a toda experiencia; y el vocablo “inocencia” procede del latín <i>innocens</i> que significa virtuoso, calidad del alma que no ha cometido pecado.
Nogueira Alcalá (2005)	El derecho a la presunción de inocencia constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada.
Nieva (2016)	Es el principio clave del proceso penal.

FUENTE: elaboración propia.

Una de las peculiaridades de la prisión preventiva es su naturaleza no disciplinaria, al imputar una pena como medio de aseguramiento del procesado a un juicio sin los elementos de convicción necesarios para la aplicación de la misma. Se considera por ello como una pena anticipada que puede estar sujeta a la vulneración a un derecho fundamental como es la presunción de inocencia. El Estado, la sociedad, e incluso los jueces, no podrán mimetizar el daño sufrido por una persona acusada negligentemente de la comisión de un delito, pues cierta decisión recae sin la necesidad de que exista una sentencia ejecutoriada en firme.

Por ende, la prisión preventiva será la medida cautelar aplicada en el proceso penal como último recurso estableciendo de manera preminente varios medios alternativos a la privación de la libertad. Éstos pueden causar efectos similares dentro del cumplimiento del debido proceso conforme a la responsabilidad y culpabilidad de una persona, sin pasar por alto su derecho a la inocencia y a la defensa de su libertad en argumentos vinculados a meras pretensiones. Según Zavala (2008, 12):

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 169-192.

La prisión preventiva debe tener el carácter de excepcional, es decir se la debe aplicar en casos de extrema necesidad; no debe ser la regla general, para todos los casos el dictar prisión preventiva; de ahí nace la otra característica de subsidiaria, que se entiende que sustituye o suple a otra principal en caso de que falle ésta, por lo tanto, de existir otras medidas cautelares alternativas previstas en la ley se las deba aplicar éstas como principales y en caso de que no surtan los efectos de ley, se debe aplicar la prisión preventiva, la misma que en todo caso será de manera provisional, momentánea, por lo tanto, puede caducar, ser revocada o sustituida por otra medida cautelar.

La prisión preventiva en la actualidad tiene un amplio recorrido en cuanto a la ejecución de penas anticipadas, pues la norma establece una etapa procesal de investigación con objeto de que se recaben todos los medios probatorios que pueden atribuir responsabilidad en la comisión de un delito. El principio *in dubio pro reo*, como principio autónomo e independiente de la presunción de inocencia, tiene un campo de aplicación u operatividad distinto. Así, mientras la presunción de inocencia opera en los casos de ausencia total de pruebas de cargo practicadas con todas las garantías constitucionales y legales, es decir, en aquellos casos en que se carece de soporte probatorio de cargo, lo que debe llevar a la absolución del acusado, por su parte, el *in dubio pro reo* presupone la existencia de esta actividad probatoria de cargo que, sin embargo, dada a su vez la concurrencia de otra u otras pruebas de descargo, no llega a disipar totalmente en el juzgador las dudas razonables acerca de la culpabilidad del acusado; es decir, de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos integrantes del tipo penal y/o de la participación en el mismo del acusado, lo que obliga también, al juzgador, a decantarse por su absolución.

Al aplicar la privación de libertad de manera inadecuada, se perjudica no sólo al individuo al cual se le está imputando la ejecución de una pena, sino al verdadero ejercicio de la justicia. Además, el tratamiento inadecuado de los casos de corrupción puede afectar a una persona que es inocente, a una sociedad sin herramientas para revertir tal situación, e incluso al conjunto de la sociedad a modo de membrana osmótica (Bauman 1999). No se pueden anticipar nunca las consecuencias de un proceso judicial hasta que no haya una resolución final. De igual modo, no se deberían establecer conclusiones precipitadas a pesar de asumir que la justicia que no es rápida no es justicia, pues una causa que tiene una sencii-

llez clara y que por razones burocráticas procesales se alarga en el tiempo, termina no siendo ejemplar su sentencia sea esta absolutoria o acusatoria.

Cabe reflexionar sobre la violación de la presunción de inocencia, máxime cuando se trata de cuestiones mediáticas, pues la justicia o inocencia de una persona no conlleva un juego de poderes políticos, que lo único que provocan es un daño irreparable. La justicia no debe estar al servicio de ningún poder gubernamental, económico, social, etcétera, pues la libertad es inherente a cualquier persona y, por ende, esto conlleva a una justicia libre y sin ataduras. A fin de ejecutar el objetivo antes mencionado, es necesario que la designación de jueces se realice a través de una selección transparente de poderes, en la que se escoja a los más capacitados para los cargos con base en concursos de merecimientos y oposición sin intervención política, pues sólo de este modo se conseguirá que los jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia 84 y los jueces y tribunales de garantías penales produzcan fallos en el desarrollo de los procesos de prisión preventiva. Es necesario promover espacios de estabilidad a los jueces a fin de que permanezcan en sus cargos de manera garantista, mientras justifiquen su presencia en las evaluaciones que anualmente se hagan a través del Consejo de la Judicatura y, además, su moral y su salud no queden alteradas. De igual modo, es necesario establecer que en caso de mala conducta sólo puedan ser separados con estricta aplicación de lo señalado en el Código Orgánico de la Función Judicial y en los reglamentos que dicte el Consejo de la Judicatura, observando siempre las reglas del debido proceso. En la actualidad, otro elemento a ponderar son los procesos de *lawfare*, donde el poder político utiliza como ariete al Poder Judicial, con la finalidad de laminar, expulsar, amedrentar, dilatar y condenar a sus adversarios a través del uso espurio de la justicia. Véase el levantamiento indígena/paro en Ecuador, concretamente en octubre de 2019, donde buena parte del debido proceso de los detenidos brilló por su ausencia; todo ello al amparo del poder político parapetado en los *mass media* a su servicio ejerciendo un poder sin contrapoder, así como una manipulación informativa y judicial sin precedentes.

IV. METODOLOGÍA

La investigación planteada tiene la finalidad de contribuir de manera propositiva a analizar los procesos de prisión preventiva como medidas alter-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 169-192.

nativas. A partir de ahí, el órgano judicial debe hacer conciencia del uso irracional de los procesos de prisión preventiva en delitos que conlleven realmente la violación de un bien jurídico fundamental. Para alcanzar los resultados que se presentan en este trabajo, se realiza a cabo un análisis de las estadísticas sobre la evolución de la población encarcelada en la provincia de Tungurahua del Cantón de Ambato provistas por el Sistema Nacional de Estadísticas del Centro de Rehabilitación de Ambato, teniendo en cuenta la proyección de habitantes para la provincia de Tungurahua. A su vez, la técnica empleada para recoger las percepciones de los actores judiciales sobre reformas procesales y prisión preventiva es la entrevista semiestructurada (Marradi, Archenti y Piovani 2007) y antropológica (Guber 2001). Se parte de una guía de preguntas, con la finalidad de dialogar sin tener que sucumbir a ningún orden inflexible preestablecido. Se incorporan elementos no previstos que surgen durante el diálogo con los entrevistados. Con todo ello, se realizan tres entrevistas profesionales a miembros de la Unidad de Garantías Penales. Cada intervención fue personal, y se realizaron en las oficinas y despachos de los entrevistados.

La investigación tiene como finalidad descubrir las consecuencias de la prisión preventiva frente a la vulneración de la presunción de inocencia. Para ello se introduce un nuevo paradigma, al considerar si es preferible que existan culpables absueltos, pero garantizando que existan inocentes en privados de libertad sufriendo una condena adelantada (Zavala 2008).

El análisis de datos realizado es un procedimiento que se encuentra en continuo movimiento dentro del segmento de investigaciones cualitativas, pues el mismo tiene el objetivo de esclarecer un panorama más realista del tema investigado.

A lo largo de la observación se analiza en profundidad el universo de elementos que inciden en el trabajo, así como los temas emergentes de carácter adyacente, con la finalidad de dar sentido a la información recogida (Taylor 2002; Bogdan 2002).

V. ANÁLISIS

El encarcelamiento preventivo es una potente herramienta de selectividad, además de ser humillante cuando está mal aplicada. Estos procesos empujan a los sectores más vulnerables de la sociedad a un encierro cada día más cercano a penas y condiciones alejadas de cualquier camino que lleve a la

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 169-192.

reinserción, aspecto que de igual modo debe ser explicado con pedagogía a una sociedad, la ecuatoriana, con índices de desigualdad alarmantes, y en ocasiones sedienta de “sangre” ante casos que, aun siendo alarmantes, no deben ser juzgados con anticipación en los platós de televisión. De acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (2019, cap., 4; en adelante, INEC), la pobreza multidimensional fue de 38.1% a nivel nacional; 22.7% en el área urbana, y 71.1% en el sector rural. Frente a este panorama, cabe señalar que la prisión preventiva no es un mero instrumento de cautela, sino que se pone la venda en los ojos frente a la más clara de las realidades, como es la pérdida de la libertad, en muchos casos con la finalidad de resarcir el daño a una víctima sin antes tener la mera convicción de la culpabilidad del “reo”. En consecuencia, se debe insistir en la necesidad de dotar de medios proporcionales y efectivos al sistema judicial en Ecuador, al igual que explorar los límites legales del sistema con nuevas investigaciones que permitan realizar hallazgos con la profundidad necesaria y sin arquetipos fáciles de implementar, con la finalidad de fortalecer el funcionamiento del sistema penal y sus formas divulgativas, para así contribuir a cambiar los resortes de prácticas que, en definitiva, son decisiones que afectan a los seres humanos. De ahí la necesidad de lanzar una nueva agenda de reflexión basada en un punto de vista más humano en el momento de establecer el encarcelamiento preventivo. En términos generales, las reformas procesales en la provincia de Tungurahua no han tenido una orientación inequívoca. Se han producido oscilaciones que tienen como punto de partida los debates previos al Código Orgánico Integral Penal, y que bajo retóricas muy diversas llegan hasta hoy. A continuación, se confrontan las estadísticas disponibles sobre personas encarceladas y presos preventivos en cada una de ellas. El primer periodo se sitúa entre 2016 y 2017, y se caracteriza por los debates parlamentarios y posterior sanción del nuevo Código Integral Penal. Como ya se ha indicado, en este flamante Código la libertad del imputado durante el proceso fue considerada como la regla.

La tabla 3, “Porcentajes”, muestra los porcentajes de personas en prisión tanto preventivos como condenados en la provincia de Tungurahua, cantón de Ambato en dichos años. A la luz de estos datos se puede afirmar que en los años en que se instala un discurso progresista con el que se intenta limitar el uso de la prisión preventiva, dicho uso se incrementó con una estabilidad en el último año.

TABLA 3. Porcentajes

<i>Año</i>	<i>Porcentaje de procesados con prisión preventiva</i>	<i>Porcentaje de condenados con sentencia ejecutoriada</i>
2016	59.1	39.8%
2017	57.9	41.1%

FUENTE: Elaboración propia a partir de estadísticas en el Centro de Rehabilitación Ambato.

Cabe aclarar que los indicadores disponibles presentados no son suficientes para revelar los factores que afectan a los cambios legislativos, el encarcelamiento y el uso de la prisión preventiva. De hecho, no es posible determinar el tiempo en que los distintos cambios de la regulación procesal logran traducirse en prácticas concretas dentro de la institución judicial, fundamentalmente porque estas cifras anuales sobre la cantidad de presos preventivos no permiten saber cómo varía la cantidad de solicitudes de prisión preventiva, y qué porcentaje de todas estas solicitudes son concedidas o no.

Una vez analizadas las etapas y las estadísticas, se examina la evaluación que hacen los actores judiciales sobre los cambios en la regulación procesal penal y su incidencia en la práctica judicial de la prisión preventiva. Estos cambios al Código Orgánico Integral Penal como es percibido de forma variada por los actores; sus respuestas se pueden agrupar en cuatro modelos.

De acuerdo con la tabla 4, “Pregunta 1”, se establece si la prisión preventiva es considerada una pena anticipada o es una mera medida cautelar al comprender que el fin que persigue la prisión preventiva es el privar de la libertad personal.

TABLA 4. Pregunta 1

¿La prisión preventiva cumple una función cautelar o se trata de una pena anticipada?	Dr. Geovanny Borja	“La prisión preventiva desde cualquier concepción sea doctrinal, legal o social conlleva a un único fin: una pena anticipada”.
	Dr. Raúl Recalde	“El sistema penal es muy claro en cuanto a la denominación de prisión preventiva al vincularla como una medida cautelar”.

FUENTE: elaboración propia a partir de entrevista realizada a jueces de la provincia de Tungurahua.

Al ser una respuesta mayoritaria del conocimiento de jueces, si la prisión preventiva cumple una función cautelar o se trata de una pena anticipada, se evidencia que un Estado de derecho y justicia no debería estar monopolizado para satisfacer demandas sociales previas. En el momento de la aplicación de esta medida, los jueces deben poner mayor atención a la hora de contraponer dos fuerzas claramente diferenciadas en la materia, como son la eficacia del proceso penal y las garantías consagradas en la Constitución, además del daño irreparable que esto puede acarrear al privar a una persona a una pena pronosticada. Con ello, cabe señalar que las condiciones de encarcelamiento preventivo hagan de la seguridad jurídica una verdadera garantía, no sólo para la víctima y el imputado, sino para toda la sociedad en su conjunto, impidiendo que una cuestión tan central como la presente quede librada únicamente a la voluntad de los magistrados. Además, se tiene en cuenta la excepcionalidad del instituto de la prisión preventiva como medida de coerción, pues se está jugando la libertad de un ser humano.

Según la tabla 5, “Pregunta 2”, se evidencia la vulneración de los procesos de presunción de inocencia al determinar la prisión preventiva al verse involucrados derechos fundamentales y al imponer el cese de la libertad subjetiva y queda determinado que la inocencia no es retroactiva. Se ratifica que para cada uno de los jueces el principio de presunción de inocencia se violenta al dictarse la prisión preventiva previo, que se considera una garantía fundamental que impide que se trate como culpable a quien se le imputa un hecho punible, hasta que se dicte sentencia firme que rompa su estado de inocencia y le proponga una pena. La presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y trato de inocente, sino también de seguridad, que aplica la no injerencia por parte del Estado a la esfera de la libertad de manera arbitraria (Barrita 1990).

TABLA 5. Pregunta 2

¿Se vulnera la presunción de inocencia al determinar la prisión preventiva?	Dr. Geovanny Borja	“La presunción de inocencia siempre será una garantía fundamental; por lo tanto, es inocente hasta que se demuestre lo contrario”.
	Dr. Raúl Recalde	“Claramente la inocencia de una persona no puede estar por debajo de meras presunciones con fines investigativos”.

FUENTE: elaboración propia partir de entrevista realizada a jueces de la provincia de Tungurahua.

Según la tabla 6. “Pregunta 3”, qué consecuencias presenta una prisión preventiva si el investigado resulta inocente en el proceso penal, se señala el establecimiento estricto de la reparación integral como punto de partida partiendo de una conexión vinculada al Estado.

TABLA 6. Pregunta 3

¿Qué consecuencias presenta una prisión preventiva si el investigado resulta inocente en el proceso penal?	Dr. Geovanny Borja	“Absolutamente esta medida acarrea efectos perjudiciales irreversibles e irreparables”.
	Dr. Raúl Recalde	“Encarcelar erróneamente a una persona representa una doble falla del Estado: aumenta el daño social al penalizar a un inocente y ello implica la impunidad del verdadero culpable”.

FUENTE: elaboración propia a partir de entrevista realizada a jueces de la provincia de Tungurahua.

Los magistrados entrevistados indican que la prisión preventiva representa efectos perjudiciales, irreversibles e irreparables, además del daño psicológico y social que implica penalizar a un inocente. Ninguna persona de manera categórica puede reparar el daño que un inocente sufre al momento de ser privado de su libertad por una sociedad inocua y un sistema imperfecto. Por ende, se acepta un derecho a una indemnización cuantificada según las circunstancias concretas que hubiera provocado la medida de prisión provisional. Deja fuera a quienes, habiéndola padecido, hubieran sido absueltos, pero por falta de pruebas, sin poderse acreditar totalmente que el imputado fue el responsable de los hechos, porque no hubo suficientes pruebas para romper la presunción de inocencia de la que goza el imputado, es ahí cuando el daño causado empieza a atribuir responsabilidad a un Estado democrático.

TABLA 7. Pregunta 4

¿Cree que la persona procesada está absuelta de volver a delinquir al estar en una prisión preventiva?	Dr. Geovanny Borja	“Absolutamente previo que la persona al cesarle su derecho a la libertad entra en un estado de conciencia”.
	Dr. Raúl Recalde	“Encarcelar a una persona no sólo afecta su entorno social, sino transforma su visión de ver la vida y por ende su comportamiento con la sociedad”.

FUENTE: elaboración propia partir de entrevista realizada a jueces de la provincia de Tungurahua.

Según la tabla 8, “Pregunta 5”, al momento de imponer la prisión preventiva los jueces tienen suficiente información sobre las causas previas y antecedentes del imputado, por lo que necesariamente la defensa técnica es quien estará al mando demostrar la carga de la prueba. Cabe señalar que los razonamientos de los jueces de la Unidad de Garantías Penales son de control previo, y que para establecer la medida cautelar violentaron el carácter excepcional de la prisión preventiva, ya que constitucionalmente la penalidad de los delitos no se prevé como factor a considerar para justificarla. Además, los argumentos del Ministerio Público en su mayoría son insuficientes para decretar la imposición de prisión preventiva. Tales circunstancias atienden a que es tanto al Ministerio Público como a la defensa técnica a quienes les corresponde establecer la carga procesal solicitando o previendo esta medida cautelar, como es la de evidenciar que otras no son suficientes para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento (Cabanellas 2001). No obstante, la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho no puede ser sinónimo de irracionalidad en cuanto a la aplicación desmedida de la privación de libertad; es decir, que su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley cumpliendo los parámetros constitucionales y normativos, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas. Por lo tanto, en un Estado soberano como es Ecuador, no cabe la idea de un sistema penal inquisitivo, pues el fin de un Estado garantista es precautelar el derecho de la libertad más allá de regímenes sociales, políticos, informáticos o económicos.

TABLA 8. Pregunta 5

Al momento de imponer la prisión preventiva ¿los jueces tienen suficiente información sobre las causas previas y antecedentes del imputado?	Dr. Geovanny Borja	“El agente fiscal tiende a averiguar la realidad de un hecho reputado delictivo, sus circunstancias, la persona de su autor o partícipe, a fin de fundamentar la acusación y las pretensiones de las demás partes, incluyendo la resistencia del imputado.”
	Dr. Raúl Recalde	“Es evidente que el derecho de defensa exige el examen de todos los elementos lícitos de convicción presentes en la causa, que han permitido una audiencia contradictoria para definición de la medida de prisión preventiva —de cargo, de descargo— aportados tanto por la Fiscalía como por la defensa”.

FUENTE: elaboración propia a partir de entrevista realizada a jueces de la provincia de Tungurahua.

VI. CONCLUSIONES

Las causas y consecuencias de la aplicación arbitraria de la prisión preventiva son diversas. Aunque el derecho y la normativa se hayan visto sumergidas en una serie de acontecimientos y hechos evolutivos, en pleno siglo XXI aún cabe el error humano, ya que quienes tienen la potestad de administrar justicia pueden tomar como un acto pueril el privar de la libertad a una persona sin prever en muchos casos sus consecuencias.

Queda clara la aplicación dispar de reglas similares con relación a los criterios del juzgador con base en la falta de reactualización de conocimientos por parte de diferentes magistrados al establecer una medida que conlleva el cese del segundo derecho más importante establecido. Éste no sólo está presente en una carta magna, sino establecido incluso mediante organismos internacionales, además de la realidad que tendrá que asumir la persona afectada al trasgredir su derecho, debiéndose convertir en inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Es paradójico analizar las razones del aumento precipitado de las personas privadas de la libertad sin sentencia ejecutoriada en los centros de rehabilitación de la provincia de Tungurahua. El derecho constitucional con relación a la libertad es considerado un derecho fundamental y, por

ende, debe ser preservado para cualquier persona; pero cuando se ve limitado por el cometimiento de una infracción penal, esa limitación está respaldada por una serie de garantías, así lo señalan la Constitución de Ecuador, los tratados internacionales de derechos humanos y las leyes en general, especialmente el Código Orgánico Integral Penal; más aún, en un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual, además de tipificar la prisión preventiva, se crea una diversidad de alternativas que contribuirán muy satisfactoriamente a sobrellevar las diligencias preparatorias. La alarma social y la frecuencia de los delitos en el país evidencian sin duda alguna que existe un malestar para la colectividad, y ésta es la razón por la que lamentablemente en la actualidad los jueces de garantías penales dictan órdenes de prisión preventivas que responden más que a exigencias de carácter precautorio, a exigencias de naturaleza retributiva y reivindicativa.

Cabe recalcar que ninguna persona está vinculada al qué dirán de una sociedad en continuo movimiento, pues no se está juzgando a una sociedad en conjunto, sino a una persona, quien tiene su esperanza y su vida en la palma de la mano de un juez de garantías penales. De tal modo que la prisión preventiva se dicta para asegurar el orden perturbado de un hecho delictivo, y se estima como una solución al ilícito penal presuntamente cometido; pero en última instancia se puede constatar que esta medida cautelar no ha cumplido con las funciones de seguridad y paz social.

Lo importante, como marco en esta investigación, en la situación es que ningún individuo debe ser considerado ni tratado como culpable en meros supuestos, tanto por motivos sociales o por el qué dirán. Son situaciones incardinadas en el seno de una sociedad sujeta al desconocimiento de la ley; por ende, mientras una sentencia no lo declare como tal, es decir, se quiere que la pena no sea anterior al juicio previo, ni sea impuesta por fuera de él, la presunción de inocencia cabe exigir que la sentencia condenatoria se funde en pruebas lícitamente obtenidas y practicadas con las debidas garantías procesales, que contenga suficientes elementos inculpatorios respecto a la participación del procesado en los hechos delictivos sometidos, pues es necesario actualizar el marco jurídico actual con reformas institucionales, legales, educativas, pedagógicas y culturales, así como promover iniciativas que fortalezcan los órganos públicos de defensa de derechos humanos en busca de un pleno reconocimiento constitucional de dichos derechos universalmente aceptados. Todo ello con especial énfasis

fasis en la defensa al derecho de la libertad, a través de una política integral de derechos humanos, acorde con la realidad que vive el país y con los anhelos del pueblo ecuatoriano de un proceso de cambio dentro de un nuevo Estado y con un nuevo derecho. Es necesario aparcas viejos paradigmas prestablecidos y perjuicios sociales. Se debe actuar conforme a derecho, pues la libertad de una persona es tan importante como la vida. De qué sirve tener vida si no existe libertad, además de poder cumplir una sentencia por un acto no cometido.

VII. ANEXO. ENCUESTA APLICADA A JUECES DE LA UNIDAD PENAL DE LA CIUDAD DE AMBATO CON LA FINALIDAD DE SER USADA ÚNICAMENTE CON FINES ACADÉMICOS (DOCENCIA/INVESTIGATIVOS)

1. ¿La prisión preventiva cumple una función cautelar o se trata de una pena anticipada?
2. ¿Se vulnera la presunción de inocencia al determinar la prisión preventiva?
3. ¿Qué consecuencias presenta una prisión preventiva si el investigado resulta inocente en el proceso penal?
4. ¿Cree usted que la persona procesada está absuelta de volver a delinquir al estar en una prisión preventiva?
5. Al momento de imponer la prisión preventiva ¿los jueces tienen suficiente información sobre las causas previas y antecedentes del imputado?
6. ¿Le gustaría acotar alguna reflexión a la entrevista?

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BARRITA, Fernando. 1990. *Prisión preventiva y ciencias penales*, México, Porrúa.
- BAUMAN, Zygmunt. 1999. *Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- CABANELLAS, Guillermo. 2001. *Prisión preventiva*, Buenos Aires, Lexus.

- CONDE, Cándido. 1990. *Derecho penal. Parte general*, España, Editorial Constitución y Leyes.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. 2005. *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel.
- FERRAJOLI, Luigi. 2001. *Derecho y razón. Teoría del garantismo constitucional*, Madrid, Trotta.
- GARCÍA, Carlos. 1999. *Derecho penitenciario militar*, Madrid, Tecnos.
- GARCÍA, José. 2009. “El derecho constitucional a la presunción de inocencia y la prisión preventiva en el Ecuador”, tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar.
- GONZÁLEZ, Janeth Patricia. 2018. “Los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Una reflexión doctrinaria y normativa en contraste con la realidad penitenciaria en Ecuador”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 29 (2).
- GUBER, Rosana. 2001. *La etnografía*, Bogotá, Norma.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS (INEC). 2019. “Pobreza multidimensional”, *Encuesta nacional de empleo, desempleo y subempleo (ENEMDU): Indicadores de pobreza y desigualdad*, disponible en: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2019/Diciembre-2019/201912_PobrezayDesigualdad.pdf.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. 2009. “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 24 (3).
- MANZINI, Vincenzo. 2011. *Tratado de derecho procesal penal*, Arsenio, Reforma.
- MARRADI, Alberto *et al.* 2007. *Metodología de las ciencias sociales*, Buenos Aires, Emecé Editores.
- MIRANDA, Manuel. 1997. *La valoración de la prueba*, Perú, Alternativas Lima.
- MONCAYO, Edmundo. 2019. “En Ecuador el 40% de las personas privadas de la libertad tiene prisión preventiva”, *El Universo* (sitio web). 19 de diciembre, disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/12/19/nota/7657770/ecuador-40-personas-privadas-libertad-estan-prision-preventiva>.
- MONTAÑÉS, Miguel. 2009. “El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1.
- NIEVA, Jordi. 2016. “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2005. “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Ius et Praxis*, 11 (1).
- TAYLOR, Steven y BOGDAN, Roberto. 2002. *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*, Barcelona, Paidós.
- ZAVALA, Jorge. 2008. *Presunción de inocencia en el derecho penal*, Buenos Aires, Lex.

PROTECCIÓN DE LAS MARCAS NOTORIAS Y RENOMBRADAS O FAMOSAS EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)*

WELL-KNOWN AND FAMOUS BRANDS PROTECTION IN ANDEAN COMMUNITY OF NATIONS (ACN)

José Manuel MAGAÑA RUFINO**

RESUMEN: Las marcas, además de diferenciar productos o servicios de los competidores, logran atesorar un prestigio. Así nacen las figuras de las marcas notorias y renombradas o famosas, que jurídicamente demandan protección mayor a la tutelada para las marcas usuales. Sin embargo, en el ámbito internacional existe una gran confusión en cuanto a su terminología y alcance en su protección. El presente estudio pretende aportar elementos para aclarar los conceptos de estas figuras tomando como base la legislación aplicable a la Comunidad Andina de Naciones (CAN), además de hacer un análisis de su protección, así como posibles sugerencias para mejorar su tutela jurídica.

Palabras clave: propiedad industrial, marcas notorias, marcas renombradas, marcas famosas, legislación CAN, Decisión 486 CAN.

ABSTRACT: *Apart from making the difference between competitor's products and services, trademarks provide prestige. In this way, the legal institutions of Well-Known and Famous Brands emerge. These brands require a higher legal protection than the required for common brands. However, there is great confusion at the international level with respect to the wording and legal protection of these kind of brands. This paper is intended to provide elements to clarify concepts related to this legal institutions, based on the applicable provisions within the Andean Community of Nations (ACN), as well as to analyze the legal protection hereof, and possible recommendations addressed to improve such legal protection.*

Keywords: *Industrial Property; Well Known brands; Famous Brands, ACN Law; 486 ACN Law.*

* Artículo recibido el 19 de abril de 2017 y aprobado para su publicación el 6 de abril de 2020.

** ORCID: 0000-0001-5871-028. Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor investigador y director de la Maestría en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías de la Universidad Panamericana (México). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (México), nivel I. Lugar de residencia Aguascalientes México. Universidad Panamericana Campus Aguascalientes. Correo electrónico: mmagana@up.edu.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Principios y reglas que rigen la estructura del sistema marcario*. III. *La valoración de los principios y reglas en el sistema marcario*. IV. *Concepto y protección jurídica de la marca notoria*. V. *Concepto y protección jurídica de la marca renombrada*. VI. *Fundamentos para la protección legal de las marcas notorias y renombradas*. VII. *Concepto de marca notoria en la Comunidad Andina de Naciones y ausencia de la figura de la marca renombrada o famosa*. VIII. *Protección contra el registro de marcas notorias o renombradas en la Comunidad Andina de Naciones*. IX. *Protección contra el uso de una marca notoria o renombrada en la Comunidad Andina de Naciones*. X. *Propuesta de reformas a la D 486 CAN*. XI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Las marcas son signos que además de distinguir productos o servicios de los relativos a su competencia, atesoran un prestigio o calidad. Adicionalmente, existen marcas que bien sea por su antigüedad en el mercado, o por campañas masivas de promoción, son reconocidas por el sector al cual dirigen primordialmente su oferta, y posteriormente por la generalidad del público. A efecto de proteger el prestigio ganado por el legítimo creador de este tipo de marcas, y evitar la confusión del público consumidor, tanto las marcas notorias como las renombradas o famosas deben tener una tutela legal adicional a la marca común.

No obstante, la protección legal para una marca notoria no debe ser igual que la concedida a una marca famosa. En efecto, sería injusto conceder igual tutela jurídica a una marca que sólo es conocida en el sector al cual dirige principalmente su oferta, y que, por ende, no es conocida en otros sectores, que a un signo que es reconocido por la generalidad del público.

Debido a que el término “marca notoria” o “notoriamente conocida” deviene del Convenio de París, y este ordenamiento no hace referencia a la marca renombrada o famosa, existe una gran confusión en el ámbito internacional sobre estos dos tipos de marcas. Así, hay legislaciones que distinguen entre la marca notoria y la marca renombrada o famosa (Unión Europea y México entre otras), y otras que sólo reconocen a la marca notoria (Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, por ejemplo) otorgando en muchos casos una protección exorbitante a marcas que sólo son conoci-

das por el sector al cual dirigen principalmente su oferta, pero que no son conocidas por la generalidad del público.

El presente estudio pretende justificar la protección que se debe dar tanto a la marca notoria como a la marca renombrada, diferenciando su tutela, en virtud de que el conocimiento por parte del público consumidor es desigual.

También se analiza el caso de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), que sólo reconoce a la marca notoria, analizando la problemática específica en la tutela jurídica tanto para el registro de marca como del uso de la misma por parte de un tercero ajeno a la notoriedad o fama del signo.

Por último, se presenta una propuesta para la legislación de la CAN, tanto si en el futuro reconoce a la marca renombrada o famosa como si se queda en la protección exclusiva de la marca notoria. En efecto, dado que la diferencia esencial entre este tipo de marcas es el conocimiento en el público consumidor (la marca notoria sólo es conocida en su sector, mientras que la famosa o renombrada es conocida por la generalidad del público), considero que se deben establecer mecanismos para que los titulares de este tipo de signos puedan presentar pruebas del conocimiento de la marca, bien sea en su sector o bien en la generalidad del público, y una vez acreditado ante la autoridad marcaria lo anterior, gozar de una protección automática y temporal (se sugiere una declaratoria con una vigencia limitada y sujeta a renovación si se comprueba que persiste el conocimiento del signo en el sector o en la generalidad del público) que proteja en contra del uso o registro de la marca por parte de un tercero en productos o servicios iguales o similares en el caso de la marca que ha acreditado el conocimiento en su sector, y en toda clase de productos o servicios para la marca que ha acreditado el conocimiento generalizado del público consumidor. De este modo, se evitarían litigios innecesarios, donde se tendría que acreditar en cada caso conceptos de dilución, perjuicio, menoscabo, lesión, daño injusto, etcétera, que se pueden evitar con la tutela automática, pues este tipo de elementos —como se pretende acreditar en este trabajo— se configuran claramente una vez acreditado el conocimiento del público consumidor, bien sea en el sector o en la generalidad del público en el mercado.

II. PRINCIPIOS Y REGLAS QUE RIGEN LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA MARCARIO

En términos generales, los sistemas jurídicos de protección a las marcas se sustentan en dos principios fundamentales: 1) territorialidad, y 2) especialidad (Magaña Rufino 2014, 58 y ss.), así como en dos reglas básicas: a) prioridad en el uso, y b) inscripción registral (Fernández-Nóvoa 2004).

1. *Principio de territorialidad*

El derecho de exclusividad en el uso de una marca registrada es un acto de concesión de un Estado; por tanto, tal prerrogativa no se extiende —como regla general—¹ más allá de sus fronteras (Gondra 1996). Así, las marcas sólo tienen protección en el país en el cual son inscritas,² y a efecto de acceder a una protección mundial, la marca debe ser registrada en cada uno de los países en los cuales se desea tener exclusividad sobre el signo distintivo.³ En este sentido, la marca que no es famosa o notoria en un Estado, y que no es registrada en el mismo, salvo excepciones es-

¹ La excepción general a este principio lo constituyen las marcas notorias y renombradas o famosas.

² Un precedente de aplicación de la ley más allá de un ámbito territorial lo constituye el caso *Steele vs. Bulova Watch Co.*, en donde la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos aplicó la Lanham Act (ley federal que regula las marcas en EU) a actos ocurridos en México (la nulidad de la marca Bulova), y determinó condenar al pago de daños y perjuicios a un ciudadano estadounidense residente en Texas que había solicitado indebidamente el registro de la marca Bulova en México para proteger relojes. A este respecto véase Garza (2010).

³ Para este efecto, existen tratados internacionales como el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas (Protocolo de Madrid). Véase Internet: http://www.wipo.int/treaties/es/registration/madrid_protocol/ (consultado el 20 de enero de 2018), o registros que protegen toda una zona o comunidad, como la Marca Comunitaria de la Unión Europea regulada en el Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, del 26 de febrero de 2009 sobre la marca comunitaria (Reglamento de Marca Comunitaria). Véase Internet <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=5207> (consultado el 20 de enero de 2018). También el registro de una marca en un país puede hacerse a través de la figura de la prioridad consagrada en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (CUP). Véase Internet: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=288515 (consultado el 20 de enero de 2018). Sobre el derecho de prioridad, véase Fernández-Nóvoa (2004) y Jalife (2014).

peciales contempladas en la legislación local de cada país,⁴ o bien en los tratados internacionales (el CUP exige a las marcas notorias del principio de territorialidad), queda libre para que, en ese Estado, cualquier tercero la pueda usar e incluso registrar ante la autoridad marcaría respectiva.

2. Principio de especialidad

Este principio deriva de una de las finalidades esenciales de la marca: la distinción en el mercado de productos o servicios de un operador económico frente a sus competidores (Monteagudo 1995). En efecto, el titular de una marca —como regla general—⁵ no puede gozar de un derecho absoluto sobre el signo, pues tal derecho se encuentra ceñido al campo funcional específico al cual la marca dirige su oferta. Este principio permite que terceros empleen y —en su caso— registren la marca para aplicarla en productos o servicios diferentes a los cuales dirige su oferta el titular originario del signo (Botana 2002).

3. Regla de prioridad en el uso

Acorde a este principio el derecho sobre una marca se adquiere a través de la utilización efectiva del correspondiente signo en el mercado; así, tendrá derecho sobre el signo, quien lo usa por primera vez, no quien lo registra (Fernández-Nóvoa 2004).⁶

⁴ En México, por ejemplo, la Ley de la Propiedad Industrial (artículo 151, fracción II, LPI) concede un plazo de tres años contados a partir de la publicación en la gaceta de la propiedad industrial de una marca registrada, para que cualquier tercero interesado pueda anular tal registro, acreditando tener un mejor derecho de uso sobre el mismo (uso anterior de la marca en México o en el extranjero). En la Decisión 486 (Régimen Común sobre Propiedad Industrial) de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf> (consultado el 20 de enero de 2018), no existe una disposición semejante.

⁵ La excepción lo constituyen las marcas renombradas o famosas.

⁶ El propio autor opina que la prioridad en el uso de una marca ha evolucionado para enlazarlo con la notoriedad que el propio signo ha alcanzado a través de su uso.

4. Regla de inscripción registral

El nacimiento relativo al derecho sobre una marca se obtiene al inscribir el signo en el registro correspondiente, con independencia de que la marca se hubiera o no usado con anterioridad a la presentación del signo a registro (Fernández-Nóvoa 2004).

III. LA VALORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y REGLAS EN EL SISTEMA MARCARIO

A efecto de constituir un derecho de exclusividad sobre una marca, es innegable que se debe hacer una ponderación entre los principios y reglas que rigen el sistema marcario. En efecto, si bien los principios de territorialidad y especialidad, así como la regla de inscripción registral conceden seguridad jurídica, es claro que antes de conceder un derecho sobre un signo marcario en definitiva, debe ser tomada en cuenta la regla de la prioridad en el uso, especialmente si ese uso ha desembocado en una notoriedad o renombre por parte de un tercero.

Acorde a lo anterior, los sistemas de protección de signos marcarios de cada Estado deben establecer en sus legislaciones locales, medidas tendentes a conceder a los titulares de marcas notorias y renombradas, medios de defensa en contra de la inscripción de la marca por parte de un tercero que pretende aprovecharse de la notoriedad o renombre que el legítimo creador del signo ha logrado en ese Estado gracias a diversos factores.⁷

IV. CONCEPTO Y PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MARCA NOTORIA

La notoriedad de una marca en el tráfico económico supone necesariamente el efectivo conocimiento de la misma en el sector destinatario del producto o servicio (público consumidor, competidores y canales de distribución).⁸

⁷ Sobre los factores que inciden en la notoriedad y renombre de una marca véase Fernández-Nóvoa (2004); González (2005) y Magaña (2010).

⁸ La notoriedad de la marca no siempre se observa de la misma manera en los distintos sectores del comercio; un ejemplo de esto se constata en la industria del Internet, pues, como señala Wang (2012), la industria del Internet se desarrolla rápidamente en comparación con la industria tradicional, donde la fama de las marcas se acumula por largos periodos de tiempo.

De este modo, la característica fundamental para determinar la notoriedad de una marca está constituida por el amplio conocimiento del público del sector de mercado al que pertenecen los productos o servicios distinguidos por ella. No puede haber notoriedad si no hay conocimiento. Lo que no es conocido no puede, por definición, ser notorio.⁹

Así, no es marca notoria sino aquella que posee conocimiento en el mercado, dentro del sector al cual dirige primordialmente su oferta, independientemente de su calidad, uso o registro.¹⁰

Por tanto, podemos definir a la marca notoria como el signo distintivo que es ampliamente conocido en el sector al cual dirige primordialmente su oferta, con independencia de su calidad,¹¹ uso o registro en el lugar donde se demanda su protección.

Por otro lado, la marca registrada otorga a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico, identificar productos o servicios iguales o similares a aquellos para los que la marca ha sido registrada (principio de especialidad).¹²

Así, la protección que debe concederse a la marca considerada notoria en un Estado es la misma que la otorgada a las marcas usuales registradas (protección en productos o servicios iguales o similares), pero sin la

⁹ No obstante, González (2005) indica que no está de acuerdo con los autores que señalan que la notoriedad de una marca puede ser mejor reconocida cuando existe un amplio abanico de productos o servicios protegidos con la marca, que cuando van dirigidas a productos específicos, pues esta situación es propia de la marca famosa o renombrada, y no de la notoria, pues esta última debe dirigir su conocimiento a un público específico y no general.

¹⁰ Como bien señala Pacón (1993), para atribuir a una marca el carácter de notoria basta que ésta goce de difusión en el círculo de consumidores de productos o servicios idénticos o semejantes.

¹¹ Pensemos en marcas de baja calidad, pero que por su bajo costo cumplen con la función para las que las adquiere el público consumidor (ejemplo, cámaras desechables para fotografías en la playa, paraguas o impermeables que se compran para evitar mojarse al salir de un evento, etcétera). Las marcas que identifican estos productos pueden llegar a ser conocidas perfectamente por el sector al cual dirigen su oferta, y aunque son de baja calidad permanecen en el mercado por el costo-beneficio que proporcionan a sus consumidores. Sin embargo, González (2005) indica que la calidad de un producto o servicio es un componente normalmente intenso en una marca notoria.

¹² Acorde a este principio, una marca sólo tiene protección en los productos o servicios iguales o similares en los cuales se registró y pueden existir dos marcas con la misma denominación en productos o servicios diferentes.

obligatoriedad de presentarlas a registro o acreditar su uso en tal Estado para que opere su tutela.

Por tanto, se deben resguardar y proteger las marcas notorias, a efectos de que incluso sin ser registradas o usadas en un territorio, puedan —por el grado de conocimiento entre el público al cual se dirigen— ser protegidas.¹³ Esta protección, como hemos señalado, se considera una excepción al principio de territorialidad de las marcas.

En resumen, a efectos de proteger tanto a los empresarios titulares de la marca notoria como a los consumidores, la tutela jurídica de la marca notoria debe enfocarse en la protección de marcas no usadas y/o registradas en su territorio, pero consideradas notorias en ese país por el sector¹⁴ al cual dirigen su oferta. La protección dispensada a la marca notoria debe romper necesariamente con el principio de la territorialidad, no así con el de especialidad.

V. CONCEPTO Y PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MARCA RENOMBRADA

Tradicionalmente la marca renombrada o famosa adquiría gran conocimiento entre el público consumidor merced a la gran calidad de los productos o servicios que distinguía, así como a la permanencia del signo en el mercado a lo largo del tiempo (Sanz de Acedo 2000).

En la actualidad, hay que agregar a los elementos antes señalados la gran difusión de la marca a través de campañas publicitarias, que se realizan con objeto de lograr una rápida y masiva implantación del signo en el público consumidor.¹⁵

¹³ Así lo dispone el Convenio de París (artículo 6 bis) y lo acepta la mayoría de la doctrina, entre ellos Kors (1999).

¹⁴ A este respecto, Casado Cerviño (2000, 103) señala que el “sector pertinente” del público comprende —no necesariamente de forma limitativa— los consumidores o usuarios reales y potenciales del tipo de productos o servicios distinguidos con la marca, los partícipes en sus canales de distribución, y los círculos comerciales que se ocupen de tales productos o servicios. Coincide también con esta opinión Marco Arcalá (1999), quien afirma que los sectores interesados o pertinentes son aquella parte del público que consume o recibe de alguna forma, productos o servicios del mismo tipo.

¹⁵ A este respecto, Monteagudo (1995), señala que el éxito de un producto en el mercado depende, cada vez en mayor medida, de la creación de una imagen atractiva asociada a la marca, que caracteriza y personaliza al correspondiente producto o servicio respecto a productos o servicios análogos de los competidores. La creación de esta imagen no es de

Por tanto, el elemento indispensable para considerar a una marca como renombrada o famosa no es su calidad,¹⁶ uso o registro, sino el conocimiento generalizado del público en el producto o servicio.¹⁷

Así, mientras la marca notoria sólo es conocida por el sector al cual dirige primordialmente su oferta, la marca renombrada o famosa es conocida por sectores a los que no dirige su oferta directamente.¹⁸

Se puede decir que la marca renombrada o famosa abarca la generalidad de los sectores que forman parte de una actividad económica, constituyendo así una suma de múltiples notoriedades expandidas por todo el tráfico mercantil (Haro 2019).

Con base en estos razonamientos podemos definir a la marca renombrada o famosa como el signo distintivo que es conocido por la generalidad del público de un Estado, independientemente de su calidad, uso o registro en el lugar donde se demanda su protección.

Por esta razón, la tutela de la marca renombrada debe romper como regla general con los principios de territorialidad y especialidad en los países donde sea conocida por la generalidad del público.¹⁹

modo alguno casual, sino que responde a estrategias de *marketing* y a cuantiosos desembolsos. En el mismo sentido, Lefebvre (2005), señala que la conversión de una marca ordinaria a notoria o renombrada acontece con motivo del éxito del producto o de una amplia campaña de publicidad que realice el titular de la misma.

¹⁶ Para algunos autores (Ruiz 2009), la marca renombrada o famosa debe poseer necesariamente un prestigio entre los consumidores, que constituye un bien jurídicamente independiente de la marca que debe ser protegido. De la misma opinión es Pacón (1993), quien señala que una marca renombrada debe despertar en el público consumidor una asociación con una alta calidad, una larga tradición en el mercado y una empresa destacada.

¹⁷ No obstante, hay antecedentes que indican que la fama debe ser considerada en el producto o servicio al que se aplica la marca y no procede automáticamente, aun cuando la persona sea famosa. En este sentido, la Corte de Apelaciones de EU (véase Koplów y Nelson 2019) resolvió que la fama de la cantante “Lady Gaga” no era suficiente para impedir el registro de la marca “Gaga Jeans” a nombre de un tercero, pues consideró que si bien “Lady Gaga” es una persona famosa, la marca “Lady Gaga” para ropa no lo es; alega que para que una marca se considere famosa, la denominación de la misma debe tener un reconocimiento que lo vincule con los productos que ampara.

¹⁸ Así lo mantienen entre otros Bercovitz (2006), Botana (2002), Otero Lastres (1997), González (2005) y Vargas (2019) en el sentido de que una marca renombrada o famosa generalmente tiene más valor que una marca notoria.

¹⁹ El renombre o fama de una marca puede llegar a tal extremo que el público consumidor lo asocie con el propio producto o servicio, fenómeno conocido como “vulgarización”.

Cabe señalar que actualmente en la mayoría de las legislaciones nacionales e internacionales se exige acreditar diversos factores para otorgar tutela a las marcas renombradas; por ejemplo, que el afectado pruebe un riesgo de confusión y/o, conexión y/o, asociación con la marca del tercero que le afecta, o bien demostrar que el tercero causa una dilución²⁰ y/o menoscabo y/o perjuicio del carácter distintivo de la marca renombrada. En mi opinión, la protección de la marca renombrada, una vez acreditado fehacientemente tal carácter en el Estado, debería proceder automáticamente sin necesidad de que su titular acredite ninguno de los supuestos antes señalados (confusión, asociación, conexión, menoscabo, dilución, perjuicio, etcétera) si las marcas en conflicto son idénticas.

Así, los Estados deben establecer mecanismos para que los titulares de marcas renombradas puedan acreditar que su marca es conocida por la generalidad del público del Estado donde demandan protección.

VI. FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN LEGAL DE LAS MARCAS NOTORIAS Y RENOMBRADAS

Por lo general los Estados conceden una tutela a las marcas usuales, pero esta protección quedaría incompleta si no se otorga adicionalmente defensa a las marcas notorias y renombradas.²¹

zación”. Así, marcas líderes como “Teflón”, “Likra” “Bimbo” o “Celofán” pueden ser consideradas genéricas del producto o servicio, lo que pudiera conllevar a su pérdida de capacidad distintiva, y en muchas legislaciones a su cancelación. A efecto de prevenir la “vulgarización” de este tipo de marcas, véase Casulá (2017).

²⁰ En Estados Unidos, en la sentencia de *Jada Toys, Inc. vs. Mattel, Inc.*, 518 F.3d 628, 634 (9th Cir. 2007), se estableció que para reclamar la dilución de una marca, el demandante debía alegar necesariamente que su marca era famosa y distintiva, pues la dilución es propia de este tipo de marcas. Véase Ball y Bittman (2016).

²¹ Fernández-Nóvoa (2004) afirma que la protección de la marca renombrada frente a su utilización respecto de productos o servicios no similares constituye una pieza indispensable del sistema de marcas. Esta tutela especial, sin embargo, no ha sido fruto de la casualidad, sino del esfuerzo de la doctrina y sobre todo de la jurisprudencia, que han permitido su progresivo reconocimiento. Dentro de este reconocimiento, hay que destacar la labor creadora desarrollada por los tribunales alemanes, que ha hecho posible que la protección de la marca renombrada más allá de la regla de la especialidad sea actualmente uno de los pilares básicos del derecho europeo de marcas. En esta evolución jurisprudencial es importante destacar los siguientes precedentes: en primer lugar, la Sentencia del Reichsgericht, del 12 de enero de 1927 (véase GRUR 1927), que concedió por primera vez a una

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 193-220.

Muchos son los elementos que pueden justificar la protección a las marcas notorias y renombradas,²² consistente en dotar a las marcas notoria y renombrada de un régimen de protección reforzada; dentro de los

marca (Salamander) una protección que se extendía más allá de la regla de la especialidad. En segundo lugar, la Sentencia del Reichsgericht de 26 de febrero de 1945 (véase GRUR 1951), en la que el Tribunal Supremo del Reich —apoyándose en normas civiles sobre la protección del nombre— mantuvo que a pesar de no ser similares los productos diferenciados por las marcas enfrentadas, era indudable que la fuerza distintiva de la marca de la demandante resultaba debilitada como consecuencia del uso de la marca por parte de la demandada. En tercer lugar, y en una etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) en diversas sentencias (Fernández-Nóvoa 2004 y Montegudo 1995) continuó protegiendo las marcas renombradas más allá de la regla de la especialidad, ramificando su criterio en dos líneas: una que, apoyándose en las normas civiles sobre responsabilidad extracontractual, redobla la protección de la marca renombrada (*berühmte Marke*) frente al riesgo de debilitamiento, y una segunda que, basándose en la cláusula general prohibitiva de la competencia desleal, protegía la marca conocida (*bekannte Marke*) contra el aprovechamiento de su prestigio por parte de un tercero. Por último, es necesario señalar que el tribunal alemán continuó tutelando la marca renombrada más allá del principio de la especialidad, no sólo por entender que la utilización de la misma por parte de un tercero, para diferenciar productos o servicios diversos, determinaba el debilitamiento de su fuerza distintiva, sino también para evitar actitudes parasitarias de terceros con la intención de aprovechar su prestigio. Véase Concepción (2003)

²² A este respecto, Bercovitz (2002) menciona que la protección de la notoriedad o renombre de un signo se debe establecer en dos puntos fundamentales. En primer lugar, en la eliminación de la necesidad de registrar la marca notoria o renombrada para tener protección jurídica. En segundo lugar, en la supresión de la aplicación de la regla de la especialidad para este tipo de signos, por lo que su protección abarcará productos o servicios más allá de los registrados con la marca notoria o renombrada. Por su parte, Massaguer (2003) mantiene que la protección de las marcas notorias y renombradas, primeramente fue adoptada por la legislación de competencia desleal, pero hoy en día se ha consolidado en el seno del sistema de marcas, tanto entre las prohibiciones de registro como en la fijación del alcance del derecho de marca reconocido a su titular y, en particular, mediante la extensión de unas y otro a casos distintos de los que afectan a productos o servicios similares y entrañan un riesgo de confusión. Asimismo, Rangel (1993) sostiene que la protección a la marca notoria se justifica por tres razones: en primer lugar, en beneficio del dueño de la marca: por su inversión, por la introducción del producto y la apertura, conservación e incremento del mercado, por la calidad de la mercancía, por la fama y prestigio de la marca, y por el valor económico del signo. En segundo lugar, por el beneficio a los consumidores: para evitar ser engañados en cuanto al origen del producto y para evitar ser defraudados por la diferente calidad. Y, en tercer lugar, para evitar el desvío de la clientela a favor del competidor, impedir el enriquecimiento ilegítimo del competidor y prevenir el descrédito que su conducta origina en perjuicio del propietario de la marca notoria.

que destacan los siguientes: 1) la protección al consumidor de una marca notoria o renombrada; 2) la imagen de calidad del producto o servicio que ostenta una marca notoria o renombrada; 3) el aprovechamiento indebido del renombre o notoriedad de una marca y, por último, 4) la dilución de una marca notoria o renombrada.

1. *La protección al consumidor de una marca notoria o renombrada*

Una de las funciones principales de la marca es diferenciar productos o servicios de su competencia, con objeto de que el público consumidor pueda identificar indubitablemente el producto o servicio que está adquiriendo. Es lamentable la situación en que un consumidor adquiere un producto o servicio pensando que está obteniendo otro, en virtud de que el producto conseguido ostenta una marca igual o parecida en grado de confusión a una marca notoria o renombrada.²³

Pues bien, las legislaciones de cada Estado deben evitar que el público consumidor caiga en el error de confundir una marca usual con una marca que en el propio Estado ha adquirido notoriedad o renombre.²⁴

²³ Una marca puede llegar a ser notoria o renombrada sin necesidad de estar en uso en el Estado donde se pretende obtener protección en contra del registro y/o uso por parte de un tercero. En efecto, los medios de comunicación (en especial Internet) han permitido que el conocimiento de un signo trascienda fronteras, independientemente de su uso fuera del país donde se originó el signo. A este respecto, Lefebvre (2005) mantiene que el grado de conocimiento de una marca a lo largo del territorio de un Estado para determinar su notoriedad y renombre puede estar dado entre otros factores por la publicidad realizada a través de prensa escrita, radio y televisión, publicaciones como consecuencia del patrocinio de eventos deportivos, participaciones en congresos, o bien panfletos publicitarios. Por su parte, Otamendi (1999) considera que gracias a la publicidad, las marcas cada día tienen mayor difusión internacional. De esta manera, la transmisión de programas de televisión, noticieros y eventos deportivos, así como la circulación de gran cantidad de revistas y diarios extranjeros, permiten el conocimiento de marcas cuyos productos no son vendidos en el país que recibe la publicidad.

²⁴ La protección tutelada a las marcas notorias debe romper con el principio de territorialidad, pero no con el de especialidad. En cambio, la tutela a las marcas renombradas no debe estar limitada ni por el principio de territorialidad ni por el de especialidad.

2. *La imagen de calidad del producto o servicio que ostenta una marca notoria o famosa*

Otra función primordial en una marca es atesorar un prestigio en favor de su legítimo creador. En efecto, la marca no sólo permite que el consumidor distinga un producto o servicio de su competencia, sino que adicionalmente, si el producto o servicio al cual se aplica posee buena calidad, permitirá a la marca ir acumulando un prestigio, primeramente ante el público consumidor y posteriormente ante el público en general de un Estado.²⁵ Este prestigio, además, puede trascender fronteras y llegar a ser conocido incluso en lugares donde la marca no es usada.²⁶

Así las cosas, la buena reputación que obtienen las marcas notorias y renombradas transmiten al público consumidor una información sobre la calidad del producto o servicio ofertado.²⁷ Esta información es fruto normalmente de diversos factores, entre los que destacan: 1) inversión; 2) promoción; 3) publicidad, y 4) uso del signo.²⁸

²⁵ Las características de las marcas renombradas o famosas es que llegan a ser conocidas por la generalidad del público, independientemente de que tal público sea consumidor de la marca. Por ejemplo, aunque la mayoría del público no sea consumidor de la marca “Ferrari” en automóviles, llega a conocer la fama y prestigio de la misma. En contra de esta opinión se manifiesta Nava (2012). En efecto, este autor señala que necesariamente el conocimiento de la marca debe ser en el público consumidor, y no en el público en general.

²⁶ Normalmente, este conocimiento se logra a través de medios globales de comunicación, como son Internet, radio, televisión o publicidad en publicaciones de circulación mundial.

²⁷ Como bien indica Vargas (2006), la calidad o reputación no es un factor que distinga entre una marca notoria y una renombrada.

²⁸ Como acertadamente opina Monteagudo (1995), la notoriedad o renombre de una marca hoy en día no se debe exclusivamente al uso de la misma. En efecto, los masivos desembolsos publicitarios y las cuidadas estrategias de *marketing de los titulares* de marcas notorias y renombradas han suplantado los laboriosos años de dedicación para posicionar un signo en el público. En el mismo sentido Ruiz (2009) mantiene que la protección especial a la marca renombrada es un premio “extra” que debe ser otorgado a su titular, por el buen uso de la publicidad y por su propia calidad, sujeto siempre a que el propio propietario del signo acredite ante la autoridad respectiva los requisitos legales para que dicha marca sea considerada bajo esa categoría.

Por tal razón, es indudable que debe existir una protección especial para este tipo de signos, en contra del aprovechamiento indebido de la imagen de calidad por parte de terceros.²⁹

3. *La dilución de una marca notoria o renombrada*

La dilución es un problema que normalmente padecen las marcas que tienen un prestigio o calidad ganada ante el público consumidor. En efecto, las marcas con buena reputación en el mercado son apetecibles a terceros ajenos que desean aprovecharse indebidamente del reconocimiento que la marca tiene en el mercado, lo que conlleva necesariamente a una pérdida o disminución del carácter distintivo del signo en favor de su legítimo creador.³⁰

Las marcas notorias y renombradas, al ser consideradas “marcas fuertes”,³¹ se encuentran dotadas de un elevado carácter distintivo. En efecto, es indudable que a medida que aumenta el grado de reconocimiento de una marca por parte del público consumidor, se incrementará correlativamente la aptitud de la marca para diferenciar en el mercado los correspondientes productos o servicios (Fernández-Nóvoa 2004)

El carácter distintivo de una marca renombrada se ve fortalecido si existe unicidad en el signo; esto es, si en los restantes sectores del mercado —a los que no dirige su oferta primordialmente— no existen marcas idénticas (Fernández-Nóvoa 2004). En el caso de la marca notoria, la unicidad del signo se puede configurar como la no existencia de marcas idénticas

²⁹ Sobre este tema, Massaguer (2003) mantiene que el titular de una marca renombrada tiene el derecho de apropiarse de las oportunidades de negocio que le brinda la implantación y reputación de su marca en el tráfico económico, fruto del propio esfuerzo, en virtud de que el desarrollo de una marca renombrada exige una decidida política de promoción y calidad, y es resultado de una exitosa estrategia empresarial basada en la creatividad e innovación que requiere la realización de importantes inversiones.

³⁰ En este sentido, Delvasto (2015) mantiene que las marcas famosas o populares en el mercado son atractivas para que terceros busquen obtener un beneficio propio (problema polizón o también llamado *free rider*). Este uso por parte del tercero ocasiona un detrimento en la imagen de la marca original, que independientemente de que el público consumidor se confunda o no, necesariamente le causa una dilución en su distintividad.

³¹ De acuerdo con Fernández-Nóvoa (2004), la fortaleza de una marca puede tener su origen en dos causas: la estructura intrínseca del signo, o bien la amplia difusión de la marca entre el público como consecuencia de un uso intensivo de la misma.

para productos o servicios similares, aunque pertenezcan a diversas clases del clasificador oficial. En el caso de la marca renombrada o famosa, la unicidad se obtiene con la no existencia de marcas idénticas para cualquier clase de productos o servicios.

En este sentido, el aprovechamiento indebido del carácter distintivo de una marca notoria o renombrada por parte de un tercero ajeno es un fenómeno íntimamente vinculado con el aprovechamiento indebido de la notoriedad o, en su caso, renombre.³²

Dicho con otras palabras, si el público consumidor comprueba que la marca renombrada es usada por un tercero con relación a productos diferentes de aquellos a los que viene aplicándose tal marca, se origina necesariamente una asociación en su mente, pues el público recordará a la marca renombrada, y —si no logra confundirse— percibirá que la misma no es usada únicamente por el titular originario, lo que afectará necesariamente el carácter distintivo y el potencial publicitario de la marca renombrada (Fernández-Nóvoa 2004).³³

Por otro lado, y en relación con la marca notoria, también es viable pensar que perderá distintividad el signo si el público consumidor del sector al cual se dirige primordialmente encuentra en el mercado marcas idénticas para productos o servicios similares, que no tienen el mismo origen empresarial.

Así las cosas, el hecho de permitir el uso en el tráfico económico de marcas idénticas a la renombrada, a través de diversos empresarios —aunque sea en productos o servicios diferentes a los que la marca renombrada dirige primordialmente su oferta—, afectará sin duda a la unicidad de la

³² La afirmación la hace Fernández-Nóvoa (2004) refiriéndose exclusivamente a las marcas renombradas.

³³ En este sentido, Monteagudo (1995) opina que la necesidad de proteger a la marca renombrada se justifica —entre otras razones— por la dilución del valor atractivo del signo, por la forma en que es usada por terceros *v. gr.*: cuando pierde buena parte de su dimensión distintiva y se aproxima al carácter banal, fruto de su proliferación como distintivo para múltiples clases de productos o servicios. El propio autor (1995) agrega que en el caso de que la marca renombrada sea utilizada por un tercero en conexión con productos o servicios de naturaleza incompatible o de mala calidad, la marca resultará erosionada y perderá credibilidad, afectando notablemente a su propio valor atractivo respecto a la oferta originaria.

marca renombrada, a su imagen positiva (prestigio o *goodwill*),³⁴ así como a su carácter distintivo, que necesariamente sufrirá un menoscabo.³⁵

En este mismo sentido, y con relación a la marca notoria, también se puede decir que el uso de marcas idénticas por parte de terceros, en productos o servicios similares, afectará igualmente su distintividad y afectará su unicidad, prestigio y carácter distintivo. Consecuentemente, se verá afectada también la imagen positiva que había ganado dentro del sector del público al cual se dirige.

Por las razones antes expuestas, y a efecto de evitar un menoscabo en la distintividad de las marcas renombradas y notorias, que afecte la imagen positiva que han implantado en el público consumidor, es importante otorgarles una tutela especial que proteja el esfuerzo e inversión de sus titulares.³⁶

VII. CONCEPTO DE MARCA NOTORIA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES Y AUSENCIA DE LA FIGURA DE LA MARCA RENOMBRADA O FAMOSA

El artículo 224 de la Decisión 486 relativa al régimen común de propiedad industrial (D 486) en la Comunidad Andina de Naciones (CAN)³⁷ hace referencia a la marca notoria como “notoriamente conocida”, e indica que es aquella que es reconocida como tal en cualquier país miembro dentro del

³⁴ Fernández-Nóvoa (1978) afirma que es innegable que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger adecuadamente las marcas de productos o servicios en su función condensadora de *goodwill*.

³⁵ En este punto, Fernández-Nóvoa (2004) considera que al invocar el menoscabo en el renombre de la marca, el titular de la misma deberá probar, en primer término, que su marca posee una imagen positiva en el tráfico comercial, además de que el uso de un signo idéntico o semejante por parte de un tercero provocaría un menoscabo o perjuicio de la imagen positiva de la marca renombrada. El propio autor (1984) opina que un factor básico del debilitamiento de la marca renombrada lo conforma el supuesto de que un tercero emplee una marca idéntica o muy semejante a la marca renombrada para designar productos de bajo precio o de calidad inferior.

³⁶ Monteagudo (1995) mantiene que es inobjetable exigir una protección extraordinaria para la marca implantada en la generalidad del público consumidor, frente al riesgo de dilución o aguamiento.

³⁷ Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial (s. d.), “La Comisión de la Comunidad Andina”, disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf> (consultado el 20 de enero de 2018).

sector pertinente,³⁸ independientemente del modo en que el signo hubiera sido conocido.

Asimismo, el artículo 229 D 486 prescribe con acierto que para determinar la calidad de una marca notoriamente conocida no es necesario el uso o registro de la marca en algún Estado miembro de la CAN.

De lo anterior se colige:

- a) que basta que algún Estado miembro de la CAN declare a una marca como notoriamente conocida para que tal declaratoria surta efectos en todos los países miembros;
- b) que la marca notoriamente conocida no debe ser conocida por la generalidad del público, sino exclusivamente por el sector del público pertinente (al cual dirige de manera principal su oferta), y
- c) que no es necesario el uso o registro de la marca notoriamente conocida para determinar su notoriedad sino que basta que se acredite el conocimiento del signo en el sector pertinente.³⁹

Por otro lado, considero un error que el artículo 228 a) D486 señale que uno de los factores para acreditar la notoriedad de la marca es el grado de conocimiento entre los miembros del sector, siendo que el grado de conocimiento en el sector es el objetivo principal a demostrar a efecto de acreditar la notoriedad del signo; es decir, el grado de conocimiento en el sector no es un factor más de prueba, sino que constituye la finalidad que se debe buscar con los demás elementos de prueba enunciado en dicho artículo (Magaña Rufino 2010, 83).⁴⁰

³⁸ El artículo 230 D486 define al sector pertinente como: “a) los consumidores reales o potenciales del tipo de productos o servicios a los que se aplique la marca; b) las personas que participan en los canales de distribución o comercialización del tipo de productos o servicios a los que se aplique el signo; y, c) los círculos empresariales que actúan en giros relativos al tipo de establecimiento, actividad, productos o servicios a los que se aplique la marca”.

³⁹ La marca pudo haber sido conocida en el sector por publicidad a través de televisión, radio, revistas, Internet, actores o deportistas que usan el signo, competiciones a nivel mundial, etcétera.

⁴⁰ No obstante, autores como Fernández-Nóvoa (2004) mantienen que el grado de reconocimiento de la marca notoria en el público es un elemento más a considerar. En efecto, tal autor argumenta que adicionalmente a este reconocimiento se debe considerar la duración, magnitud, promoción, alcance geográfico del uso de la marca, así como el valor asociado a la marca y reconocimiento como tal por parte de la autoridad.

Por último, la D 486 CAN no define ni regula a la figura de la marca renombrada o famosa,⁴¹ y sólo concede una tutela especial a la marca notoria a efecto de protegerla contra el uso o registro indebido en cualquier clase de productos o servicios (artículos 136 h), 155 e) y f) y 226 D486).

Así, se puede afirmar que en el régimen comunitario andino el renombre o fama se protege a de manera “adoptiva” a través de la figura de la marca notoria (Haro 2019).

VIII. PROTECCIÓN CONTRA EL REGISTRO DE MARCAS NOTORIAS O RENOMBRADAS EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

Los artículos 136 h), 225, 227 y 235 de la D 486 CAN tutelan protección a la marca considerada notoriamente conocida (notoria) en la CAN en contra del registro indebido por parte de un tercero ajeno al signo. La protección implica la reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción total o parcial del signo.

Por su parte, el artículo 233 D 486 CAN protege al titular de una marca notoriamente conocida (notoria) en la CAN, cuando hubiera sido inscrito indebidamente en cualquier Estado miembro de dicha Comunidad como parte de un nombre de dominio o una dirección de correo electrónico por un tercero no autorizado.⁴²

Cabe señalar que en virtud de que no existe la figura de la marca renombrada o famosa en la CAN, este ordenamiento no prevé una tutela

⁴¹ No obstante, hay autores (Vargas Mendoza (2006) que opinan que no hay necesidad de distinguir entre marca notoria y renombrada en la Comunidad Andina, puesto que la D 486 CAN protege a cualquier signo notorio contra su dilución y uso parasitario. A este respecto, es necesario señalar que si no se hace la distinción entre estas figuras en la CAN, al menos se debe regular de manera diferente cuando la marca notoria llega a ser conocida por la generalidad del público (mayor protección) que cuando la marca sólo es conocida por el sector al cual dirige su oferta (menor tutela).

⁴² El propio artículo 233 D 486 CAN indica que a petición expresa del titular de la marca notoriamente conocida (notoria) la autoridad nacional competente ordenará la cancelación o la modificación de la inscripción del nombre de dominio o dirección de correo electrónico, siempre que el uso de ese nombre o dirección fuera susceptible de tener alguno de los efectos mencionados en el primer y segundo párrafos del artículo 226 D 486 CAN.

expresa de protección contra el registro indebido por parte de un tercero ajeno.

No obstante, la D 486 CAN concede una protección ampliada a la marca notoriamente conocida (notoria) —a efecto de evitar el registro por parte de un tercero— que aplica de modo general a todos los productos o servicios siempre y cuando exista un riesgo de confusión o de asociación con el legítimo creador o comercializador del signo notorio, o exista un aprovechamiento injusto del prestigio del signo notorio, o bien una dilución de su fuerza distintiva o de su valor comercial o publicitario (artículos 136 h) y 227 D 486 CAN).

Acorde con lo anterior, podemos obtener las siguientes conclusiones:

1. La D 486 CAN sólo prevé una tutela general en contra del registro indebido de una marca notoriamente conocida (notoria) por parte de un tercero. Esta protección no distingue si ese tercero pretende registrar la marca notoriamente conocida (notoria) en los mismos o similares productos o servicios o en productos o servicios diferentes a los que se aplica primordialmente la marca notoriamente conocida (notoria).
2. La protección que la D 486 CAN concede a la marca notoriamente conocida (notoria) en contra del registro indebido por parte de un tercero exige que su legítimo creador acredite que el tercero —con la concesión del registro— causará confusión o asociación con los productos, servicios, o bien con el titular de la marca notoriamente conocida (notoria), o que obtendrá un aprovechamiento injusto del prestigio del signo notorio, o bien le causará una dilución de su fuerza distintiva o un perjuicio en su valor comercial publicitario.
3. La D 486 CAN no prevé una tutela que aplique en forma directa para proteger al titular de una marca notoriamente conocida (notoria) en contra del registro de una marca idéntica por parte de un tercero en productos o servicios iguales o similares.
4. En virtud de que en la D 486 CAN no existe la figura de la marca renombrada o famosa, se concede a la marca notoriamente conocida una protección excesiva —propia de la marca renombrada o famosa— en el registro de la marca por parte de un tercero en cualquier producto o servicio cuando se acrediten diversas conductas (riesgo de confusión o asociación, o aprovechamiento injusto

del prestigio del signo notorio, o dilución⁴³ de su fuerza distintiva o de su valor comercial o publicitario).

5. La obligación que impone la D 486 CAN al legítimo titular de una marca notoriamente conocida (notoria) en el sentido de acreditar *en todos los casos* conductas de aprovechamiento injusto del prestigio del signo notorio, y/o dilución de su fuerza distintiva y/o pérdida de su valor comercial publicitario, para conceder protección en contra del registro de la marca notoriamente conocida (notoria) por parte de un tercero, sólo conlleva a que se abran muchos litigios, y a que en cada uno se presenten las mismas pruebas, situación que puede ser evitada si la D 486 CAN estableciera procedimientos para que los titulares de marcas notoriamente conocidas (notorias) de cualquier parte del mundo pudieran acreditar el carácter notorio de su marca en la CAN, y una vez probado tal carácter se concediera una protección directa (sin necesidad de demostrar conductas de confusión, aprovechamiento injusto de la marca, dilución o pérdida de su valor comercial) en contra del registro de la misma marca notoria por parte de un tercero en productos o servicios iguales o similares.
6. Por último, cabe señalar que el artículo 235 D 486 CAN concede la posibilidad a las oficinas locales de los Estados miembros del CAN, de cancelar un registro de marca considerado notoriamente conocido en dicho Estado al momento en que fue solicitado por un tercero ajeno, siempre y cuando la propia legislación del país lo prevea, y el registro sea idéntico o similar al considerado notorio.

⁴³ La falta de la figura de la marca renombrada o famosa en la CAN acarrea errores de confusión como en el caso de la Resolución núm. 2531-2008/TPI-INDECOPI del 16 de octubre de 2008, emitida por el Indecopi (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual) del Perú con relación a la figura de la dilución —propia de las marcas renombradas o famosas—: “si bien —de acuerdo a la doctrina antes citada— la figura jurídica de la dilución sólo se aplica a marcas renombradas, ésta también debe ser analizada cuando se haya reconocido que una marca goza de la condición de notoria, dado que en la actual norma andina —entiéndase la Decisión 486— no se hace distinción entre marcas notorias y renombradas”. Véase Rodríguez (2010).

IX. PROTECCIÓN CONTRA EL USO DE UNA MARCA NOTORIA O RENOMBRADA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

Los artículos 155 e) y f), 225, 226, 227, 231, 232 y 234 de la D 486 CAN tutelan protección a la marca considerada notoriamente conocida (notoria) en la CAN en contra del uso indebido por parte de un tercero ajeno al signo.

La protección antes señalada —a diferencia de la protección en contra del registro, cuya tutela es única— se divide en dos vertientes.

- a) protección en contra del uso por parte de un tercero en productos o servicios iguales o similares a los aplicados por la marca notoriamente conocida, y
- b) protección en contra del uso por parte de un tercero en productos o servicios diferentes a los que dirige de manera primordial su oferta la marca notoriamente conocida.

1. *Protección en contra del uso por parte de un tercero en productos o servicios iguales o similares a los aplicados por la marca notoriamente conocida*

De conformidad con el artículo 226 D 486 CAN, para la procedencia de esta tutela, el titular de la marca notoriamente conocida (notoria) requiere acreditar que el uso de la marca por parte del tercero causa confusión con relación al establecimiento, la actividad comercial o industrial, o bien los productos o servicios en el público consumidor.

Cabe señalar que el uso por parte del tercero implica la utilización igual o similar del signo notorio, en su totalidad o en una parte esencial, así como la reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción total o parcial del mismo.

Con relación a la protección que dispensa la D 486 CAN en contra del uso ilegítimo de una marca notoriamente conocida (notoria) por parte de un tercero en productos o servicios iguales o similares a los que aplica el signo notorio, podemos obtener las siguientes conclusiones:

- a) a) La D 486 CAN no prevé una tutela que aplique en forma automática para proteger al titular de una marca notoriamente conoci-

da (notoria) en contra del uso idéntico de su marca por parte de un tercero en productos o servicios iguales o similares.

- b) b) La D 486 CAN prevé una tutela adecuada para proteger al titular de una marca notoriamente conocida (notoria) en contra del uso de un signo similar por parte de un tercero en productos o servicios iguales o similares. En efecto, en este caso el artículo 226 D 486 CAN exige de manera correcta que el afectado demuestre supuestos de confusión entre los signos en conflicto, lo cual considero es loable.

2. *Protección en contra del uso por parte de un tercero en productos o servicios diferentes a los aplicados por la marca notoriamente conocida*

Acorde con los artículos 155 e) y f), y 226 D 486 CAN, para la tutela de este supuesto, el titular de la marca notoriamente conocida (notoria) requiere acreditar alguno de las siguientes causales: *a)* que exista un riesgo de confusión o de asociación con el titular del signo, o con sus establecimientos, actividades, productos o servicios; *b)* que el uso del signo realizado por parte del tercero le causa un daño económico o comercial injusto al titular del signo notorio por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo, o bien, *c)* que existe un aprovechamiento injusto —por parte del tercero usuario— del prestigio o del renombre del signo.

El uso por parte del tercero —antes referido— implica la utilización igual o similar del signo notorio, en su totalidad o en una parte esencial, así como la reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción total o parcial del mismo.

Cabe señalar que la protección otorgada en el artículo 155 e) y f) D 486 CAN, en mi opinión es innecesaria ante la tutela que concede el artículo 226 D 486. En efecto, la protección dictada por el artículo 155 e) y f) CAN requiere forzosamente del registro de la marca notoriamente conocida (notoria) en cualquier Estado miembro CAN, pero el artículo 226 D 486 CAN no precisa de un registro para conceder una protección

ampliada;⁴⁴ incluso el propio artículo 229 D 486 CAN señala claramente que no se negará la calidad de notorio a un signo —y por ende no se negará la protección contenida en el título XIII D 486 CAN— aun cuando no se encuentre registrado en algún país miembro de la CAN.

Con relación a la protección que dispensa la D 486 CAN en contra del uso ilegítimo de una marca notoriamente conocida (notoria) por parte de un tercero en productos o servicios diferentes a los que se dirige primordialmente la marca notoriamente conocida (notoria), podemos obtener las siguientes conclusiones:

1. En virtud de que en la D 486 CAN no existe la figura de la marca renombrada o famosa, se concede a la marca notoriamente conocida una protección excesiva —propia de la marca renombrada o famosa— en el uso de la marca por parte de un tercero en cualquier producto o servicio, cuando se acrediten alguna de las siguientes conductas: *a)* riesgo de confusión o de asociación con el titular del signo, con sus establecimientos, actividades, productos o servicios; *b)* un daño económico o comercial injusto al titular del signo por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo, o bien, *c)* que exista un aprovechamiento injusto del prestigio o del renombre del signo por parte del tercero (artículo 226 D 486 CAN).
2. La D 486 CAN no prevé una tutela que aplique en forma específica para proteger al titular de una marca notoriamente conocida (notoria) en contra del uso idéntico de su marca por parte de un tercero en productos o servicios diferentes a los que aplica la marca notoria.
3. Sólo en el caso de que las marcas en conflicto no sean idénticas, y un tercero ajeno pretendiera usarla en productos o servicios diferentes a los que se dirige en modo primordial la marca notoriamente conocida (notoria), el titular de la marca notoriamente conocida (notoria) debería acreditar: *a)* el conocimiento de su marca por la

⁴⁴ La protección que concede el artículo 155 e) y f) D 486 CAN aplica cuando el tercero usa un signo idéntico o similar a la marca notoriamente conocida (notoria); mientras que la tutela del artículo 226 D 486 CAN concede, además de la utilización del signo igual o similar a la marca notoria, otras conductas, como son la reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción total o parcial del signo notoriamente conocido.

generalidad del público en cualquier Estado miembro de la CAN, y b) *exclusivamente* supuestos de similitud o parecido en grado de confusión para el público.

En mi opinión, en ningún caso el titular de la marca notoriamente conocida (notoria) debería acreditar causales relativas a daño económico o comercial injusto al titular del signo por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo, o la existencia de un aprovechamiento injusto del prestigio o del renombre del signo por parte del tercero para la procedencia de la tutela legal.

X. PROPUESTA DE REFORMAS A LA D 486 CAN

1. Incluir en la D 486 un procedimiento de declaratoria de marca notoria, a efecto de que los interesados puedan presentar toda clase de pruebas para acreditar el conocimiento de su marca en el sector al cual dirigen primordialmente su oferta, con objeto de obtener tal declaratoria por parte de la CAN que les conceda certeza jurídica de la notoriedad de su marca ante cualquier Estado miembro. La declaratoria deberá ser temporal (se sugiere cinco años) y sujeta a renovación si el titular acredita que siguen vigentes las condiciones que la propiciaron, es decir, que la marca es conocida por el sector o la generalidad del público.
2. Una vez concedida la declaratoria de notoriedad de la marca por parte de un Estado miembro de la CAN, otorgar protección al signo en contra del uso o registro de la misma marca por parte de un tercero, en productos o servicios iguales o similares de forma directa (sin necesidad de que el titular de la marca notoriamente conocida deba presentar ninguna clase de pruebas).
En caso de que el uso o registro por parte del tercero sea de una marca no idéntica, pero similar, entonces el titular de la marca notoriamente conocida (notoria) deberá acreditar de forma exclusiva supuestos de similitud o parecido en grado de confusión para el público —entre las marcas en conflicto— a efecto de obtener protección.

3. Incluir la figura de la marca renombrada o famosa —y su procedimiento de Declaratoria— a efecto de protegerla en contra del uso o registro por parte de terceros en cualquier producto o servicio. Una vez concedida la declaratoria de renombre o fama de la marca por parte de un Estado miembro de la CAN, se deberá otorgar protección al signo en contra del uso o registro de la misma marca por parte de un tercero, en cualquier producto o servicio de forma automática (sin necesidad de que el titular de la marca notoriamente conocida deba presentar ninguna clase de pruebas) si los signos en conflicto son idénticos.
Es decir, si las marcas en conflicto son idénticas, en ningún caso el titular de la declaratoria de marca renombrada o famosa debería acreditar causales relativas a daño económico o comercial injusto al titular del signo por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo, o la existencia de un aprovechamiento injusto del prestigio o del renombre del signo por parte del tercero para la procedencia de la tutela legal.
En caso de que el uso o registro por parte del tercero sea de una marca no idéntica, pero similar, entonces el titular de la declaratoria de marca renombrada o famosa deberá exclusivamente acreditar supuestos de similitud o parecido en grado de confusión para el público —entre las marcas en conflicto— a efecto de obtener protección.
4. En caso de no incluir la figura de la marca renombrada o famosa en la D 486, se deberá permitir que los titulares de marcas notoriamente conocidas (notorias) puedan acreditar el conocimiento generalizado de su marca en algún Estado de la CAN, y una vez acreditado lo anterior, se debe conceder protección de forma directa (sin necesidad de comprobar ningún supuesto relativo a daño económico o comercial injusto al titular del signo por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo, o la existencia de un aprovechamiento injusto del prestigio o del renombre del signo por parte del tercero) en contra del uso o registro de un tercero de la misma marca.
Si el uso o registro por parte de un tercero es de una marca similar a la marca notoria que ha acreditado conocimiento generalizado del público en cualquier Estado miembro de la CAN, entonces se debe

requerir que el titular de la marca notoria acredite exclusivamente supuestos de parecido en grado de confusión para el público de las marcas en conflicto, a efecto de conceder protección en contra del uso o registro en cualquier producto o servicio.

En este caso no se debe obligar al titular de la marca notoria a acreditar causales relativas a daño económico o comercial injusto al titular del signo por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo, o la existencia de un aprovechamiento injusto del prestigio o del renombre del signo por parte del tercero para conceder tutela en contra del uso o registro por parte de un tercero de una marca similar a la notoria.

5. Cambiar los supuestos contenidos en los artículos 136 h), 155 e) y f) y 226, D 486 (pues son difíciles de acreditar en la práctica) por “el conocimiento de la generalidad del público en un Estado miembro de la CAN”; así, el legítimo creador de la marca notoriamente conocida (notoria) sólo tendría que acreditar ante la oficina de marcas de cualquier Estado miembro de la CAN, que su signo es conocido por la generalidad del público para que procediera la tutela automática en toda clase de productos o servicios en cualquier país miembro de la CAN.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ARCALÁ, Marcos, 1999. “Notoriedad y renombre de las marcas nacionales en la primera Directiva sobre marcas a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/notoriedad-renombre-nacionales-reciente-262868>.
- BALL, E. Y BITTMAN, C. 2016. “Almost Famous: Trademark Owners May Find Dilution Claims Out of Reach”, disponible en: <http://law-articles.vlex.com/vid/almost-famous-trademark-owners-655981509>.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. 2000. *Apuntes de derecho mercantil*, Navarra, Aranzadi.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. 2002. *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, Navarra, Aranzadi.

- BOTANA AGRA, M. 2002. *Lecciones de derecho mercantil*, España, Universidad de Santiago de Compostela.
- CASADO CERVIÑO, A. 2000. *Derecho de marcas y protección de los consumidores, el tratamiento del error en el consumidor*, Madrid, Tecnos.
- CÁSULA, J. 2017. “Protección de marcas notorias ante el riesgo de vulgarización”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 933.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L. 2003. “La protección de la marca renombrada”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9.
- DELVASTO PERDOMO, C. A. 2015. “¿Puede una marca notoriamente conocida o famosa existente en un país extranjero, tener validez en Estados Unidos”, *Revista de Derecho*, Barranquilla, núm. 43.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA C. 1978. “Las funciones de la marca”, *ADI*, t. V, Santiago de Compostela.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA C. 1984. *Fundamentos de derecho de marcas*, Madrid, Montecorvo.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA C. 2004. *Tratado sobre derecho de marcas*, Madrid, Marcial Pons.
- GARZA BARBOSA, R. 2010. “Steele vs. Bulova Watch Co., de la aplicación extraterritorial del Lanham Act estadounidense en México y de la marca notoriamente conocida”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 129(43).
- GONDRÁ ROMERO, J. M. 1996 “Teoría general de signos de empresa”, en IGLESIAS PRADA, Juan Luis (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 1.
- GONZÁLEZ BUENO, C. 2005. *Marcas notorias y renombradas en la ley y la jurisprudencia*, Madrid, La Ley.
- HARO BRAVO, Z. V. 2019. “Las marcas notorias y renombradas, conceptualización, protección y publicidad”, Quito, Ecuador, Universidad Internacional de la Rioja, disponible en: <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/8253/HARO%20BRAVO%2c%20ZAIRA%20VANESSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- JALIFE DAHER, M. 2014. *Derecho mexicano de la propiedad industrial*, México, Tirant lo Blanch.
- KOPLow, M. Y NELSON, G. J. 2019. “Lady Gaga: Famous Performer; not so Famous Trademark”, disponible en: <http://law-articles.vlex.com/vid/lady-gaga-famous-performer-692624497>.

- KORS, J. A. 1999. “La marca, una herramienta del derecho de la competencia”, *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, núm. 3.
- LEFEBVRE, F. 2005. *Marcas y nombres de domini*, Santiago de Compostela, Francis Lefebvre.
- MAGAÑA RUFINO, J. M. 2010. *Las marcas notoria y renombrada en el derecho internacional y mexicano*, México, Porrúa.
- MAGAÑA RUFINO, J. M. 2014. *Derecho de la propiedad industrial en México*, México, Porrúa.
- MASSAGUER FUENTES, J. 2003. *La protección jurídica de la marca no inscrita en derecho de marcas*, Barcelona, Bosch.
- MONTEAGUDO MONEDERO, M. 1995. *La protección de la marca renombrada*, Madrid, Civitas.
- NAVA NEGRETE, J. 2012. *Tratado sobre derecho de marcas*, México, Porrúa.
- OTAMENDI, J. 1999. *Derecho de marcas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- OTERO LASTRES, J. M. 1997. *Memorias del seminario internacional “La integración, derecho y los tribunales comunitarios”*, Quito, Noplu.
- PACÓN, A. M. 1993. “Marcas notorias, marcas renombradas, marcas de alta reputación”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* núm. 47.
- RANGEL MEDINA, D. 1993. “La protección de la marca notoria en la jurisprudencia mexicana”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, t. 10.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, G. M. 2010. “Las marcas notoriamente conocidas en el nuevo precedente del Indecopi. El complejo camino de la legalidad”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, t. 137.
- RUIZ MEDRANO S. F. 2009. “La marca renombrada, un obstáculo a la libre competencia”, *Revista Boliviana de Derecho*, enero, núm. 7.
- SANZ DE ACEDO, E. 2000. “La protección de la marca renombrada en el derecho comunitario”, *RDM*, 236.
- VARGAS MENDOZA, M. 2006. “La marca renombrada en el actual régimen comunitario andino de propiedad intelectual”, *Foro Revista de Derecho*, UASB-Ecuador, núm. 6.
- WANG, J. 2012. “Comment and Analysis on Well-Known Trademarks in The Internet Industry”, disponible en: <http://cn.vlex.com/vid/comment-analysis-trademarks-internet-523656946>.

LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO MEXICANO. ALGUNAS IDEAS PARA SU INTERPRETACIÓN*

PUNITIVE DAMAGES IN MEXICAN LAW. SOME IDEAS FOR ITS INTERPRETATION

Jorge Eduardo MEDINA VILLANUEVA**

RESUMEN: Recientemente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó una resolución en la que declaró la admisibilidad de los daños punitivos en el derecho mexicano, en materia de daño moral. Sin embargo, al aplicarlo un análisis detallado de la sentencia, sus argumentos y fundamentos, nos lleva a la conclusión de que esa figura tiene muy poco en común con los “*punitive damages*” aplicados en los sistemas jurídicos del *common law*, y se refiere únicamente a la forma de cuantificar la indemnización que se otorgue a la víctima.

Palabras clave: daños punitivos, responsabilidad civil, daño moral, derecho de daños.

ABSTRACT: Recently, the First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation issued a resolution in which it declared the admissibility of punitive damages in Mexican law, in matters of moral damage. However, applying a detailed analysis of the sentence, its arguments and grounds, leads us to the conclusion that this figure has very little in common with the “*punitive damages*” applied in the common law legal systems, and refers only to how to quantify the compensation awarded to the victim.

Keywords: Punitive Damages, Civil Responsibility, Moral Damages, Tort Law.

* Artículo recibido el 5 de noviembre de 2019 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2020.

** ORCID: 0000-0002-1755-7812. Profesor investigador de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, Facultad de Derecho. Álvaro del Portillo 49, Zapopan, Jalisco, 45010, México. Correo electrónico: jemedina@up.edu.mx.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LII, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 221-242.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Síntesis del caso*. III. *Punitive damages*. IV. *Análisis crítico*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

A principios de 2014, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló en una ya famosa sentencia, que en materia de daño moral podrían ser aplicados los llamados “daños punitivos”. Esta figura, hasta entonces desconocida en el panorama jurídico nacional, pareciera que se refiere, por su simple traducción literal, a los “*punitive damages*”, los que tienen una larga tradición y construcción en los países del sistema del *common law*, principalmente en Inglaterra y Estados Unidos.

Debe resaltarse que el sistema jurídico mexicano en general se ubica en la tradición romano-canónica, o sea, en el sistema conocido como *civil law*. En el caso particular de la responsabilidad civil, se sigue la corriente francesa, es decir, considerando la atipicidad del hecho ilícito y admitiendo la indemnización de los daños morales. No obstante, esta pertenencia al sistema romano-canónico no ha sido impedimento para el trasplante de algunas figuras jurídicas de la tradición del *common law*, como aparentemente es el caso que aquí se comentará (Muñoz y Vázquez-Cabello 2019).

Sin embargo, tras una lectura desapasionada y cuidadosa de las tesis emitidas por la Primera Sala y de la propia sentencia que les da origen, podemos concluir que los daños punitivos que nuestro máximo tribunal pretende introducir tienen muy poco en común con los mencionados *punitive damages*, ya que según se argumentará en el presente trabajo, lo que propone la Primera Sala es que se considere la conducta del responsable como un elemento para la cuantificación del daño moral, atento a lo ordenado por el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

Para desarrollar estas ideas, analizaremos primeramente en forma breve la sentencia relativa a la reclamación de indemnización por daño moral que presentan los padres, ocasionado por la trágica muerte de su hijo, un muchacho de 23 años, y nos concentraremos en la forma en que la Suprema Corte estableció que debía ser calculada la indemnización a pagar a los padres de la víctima (Amparo directo 30/2013, de 26/02/2014; en adelante, AD 30/2013).

Luego, se hará una breve relación de la forma en que la jurisprudencia inglesa y estadounidense han abordado el tema de los *punitive damages*,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 221-242.

para posteriormente analizar la correspondencia o no entre ellos y la figura a que se refiere la Primera Sala de nuestro máximo tribunal.

II. SÍNTESIS DEL CASO

El asunto que da origen al tema materia del presente trabajo es el Amparo directo 30/2013 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto en sesión del 26 de febrero de 2014, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Los hechos del caso son que, en septiembre de 2010, la víctima —un joven de 23 años, recién egresado de la licenciatura en administración de tecnologías de la información— acudió con sus amigos al puerto de Acapulco, Guerrero, a celebrar las fiestas patrias por el bicentenario de la Independencia. El 16 de septiembre, al estar a bordo de un kayak en el lago artificial del hotel, cayeron la víctima y su novia al agua, cuando ésta se encontraba electrificada. Los amigos intentaron salvarlos; sin embargo, sólo la novia pudo subirse de nuevo al kayak. Después de 20 o 25 minutos, los empleados del hotel lograron desconectar la energía eléctrica, no obstante que de inmediato habían sido notificados del suceso por los huéspedes. En este lapso, la víctima continuó dentro del agua, pues quienes intentaban rescatarlo no podían, por sufrir fuertes descargas eléctricas.

Una vez apagada la electricidad, sacaron a la víctima del agua, y los huéspedes del hotel, que se ostentaron como médicos le dieron los primeros auxilios. Después, trasladaron a la víctima a la clínica del hotel, donde la doctora de guardia le proporcionó la atención médica. Entre 30 y 60 minutos tardó en llegar la ambulancia; sin embargo, se acreditó en el proceso que al momento en que ésta llegó al hotel, la víctima ya había fallecido, a causa de electrocución en conductor húmedo (agua).

Como consecuencia de ello, los padres de la víctima interpusieron una demanda de responsabilidad civil en contra del hotel, reclamando una indemnización por el daño moral causado. Después de seguir la secuela procesal correspondiente, llegó el asunto a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde se emitió la sentencia materia del presente trabajo.

Ahora bien, la sentencia del Amparo directo 30/2013, materia de este estudio, retomando la doctrina y la constante jurisprudencia de la propia Corte, realiza el estudio de la procedencia de la responsabilidad civil ana-

lizando sus tres elementos tradicionales, los cuales son abordados de la siguiente manera:

1. *Hecho ilícito*

La sentencia señala que es necesario para que surja la responsabilidad civil extracontractual, como en el presente caso, “el comportamiento negligente de la persona obligada a indemnizar” (AD30/2013, 58), y agrega que “la conducta del responsable será ilícita cuando incumpla con alguna obligación legal a su cargo” (AD30/2013, 58), y

... la conducta también será ilícita cuando el responsable sea negligente. La negligencia presupone un deber de cuidado incumplido, es decir, que el quejoso (quizá debió de haber dicho el demandado o el causante del daño) deja de realizar aquellos actos de cuidado a los que se encuentra obligado, causándose así un daño (AD30/2013, 58).

Respecto al tema de las obligaciones legales a cargo del hotel demandado, la sentencia establece que en el presente caso se incumplieron las establecidas en:

- Artículo 61, IV, de la Ley General de Turismo.¹
- Artículo 1, fracción I, de la Ley Federal de Protección al Consumidor.²
- La Norma Oficial Mexicana NOM-011-TUR-2001, requisitos de seguridad, información y operación que deben cumplir los presta-

¹ Los turistas, con independencia de los derechos que les asisten como consumidores, tendrán en los términos previstos en esta Ley, los siguientes derechos: IV. Recibir del prestador de servicios turísticos, los bienes y servicios de calidad, acordes con la naturaleza y cantidad de la categoría que ostente el establecimiento elegido.

² Son principios básicos en las relaciones de consumo: I. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos.

dores de servicios turísticos de Turismo de Aventura, en particular los artículos 5.1³ y 6.1.⁴

Además de lo anterior, de los hechos considerados como probados por la Suprema Corte, se observa que la demandada desplegó una serie de conductas ilícitas por negligentes, que se sintetizan de la siguiente manera a partir de la página 72 de la sentencia:

- a) mantenimiento insuficiente de las instalaciones y omisión de medidas de seguridad en su uso. La empresa demandada omitió el mantenimiento adecuado de las instalaciones y medidas de seguridad para verificar que el lago artificial del hotel se encontrara en las condiciones óptimas para su uso, y que de esta manera no significara un riesgo para los usuarios. La sentencia señala que “Si la empresa hubiera cumplido con los deberes que tenía a su cargo, entre otros, si hubiere dado mantenimiento a la bomba de agua, el lago artificial jamás habría estado electrificado, evitándose así la muerte” (AD30/2013, 56);
- b) omisión de capacitación del personal; la empresa demandada omitió la capacitación del personal ante el riesgo que significa las actividades acuáticas dentro de las instalaciones, lo cual quedó evidenciado con los siguientes elementos:
 - i) ineficaz respuesta del personal del hotel, pues no actuó con diligencia en auxiliar a la víctima, ya que la energía eléctrica se cortó y fue sacada la víctima del lago en un periodo de entre 20 y 30

³ El prestador de servicios turísticos debe observar las medidas de seguridad antes y durante la prestación del servicio, a efecto de brindar mayor seguridad a la integridad física del turista conforme a los términos previstos en esta norma, para lo cual los prestadores de servicios turísticos de turismo de aventura deben ofrecer a la llegada del turista toda la información respectiva.

⁴ Para desempeñar este tipo de actividades, los prestadores de servicios turísticos deben contar con lo siguiente: *a)* programas de capacitación y actualización para el personal por cada una de las actividades que se ofrecen, en los cuales, además de contemplar los temas relevantes de la actividad propia, se consideren aspectos sobre los recursos naturales y patrimonio cultural; *b)* manuales de seguridad y atención de emergencias por cada actividad que se ofrece; *c)* seguros contra accidentes y gastos médicos; *d)* reglamento interno; *e)* manuales de operación para los guías; *f)* programa y bitácora de mantenimiento del equipo utilizado en cada actividad.

- minutos, lo que demuestra que no existía protocolo de actuación ni capacitación ni instrucción suficiente para actuar frente a una eventualidad;
- ii) atención médica inadecuada; no había personal en el lago para brindarle los primeros auxilios, no obstante que habían pasado entre 20 y 30 minutos, “de esta manera, la atención médica que se le pudo brindar fue hasta que lo trasladaron a la clínica del hotel” (AD30/2013, 74), y
- c) conducta de la empresa frente a la eventualidad; no se brindó trato digno a los familiares, no informó el médico del hotel que el joven no presentaba signos vitales; nadie los acompañó al hospital, “ni tampoco algún acercamiento para tratar de verificar el estado de salud de la víctima” (AD30/2013, 75).

2. *Daño moral*

La sentencia se basa en la primera parte del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, que indica que “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”. En el caso concreto, éste consistió en la afectación a los sentimientos y afectos de los promoventes del juicio —ambos padres—, por la muerte de su hijo lo cual, además de ser acreditado por la presunción de que la víctima era el hijo único de los actores, se probó directamente con los dictámenes psicológicos derivados del fallecimiento de su hijo; “por lo tanto —establece la sentencia en comento— se tiene plenamente probado el daño en sus afectos y sentimientos” (AD30/2013, 80).

3. *Nexo causal*

Señala la sentencia que el tercer elemento de la responsabilidad civil consiste en que el daño debe ser una consecuencia del hecho ilícito que se atribuye al demandado, de manera que “es necesario que el daño ex-

perimentado sea consecuencia de la conducta del agente” (AD30/2013, 80-81).

Dice la sentencia que

en el caso, el daño consistió en la afectación en los sentimientos de los actores derivada de la muerte de su hijo *victima*, la cual se produjo porque el lago donde cayó se encontraba electrificado debido a la conducta negligente de la empresa, consistente en no dar mantenimiento a la bomba que provocó que se electrificara el lago. Por tanto, es claro que la relación entre el hecho ilícito y el daño se encuentra plenamente acreditada (AD30/2013, 82).

4. *Introducción de los daños punitivos*

Ahora bien, una vez acreditados los elementos de la responsabilidad civil, la sentencia procede a determinar el monto de la compensación derivada del daño moral, y es aquí donde introduce el tema de los “daños punitivos”.

Debe aclararse que es la primera sentencia que trata el tema de los daños punitivos en México, y así, introduce al debate jurídico nacional y esta fisura reconoce inclusive de forma implícita la propia sentencia la originalidad.

Para analizar cómo es que la sentencia introduce los daños punitivos y qué entiende por ellos, debemos considerar conjuntamente las tesis que generó el asunto que tienen relación con el tema⁵ y el texto de la resolución.

La primera tesis (número 2006958, 2014) señala:

DAÑOS PUNITIVOS. CONCEPTUALIZACIÓN DE SUS FINES Y OBJETIVOS. Mediante la compensación del daño se alcanzan objetivos fundamentales en materia de retribución social. En primer lugar, al imponer a la responsable la obligación de pagar una indemnización, la víctima obtiene la satisfacción de ver sus deseos de justicia cumplidos. Así, mediante la compensación, la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable. Por otra parte, la compensación

⁵ El asunto generó 20 tesis; sin embargo, solamente tres tienen relación con el tema de los daños punitivos.

tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas, lo que prevendrá conductas ilícitas futuras. Así, dicha medida cumple una doble función, ya que las personas evitarán causar daños para evitar tener que pagar una indemnización y, por otra, resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para evitar causar daños a otras personas. A dicha faceta del derecho de daños se le conoce como “daños punitivos” y se inscribe dentro del derecho a una “justa indemnización”.

Desgraciadamente, de su lectura no se desprende una clara conceptualización de los mismos, por lo que analizando y sintetizando lo que la sentencia señala entre sus páginas 83 y 91, podemos obtener lo siguiente:

La sentencia señala en la parte conducente que la indemnización a cuyo pago se condena como compensación por los daños ocasionados tiene dos aspectos:

- a) a través de ella se alcanzan objetivos fundamentales en materia de retribución social, pues “mediante la compensación la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable”;
- b) efecto disuasivo de la compensación, pues señala que debe ser más barato prevenir que indemnizar. Es aquí donde se inserta la faceta que se conoce como “daños punitivos”, desaprobando a las personas que actúan ilícitamente, según lo señala en su parte final la tesis arriba anotada.

Deben señalarse dos aspectos, según indica la sentencia:

- 1) En ocasiones, limitar el pago de los daños a su simple reparación significaría que el responsable se enriquezca a costa de la víctima:⁶ “lo anterior en tanto las conductas negligentes en muchas ocasiones pretenden evitar los costos de cumplir con los deberes que exigen tanto la ley como los deberes generales de conducta” (AD30/2013, 88).

⁶ La doctrina francesa habla de *faute lucrative* —culpa lucrativa—, una culpa donde las consecuencias rentables para su autor no son neutralizadas por una simple reparación de los daños causados; lo que se propone en Francia es que la indemnización considere las ganancias ilícitas (Viney y Jourdain 2010).

- 2) Los daños punitivos tienden a prevenir hechos similares en el futuro, imponiendo incentivos negativos para que se actúe con la debida diligencia.

Para fundamentar estos daños punitivos, la sentencia lo hace en el artículo 1916, cuarto párrafo, del Código Civil del Distrito Federal, que señala: “El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso”. Es aquí donde se inserta la segunda tesis (número 2006959, 2014):

DAÑOS PUNITIVOS. ENCUENTRAN SU FUNDAMENTACIÓN LEGAL EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. El carácter punitivo de la reparación del daño se deriva de una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. Dicho artículo dispone que en la determinación de la “indemnización”, se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la responsable. De esta forma, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deberán ponderarse en el cuántum de la indemnización. Como se puede observar, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño. Tal conclusión también se deriva de los antecedentes legislativos que dieron lugar a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1982.

De esta forma, dice la sentencia, cuando el Código establece que deberán considerarse para cuantificar la indemnización, entre otros aspectos, el grado de responsabilidad del causante, es una forma de “sancionar al culpable”.

Debemos hacer aquí una precisión importante, sobre la que ahondaremos líneas más adelante, relativa a que los “daños punitivos” que plantea la Suprema Corte de Justicia de la Nación corresponde a un aspecto a considerar para la cuantificación de la indemnización. Esto es, el artículo 1916 transcrito líneas arriba, señala varios aspectos que debe el juez con-

siderar para determinar el monto de la indemnización, y entre ellos se encuentra el grado de responsabilidad.

Esta parte de la indemnización no enriquece injustamente a la víctima, según señala la tercera tesis (número 2006805, 2014):

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS. EL CARÁCTER PUNITIVO DE LA REPARACIÓN NO ENRIQUECE INJUSTAMENTE A LA VÍCTIMA. Una indemnización que tenga en cuenta además del daño sufrido, el grado de responsabilidad del causante, no enriquece injustamente a la víctima. En efecto, el enriquecimiento ilegítimo tiene como presupuesto que no exista alguna causa legítima para enriquecerse, siendo que en el caso la compensación se encuentra plenamente justificada a partir del derecho a una justa indemnización. Dicho derecho ordena que todas las personas que sufran daños sean resarcidas integralmente, por lo tanto, si al tomar en cuenta el grado de responsabilidad del causante se busca resarcir plenamente a la víctima, dicha indemnización se encontrará plenamente justificada.

Esto lo hace sin duda la Primera Sala “curándose en salud”, pues es uno de los argumentos más comunes esgrimidos en contra de los daños punitivos.

Termina el apartado de la sentencia diciendo: “En conclusión, el monto de la indemnización que se fije como compensación por el daño sufrido por la víctima debe ser suficiente para resarcir dicho daño y reprochar la indebida conducta del responsable” (AD30/2013, 91).

Con todo lo anterior, podemos concluir provisionalmente algunos puntos. Primero, la figura jurídica de los “daños punitivos” a que se refiere la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo aplica en materia de daño moral, al tener su fundamento en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. Segundo, que los “daños punitivos” a que se refiere la sentencia consisten en apreciar la conducta del demandado para calcular el monto de la indemnización por daño moral, ya que “en la determinación del cuántum compensatorio también deberá valorarse el grado de responsabilidad de la parte demandada, así como el aspecto social del daño causado, esto es, la relevancia o implicaciones sociales que puede tener el hecho ilícito” (AD30/2013, 94).

Como consecuencia de lo anterior, el monto de los “daños punitivos” no se determina de forma independiente y separada del resto de la indemnización; es decir, de la parte puramente compensatoria de la condena,

pues de hecho ni siquiera se determina o cuantifica esa “parte punitiva”, lo cual es resaltado en los votos concurrentes a la sentencia, formulados por los ministros Cossío y Pardo, pues, por el contrario, la “parte punitiva” es un concepto —entre otros— que integra el monto de la cantidad total a pagar por concepto de indemnización compensatoria.

Así las cosas, pareciera que la sentencia pretende hacer alusión a la figura de los *punitive damages* que se aplica en los países de tradición jurídica anglosajona, pues al menos el término corresponde a la traducción literal de la expresión utilizada por la sentencia y las tesis: “daños punitivos”.

III. PUNITIVE DAMAGES

Primeramente, debemos aclarar que el término *punitive damages* no hace referencia a una figura homogénea dentro de los países del sistema jurídico del *common law*, sino que, por el contrario, cada país ha ido desarrollando una visión propia de los mismos, con diferentes alcances y límites; sin embargo, poseen algunos elementos comunes. En términos generales, los *punitive damages* son aquellos daños que se condenan cuando la conducta del demandado ha sido tan indignante —ya sea por la forma en que se comportó al momento de cometer el hecho generador de responsabilidad, o por su conducta posterior— que amerita una sanción (Brooke 2009). De forma semejante, Prosser (2010) indica que consisten en una suma adicional, por encima de la compensación por el daño sufrido, otorgada con el propósito de castigar al demandado o amonestarle, para que no vuelva a cometer la conducta y para disuadir a otros a seguir su ejemplo.

Esto es, los daños punitivos son aquellos que se otorgan por encima de lo necesario para compensar al reclamante. Al otorgar una indemnización por daños punitivos, además de hacer su desaprobación de su comportamiento, el juez o el jurado buscan principalmente castigar al acusado y disuadir a él y a otros de una conducta extraña similar (Wilcox 2009), es una *sanción con fines ejemplarizantes* (García y Herrera 2003, 213).

Se condenan estos daños en aquellos casos donde se considera que la mera compensación es insuficiente, casos en donde la conducta del demandado ha sido tan indignante que amerita que se castigue (Brooke 2009), de manera que se busca sancionar al dañador que actuó consciente o gravemente imprudente en la violación de los derechos del otro (McBride y Bagshaw 2018). Dicen García y Herrera que “el daño punitivo tiene

como propósito castigar a quien produce un mal y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina, es decir, el daño punitivo se toma más como una sanción que como una indemnización” (García y Herrera 2003, 215), de manera que sólo se puede otorgar una indemnización por daños punitivos si el monto que se otorga en concepto de compensación es insuficiente para servir como castigo y compensación (Wilcox 2009).

Esta figura hace su aparición en Inglaterra en 1760, durante una serie de casos, donde el gobierno trató de suspender la publicación de un periódico asociado a un político de la época. Los abusos sufridos en las injerencias ilícitas de la autoridad de los funcionarios públicos y en ausencia de una ley específica, los jueces ingleses otorgaron daños no compensatorios, sin preocuparse demasiado por su clasificación (Brooke 2009).

Para efectos del presente trabajo, consideraremos exclusivamente para su análisis, la regulación de los *punitive damages* en Inglaterra y en Estados Unidos; unos, por ser los primeros que surgieron, y por ser una referencia en los países del *common law*, y los otros, por ser nuestro país vecino del norte, más cercado físicamente y con cierta influencia jurídica sobre nuestro entorno.

1. *Punitive damages* en Inglaterra

Sin detenernos en la evolución histórica de los *punitive damages*, pues excedería los límites de este trabajo, podemos decir que la reglamentación actual de los *punitive damages* o *exemplary damages*, como suelen ser denominados en Inglaterra, deviene principalmente del caso *Rookes vs. Barnard* (1964) de la *House of Lords*, que estableció sus límites y requisitos (Wilcox 2009).

Según esta sentencia, una condena por *exemplary damages* solamente procede en los siguientes casos:

- a) el demandado es un ente público y actuó de una forma arbitraria, opresiva o inconstitucional, al causar el daño;⁷

⁷ Nótese que, en nuestro país, ambas salas de la Suprema Corte de Justicia se han pronunciado en contra de la procedencia de los daños punitivos en los casos en que el Estado es el demandado. Véase la tesis 2018607: DAÑOS PUNITIVOS. ES INAPLICABLE

- b) el demandado causó el daño porque calculó que haría más dinero cometiendo el daño que el que pagaría en una indemnización, es decir, su ganancia es superior a la indemnización que eventualmente pagaría. Para esto, la House of Lords dijo:

Quando un acusado con un cínico desprecio por los derechos de un demandante ha calculado que el dinero que se obtendrá de su delito probablemente superará los daños en riesgo, es necesario que la ley demuestre que no se puede romper con impunidad (*Rookes vs. Barnard* 1964).

La sentencia señaló que deben considerarse tres situaciones al momento de calcular la condena por *exemplary damages*.⁸

- a) el demandante debe ser víctima de una conducta punible, es decir, una conducta jurídica y socialmente reprochable;
- b) el principio de moderación. El monto debe ser el mínimo necesario para mantener el propósito de los daños: castigar y disuadir, ya que los *exemplary damages* son un arma para proteger la libertad, y no debe ser usada contra ella, y
- c) los medios (posibilidades) económicas del demandado, a fin de que sea una cifra proporcional a sus circunstancias económicas concretas.

En palabras de Salvador, este caso de 1964 casi declara abolidos los *punitive damages*, “por considerarlos incompatibles con la naturaleza estrictamente compensatoria de la indemnización de daños y perjuicios” (Salvador 2000, 5).

Adicionalmente, la sentencia *Rookes vs. Barnard* (1964) realizó una interesante distinción entre los *exemplary damages* y los *aggravated damages*. Éstos, al contrario de los *exemplary*, son considerados compensatorios, y procede su condena cuando el dañante demostró una conducta arrogante y arbitraria, ya sea en el momento de cometer los daños o en la forma en que trató a la víctima después de cometido el daño (McBride y Bagshaw 2018).

ESTA FIGURA EN LOS CASOS EN QUE EL ESTADO ES LA PARTE DEMANDADA; y en casos de responsabilidad pública, véase 2017134: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. ES IMPROCEDENTE LA CONDENAL AL PAGO DE DAÑOS PUNITIVOS.

⁸ Pues el mero hecho de que se cumplan las anteriores categorías no es garantía de obtener una condena punitiva (Wilcox 2009, 25).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 221-242.

Generalmente, se consideran dos requisitos para la procedencia de los daños punitivos:

- a) Conducta excepcional, insultante, insolente de parte del demandado al cometer el hecho generador del daño o en los momentos subsecuentes a ello.
- b) Angustia sufrida por la víctima (Sebok y Wilcox 2009, 259).

2. *Punitive damages en los Estados Unidos*

Como se adelantaba líneas arriba, a pesar de que el sistema de los daños punitivos en los Estados Unidos deriva del derecho inglés, se ha desarrollado de forma independiente de él, y ha tenido una evolución propia (Koziol 2009).

Los *punitive damages* son definidos en el *Restatement of Torts* (The American Law Institute 2000) como aquellos daños, además de los compensatorios o nominales, otorgados contra una persona para castigarla por su conducta indignante y para disuadir a ella y a otros como ella de una conducta similar en el futuro. Asimismo —añade el *Restatement*—, los daños punitivos pueden otorgarse por una conducta que es indignante, debido al malvado motivo del acusado o su indiferencia imprudente hacia los derechos de los demás. Al evaluar los daños punitivos —termina diciendo el *Restatement*—, el investigador puede considerar adecuadamente el carácter del acto del demandado, la naturaleza y el alcance del daño al demandante que el acusado causa o la intención de causar y la riqueza del acusado.

Como se desprende de la simple lectura del concepto, su finalidad es castigar al demandado por su conducta indignante y prevenirla en el futuro. En palabras de Sebok (2009, 155):

... un jurado (o juez, bajo ciertas circunstancias) puede, a su discreción, condenar daños punitivos en los casos en que se encuentre que el acusado ha lesionado intencional o maliciosamente al demandante, o en el cual la conducta del acusado reflejó una conducta consciente, imprudente, voluntaria, indiferente u opresiva de los derechos o intereses del demandante. Ningún Estado permite daños punitivos en una demostración de simple o mera negligencia.

De esta forma, los punitive damages pueden ser impuestos, según la tradición estadounidense, cuando el demandante se comportó de manera intencional o maliciosa, o cuando su conducta refleja una conciencia, temeraria, sin sentido u opresiva, indiferencia hacia los derechos o intereses de la víctima, sin que puedan ser impuestos en casos de mera negligencia.

Los *punitive damages* son actualmente uno de los temas más controversiales del derecho de daños en los Estados Unidos (Sebok 2009), sumado a que la multiplicidad de jurisdicciones estatales impiden hacer una teoría general de los *punitive damages*, e inclusive cinco estados los prohíben (Louisiana, Massachusetts, Nebraska, Nueva Hampshire y Washington).⁹

El monto de los *punitive damages* es determinado por el jurado según las consideraciones de seriedad del actuar y gravedad del daño y el patrimonio del deudor, tratando siempre de que su monto sea el razonablemente necesario “to vindicate de state’s legitimate interest in punishment and deterrence” (*BMW of North America Inc. vs. Gore* 1996).

La constitucionalidad de los daños punitivos ha sido cuestionada constantemente, sobre todo en relación con la XIV Enmienda, sección primera, que señala: “tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria”. Para valorar la constitucionalidad de los daños punitivos, se han establecido los siguientes criterios (*BMW of North América Inc. vs. Gore* 1996; Salvador 2000, 6):

- a) El grado de reprochabilidad de la conducta del demandado, lo cual es quizá el más importante indicio de la razonabilidad de la condena por daños punitivos. Tal como lo ha establecido la Corte desde hace cerca de 150 años, los daños punitivos deben reflejar la dimensión de su ofensa —*the enormity of his offense*— (*BMW of North America Inc. vs. Gore* 1996).
- b) Razonabilidad de la relación entre el importe de los daños compensatorios y los daños punitivos. La segunda y quizá el indicio más citado de una condena por daños punitivos irracional o excesiva es la *ratio* del daño infringido al demandado. El principio de que

⁹ Massachusetts y Washington sólo los permiten si hay una ley específica que los conceda.

los daños punitivos deben tener una *reasonable relationship* con los daños compensatorios tiene un *long pedigree* (*BMW of North America Inc. vs. Gore* 1996).

En este punto, es interesante señalar una resolución de la Corte Suprema de los Estados Unidos (*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs. Campbell* 2003), que establece que una *ratio* superior a un dígito (es decir, que los daños punitivos excedan en diez veces los daños compensatorios), solamente sería justificable en casos claramente excepcionales (Ruiz 2007). Lo normal es que la *ratio* entre los daños compensatorios y los daños punitivos no sea específicamente grande, ya que los pocos casos donde se eleva son en su mayoría reducidos en apelación, y en muchos casos finalmente prevalece de 1:1 (Sebok 2009).

- c) El alcance de las sanciones penales establecidas por las leyes para conductas similares, pues “el comparar el monto de la condena por daños punitivos y las penas civiles o penales que podrían imponerse a una conducta similar, provee un tercer indicio de exceso en la condena” (*BMW of North America Inc. vs. Gore* 1996). Si existe una diferencia considerable entre las penas establecidas para casos similares y el monto impuesto por concepto de daños punitivos, puede evidenciar una inconstitucionalidad por violación a la XIV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que arriba indicamos.

Estadísticamente, el 85% de los casos de condena por daños punitivos se concentra en dos tipos de asuntos: daños intencionales y *financial torts*. El menor porcentaje está en daños personales por grave negligencia, responsabilidad por productos defectuosos o responsabilidad médica (Sebok 2009, 158).

El doctrinista español Pablo Salvador (2000) sintetiza los aspectos esenciales de los *punitive damages* en los siguientes puntos:

- a) Todos los estudios coinciden en que la proporción y el importe de los veredictos condenatorios de *punitive damages* son bajos.
- b) El importe de la indemnización sancionatoria covaría con la gravedad del daño.

- c) El número e importe de las indemnizaciones de *punitive damages* varía significativamente en función de la jurisdicción.
- d) Los mayores incrementos en los veredictos sancionatorios tienen lugar en pleitos contra empresas por pérdidas puramente económicas causadas dolosamente y no en casos de reclamos por daños corporales.
- e) Los veredictos son frecuentemente objeto de revisión judicial; sólo la mitad resultan confirmados en apelación.
- f) La media aritmética de las indemnizaciones en los casos de reclamaciones contra empresas duplica la media en los casos contra particulares.
- g) Los daños punitivos sancionan conductas antisociales, pues por lo general no se conceden en casos de mera negligencia o culpa.
- h) Hay una relación significativa entre su importe y el rol social del demandado.

Finalmente, debemos resaltar que los *punitive damages*, tanto en derecho inglés como en el estadounidense, son considerados además de los compensatorios, es decir, se calculan separadamente unos y otros.

Podemos concluir que, en Inglaterra, actualmente, los daños punitivos sólo proceden en casos muy concretos y con reglas más o menos específicas, mientras que en los Estados Unidos proceden en cualquier ámbito de reclamación de *torts*, aunque estadísticamente se concentren en ciertas materias, según dejamos anotado.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO

Para entender correctamente la nueva figura introducida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debemos partir de que no es lo mismo el hecho de considerar la conducta del demandado como un aspecto para cuantificar el monto de la condena por daño moral —tema señalado por la sentencia materia del presente comentario— que los *punitive damages* del derecho anglosajón.

Analizando conjuntamente lo señalado por el Código Civil del Distrito Federal y la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aquí comentada, podemos ver que los “daños punitivos”

a que se refiere la sentencia y los correspondientes criterios no coinciden con los *punitive damages* de la jurisprudencia estadounidense y británica.

En efecto, el artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal arriba transcrito señala que deberá considerarse para calcular el monto de la indemnización por daño moral, entre otros aspectos, el grado de responsabilidad del demandado; esto es, se trata de un elemento entre varios (los derechos lesionados, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso), a considerar para determinar la indemnización (Flores 2017), exclusivamente en el tema del daño moral.

Estamos ante la situación de tomar en cuenta aquí el grado de responsabilidad del demandado; es decir, la gravedad de su conducta, de modo que ante un eventual caso donde la conducta del demandado fuera una negligencia sumamente grave, deberá incrementarse la indemnización respecto a un caso donde sólo mostró una culpa leve. Creemos que esto es, en pocas palabras, lo que propone la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo cual nos parece correcto, considerando la literalidad del artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal; sin embargo, consideramos que esto está lejos de equipararse a los *punitive damages* de la jurisprudencia anglosajona.

Esto es, lo que señala el Código Civil para el Distrito Federal es un factor a considerar, entre otros, con el fin de fijar la indemnización compensatoria del daño moral causado, ya que ni la Ley ni la propia sentencia permiten imponer una eventual indemnización que supere el monto del daño efectivamente causado, pues ello contravendría el texto de los artículos 1910 y 2110 del Código Civil del Distrito Federal.

En la mayoría de los países que comparten nuestra tradición jurídica de origen latino, la función principal de la responsabilidad civil consiste en asegurar a la persona lesionada la reparación del daño (Viney y Jourdain 2010); esto es, “la función primaria de todo sistema de responsabilidad civil es de naturaleza reparatoria o compensatoria: proporcionar a quien sufre un daño injusto los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o compensación” (Reglero 2006, 75).

De esta forma, tenemos que, en principio, la responsabilidad civil no está llamada a cumplir una función preventiva ni punitiva, ya que “es indiscutible que, en lo fundamental, la función disuasoria de las conductas potencialmente dañosas que alcancen un determinado grado de intolerancia

bilidad corresponde a los órdenes penal y administrativo” (Reglero 2006, 82), sin perjuicio de que una y otra función pueda desempeñar un papel secundario o complementario (Reglero 2006).

Consideramos que ésta debe ser entonces la función principal de la responsabilidad civil: reparar los daños causados, según lo establece el artículo 1910 del Código Civil del Distrito Federal, mientras que la punición o prevención serán consecuencias secundarias o colaterales.

Bajo esta lógica es que debemos ubicar la interpretación del Código Civil para el Distrito Federal, en particular del artículo 1916, pues el tema de la gravedad de la culpa se inserta en el tema de la cuantificación del monto de la indemnización, cuando señala que “El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta...”.

Esto es, la idea de indemnización (reparación) del daño va de la mano de la preminencia, al menos de facto, de la indemnización pecuniaria (Viney y Jourdain 2010). Sin embargo, en el caso particular de los daños morales, la reparación en sentido estricto —sea en dinero o por cualquier otra vía— resulta frecuentemente imposible y, en todo caso, se deberá acudir a la idea de “satisfacción” o de “consolación” dada la víctima, para contrarrestar los desagradados y sufrimientos padecidos (Viney y Jourdain 2010).

Es diferente la indemnización por daños punitivos, en el sentido empleado por los sistemas jurídicos anglosajones (superior a los daños realmente sufridos por la víctima) que una valoración de los daños con un criterio que incluya la gravedad de la culpa. Según dejamos anotado líneas arriba, en el *common law* los daños puramente compensatorios son cuantificados separadamente de los punitivos, mientras que en nuestro sistema el tema de la conducta del demandado es un aspecto a ser considerado para determinar una indemnización única, que según anotamos también líneas arriba, está limitada a los daños sufridos, según los artículos 1910 y 2110 del Código Civil para el Distrito Federal.

Dice Ricardo de Ángel (2012) que el daño puede ser valorado, al llevar a cabo la estimación, mediante criterios distintos, y por ello compensado con una cantidad diversa (superior) en el caso de una culpa mayor; pero eso es muy diferente a los *punitive damages* del derecho estadounidense (Vargas 2004).

Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación habla de que la responsabilidad civil tiene una función castigadora, no debe entenderse

desde una perspectiva que comprenda un sobre, pago de un daño, sino que se refiere a que ese pago por el daño causado en sí mismo —y nada más que ese daño causado— tiene una función punitiva, precisamente por esa obligación de pago, no por una suma extra con carácter sancionador, como sí lo hace el sistema anglosajón.¹⁰

Ahondando en esta línea de pensamiento, Viney y Jourdain (2010) dicen que dentro de la idea de pena privada hay varias opciones. La más típica es la de los *punitive damages*; pero hay otras diversas, de manera que no toda figura que considere la conducta del demandado para agregar al monto de la indemnización es un daño punitivo, y mucho menos en el sentido que el derecho estadounidense. De forma que considerar el elemento punitivo de la conducta del responsable en la tasación del daño no necesariamente equivale a un daño punitivo en el sentido estadounidense e inglés, a un daño extracompensatorio.

Finalmente, debemos resaltar que todo el argumento y razonamiento de la sentencia en comento gira en torno al artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, lo cual ubica a los “daños punitivos” en el exclusivo ámbito de los daños morales, no habiendo precepto alguno que permita su aplicación o, al menos, la consideración de la conducta del demandado, a los daños puramente patrimoniales, lo cual es otro aspecto que marca una profunda diferencia con los *punitive damages* del sistema anglosajón.

De esta forma, podemos concluir que lo que señala la sentencia dictada en el Amparo directo 30/2013 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no son *punitive damages* en el sentido de la jurisprudencia estadounidense e inglesa, sino que se refiere más bien al aspecto punitivo —secundario, según anotamos— de la reparación del daño moral, lo cual estará siempre determinado o limitado por la función

¹⁰ Parece que así es la interpretación dada por la propia Primera Sala de la Suprema Corte al resolver los amparos directos 35/2014 y 39/2015, y en especial el Amparo directo en revisión 593/2015, que en su párrafo 116 señala: “En ese tenor, si bien en los amparos directos 30/2013 y 31/2013, esta Suprema Corte aceptó la aplicabilidad de la faceta de los «daños punitivos» al indemnizar el daño moral previsto en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, eso se hizo en atención a las propias reglas de la reparación de ese tipo de daño que permite adecuar la faceta punitiva a las peculiaridades y hechos de cada caso concreto”.

primaria indemnizatoria, reparatoria o compensatoria de la responsabilidad civil.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁNGEL, Ricardo de. 2012. *Daños punitivos*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters.
- BROOKE, Sir Henry. 2009. "A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages", en KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanessa (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Viena, Springer, Viena-Nueva York.
- FLORES, E. Lucía. 2017. "Evolución histórica del daño moral a daños punitivos", *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, vol. XXXVI.
- GARCÍA, Laura Victoria y HERRERA, María Carolina. 2003. "El concepto de los daños punitivos o *punitive damages*", *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* 5 (1).
- KOZIOL, Helmut. 2009. "Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal heaven or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions", en KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanessa (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law perspectives*, Viena, Springer, Viena-Nueva York.
- MCBRIDE, Nicholas J. y BAGSHAW, Roderick. 2018. *Tort Law*, Londres, Pearson.
- MUÑOZ, Edgardo y VÁZQUEZ-CABELLO, Rodolfo. 2019. "New Punitive Damages in Mexican Law- Or the Chronicle of a Failed Legal Transplant Foretold?", *Hastings International and Comparative Law Review*, 42 (203).
- PROSSER, William L. *et al.* 2010. *Torts, Cases and Materials*, Nueva York, Thomson-Reuters.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando. 2006. "Conceptos generales y elementos de delimitación", en REGLERO CAMPOS, L. Fernando (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Cizur Menor.
- RUIZ, Juan Antonio. 2007. "Otra vuelta de tuerca a los daños punitivos", *In Dret*, núm. 2.
- SALVADOR, Pablo. 2000. "Punitive damages", *InDret*, núm. 1.

- SEBOK, Anthony J. 2009. "Punitive Damages in the United States", en KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanessa (eds.), *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, Springer, Viena-Nueva York.
- SEBOK, Anthony J. y WILCOX, Vanessa. 2009. "Aggravated damages", en KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanessa (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law perspectives*, Springer, Viena-Nueva York.
- The American Law Institute. 2000. *A Concise Restatement of Torts*, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers.
- VARGAS, Jorge A., 2004. "Moral Damages under the Civil Law of Mexico. Are These Damages Equivalent to U.S. Punitive Damages?", *Miami Inter-American Law Review*, 35 (183).
- VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. 2010. *Les effets de la responsabilité*, París, Librairie General de Droit et Jurisprudence.
- WILCOX, Vanessa. 2009. "Punitive damages in England", en KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanessa (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Viena-Nueva York.

MALEABILIDAD DEL COTO VEDADO EN LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA FRENTE A LA INSEGURIDAD PÚBLICA. LOS CASOS DE MÉXICO Y COLOMBIA*

MALLEABILITY OF FORBIDDEN LIMITS ON CITIZEN PARTICIPATION REGARDING PUBLIC INSECURITY. THE CASES OF MEXICO AND COLOMBIA

Joaquín ORDÓÑEZ**

Enrique URIBE ARZATE***

RESUMEN: Se aborda la relación entre los postulados de la teoría democrática del “coto vedado” y la participación ciudadana frente a la inseguridad social, ya que dicha teoría postula límites en el ejercicio de la democracia para la toma de decisiones, ya sean públicas o privadas, que deben ser realizadas teniendo en cuenta los límites infranqueables que constituyen el llamado “ámbito de negociación”, constituido por aspectos inamovibles dado su carácter fundamental o axiológico. Esos límites y ese “ámbito” de lo negociable representan, *contrario sensu*, una posibilidad de tomar decisiones (y de actuar) por parte de agentes de la sociedad (generalmente ciudadanos, pero pueden también ser gobernantes) a efecto de corregir problemas sociales, como la inseguridad. El punto de

ABSTRACT: It addresses the relationship between the postulates of the democratic theory of the “coto vedado” (forbidden limits) and citizen participation in the face of social insecurity, since this theory postulates certain limits in the exercise of democracy, for decision making, whether public or private, which must be made taking into account the insurmountable limits that constitute what has been called the “ámbito de negociación” (negotiating area) constituted by immovable aspects given their fundamental or axiological character. These limits and that “ámbito” (area) of the negotiable represent, on the contrary, a possibility to make decisions (and to act) on the part of certain agents of the society (generally citizens, but also governors) with the desirable effect to correct social problems such as insecurity. The point of discussion about the above is to determine if the “coto vedado”

* Artículo recibido el 14 de marzo de 2017 y aceptado para su publicación el 10 de mayo de 2020. Fue parte de la investigación CB/156846, financiada por el Conacyt y desarrollada por el Cuerpo Académico consolidado “Estudios Constitucionales” de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, y es producto de una estancia de investigación en Unisabaneta, Colombia, del 1o. al 15 de febrero de 2017.

** ORCID: 0000-0002-6447-7188; doctor en derecho; investigador de tiempo completo, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma del Estado de México, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I. Correo electrónico: joaquin.o@me.com.

*** Doctor en derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Correo electrónico: vercigtx@hotmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LII, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 243-270.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

discusión sobre lo anterior consiste en determinar si el coto vedado podría ser maleable o no y, en caso de serlo, determinar si en la realidad podría tener un impacto deseable en la solución de ciertos problemas sociales, para lo que se analizan los casos de inseguridad pública en México y Colombia.

could be malleable or not and, if so, to determine if in reality it could have a desirable impact in the solution of certain social problems, for that, the cases of public insecurity in Mexico and Colombia are analyzed.

Keywords: *Democracy, Coto Vedado, Public Insecurity, Citizen Participation, México, Colombia.*

Palabras clave: democracia, coto vedado, inseguridad pública, participación ciudadana, México, Colombia.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Coto vedado y ámbito de negociación: ¿flexibilidad o rigidez?* III. *Límites estatales y ciudadanos: función del coto vedado.* IV. *Excepción a los límites de la participación ciudadana para el caso de la inseguridad pública.* V. *México y Colombia: casos de excepción al coto vedado.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La inseguridad pública es un problema de actualidad que sufren las sociedades incluso calificadas como democráticas; por ejemplo, la estadística en México muestra que dicho fenómeno se encuentra en un punto preocupante,¹ aunado a que la participación ciudadana actualmente es de una intensidad muy baja,² salvo los casos de organización para combatir la

¹ A nivel nacional se registraron las siguientes tasas de incidencia delictiva de ocurrencia (número de eventos individuales de victimización delictiva reportados) por cada cien mil habitantes: a) año 2010/1, 30,535 eventos; b) año 2011/2, 29,200 eventos; c) año 2012/3, 35,139 eventos; d) año 2013/4, 41,563 eventos; e) año 2014, 41,655 eventos, y f) año 2015, 35,497 eventos; fuente: “Seguridad pública y justicia”, Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/incidencia/>, consultado el 4 de marzo de 2017.

² Tratándose de las elecciones presidenciales en 2000 y 2006, hubo una tendencia a la baja en cuanto a participación, mientras que en 2012 se observó un repunte, ya que la participación ciudadana alcanzó una tasa del 62.08%, lo que representa un crecimiento de 3.85 puntos porcentuales por arriba de 2006; fuente: Instituto Federal Electoral (IFE) 2013, disponible en: *EstudiosInvestigaciones/InvestigacionIFE/Estudio_Censal_Participacion_Ciudadana_2012.pdf*.

delincuencia que han surgido.³ Lo anterior da pauta para la reflexión en torno de la participación ciudadana frente al problema grave de la inseguridad pública, considerando la teoría democrática del coto vedado, que postula la existencia de algunas “zonas” de decisión pública, unas permitidas y otras prohibidas, lo que aplica tanto para los gobernantes como para los gobernados. Significa que ni unos ni otros pueden tomar determinaciones o actuar en aspectos que inciden en la “zona” no permitida, lo que está determinado, de acuerdo con la teoría mencionada, por la cualidad de los aspectos sometidos a la decisión o a la actuación (ya sea del gobernante o del gobernado); por ello, algunos de esos aspectos relacionados con, por ejemplo, los derechos fundamentales, no deben ser sometidos a la voluntad decisoria y conductual de los agentes estatales mencionados. Los ciudadanos están limitados a actuar por sí mismos en los casos cuya actuación se reserva expresamente por la ley para los gobernantes (como la seguridad ciudadana); así, se puede hablar de una cierta “rigidez” en el diseño y estructura de esas “zonas” que constituyen el ámbito de negociación y el coto vedado, y no se podría hablar de prohibición en un determinado aspecto conductual o decisonal en la vida pública estatal si ésta pudiera verse “modificada” por agentes externos a la propia prohibición. Sin embargo, en virtud de que el problema continúa y el Estado no ha logrado resolverlo de forma satisfactoria, lo que se postula en este trabajo es que el coto vedado ya ha sido realmente flexibilizado con la intención de resolver los problemas de seguridad pública. También se analiza la posibilidad de que tal coto pueda ser legítimamente modificable, que pueda ser maleable para erradicar o resolver tales problemas sociales. Desde luego, dicha flexibilidad debe ser revisada en términos del respeto a los derechos fundamentales, aspecto por demás discutible tratándose de las acciones gubernamentales o de la población.

En México ya ha habido manifestaciones de la ciudadanía en el sentido de tomar en sus manos la corrección de ciertos problemas sociales, como la delincuencia y la inseguridad ciudadana; lo anterior se puede evidenciar con las múltiples organizaciones ciudadanas, que van desde los

³ Ya en 2013 se daba la noticia de que grupos de autodefensa tomaron el control de 28 municipios en poder de las policías comunitarias; fuente: UniVisión Noticias. 2017. “Autodefensas en México se extienden: controlan 28 municipios de Michoacán”, disponible en: <http://www.univision.com/noticias/noticias-de-mexico/autodefensas-en-mexico-se-extienden-controlan-28-municipios-de-michoacan>.

letteros en las entradas de comunidades y poblaciones⁴ hasta acciones tanto organizadas como espontáneas,⁵ lo cual ya es una flexibilización de esas “zonas” prohibidas, al ejecutar la ciudadanía —con base en sus propias decisiones— la solución de dichos problemas, y se trata, además, de un caso de participación del ciudadano llevado al extremo. En Colombia, la regulación de los estados de excepción, el estatuto antiterrorista y el derecho a la paz contenidos incluso en su Constitución, son casos de excepción al coto vedado regulados jurídicamente, lo cual constituye un caso paradigmático en comparativa con el mismo fenómeno ocurrido en México.

Los índices agravados de delincuencia significan que el Estado no ha logrado cumplir con uno de sus objetivos, consistente en proporcionar la seguridad ciudadana, lo que deja en un estado de indefensión a la población que, por estar esperando la solución gubernamental que no llega (o que llega deficiente), tiene que sufrir los embates de la delincuencia. Por ello, si se permitiera la maleabilidad del coto vedado en cierto grado, entonces la ciudadanía podría defender sus intereses y contrarrestar los efec-

⁴ En los cuales se pueden leer advertencias que se acercan mucho a amenazas, consistentes en prevenir a los delincuentes de que, para el caso de cometer algún delito o infracción y ser descubiertos por los vecinos, éstos tomarán represalias, que van desde la puesta a disposición de las autoridades (lo cual puede estar dentro del parámetro legal en términos de la legislación penal) hasta aplicar un castigo corporal en el momento en que tal fenómeno ocurra.

⁵ A este respecto, son variados los ejemplos que se pueden encontrar, en los que la comunidad o la ciudadanía han tomado el control de la seguridad pública; por ejemplo: policías comunitarias, sistemas de vigilancia privada y pagada por los mismos habitantes, agrupaciones vecinales apoyadas en mecanismos y estrategias de redes de autoprotección, como “Mi vecino me vigila”, o algunos dispositivos de seguridad privados o de vigilancia privada autofinanciada, e incluso organismos no gubernamentales, como “México unido contra la delincuencia”, o los grupos de autodefensa en Michoacán; también otros que ya se han hecho “justicia” por propia mano, como el caso del “Grupo de élite antirratas”, en octubre de 2016 (banda así autodenominada que amputó las manos a siete presuntos ladrones, y que luego fueron abandonados con las manos mutiladas, en Tlaquepaque, Jalisco); fuente: *El Mundo. Internacional*, “Amputan las manos a siete ladrones en México”, disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2016/10/18/58061152468aeb4138b4644.html>; o el caso del “Vengador anónimo”, en noviembre de 2016 (cuatro hombres que presuntamente asaltaban a usuarios de los camiones de pasajeros que se dirigían de San Mateo Atenco, Estado de México, a la Ciudad de México, fueron asesinados por un viajero al descender de la unidad que asaltaron); fuente: *Excélsior*. 2016. “Asesinados en La Marquesa asaltaban con frecuencia: transportistas”, disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/comunidad/2016/11/01/1125583>.

tos de la delincuencia. La cuestión principal en este trabajo es la siguiente: ¿es legítimo que el coto vedado (y, por ende, el ámbito de negociación) se amplíe o se modifique (se considere maleable), con la finalidad de que la ciudadanía pueda intervenir con mayor intensidad, frecuencia y calidad en la erradicación o solución de la inseguridad ciudadana? Hipotéticamente, si consideramos al coto vedado y al ámbito de negociación como flexibles, entonces la ciudadanía podría intervenir con mayor intensidad y de forma más eficaz en la solución de la inseguridad ciudadana. Para lo anterior, se hace un análisis de lo que significa el coto vedado y el ámbito de negociación, cuestionando su rigidez y su posible flexibilidad, así como la revisión del papel que desempeña en cuanto a los límites estatales y ciudadanos. De ahí, teniendo como foco de atención los actuales fenómenos de violencia e inseguridad pública en México, se reflexiona sobre la posibilidad de excepción a los límites impuestos a la participación ciudadana en cuanto a su intervención en dicho fenómeno, por ser atribución específica del Estado; ello, tomando como parámetro los casos mexicano y colombiano.

II. COTO VEDADO Y ÁMBITO DE NEGOCIACIÓN: ¿FLEXIBILIDAD O RIGIDEZ?

Generalmente, la mayor o menor participación ciudadana es una muestra de la mayor o menor consolidación democrática de un Estado, ya que indica el grado en el que se cumplen los principios democráticos de libertad, igualdad, mayoría, etcétera; y también evidencia la relación existente con la representatividad gubernamental de la ciudadanía. El coto vedado son los límites que hay para el ejercicio de los gobernantes y de los ciudadanos dentro de ese sistema estatal de representación democrática; en palabras de Garzón Valdés: “puede ser definido, en términos generales, como aquel ámbito constitucional que incluye principios y valores cuyo respeto y/o implementación permite asegurar un funcionamiento cabal de la democracia representativa” (Garzón 2003, 57); para que los derechos fundamentales —y otros aspectos de similar valía— no puedan ser trastocados, se impide su negociación bajo el resguardo del coto vedado. El autor sigue diciendo: “el concepto de «coto vedado» en el que han de resguardarse los derechos fundamentales no negociables, como condición necesaria de la democracia representativa. Sólo fuera de este «coto vedado» cabe el disenso, la nego-

ciación y la tolerancia” (Garzón 2000), es decir, quien pretenda abrir la puerta del coto vedado (es decir, flexibilizarlo), para transformar derechos fundamentales en objeto de disenso y negociación, elimina la posibilidad de que la democracia satisfaga la pauta de corrección moral que de ella se espera. Más adelante califica a este coto vedado como “núcleo inviolable”, con lo que el autor deja clara su rigidez.

Cohesionado al concepto de coto vedado está el de “ámbito de negociación”, que hace referencia a la exclusión de algunos temas básicos de la negociación parlamentaria o de la votación ciudadana: “deben ser excluidos de la negociación y el compromiso parlamentarios todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida” (Garzón 2000, 21-22); con esto, se puede considerar la existencia de “zonas” en el diseño y estructura del coto vedado, algunas de ellas prohibidas para la actuación y toma de decisiones de ciertos agentes del Estado (gobernantes y ciudadanos) y otras permitidas; ello, dependiendo de los bienes (básicos o no) que constituyan el contenido de dicha actuación y toma de decisiones. En cuanto a la vigencia efectiva de los derechos en el coto vedado de esos bienes básicos, dice Garzón, la voluntad o los deseos de la comunidad son indiferentes; es decir, no importan, al grado en el que el autor justifica la actitud paternalista —se entiende del gobierno— en caso de que dicha comunidad no comprenda la importancia de esos bienes básicos, por lo que se estaría ante la irracionalidad e ignorancia respecto a la relación causal que hay entre tales bienes y la realización de cualquier plan de vida; quien incurre en esto, dice Garzón, es incompetente básico. Hasta aquí el autor deja claramente establecida la rigidez del coto vedado y (sobre todo) del ámbito de negociación, ya que alude a la inflexibilidad en el diseño y estructura de esas “zonas” que lo constituyen, bajo la pena de menoscabar la pauta de corrección moral que se espera de la democracia; aunado a lo anterior, se debe considerar que no se podría hablar de prohibición en un determinado aspecto conductual o decisonal en la vida pública estatal si tal restricción se pudiera ver “modificada” por agentes externos o razones adicionales a la esencia de tal prohibición. Sin embargo, más adelante acepta la existencia de elementos que pudieran flexibilizarlo, al decir:

Si se admite, como creo que es correcto, la tendencia a la expansión de la ética, no es aventurado afirmar que el coto vedado de los bienes básicos tiene

también una tendencia a la expansión. Ella puede estar determinada por un doble tipo de factores: 1) factores de tipo cognitivo, es decir, la intelección de que algunas conclusiones hasta ahora no percibidas, pueden ser inferidas de las premisas del sistema ético, 2) existen también factores materiales de disposición de recursos económicos, técnicos o culturales que pueden requerir correr los límites del coto vedado (Garzón 2000, 22).

Así, el autor supedita la flexibilidad del coto vedado a la flexibilidad de la ética, con el apoyo de dos factores; el primero, que puede ser inferido del propio sistema ético, y el segundo, con base en la existencia de factores materiales e incluso culturales para que esos límites característicos del coto vedado y del ámbito de negociación se flexibilicen. Esos dos factores serán determinantes al momento de analizar los límites estatales y ciudadanos, así como su excepción en la participación ciudadana para el caso de inseguridad pública, que más adelante será abordado.

Ahora bien, una democracia está sustentada por principios, entre los cuales está el de mayoría, que se justifica en términos de lo cuantitativo en la toma de decisiones al interior de una sociedad o de un Estado, en cuyo caso las decisiones por unanimidad parecen una solución adecuada para obtener legitimidad y erradicar problemas de representatividad; sin embargo, la unanimidad en sociedades cuantiosas al parecer es de difícil obtención, máxime si la sociedad de que se trata cuenta con una tradición pluralista en cuanto a la ideología; por ello, es preferible (más bien factible) que la unanimidad sea en cuanto a la posibilidad de participación en la discusión que precede a la toma de la decisión respectiva:

... si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción (Nino 2003, 166).

Por ello, la discusión previa a la toma de las decisiones por parte de la ciudadanía es indispensable en un medio en el que se pretende que los principios democráticos sean la razón de la actuación tanto para gobernantes como para gobernados, independientemente de lo discutible que pudiera ser la probabilidad de la imparcialidad y de la corrección moral en el contenido de la decisión tomada con base en la premisa de la liber-

tad y no-coerción decisional. En otro modo de verlo, la cuantificación ciudadana y poblacional es uno de los parámetros de la democracia para que la toma de decisiones pueda ser “sancionada” o no, dependiendo de un factor cuantitativo: a mayor congruencia con la ideología ciudadana y favorecimiento poblacional respecto de las políticas adoptadas en determinado aspecto, mayor correspondencia con la esencia de la democracia:

... los procedimientos políticos deberían ser diseñados para que la decisión alcanzada sea la que favorece a una mayoría o pluralidad de ciudadanos, que las leyes que dicta el complejo proceso democrático y las políticas que persigue deberían ser aquellas que, finalmente, la mayoría de los ciudadanos aprobaría (Dworkin 2004, 115 y 116).

Esa justificación cuantitativa puede reforzarse con otra de tipo utilitarista, que postula el mayor beneficio posible al mayor número de personas; sin embargo, queda la duda que contrasta la cantidad con la intensidad en cuanto a la utilidad de las decisiones tomadas por mayoría:

La justificación utilitarista obvia de la regla de la mayoría descansa sobre la posibilidad de alcanzar un determinado valor social (felicidad general, bienestar, utilidad, etc[étera]) incluso cuando éste se logre como consecuencia del autointerés de los individuos. [Sin embargo] la regla de la mayoría por sí misma no satisface el principio utilitarista, ya que para maximizar las preferencias deben ser evaluadas sus intensidades, la regla de la mayoría simple puede tener resultados antiutilitaristas si los intereses de la mayoría son mucho menos intensos que aquellos de la minoría. Así, el grado de satisfacción de preferencias agregadas es menor que el que surge de cualquier otra alternativa (Nino 2003, 107).

La discusión moral (finalmente la democracia alude a ese presupuesto de corrección) es una fuente de los derechos —específicamente los más importantes o fundamentales— y no del proceso democrático, y esos derechos, una vez surgidos, marcan los límites democráticos, es decir, el coto vedado y el ámbito de negociación surgidos directamente del raciocinio moral en un ejercicio de deliberación discursiva ciudadana:

Los derechos que nosotros hemos explorado no se derivan del proceso democrático, sino que surgen de reflexiones efectuadas sobre los presupuestos de nuestra práctica de la discusión moral. Una vez que describimos estos

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 243-270.

derechos, su función parece ser precisamente la de limitar la operación del proceso democrático a través de la descalificación de decisiones colectivas que los ignoran (Nino 2003, 95).

Esa discusión, fuente de la corrección moral que de la democracia se espera, es origen también de la contrastación ideológica poblacional surgida de la cosmovisión personal y singular de cada miembro de la sociedad y de la diversidad y pluralidad en la toma de decisiones, sobre todo tratándose de aspectos fundamentales y es ahí donde la unanimidad se topa con un obstáculo insalvable que intenta retener o limitar el uniformismo (casi conformismo) y que limita a un número previamente determinado de valores culturales, supuestamente aceptados por esa mayoría y prejuiciosamente considerados legales, para rechazar la idea de que la homogeneidad social es la opción más adecuada:

... pensar que sólo hay un número limitado y permitido de valores culturales y morales compatibles con la legalidad, coartando el pluralismo cultural y moral, pensando que la homogeneidad es la opción social más adecuada. La noción de integrismo resulta incompatible con la modernidad y con su cultura. La cultura de la legalidad debe ser una cultura de consenso, pero no una cultura monocolor. La cultura de la legalidad debe ser abierta, plural y crítica, nunca cerrada, intolerante ni sumisa (Ruiz 2013, 285).

Ese pluralismo y criticismo son también la base (casi principio) de la democracia y de la corrección moral que de ella se espera, la cual flexibiliza los límites dados por el coto vedado y amplía (o tal vez reduce, dependiendo del sector de la sociedad que lo mire) las zonas decisionales que diseñan y estructuran el ámbito de negociación. Aunado a lo anterior, Garzón Valdés se cuestiona acerca de la forma en la que se puede determinar y justificar el contenido y límites del coto vedado, para lo cual recurre al método de la “vía negativa”, y asevera: “la tolerancia, si es que no quiere convertirse en «tolerancia boba», ha de estar enmarcada por un cerco de intolerancias, así también lo razonable requeriría el cerco de lo irrazonable” (Garzón 2000, 24 y 25); sin embargo, el autor omite aclarar el significado de lo anterior: que los límites dependen de la conceptualización que se haga de lo irrazonable, pudiendo tentativamente considerar que en cuanto lo irrazonable se modifique (no necesariamente todo, basta con que sean solamente algunas de sus categorías, o incluso una

sola de ellas) y se convierta en razonable, el coto vedado puede variar su posición limitadora ampliando o reduciendo el ámbito de lo negociable y la “zona” de actuación (tanto estatal como ciudadana), haciendo flexible lo que antes se consideraba rígido y otorgando sentido a la maleabilidad del coto vedado, cuyo contenido y justificación es: “Tal vez no habría mayor inconveniente en utilizar aquí la expresión «irrazonable por excelencia» cuáles estados de cosas podrían ser incluidos en esta categoría: aquellos que afectan básicamente la supervivencia de la especie humana” (Garzón 2000, 25-26). Por ello, en una aproximación categórica sobre lo irrazonable se puede concluir que la salvaguarda de los intereses humanos fundamentales, que son vulnerados por los efectos de la inseguridad, es el parámetro justificatorio del contenido de esa “zona” en la que pueden libremente actuar tanto el Estado y sus órganos como los ciudadanos.

III. LÍMITES ESTATALES Y CIUDADANOS: FUNCIÓN DEL COTO VEDADO

El coto vedado constituye, pues, de acuerdo con la teoría, un límite para la actuación de las mayorías, y también es la razón para la positivización de reglas: “El «coto vedado» es, por ello, no sólo una barrera frente a la pretensión dictatorial de la mayoría sino también fuente de exigencias de normación positiva” (Garzón 2003, 58); es decir, a los límites cuya finalidad es salvaguardar circunstancias fundamentales de la sociedad y de su funcionamiento, se le debe agregar el correlativo lógico: las reglas bajo las cuales se puede permanecer dentro de los límites y las reglas por las cuales no se deben rebasar, ya que los límites no solamente nos muestran a dónde no podemos ir, sino que también nos muestran a dónde sí podemos ir; por ello, se vuelve una exigencia del coto vedado la normación positiva, así como la justificación del ámbito de lo negociable y, más que eso, las reglas para su negociación, todo ello con la finalidad de que realmente se protejan esas circunstancias y derechos fundamentales que intenta proteger. Cuando hay cumplimiento de lo anterior, es decir, cuando hay esa normación positiva, hay entonces efectivización, y no es solamente una idea sin aplicación alguna; en caso contrario, esos dos aspectos del coto vedado (límites y positivización) en lugar de complementarse correlativamente estarían siendo contradictorios:

cuando [el coto vedado] se convierte en una declaración puramente retórica, la sociedad tiende a la exclusión de la mayoría de sus miembros. Vistas así las cosas, ambos aspectos del “coto vedado” apuntan en direcciones que podrían ser consideradas como opuestas: la prohibición de politizar lo no negociable y la exigencia de asegurar políticamente la realización efectiva de los derechos que intenta proteger (Garzón 2003, 58).

Ahora bien, el autor no lo menciona, pero esa exigencia de normación positiva está dirigida al Estado (ente productor de la legislación), y como correlativo lógico de esa actividad legislativa se encuentra el respeto (por parte del mismo Estado) de esas leyes, lo que significa que para el Estado (órganos de representación incluidos) la exigencia es triple: 1) el respeto a los límites establecidos que salvaguardan derechos fundamentales; 2) crear legislación cuyo objetivo sea establecer las reglas de actuación dentro de esos límites y justificar su prohibición fuera de ellos, y 3) respetar esa legislación creada, lo cual incluye realizar las acciones necesarias y suficientes para generar conformidad y coherencia con la misma. Asimismo, la normación positiva representa, además de la creación de normas jurídicas, el establecimiento de las instituciones necesarias para su ejecución y observancia, y eso constituye un elemento estatal fundamental para que la actuación de la ciudadanía dentro del coto vedado sea efectiva. Con esto se hace referencia a la importancia del enfoque institucional: “La existencia de instituciones sin participación supone el riesgo de meros aparatos legales formales carentes de vida. La participación sin instituciones supone el riesgo de una simple protesta en el vacío” (Beliz 2012, 22); a la normación positiva y a la institucionalización para su ejecución se le agrega la actuación de la ciudadanía que adopta la forma de deliberación o discusión de los problemas sociales, en virtud de que el contenido del coto vedado⁶ debe ser “razonado” por la propia ciudadanía para su determinación. Pero, ¿cuáles son las condiciones de esa deliberación? Al respecto:

... necesita unos requisitos para que pueda funcionar si no hay libertad de información, los individuos no pueden recoger todos los datos y sus argumentos andarán mancos si los individuos tienen entre ellos relaciones de poder, como las que derivan de desigualdades económicas, la deliberación estará

⁶ Para el caso en el que la conceptualización de lo irrazonable cambie a razonable.

pervertida. Si, cuando yo expreso un juicio contrario al tuyo, tú puedes tomar represalias contra mí, es fácil que yo evite replicarte (Ovejero 2002, 218).

De lo anterior se derivan tres condiciones para la deliberación: 1) libertad y derecho de información; 2) objetividad en las relaciones interpersonales, y 3) tolerancia ante la diferencia de ideas. Si no se reúnen estos tres elementos, entonces el ejercicio cívico de la deliberación y discusión estará viciado, y el producto no será democrático, sino que generará una tensión —incluso rompimiento— entre los límites de la actuación de los órganos estatales y los de la ciudadanía, que significaría la expansión innecesaria e ilegítima de las “zonas” de actuación, tanto de la prohibida como de la permitida, flexibilizando irrazonablemente el coto vedado y el ámbito de negociación. La manera de evitar lo anterior es “razonabilizando” lo irrazonable, lo cual sucede precisamente utilizando la deliberación y discusión ciudadana. Con esto se pretende que las mayorías y las minorías equilibren su participación estatal, y que los límites razonables del coto vedado sigan teniendo la vigencia protectora de lo fundamental, evitando así el abuso del poder y el exceso en la toma de decisiones de las minorías que desemboca en el totalitarismo:

In an industrial, scientific and nuclear age, life in a democracy, just as in a totalitarian society, is shaped by a handful of people. Major political, economic and social decisions are made by tiny minorities, not the masses of people... democracy is government “by the people”, but the survival of democracy rests on the shoulders of elites. This is the irony of democracy: elites must govern wisely if government “by the people” is to survive. The masses do not lead, they follow. They respond to the attitudes, proposals, and behavior of elites (Dye y Zeigler 1997, 155).

Sin embargo, la participación de las mayorías es indispensable en una democracia, y es imprescindible tratándose de la conformación y diseño del coto vedado, que no solamente debe quedar al arbitrio de los órganos estatales, sino que también puede ser discutido y deliberado por la población buscando su posible transformación razonable:

la participación de masas es un elemento indispensable para toda comunidad democrática. En su ausencia, los líderes se tornan irresponsables ante las necesidades de las personas. Al extenderse la brecha entre gobernantes y go-

bernados, las masas pueden tornarse alienadas, desentendidas y mezquinas y, al suceder esto, se expone a la democracia a las arremetidas de movimientos de masas antidemocráticos. Lo que es más importante, una “democracia” que elimine la participación de masas llegando al grado de promover su no participación, niega a los estratos más grandes de la población los beneficios derivados de la participación política, socavando así su principal razón de ser, vale decir la promoción del bienestar general (Bachrach y Botwinick 1994, 136 y 137).

Todo lo anterior da pauta para cuestionar acerca de las posibles excepciones a los límites de la participación ciudadana para el caso del fenómeno de la inseguridad pública.

IV. EXCEPCIÓN A LOS LÍMITES DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA PARA EL CASO DE LA INSEGURIDAD PÚBLICA

La flexibilidad tanto del coto vedado como del ámbito de negociación tienen como parámetro, como ya quedó establecido, el sistema ético y ciertos factores materiales y culturales, que son determinantes para los límites estatales y ciudadanos, así como para la excepción a los límites de la participación ciudadana en caso de inseguridad pública; por ello, lo razonable (y su contraparte irrazonable) constituyen una aproximación categórica, que conduce a la salvaguarda de los intereses humanos fundamentales y constituyen también la justificación de la “zona” en la que libremente pueden actuar tanto el ente estatal como la ciudadanía; producto de esto es la reflexión sobre los límites estatales y ciudadanos como una de las funciones del coto vedado. Asimismo, la exigencia de normación positiva con carga al Estado y su correlativo lógico determinado en el respeto a la misma es una exigencia tripartita, que incluye el respeto a los límites que salvaguardan derechos fundamentales, la creación de legislación para establecer las reglas de actuación dentro de esos límites —para justificar su prohibición fuera de ellos— y el respeto a esa legislación creada. Ahora bien, en una democracia la participación del ciudadano es indispensable, ya que deriva de la esencia democrática referida al concepto más básico de un gobierno conformado por el pueblo, ya que dicha conformación se realiza necesariamente cuando el ciudadano toma parte en los asuntos públicos para decidir

quién será el que detente un cargo público y el que lo represente; por ello, también la participación ciudadana es un derecho:

la participación ciudadana es una forma de entender el ejercicio del poder donde los sujetos, entendiéndose por tal a los ciudadanos, forman parte activa de la gestión pública; la participación ciudadana es un derecho ciudadano fundamental, configurándose como un prerrequisito para el ejercicio de otros derechos (Mujica 2008, 22).

Asimismo, derivados también de la esencialidad democrática que informa el contenido de la propia participación ciudadana están los límites a la misma; es decir, el contenido relativo a los derechos fundamentales que protege el coto vedado también justifica los límites de actuación de la ciudadanía (y no solamente, como ya se ha dicho, los del Estado) y de sus diversas vertientes, como las minorías. Los límites basados en el sistema ético sufren variación cuando la concepción fundante de dicho sistema muta, al grado de variar las concepciones de lo razonable, que se aproximan a las de lo irrazonable: “aquellas máximas o reglas de conducta que propician la imposición de un mal son *prima facie* irrazonables” (Garzón 2005, 33), lo que constituye una premisa básica en la determinación de lo irrazonable, como lo es la violencia y sus consecuencias en cuanto a inseguridad pública: las reglas jurídicas del Estado que se supone deben regir la seguridad ciudadana no han logrado su cometido y trae como consecuencia la imposición de ese mal, por lo que tal sistema estatal se vuelve irrazonable. Ahora bien:

si la aplicación concreta de una regla tiene consecuencias absolutamente irrazonables, esa regla debe ser abandonada: es absolutamente injustificable si la aplicación concreta de una regla tiene consecuencias “*prima facie*” irrazonables, esa regla debe ser sometida a examen y modificada o especificada de forma tal que aquéllas desaparezcan (Garzón 2005, 33).

Aquí se encuentra la justificación para el abandono de una regla cuyas consecuencias son absolutamente injustificables, como la inseguridad, que es una circunstancia derivada de la deficiente ejecución estatal de las reglas de conducta dirigidas a solucionar dicho problema. Sigue diciendo el autor que “acuerdos razonables no son aquellos que realizan personas razonables sino que personas razonables son aquellas que no se saltan

el cerco de la irrazonabilidad” (Garzón 2005, 33); por tanto, actuación estatal razonable es aquella que no rebasa lo establecido en la ley como irrazonable, que no infringe la norma jurídica en dos sentidos: el primero, no llevando a cabo conductas que excedan lo establecido jurídicamente, y segundo, llevando a cabo aquellas que están contenidas jurídicamente en forma de atribuciones. De nueva cuenta, si consideramos (con base en la evidencia y los elementos fácticos ya expuestos) que el Estado ha fallado en cuanto a la realización de las acciones necesarias para garantizar la seguridad pública (que es además una de sus finalidades), entonces es una circunstancia irrazonable que debe ser sometida a examen y, eventualmente, ser modificada. Lo anterior constituye una excepción a los límites de la participación ciudadana para el caso de la inseguridad pública.

Por ello, una sociedad segura es aquella que cuenta con un equilibrio razonable (o “razonabilizado”) entre los límites ciudadanos y los límites estatales, derivado del respeto al coto vedado y al ámbito de negociación y de la adecuada deliberación, y cuya tensión entre los límites estatales y los ciudadanos está controlada y mesurada de acuerdo con el respeto a las circunstancias fundamentales del ser humano determinadas por su discusión y deliberación. Lo anterior implica ciertos aspectos relacionados con las actitudes morales y jurídicas que deben ser alentadas en y para una sociedad segura en la estructura estatal encargada de la seguridad (como los cuerpos de policía y ejército), aspectos como la educación y la actitud derivadas de la democracia pueden (tal vez deben) permear también en los aspectos de seguridad ciudadana.⁷ En ese mismo sentido, el *accountability social* es una forma de control que toma en cuenta procedimientos

⁷ Incluso se ha considerado que una fuerza militar no administrada de forma democrática, es decir, no involucrada a la trama social, puede ser una amenaza para la democracia a través de prácticas no autorizadas, uso indebido o consumo excesivo de fondos públicos o la violación de derechos humanos; asimismo, ha habido propuestas en la implementación de mecanismos para generar disposición democrática entre el personal del sector de la seguridad, que se basan en la lealtad a la Constitución y a las instituciones estatales, un orden interno del sector de seguridad bien definido, la educación en valores y normas fundamentales, la neutralidad política, la legalización de la desobediencia a las órdenes ilegales o abusivas y presencia de civiles en la plana mayor del sector de la seguridad; este último elemento en razón de que el funcionario encargado de la seguridad debe ser asesorado no solamente por generales, sino también por civiles, para asegurar un proceso de decisiones equilibrado (véase Centro de Ginebra para el control democrático de las fuerzas armadas, Unión interparlamentaria, s. d., 149).

cuasijudiciales en ámbitos de negociación y decisión no judiciales, y el *accountability* institucional se ejerce por agencias estatales, aunque su ejercicio está liderado por ciudadanos: “dicho control se lleva a cabo por los ciudadanos, las organizaciones y los movimientos sociales, pero ya no a través de instancias electorales, sino mediante denuncias, manifestaciones, protestas y diversas formas para expresar su malestar y repudio frente a determinados acontecimientos” (Ruiz 2013, 248); en cuanto a la clasificación de la participación ciudadana, algunos autores (Mujica 2008, 24-35) incluyen lo que llaman “mecanismos modernos de participación” (más allá de los clásicos instrumentos representativos) desde las instituciones o instancias, como: *a)* la participación en la definición, ejecución y evaluación de la gestión pública; *b)* la participación en programas presupuestales; *c)* mecanismos de debate, y *d)* encuestas deliberativas; pero también mencionan el control ciudadano basado en: *a)* disposición de recursos sancionadores para el ejercicio del control; *b)* el derecho a la información y los espacios de discusión, y *c)* habilitación del los sujetos de control ciudadano; finalmente, desde un grado de incidencia de la participación, ésta puede ser: *a)* consultiva, *b)* decisoria (la ciudadanía da una opinión vinculante), y *c)* como cogestión.⁸ Todo lo anterior da cuenta de la importancia que ha ido cobrando —tanto desde el punto de vista doctrinal como en la realidad social— la supervisión enfocada de parte de la ciudadanía hacia los órganos del Estado encargados de la seguridad pública. Por ello, “el diálogo es el mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales” (Nino 2003, 202), y entre las ventajas que tiene la participación ciudadana hay autores que mencionan: *a)* involucra a los ciudadanos en los asuntos públicos; *b)* permite redistribuir riqueza, mediante el señalamiento de las prioridades sociales en el gasto; *c)* vuelve a unir a gobernados con gobernantes, y *d)* combate a la corrupción a través de mecanismos de control ciudadano (Cortina 1993, 25-40). En este punto no se puede omitir el principio normativo de publicidad como mandato de accesibilidad, el cual “se refiere no sólo a la publicación de las medidas legales, administrativas y judiciales, sino al acceso al procedimiento que precedió a la promulgación o

⁸ Como grado de influencia máxima de la sociedad civil con intervención en los procesos de diseño de política pública, en su etapa de ejecución e, incluso, en la de evaluación (Mujica 2008, 33 y 34).

dictado de estas medidas” (Garzón 1993, 81-82). Lo anterior se interpreta como la importancia de que el ciudadano controle al gobernante; pero no en todos los Estados democráticos contemporáneos se cuenta con los mecanismos —tanto legales como institucionales— para hacerlo efectivo, mismo que se traduce en la no plenitud ni efectividad del derecho por sus propósitos no logrados, lo cual puede provocar ciertas soluciones jurídicas (y sociales) excepcionales, como la resistencia: “la crisis de efectividad del derecho puede desencadenar soluciones jurídicas excepcionales como el derecho a la resistencia, entendido [como el] rechazo a las actuaciones del poder público que afectan, disminuyen o anulan sin razón los derechos de los administrados” (Hernández 2015, 44); asimismo, hay quien considera que la seguridad ciudadana “no es tarea exclusiva de los policías, sino que incluye a todos los ciudadanos trabajando y demandando una mayor eficiencia en el aparato judicial, una mejor presentación de servicios públicos” (Instituto de Defensa Legal. Centro de Promoción Social para la Seguridad Ciudadana, 2003, 163). Una perspectiva de responsabilidades compartidas entre el gobierno y la ciudadanía parece la respuesta más adecuada para la solución del problema de la inseguridad, sobre todo cuando el aparato estatal no ha cumplido esas finalidades; por ello, la seguridad ciudadana debe ser una función también de la ciudadanía y no solamente de las instituciones gubernamentales o del órgano estatal policiaco; la seguridad pública tiene las limitaciones inherentes a las fallas del Estado, mientras que la seguridad ciudadana puede potencializar esas funciones estatales con una mayor presencia y con una responsabilidad compartida entre el gobierno y los ciudadanos.

En otro concepto de seguridad ciudadana se puede hacer referencia a la seguridad comunitaria, en la cual se tiene en cuenta al ciudadano en la formulación y verificación de las políticas de seguridad (Brotat 2002, 4). En una consideración cuantitativa, la ciudadanía podría superar la limitante numérica que obstaculiza el actuar —o la eficacia— de la policía y el órgano gubernamental del que depende, y ser una posible solución a la inseguridad. En la participación ciudadana para la seguridad se proyecta (exceptuando sus límites) un actuar más protagonista e importante para el ciudadano: ya no es solamente el ente pasivo que recibe o en el que recae el efecto del actuar estatal, sino que ahora es parte integrante del Estado. Ciertas recomendaciones para las policías comunitarias comprenden la descentralización, el ejercicio de la información y la consecuente eva-

luación, la participación comunitaria basada en estructuras participativas inclusivas, la rendición de cuentas, área de asuntos internos y auditorías (Ungar 2012, 36).⁹

V. MÉXICO Y COLOMBIA: CASOS DE EXCEPCIÓN AL COTO VEDADO

En América Latina y el Caribe existe un gran problema de inseguridad ciudadana,¹⁰ específicamente en Colombia (aunque el fenómeno ya ha disminuido de forma importante en este país) y en México, donde en los últimos años se ha sufrido el fenómeno de la violencia y la delincuencia, que ha afectando directamente a la seguridad pública, de ahí el sentir de la ciudadanía mexicana, incluso llegando al punto en el que le da más importancia a que las autoridades capturen a personas acusadas de cometer algún delito sobre el hecho de que las autoridades respeten los derechos humanos;¹¹ por ello, no es infrecuente que haya autores que lo consideran un panorama desolador:

En México se vive un panorama desolador: empoderamiento del Estado por el poder transnacional, pérdida de soberanía, violencia y alza de la oferta de criminalidad, miseria e inequidad crecientes, ausencia de mercados transparentes y eficientes e informalidad creciente de la economía (Massé 2007, 38).

Tales fenómenos ya han provocado que la ciudadanía organizada realice actos que van más allá de lo permitido, haciendo realidad la excepción al coto vedado, y van yendo más allá de lo que (como ciudadanos) pueden hacer: “la contracara de procesos de participación sin institucionalidad

⁹ Ungar (2012), citado por: Beliz (2012,36) Gustavo.

¹⁰ Con tasas que alcanzan 24.5 homicidios por cada 100,000 habitantes, es decir, tres veces superior al promedio mundial de ocho homicidios por cada 100,000 habitantes; siendo Centroamérica la subregión con mayor problema, al tener una tasa de 33.6 homicidios cada 100,000 habitantes, y en el Cono Sur, con 10.9 homicidios por cada 100,000 habitantes; véase, Beliz (2012).

¹¹ Al respecto, véase la gráfica 1.3 en la que se muestra la cantidad de respuestas que se dan al reactivo “En su opinión qué es más importante, ¿que las autoridades respeten los derechos humanos o que las autoridades capturen a personas acusadas de cometer algún delito?”, Instituto Nacional Electoral. 2015. “Informe país sobre la calidad de la ciudadanía en México”, disponible en: http://www.ine.mx/archivos2/s/DECEYEC/EducacionCívica/Resumen_Ejecutivo_23nov.pdf (consultado el 21 de febrero de 2017).

estatal sólida se presenta a través de los aspectos negativos de la privatización de la violencia y la justicia por mano propia, y los fenómenos de ajusticiamiento que también resultan extendidos en ciertas áreas de la región” (Beliz 2012, 22). Un factor importante de la anterior cita es la ausencia (o escasez) de una institucionalidad estatal sólida, lo que implica una falla en las funciones del Estado de la cual se deduce la irrazonabilidad de su funcionamiento y se desprende la justificación para que el coto vedado sea maleable. Lo anterior es así, ya que “Un grado óptimo de gobernabilidad democrática implicaría una reducción considerable de conflictos violentos, pues si el instrumental del Estado funciona correctamente, se asegura la intermediación institucional” (Alarcón 2009, 36). En México, derivado de los acontecimientos que vulneran la seguridad social y ciudadana, surge la duda sobre si la democracia ha funcionado o no. Una creciente desconfianza invade el ánimo ciudadano, ya sea entre los propios ciudadanos o entre éstos y las autoridades e instituciones que intentan materializar al Estado y sus funciones.¹² La esencia del Estado se ve vulnerada por la idea de que la ciudadanía sea la corresponsable de la seguridad; sin embargo, la seguridad es un bien común que debe ser tutelado y garantizado por el Estado.¹³ El contraste de lo anterior surge de la opinión pública mexicana:

¹² Los resultados presentados por el Instituto Nacional Electoral (2015) demuestran este aspecto, sobre todo tratándose de dimensiones como cultura de la legalidad (en la que se incluyeron aspectos como la preferencia de la ciudadanía de capturar presuntos delincuentes sobre el respeto de los derechos humanos por parte de las autoridades o el respeto concreto de las leyes, las denuncias de los delitos y la eficacia de las autoridades frente a las que se denunció).

¹³ Idea desarrollada desde los teóricos clásicos del Estado, pero de forma paradigmática Thomas Hobbes la plantea en su teoría contractualista, donde dice que el hombre debe asegurar su permanencia y conservación en este mundo a través del cumplimiento de la ley de la naturaleza, que ordena a los hombres buscar la paz, lo cual, para lograrlo, es necesario defenderse de quienes se le oponen; de ahí la necesidad de un contrato para garantizar la armonía, en el que cada uno prescinde de ciertos derechos cuando los demás están dispuestos a hacer lo mismo; para que ese pacto se respete, dice, se requiere de la justicia y de una autoridad política con poder suficiente para asegurar esa cooperación pacífica: la renuncia de los derechos que se poseían en estado de naturaleza mediante el acto contractual implica otorgarlos a un soberano que garantice el orden y la seguridad: “For the Lawes of Nature (as Justice, Equity, Modesty, Mercy, and (in summe) Doing To Others, As Wee Would Be Done To,) if themselves, without the terrour of some Power, to cause them to be observed, are contrary to our naturall Passions, that carry us to Partiality, Pride, Revenge, and the like. And Covenants, without the Sword, are but Words, and of no strength to secure a man at all. Therefore notwithstanding the Lawes of Nature, (which

en quien más desconfía la ciudadanía es en los políticos que gobiernan el país, seguido de la policía.¹⁴ Lo anterior, aunado a que la corrupción sigue siendo una de las principales razones por las que la gente desconfía de la policía con un 54% de opiniones al respecto, la percepción que se tiene de abuso policial con 28%, y el hecho de haber tenido malas experiencias personales o de alguien cercano con un 19%, además de que un 13% considera que la policía está de alguna manera vinculada con grupos delincuenciales, 11% sienten que no hacen su trabajo, y otro porcentaje similar de que no están debidamente capacitados; por tanto, no se puede confiar en ellos.¹⁵ Como corolario a lo anterior, y con relación a las políticas públicas que se han adoptado en México ante el problema creciente de la inseguridad, no se puede obviar el tema de las reformas legales,¹⁶ que han apostado, como siempre, a que una modificación de forma al sistema jurídico tendrá implicaciones positivas en la realidad social (lo que no siempre es acertado), dichas reformas han modificado los límites (coto) de la actuación institucional para abatir el fenómeno. Sin embargo, a pesar de todas esas políticas públicas implementadas y del esfuerzo institucional y estatal que se ha hecho para mejorar el problema de la inseguridad, tal objetivo no se ha logrado como se esperaba.

Por otro lado, en Colombia ha habido diversos esfuerzos en cuanto a políticas públicas para abatir el fenómeno de la inseguridad pública, los cuales han tenido éxito a la luz de lo acontecido en los últimos años; por

everyone hath then kept, when he has the will to keep them, when he can do it safely,) if there be no Power erected, or not great enough for our security; every man will and may lawfully rely on his own strength and art, for caution against all other men” (Hobbes 1651, 302).

¹⁴ De acuerdo con datos obtenidos de la presentación “Ser policía en México: ¿Qué rol asume la sociedad? Reporte ejecutivo de resultados”, Centro de Opinión Pública UVM e Instituto para la Seguridad y la Democracia A. C., (2017).

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Como la Policía Federal Preventiva (PFP) por nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de enero de 1999; la Secretaría de Seguridad Pública (SSP), creada por decreto que reformó la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal el 30 de noviembre de 2000; la Agencia Federal de Investigaciones (AFI), por decreto que reformó la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República el 1o. de noviembre de 2001; los juicios orales y el sistema acusatorio en materia penal, por reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de junio de 2008; el Sistema Nacional de Seguridad Pública (SNSP) por nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 2009; y la propuesta de unificar la policía federal.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 243-270.

tal motivo, es un caso de interés en cuanto a la flexibilización del coto vedado en la participación de la ciudadanía. Algunos autores han manifestado su beneplácito respecto a las reformas que modificaron la Constitución Política de Colombia con la finalidad de enfrentar el terrorismo, así como una ley estatutaria que deberá reglamentar las facultades que esa reforma confiere a ciertas autoridades para interceptar correspondencia y realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios (Younes 2004). Esto parece ser una flexibilización en materia de coto vedado, al menos desde el punto de vista formal, ya que los límites impuestos a los gobernantes se amplían invadiendo un poco los aspectos prohibidos (por fundamentales), pero con la debida justificación del caso. Asimismo, un autor colombiano (Younes 2004) manifiesta que la nueva Constitución define la paz como un derecho y como un deber de obligatorio cumplimiento, y hace referencia a los factores que causan la violencia; dice que es “la duda en la ley y la imposición de la justicia por la propia mano”; agrega que la Ley 418 de 1997 dictó disposiciones para facilitar el diálogo y acuerdos para la paz y como una obligación del Estado de propender por un orden social justo que asegure la convivencia pacífica. Lo anterior es una muestra de la importancia que se le ha dado en ese país a la constitucionalización y regulación legal (que no deja de flexibilizar los límites analizados en este trabajo) para el caso de la seguridad. Otro autor dice:

Bajo el principio de “progresividad” la CC [Corte Constitucional] de Colombia ha podido frenar medidas económicamente lesivas a derechos esenciales (como la disminución de seguridad social) y revisar políticas públicas como parte del control constitucional ello ha sido posible debido a la fuerza normativa de la Constitución, lo que permite a la corte ampliar su radio decisorio y dar la solución que mejor se adapte a la regularidad constitucional (De Paz 2016, 237).

En Colombia están regulados constitucionalmente tres estados de excepción: *a)* el estado de guerra exterior, *b)* el estado de conmoción interior, y *c)* emergencia; respecto al estado de conmoción, dicha Constitución establece:

En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las

atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el estado de conmoción interior, en toda la República o parte de ella (Constitución Política de Colombia. Actualizada con los actos legislativos a 2015, 2017).

Algunos autores afirman que

el restablecimiento del orden alterado por los hechos perturbadores, no sería posible si no se reconoce en cabeza del presidente un adecuado margen de discreción. Declarado un estado de excepción, los decretos que como consecuencia dicta el presidente, se originan en una competencia discrecional (Cifuentes 2002).

Asimismo, hay quien afirma que en la figura de los estados de excepción suelen entrar en conflicto las “razones de Estado” frente a la vigencia del Estado de derecho, ya que en ocasiones la defensa estatal justifica la adopción de cualquier medio para protegerlo de las amenazas que atacan su estabilidad y, a la vez, constituye la legitimación de la ruptura de la legalidad (Ariza 1997); dicha legitimación constituye la justificación para la flexibilización de los límites con base en la irrazonabilidad de las consecuencias del fenómeno de inseguridad. Además, la participación ciudadana como una fuente de la democracia implica también que se involucre de manera más intensa en los asuntos estatales, bajo la justificación mencionada, lo que en ese país se aprovechó de forma cabal:

El cambio en la estructura mental de los individuos de una sociedad debe estar dada por elementos de juicio que le permitan deliberar sobre qué decisiones deben tomar en cuanto al rumbo que dicha sociedad quiere, es por ello que se hace necesario que cada uno de los miembros de ese cuerpo social tenga la capacidad de deliberar y de esa manera “constituir” a través de un verdadero contrato social el modelo de sociedad que quieren. El modelo que se quiere estudiar aquí es una forma de organización social que nació como una salida alternativa al conflicto armado en Colombia y que trascendió a la esfera de la administración pública, articulando un trabajo mancomunado entre ciudadanía y administración pública; es un fenómeno muy interesante que demuestra la importancia que el ciudadano común y corriente se empodere y que su ejercicio como tal trascienda del simple hecho de depositar un voto en una urna, a un espacio de discusión donde su voz y voto sea determinante en la aplicación de las políticas públicas (Cadrazco 2009,17).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 243-270.

Ese cambio en la estructura mental de la que habla el autor solamente podría darse con la permisión en la modificación de los límites establecidos para las zonas de negociación, ya que sin ese requisito el ciudadano podrá tener las mejores intenciones de participar y de involucrarse en los asuntos de su sociedad, pero si las reglas jurídicas no lo permiten no lo va a poder hacer, llegando al extremo de tener que legitimar la flexibilización de tales límites bajo la justificación de salvaguardar derechos fundamentales que el Estado no ha podido:

Desde la década anterior, por la situación de desencanto tanto con el Estado como con las propuestas del movimiento armado, la sociedad civil ha venido dando cuenta de su capacidad de acción y reacción en la búsqueda de pedir o solucionar las necesidades básicas de tipo material y además en la búsqueda de espacios de participación, construyendo modelos de un nuevo qué hacer político. Los movimientos cívicos, los paros y marchas, los movimientos de pobladores ciudadanos, las nuevas dimensiones del movimiento indígena y, en general, de las minorías étnicas, los grupos religiosos, ecológicos, las organizaciones juveniles, son una muestra de la vigorización de la sociedad civil y de su polifacética expresividad (Cadrazco 2009, 24).

En contraste con la participación ciudadana en tales circunstancias sociales, si bien la injerencia de los ciudadanos colombianos en los procesos constitucionales ha sido poca, el impacto ha sido sustancial:

podemos destacar de ese ejercicio tres acontecimientos que a nuestro parecer son los más importantes. El primero de ellos es [el] plebiscito del año de 1957. El segundo de ellos establece la votación popular de alcaldes y gobernadores, el 21 de noviembre de 1984, con el fin de reducir o eliminar el control central de los partidos sobre sus nominaciones y ampliar la democracia regional, comienza con esto la descentralización administrativa y la posibilidad de elegir a los mandatarios locales y por último el ya mencionado movimiento que dio origen a la Carta de 1991 (Cadrazco 2009, 24).

Finalmente, derivado de las experiencias colombianas, hay quien afirma que el derecho no constituye una vía de paz, sino de guerra:

... el derecho no es la paz sino la guerra, la guerra ritual. Y el dominio del derecho es el dominio de un saber polémico, una retórica estratégica, una gramática de y para la guerra civil que es la vida cotidiana en la historia

constitucional colombiana, una hipótesis tal puede ser verificada de manera paradigmática en la medida en que el proceso de construcción nacional ha sido reducido y absorbido por la tradición constituyente [la cual] no ha sido más que una batalla interminable entre élites y partidos, cartas y enmiendas el culto del orden, el apelar sin tregua y sin pausa al círculo vicioso del reformismo constitucional y bloquear así el acceso del pueblo y de terceras fuerzas del Estado, ha transformado a Colombia en una sociedad violenta, que recurre una y otra vez a la guerra política (Valencia 2014, 197-198).

El autor continúa diciendo que las armas han proliferado y las leyes han sido empleadas como armas, y que la herencia de los colombianos es la violencia, por lo que insta a luchar por la imaginación política en lugar del reformismo constitucional, por la democratización y el cambio, en lugar de la continuidad y el orden a cualquier precio (Valencia 2014, 197 y 198), manifestaciones que representan el sentir en ese país respecto a las afectaciones que han provocado los sucesos de violencia y criminalidad que históricamente se han registrado, pero que dejan una invaluable experiencia aprovechable en México y en Latinoamérica —y tal vez en el mundo— respecto a que los límites constitucionales y legales establecidos y ejecutados por las instituciones estatales no siempre se deben cumplir, atendiendo a la irrazonabilidad que provocaría —y que ha provocado— su cumplimiento y que, en última instancia, significa la posibilidad de flexibilizar los límites para salvaguardar lo que el Estado no ha podido de forma adecuada: la seguridad pública.

VI. CONCLUSIÓN

El coto vedado y el ámbito de negociación no son rígidos: su contenido conceptual depende del sistema ético y de su flexibilidad, pues los límites éticos cambian cuando su concepción fundante cambia en razón de la presencia de inseguridad pública; por tal razón, la excepción a los límites surge cuando esas funciones exclusivamente estatales dejan de ser cumplidas y el sistema se vuelve irrazonable, justificando la maleabilidad del coto vedado. El principio de mayoría asegura una mayor cantidad de corrección moral con base en un mayor número de sujetos que postulan discusiones morales y marca los límites democráticos; además, el pluralismo que deriva de lo anterior flexibiliza los límites dados por el coto vedado, ampliando o

reduciendo el ámbito de negociación, de modo que para evitar que haya tensión y rompimiento entre los límites de actuación estatales y ciudadanos se debe ejercitar la deliberación y discusión ciudadana. *A contrario sensu*, una sociedad segura es aquella que cuenta con un equilibrio razonable (o “razonabilizado”) entre los límites ciudadanos y los límites estatales derivado del respeto al coto vedado y al ámbito de negociación y de la adecuada deliberación, cuya tensión entre los límites estatales y los límites ciudadanos está controlada y medida de acuerdo con los propios límites fundamentales del ser humano y determinados por su propia razón.

Una falta de institucionalidad sólida implica una falla en las funciones del Estado, de lo cual surge la irrazonabilidad de su funcionamiento y se desprende la justificación para que el coto vedado sea maleable. El caso colombiano es una muestra de que el coto vedado puede ser flexibilizado en la realidad social, lo que se robustece por la posibilidad legítima de hacerlo en otros Estados, en función de la razonabilidad de su justificación derivada de las circunstancias especiales que afectan el sentido de supervivencia humano en caso de seguir aplicándose. Por tanto, los límites jurídicos establecidos y ejecutados por las instituciones estatales para la participación del ciudadano no siempre se deben cumplir, atendiendo a la irrazonabilidad que provocaría su cumplimiento, y esto significa flexibilizar los límites para salvaguardar la seguridad pública.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, César. 2009. “Crimen organizado y gobernabilidad democrática en México. Entre la prevención de conflictos y la seguridad nacional. Alternativas para el futuro”, *Seguridad humana, posibles soluciones a un conflicto*, México, UNAM.
- ARIZA, Libardo *et al.* 1997. *Estados de excepción y razón de Estado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, Estudios Ocasionales CIJUS.
- BACHRACH, Peter y BOTWINICK, Aryeh. 1994. “Análisis y reconstrucción teórica de la teoría participativa”, en PICHARDO PAGAZA, Ignacio (comp.), *Política social y participación*, México, Editorial Mac.
- BELIZ, Gustavo. 2012. “Gobernar la seguridad ciudadana en América Latina y el Caribe. Amenazas, desafíos y nudos estratégicos de gestión”, *Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Sector de Instituciones para el Desarrollo, documento de debate # IDB-DP-215*, Washington D. C., BID.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 243-270.

- BROTAT JUBERT, Ricard. 2002. “Un concepto de seguridad ciudadana”, disponible en: http://gfw.diputacionalicante.es/repo/rec/87/BROTAT_seguridad_ciudadana.pdf
- CADRAZCO SALCEDO, Orlando José. 2009. “La participación ciudadana como fuente de democracia”, *Revista Pensamiento Americano*, 2(2).
- CENTRO DE GINEBRA PARA EL CONTROL DEMOCRÁTICO DE LAS FUERZAS ARMADAS, UNIÓN INTERPARLAMENTARIA. s. d. “Guía práctica de parlamentarios núm. 5-2003. Control parlamentario del sector de la seguridad: principios, mecanismos y prácticas”, disponible en: http://www.oas.org/dsp/parlamentarios/guate/control_parlamentario_sector_seguridad.pdf.
- CENTRO DE OPINIÓN PÚBLICA UVM E INSTITUTO PARA LA SEGURIDAD Y LA DEMOCRACIA A. C., INSYDE. 2017. “Ser policía en México: ¿qué rol asume la sociedad? Reporte ejecutivo de resultados”, disponible en: <http://insyde.org.mx/wp-content/uploads/16-02-2017-Reporte-ejecutivo-estudio-Ser-policia-C3%ADa-en-Mexico-CopUVM-Insyde.pdf>.
- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. 2002. “Los Estados de excepción constitucional en Colombia”, *Ius et Praxis* 8(1).
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. 1999, t. DXLIV, núm. 1.
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. 2000, t. DLXVI, núm. 22.
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. 2001, t. DLXXVIII, núm. 1.
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. 2008, t. DCLVII, núm. 13.
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, 2009, t. DCLXIV, núm. 1.
- DWORKIN, Ronald. 2004. *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa.
- DYE, Thomas y ZEIGLER, Harmon. 1997. “The Irony of Democracy”, en ETZIONI-HALEVY, Eva (ed.), *Classes and Elites in Democracy and Democratization: a Collection of Readings*, Nueva York y Londres, Garland Publishinh Inc.
- EL MUNDO INTERNACIONAL. 2016. “Amputan las manos a siete ladrones en México”, disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2016/10/18/58061152468aeb4138b4644.html>.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 243-270.

- EXCÉLSIOR. 2016. “Asesinados en La Marquesa asaltaban con frecuencia: transportistas”, disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/comunidad/2016/11/01/1125583>.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. 1993. “Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas”, *Doxa*, Alicante, *Área de Filosofía del Derecho*, núm. 14.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. 2000. “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 12.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. 2003. “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del «coto vedado» a nivel internacional”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, año 8, núm. 12.
- HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel. 2015. *El derecho constitucional a la resistencia. ¿Realidad o utopía?*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- HOBBS, Thomas. 1651. “Leviathan or the Matter forme, & Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil”, impreso por Andrew Crook, The Green Dragon, St. Paul’s Churchyard.
- INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. CENTRO DE PROMOCIÓN SOCIAL PARA LA SEGURIDAD CIUDADANA. 2003. *Proyectos piloto de comités para la seguridad ciudadana. El ABC de la seguridad ciudadana*, Lima, Instituto de Defensa Legal.
- INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL (IFE). 2013. “Estudio censal de la participación ciudadana en las elecciones federales de 2012”, disponible en: http://www.ine.mx/docs/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-EstudiosInvestigaciones/InvestigacionIFE/Estudio_Censal_Participacion_Ciudadana_2012.pdf.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI). 2017. “Seguridad pública y justicia”, disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/incidencia/>.
- INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. 2015. “Informe país sobre la calidad de la ciudadanía en México”, disponible en: http://www.ine.mx/archivos2/s/DECEYEC/EducacionCivica/Resumen_Ejecutivo_23nov.pdf.
- MASSÉ NARVÁEZ, Carlos. 2007. “El mito del desarrollo latinoamericano”, *Revista de Antropología Experimental*, núm. 7.

- MUJICA, Pedro. 2008. “El concepto de participación ciudadana y su aplicación en las políticas públicas”, *Manual de participación ciudadana. Corporación Participa*, Santiago, Editorial Paz Valenzuela.
- NINO, Carlos Santiago. 2003. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.
- OVEJERO LUCAS, Félix. 2002. “Teorías y fundamentaciones de la democracia”, en HERNÁNDEZ, Andrés (comp.), *Republicanismo contemporáneo: igualdad, democracia deliberativa y ciudadana*, Colombia, Universidad de los Andes.
- PAZ GONZÁLEZ, Isaac de. 2016. *Constitucionalismo y justiciabilidad de los derechos sociales. Estudio comparado internacional y leading cases a través del juicio de amparo en México*, México, Porrúa,
- RUIZ, José Fabián. 2013. “¿Por qué prevalece el Estado de derecho? Una aproximación comparada a las explicaciones centradas en la cultura de la legalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(136).
- UNIVISIÓN NOTICIAS. 2017. “Autodefensas en México se extienden: controlan 28 municipios de Michoacán”, disponible en: <http://www.univision.com/noticias/noticias-de-mexico/autodefensas-en-mexico-se-extienden-controlan-28-municipios-de-michoacan>.
- VALENCIA VILLA, Hernando. 2014. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial-Agenda de Hoy.
- YOUNES MORENO, Diego. 2004. *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO*

THE ASSOCIATION ORDER

José OVALLE FAVELA**

RESUMEN: En este trabajo se analiza la introducción del auto de vinculación a proceso por el decreto que reformó, entre otros, los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008. También se hace referencia a las disposiciones aplicables del Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014. Este auto sustituyó al auto de formal prisión (vigente en México cerca de un siglo) y al auto de sujeción a proceso. Se estudian los antecedentes constitucionales de estos dos primeros autos, así como las modificaciones que trajo consigo el auto de vinculación a proceso. Se examinan las dos funciones procesales de estas resoluciones, en cuanto a la determinación del objeto del proceso y la inmutabilidad del mismo. El ensayo concluye con el trámite del auto de vinculación a proceso, en la audiencia inicial o en la audiencia de vinculación a proceso o continuación de la audiencia inicial, así como con los requisitos que ese auto debe cumplir:

Palabras clave: vinculación a proceso, formal prisión, sujeción a proceso, inmutabilidad del proceso penal, procesamiento, calificación jurídica de los hechos imputados, reclasificación jurídica de los hechos imputados.

ABSTRACT: *This article analyzes the association order (auto de vinculación a proceso) that was introduced through the amendments to articles 16 and 19 of the Federal Constitution, published in the Federal Official Journal on June 18, 2008. It also refers to the applicable provisions of the National Code of Criminal Procedures of 2014. This order replaced the order of imprisonment (auto de formal prisión), that was in force in Mexico almost for a century, and the order subjecting to trial (auto de sujeción a proceso). The constitutional background of these two orders are also studied, as well as the modifications brought by the association order. Their procedural functions regarding the determination of the object of the process and its immutability are also examined. The article concludes analyzing the process to obtain an association order, in the initial hearing or in the hearing of association order or of continuation of the initial hearing, and the requirements that this order must fulfill.*

Keywords: *amendments to the Constitution of 2008, association order, order of imprisonment, immutability of the object of the criminal procedure, initial hearing, hearing of association order.*

* Artículo recibido el 27 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2020.

** ORCID: 0000-0002-1082-5554. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM. Correo electrónico: joseovalle@bof.com.mx.

SUMARIO: I. *La reforma constitucional de 2008*. II. *Determinación del objeto del proceso penal*. III. *Inmutabilidad del objeto del proceso penal*. IV. *La apertura del juicio*. V. *La audiencia inicial*. VI. *Los requisitos*. VII. *El plazo*. VIII. *Bibliografía*.

I. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

El decreto de reformas a diversos preceptos de la Constitución, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (en adelante, *DOF*) el 18 de junio de 2008, modificó el artículo 19, para sustituir el nombre del *auto de formal prisión* por el de *auto de vinculación a proceso*, y establecer nuevas bases para regular la prisión preventiva.

En el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, del 10 de diciembre de 2007, se pretendió justificar el cambio de denominación en los siguientes términos:

En esta reforma se modifica el nombre del tradicional auto de sujeción a proceso para sustituirlo por el de auto de vinculación a proceso. La idea de sujeción denota justamente una coacción, que por lo general lleva aparejada una afectación de derechos; en cambio, vinculación únicamente se refiere a la información formal que el Ministerio Público realiza al indiciado para los efectos de que conozca puntualmente los motivos por los que se sigue una investigación y para que el juez intervenga para controlar actuaciones que pudiera derivar en la afectación de un derecho fundamental (*Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, 11 de diciembre de 2007).

El primer error en que incurrió el dictamen consiste en que el llamado auto de vinculación no sustituye sólo al auto de sujeción a proceso, sino sobre todo al auto de formal prisión, al que no hace ninguna referencia. En sentido estricto, el auto tradicional y de mayor relevancia práctica era el auto de formal prisión, que fue regulado desde la Constitución de 1917, en tanto que el auto de sujeción a proceso no se introdujo en el artículo 19 de la Constitución sino hasta la reforma publicada en el *DOF* del 3 de septiembre de 1993, si bien ya se encontraba previsto con anterioridad en los códigos de procedimientos penales. El auto de formal prisión se dictaba cuando el delito por el que se iba a seguir el proceso tenía señalada una pena privativa de libertad; el de sujeción a proceso, cuando la pena no era privativa de libertad o era alternativa.

Si bien es cierto que la expresión “auto de formal prisión” no comprende todas las funciones procesales que tiene dicho auto, por lo que resulta inadecuado, al momento de decidir su sustitución habría resultado preferible utilizar expresiones que forman parte de la cultura jurídica mexicana, como “auto de sujeción a proceso”, o bien la denominación española de “auto de procesamiento” (Ovalle 2007, 195).

La palabra “vinculación”, además de que era completamente ajena al proceso penal mexicano, carece del significado que el dictamen pretende atribuirle. En el *Diccionario de la lengua española* se señala que “vinculación” es acción y efecto de vincular o vincularse, y que “vincular”, en el derecho, quiere decir “sujetar o gravar los bienes a vínculo para perpetuarlos en empleo o familia determinados por el fundador”, así como “asegurar, atar con prisiones” (Real Academia Española 2014, t. II, 2446). En consecuencia, la expresión “auto de vinculación” está muy lejos de tener el significado que los autores de la reforma pretendieron darle, y su utilización para sustituir el nombre de resoluciones que forman parte de la cultura jurídica mexicana no parece obedecer más que a una decisión autoritaria, caprichosa, de los autores de la reforma.

El artículo 318 señala los siguientes efectos del auto de vinculación a proceso: *a*) establecerá el hecho o los hechos delictivos sobre los que se continuará el proceso (determinación del objeto del proceso penal); *b*) se determinarán las formas anticipadas de terminación del proceso (procedimiento abreviado); *c*) la apertura a juicio, y *d*) proveer acerca del sobreseimiento.

No parece que sea propio del auto de vinculación a proceso el que ordene la apertura a juicio, pues el auto de vinculación a proceso se dicta en la audiencia inicial o en la de vinculación a proceso, todavía dentro de la etapa de investigación, y el juicio corresponde a la tercera etapa, por lo que el auto que ordena la apertura a juicio no debe dictarse hasta antes de que finalice la segunda etapa, la intermedia o de preparación al juicio, precisamente dentro de la audiencia intermedia, según lo disponen los artículos 334 y 347.

Partimos de la hipótesis de que el auto de vinculación tiene un papel fundamental en la conformación de sistema penal acusatorio, pues de su adecuada regulación depende que la etapa inicial de este sistema tenga menor peso que la anterior averiguación previa, y que, por el contrario, cobren mayor relevancia las etapas intermedias y de juicio.

II. DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO PENAL

La función procesal introducida en el artículo 19 de la Constitución Política de 1917, consistente en determinar el objeto, tema o materia del proceso penal, es la que tiene mayor relevancia y extensión, pues se trata de una garantía constitucional que debía ser cumplida entonces por el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y ahora por el auto de vinculación a proceso.

El objeto del proceso es el tema o materia sobre el que versa la actividad de las partes y del juzgador en el proceso, sobre el cual deberá decidir la sentencia que resuelva la controversia (*thema decidendum*). Este objeto del proceso se integra “con los hechos y su calificación jurídica que se contiene en las pretensiones y defensas de las partes, y que constituyen la materia del proceso y el contenido de la sentencia de fondo” (Fix-Zamudio 2002, t. V, 298).

En términos generales, en el proceso civil el objeto del proceso está constituido por los hechos y su calificación jurídica, que se contienen en los escritos iniciales de las partes, de demanda, de contestación a la demanda y, en su caso, de reconvencción y de contestación a ésta. Son los escritos en los que se fija la *litis*, como les llamaba originalmente la legislación procesal civil mexicana; son aquellos en los que se determina el objeto del proceso civil.

En cambio, en el proceso penal el objeto del proceso se integra por el hecho o los hechos imputados y su calificación jurídica; es decir, el hecho o los hechos delictivos imputados, tal como se determinan en el auto de vinculación a proceso. En una definición que es clásica en esta materia, Florian sostuvo que el “objeto fundamental del proceso penal es una determinada relación de derecho penal que surge de *un hecho que se considera como delito*, y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicada a este último la ley penal. Se traduce, pues, en una *inculpación concreta de un delito a una determinada persona y de parte del Estado*” (1933, 49). Este autor consideraba como objetos accesorios del proceso penal la reparación del daño derivada del delito y la imposición de la multa, entre otros.

En palabras más breves, De la Oliva afirma que el objeto del proceso penal es el hecho punible; es decir, “un concreto hecho (conducta humana) de apariencia delictiva” (2003, 194).

El auto de vinculación a proceso tiene la función primordial de determinar el objeto del proceso penal en México (García Ramírez 2003; Varela, 1973). El párrafo quinto del artículo 19 de la Constitución Política (conforme a la reforma de 2008) así lo determina en forma categórica:

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente.

El artículo 318 del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante, CNPP), en su parte inicial, recoge esta función del auto de vinculación: “El auto de vinculación a proceso establecerá el hecho o los hechos delictivos sobre los que se continuará el proceso”.

En el texto original del artículo 19 de la Constitución se empleaba la palabra “delito” en vez de “hecho delictivo”. ¿Qué entendió el Congreso Constituyente de 1916-1917 por “delito o delitos”? Conviene recordar que el proyecto de Carranza expresaba: “Los *hechos señalados en el auto de formal prisión* serán forzosamente la materia del proceso, y *no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito*”. La Comisión de Constitución consideró que este precepto contenía “una reforma es muy conveniente, porque *evita que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó*”. Sin embargo, la Comisión propuso que se sustituyera la expresión “los *hechos* señalados en el auto de formal prisión serán forzosamente la materia del proceso”, por la de que “todo proceso se seguirá por el *delito o delitos* señalados en el auto de formal prisión”, al considerar que los hechos señalados en el auto de formal prisión no podían cambiarse, pues ya se habían consumado; y que era la calificación jurídica de ellos la que podía alterarse. Por esta razón, la Comisión propuso que el objeto del proceso fuera el delito o los delitos señalados en el auto de formal prisión, con el fin de que esta garantía protegiera al inculpado no sólo en contra del cambio de los hechos imputados, que la Comisión consideraba que era imposible hacer, sino, sobre todo, en contra del *cambio en la calificación jurídica* de los mismos; es decir, en contra de su reclasificación legal (*Diario de los Debates del Congreso Constituyente* 1917, t. I, 743 y 744).

Normalmente, cuando en el proceso penal se alude al delito o los delitos por los cuales se va a seguir el proceso, se hace referencia tanto a los *hechos imputados* como a su *calificación jurídica*. En el proceso, los hechos no pueden ser analizados como hechos simples o materiales, con sólo existencia física, sin ninguna valoración cultural, ni su calificación jurídica. Desde la investigación y hasta el ejercicio de la acción penal, los hechos tienen una calificación jurídica, si bien preliminar y provisional, pues conforme al principio general de derecho *iura novit curia* la calificación jurídica definitiva corresponde sólo al juez de primera instancia o al tribunal de apelación, pero no a las partes. El objeto del proceso son hechos jurídicos; es decir, hechos con relevancia para el derecho y, por tanto, con una calificación jurídica (Taruffo 2002, 89).

Como ha puntualizado Ubertis (1979, 71), “en todo proceso (ya sea civil, penal o administrativo) se aducen sólo hechos de los cuales puedan derivarse consecuencias jurídicas, es decir, hechos jurídicos”. El mismo procesalista italiano sostiene que si el juicio sobre la *questio facti* no puede ser nunca de “puro hecho”, porque está estructurado en referencia a coordenadas jurídicas, aquel sobre la *questio iuris* está necesariamente ligado al hecho también en la medida en que, aún en el análisis de la norma que se considera aplicable, se resiente de la “tensión” a la justicia concreta propia de todo el ordenamiento (Ubertis 1979, 75).

La determinación de los hechos imputados y su calificación jurídica sólo puede ser hecha por el juez de control en el auto de vinculación a proceso, o bien, por el tribunal que conozca del recurso de apelación que se interponga en contra de ese auto (tesis con registros 2014665, 189123, 190215 y 189123). La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha considerado que cuando se concede un amparo directo en materia penal, por actualizarse violaciones al procedimiento, el juez natural no puede, con base en el mismo material probatorio, dictar nueva sentencia en la que agrave las penas impuestas originalmente (tesis con registro 166026).

Con toda razón, Zamora-Pierce sostiene que el Constituyente otorgó al juez (y al tribunal de apelación), y solamente a (ellos), la facultad de hacer la calificación jurídica de los hechos consignados por el Ministerio Público, en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso (actualmente, de vinculación a proceso), y sólo en esa oportunidad procesal. En ejercicio de esa facultad, el juez deberá hacer la clasificación del delito imputado con toda precisión, señalando no nada más el tipo genérico que corresponda,

sino también sus modalidades y las circunstancias agravantes o atenuantes pertinentes (2003, 138).

Sin embargo, el CNPP prevé, en contra de la disposición del artículo 19 de la Constitución conforme a la cual la determinación del objeto del proceso penal debe hacerse precisamente en el auto de vinculación a proceso, que tanto en el alegato de apertura como en el de clausura, el Ministerio Público podrá plantear una reclasificación respecto del delito invocado en su escrito de acusación. En este supuesto, el juzgador que preside la audiencia dará al inculpado y a su defensor la oportunidad de expresarse sobre esta reclasificación, y les informará sobre su derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo, que en ningún caso podrá exceder de diez días (artículos 398 y 400).

En el capítulo relativo al procedimiento abreviado se dispone que si al momento en el que el Ministerio Público solicite la reducción de las penas de prisión ya existiera una acusación formulada por escrito, aquél podrá modificarla oralmente en la audiencia donde se resuelva sobre el procedimiento abreviado, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas previstas en ese capítulo (artículo 202).

En el mismo capítulo se prevé que si el juez de control no admite que se inicie el procedimiento abreviado por inconsistencias o incongruencias en los planteamientos del Ministerio Público, éste podrá presentar nuevamente la solicitud de admisión de dicho procedimiento, una vez subsanados los defectos advertidos (artículo 203).

En este supuesto, el proceso penal no se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos determinados en el auto de vinculación a proceso, como lo ordena el artículo 19 constitucional, sino por el hecho delictivo señalado en la acusación del Ministerio Público.

En relación con el segundo supuesto, García Ramírez hace el siguiente comentario:

Hay otro punto extremo, fruto de la “lógica de la negociación”, que obliga a los negociadores a cumplir lo pactado o desechar los acuerdos y retomar el problema desde su inicio. En este caso se abre la puerta del zigzagueo en la acusación del MP. Supongamos que el MP formula una acusación “benévola”, una vez que ha negociado el punto con el inculpado. Pero consideremos

que hubo errores que mueven al juzgador a rechazar la solución propuesta. Si esto ocurre, el MP puede dar marcha atrás a su acusación, que se tendrá por no formulada. Habrá que acusar de nuevo, sin compromiso derivado de la anterior acusación: eventualmente, se podría presentar una reformulación *in pejus* (CNPP artículo 203). Así, el fracaso de la negociación desconocerá la *verdad pactada* y reconvertirá la benevolencia en rigor (2016, 87).

III. INMUTABILIDAD DEL OBJETO DEL PROCESO PENAL

Florian sostenía que el objeto fundamental del proceso penal tiene carácter eminentemente público, tomando en cuenta que “la relación jurídica penal es de derecho público”. De este carácter deducía dos principios fundamentales: *a)* el de la *indisponibilidad* del objeto del proceso, en virtud de que las partes no tenían el poder de menoscabar el hecho ni manipularlo o de imponer versiones imaginadas, y *b)* el de la *inmutabilidad* del objeto del proceso, en el sentido de que una vez determinada la relación jurídica penal como objeto del proceso éste no puede tener otra solución que la que se dé en la sentencia (Florian 1933, 52).

El principio de inmutabilidad del objeto del proceso penal está reconocido en forma explícita en el artículo 19 constitucional, en cuanto que dispone, por una parte, que este proceso “se seguirá *forzosamente* por el hecho o hechos señalados en el auto de vinculación a proceso”, por lo que tal auto es el que determina el objeto del proceso penal, que no podrá ser modificado en el curso de éste; y por la otra, que si en el curso “de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente”. El texto del artículo 19 utiliza la expresión “si en la *secuela* de un proceso”, la cual es inexacta. La palabra *secuela* significa fundamentalmente “trastorno o lesión que queda tras la curación de una enfermedad o un traumatismo, que es consecuencia de ellos” (Real Academia Española 2014, t. II, 2446). Seguramente el proyecto de Carranza quiso decir: “si en la secuencia de un proceso” o “si en el curso del proceso”.

De acuerdo con estas dos reglas, el objeto del proceso penal está constituido por los hechos imputados y su calificación jurídica determinados en el auto de vinculación a proceso (o en su reclasificación jurídica decretada en la apelación). Ese objeto del proceso no podrá ser modificado en el curso del proceso penal; pero si durante éste apareciere que se ha

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 271-300.

cometido un delito (hecho delictivo con su respetiva calificación jurídica) distinto del que se persigue, deberá ser objeto de una investigación separada, con independencia de que el nuevo proceso se pueda acumular al anterior, si resulta procedente.

Este carácter inmutable del objeto del proceso penal que establece el artículo 19 constitucional no ha sido siempre respetado plenamente por la legislación ni por la jurisprudencia. Por una parte, el artículo 160, fracción XVI, de la anterior Ley de Amparo (recogido en el artículo 173, apartado A, fracción XIII, de la Ley de Amparo vigente) dispone que en los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso, cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión (actualmente auto de vinculación a proceso), el quejoso sea sentenciado por un delito diverso. Hasta esta parte, la Ley de Amparo anterior y la vigente son congruentes con la garantía de inmutabilidad del objeto del proceso penal.

Sin embargo, el párrafo segundo de los preceptos legales mencionados contienen una interpretación que no se compagina con la inmutabilidad del objeto del proceso penal reconocida en el 19 de la Constitución, ya que establecen:

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismo hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias *cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso* [actualmente auto de vinculación a proceso], y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal.

Este precepto prevé dos supuestos diferentes. El primero es aquel en que la sentencia se refiera al mismo delito señalado en el auto de vinculación a proceso, pero le atribuya un grado distinto al previsto en ese auto. Zamora-Pierce sostiene que, en esta hipótesis, “si el delito que se expresa en la sentencia *difiere* de aquel por el que se dictó el auto de formal prisión, así sólo sea en grado, luego entonces ambos delitos no son *idénticos*, no son el mismo delito por el cual, conforme a lo dispuesto por el artículo 19, debió seguirse forzosamente el proceso” (2003, 142).

La garantía de inmutabilidad del objeto del proceso penal reconocida en el artículo 19 de la Constitución tiene como finalidad esencial “evitar

que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó”, tal como lo expresó la Comisión de Constitución en el dictamen que presentó al Congreso Constituyente de 1916-1917. Si el delito por el que se dicta la sentencia es el mismo que se señaló en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y en la sentencia sólo se cambia el grado, no parece que se infrinja esa garantía ni se atente contra la finalidad esencial de la misma, pues no se estaría cambiando intempestivamente la acusación original o la inculpación concreta de un delito a una determinada persona, como llamaba Florian al objeto del proceso penal.

En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que cuando se varía la culpabilidad de dolosa a culposa sin alterar el tipo básico o fundamental, tal variación implica sólo una graduación del tipo, pero no una nueva clasificación, si bien ha aclarado que este criterio sólo es aplicable cuando se trate de tipos delictivos no integrados por el elemento subjetivo: dolo; es decir, cuando la ley no lo incorpora como elemento constitutivo esencial en la descripción de la conducta delictiva (tesis con registro 182,503). De esta variación no debe resultar un agravamiento de la pena que se pueda imponer al inculpado, porque si la variación se hace en las conclusiones del Ministerio Público o en la sentencia, sí se dejaría en estado de indefensión al inculpado, pues ya no podría aportar pruebas para desvirtuar el nuevo grado que se le imputa en la comisión del delito.

El segundo supuesto previsto en el artículo 160, fracción XVI, de la Ley de Amparo anterior (artículo 173, apartado A, fracción XIII, de la Ley de Amparo vigente), consiste en que no se considera que el delito es diverso cuando la sentencia “se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias *cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción al proceso* (actualmente, auto de vinculación a proceso), y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal”.

Es claro que esta segunda hipótesis sí viola la garantía de inmutabilidad del objeto del proceso penal y contradice abiertamente la finalidad que el Congreso Constituyente de 1916-1917 atribuyó de manera expresa al artículo 19 de la Constitución. Conviene recordar que el proyecto de Carranza preveía que el objeto del proceso penal eran los “*hechos señala-*

dos en el auto de formal prisión”, los cuales “no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito”; y que esta parte del proyecto fue modificada por la Comisión de Constitución para establecer que tal objeto está constituido “por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión”. La Comisión de Constitución explicó que había realizado la sustitución de “los hechos” por “el delito o delitos”, por estimar que “los hechos señalados en el auto de formal prisión no podrán, indudablemente, cambiarse, supuesto que han sido consumados; la calificación de ellos es lo que podría alterarse; creemos que esta idea queda mejor expresada prescribiendo que todo proceso seguirá en averiguación solamente del delito o los delitos señalados en el auto de formal prisión” (*Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1917*, t. I, 743 y 744).

Esto significa que para la Comisión de Constitución en el Congreso Constituyente de 1916-1977 era innecesario prever que los hechos (o los hechos materiales, según el artículo 160, fracción XVI, párrafo segundo de la Ley de Amparo anterior (Ley de Amparo vigente, artículo 173, apartado A, fracción XIII), serían forzosamente la materia del proceso, pues tales hechos ya habían acontecido, y no podrían cambiarse; y que, en cambio, la calificación jurídica sí podía ser alterada en el curso del proceso, por lo que para evitar que tal cosa sucediera era necesario establecer que todo proceso debía seguirse forzosamente *por el delito o delitos* señalados en el auto de formal prisión.

Como el dictamen de la Comisión de Constitución fue aprobado por unanimidad de 165 votos del Congreso Constituyente de 1916-1917, se puede afirmar que la voluntad inequívoca del Constituyente fue la de que todo proceso penal tuviera por objeto *el delito o los delitos* señalados en el auto de formal prisión (actualmente auto de vinculación), y que tal objeto no debía modificarse o alterarse en el curso del proceso. Por delito o delitos señalados en el auto de formal prisión no se debía entender los hechos materiales, que el Constituyente suprimió expresamente, sino los hechos imputados y su calificación jurídica, es decir, el tipo penal respectivo.

Esta interpretación se confirma por el hecho de que el propio Constituyente dispuso en el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución, que en el auto de formal prisión se debería expresar “*el delito que se impute al acusado*; los elementos que constituyan aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable

la responsabilidad del acusado” (*Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1917*, t. I, 744). Si el propio Constituyente se refirió expresamente al delito que se impute al acusado, los elementos que constituyan aquél, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito, el cuerpo del delito (no al cuerpo del hecho material); y en el párrafo segundo original sustituyó la palabra hechos por la de delito, resulta evidente que su propósito fue establecer que el objeto del proceso penal es el delito señalado en el auto de formal prisión (los hechos imputados y su calificación jurídica), que ese delito era la materia sobre la que debería recaer la actividad probatoria y conclusiva de las partes y que era el tema que el juzgador debía decidir en su sentencia.

El artículo 19 de la Constitución, reformado por el decreto del 18 de junio de 2008, redujo los requisitos del auto que determina el objeto del proceso penal, pues señala que en el auto de vinculación a proceso se expresará “el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”. En este párrafo se excluyen los elementos que constituyan el delito, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, que contenía el precepto constitucional original.

Por otro lado, si, como hemos señalado, la garantía de inmutabilidad del objeto del proceso penal reconocida en el artículo 19 de la Constitución tiene como finalidad esencial “evitar que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó”, según lo expresó la Comisión de Constitución en el dictamen que aprobó por unanimidad el Congreso Constituyente de 1916-1917, resulta claro que el artículo 160, fracción XVI, párrafo segundo, de la Ley de Amparo anterior y su equivalente, el artículo 173, apartado A, fracción XIII, de la Ley de Amparo vigente, no satisfacen en modo alguno esa finalidad, pues permiten que al final del proceso penal, después de que ya se practicaron las pruebas, el Ministerio Público pueda “cambiar intempestivamente la acusación que originó la causa”, dejando al inculpado “sin los elementos necesarios para su defensa”.

Autorizar que el Ministerio Público pudiera cambiar el delito que se señaló en el auto de formal prisión o de vinculación a proceso, al momento

de presentar sus conclusiones acusatorias, es negar el derecho de defensa al inculpado, quien ya no podrá ofrecer ni aportar pruebas de descargo, sino sólo presentar sus conclusiones (tesis con registros 200,234 y 900,218).

Pero, además, permitir que el Ministerio Público pueda cambiar el delito que se señaló en el auto de formal prisión o de vinculación a proceso, constituye una grave violación a la competencia constitucional que el artículo 19 de la Constitución otorga exclusivamente a la autoridad judicial, precisamente al momento de dictar el auto que determina el objeto del proceso, o al conocer del recurso de apelación contra tal auto; es también una infracción al principio general del derecho *iura novit curia*, de acuerdo con el cual es el juez quien conoce, interpreta y aplica el derecho (Alcalá-Zamora 1982; Sentís 1957); por lo anterior la calificación jurídica definitiva de los hechos imputados corresponde al juez de primera instancia o al tribunal de apelación, pero no a una de las partes.

Igualmente, es discutible afirmar que se pueda reclasificar el delito sin modificar los hechos, como con frecuencia lo ha sostenido la jurisprudencia (tesis con registros 184,032; 286,150; 191,216 y 181,289). En el proceso penal la referencia al delito o los delitos por los cuales se va a seguir el proceso comprende tanto los *hechos imputados* como su *calificación jurídica*. Los hechos imputados son acontecimientos de la vida real, que reúnen determinadas características para poder ser calificados jurídicamente como robos, fraudes, abusos de confianza, etcétera; sólo si reúnen esas características podrán ser objeto de un proceso penal. La modificación de la calificación jurídica lleva, por regla general, a la modificación de los hechos imputados, en función de los elementos del nuevo tipo penal.

Es conveniente aclarar que el artículo 173 de la Ley de Amparo vigente tiene dos apartados (conforme a la reforma publicada en *DOF* del 17 de junio de 2016): el A, que se aplica al *sistema de justicia penal mixto*; es decir, el que rigió en las entidades federativas y en la Federación hasta antes de que se declarara en vigor el CNPP del 5 de marzo de 2014 en cada una de las entidades federativas y la Federación, sistema que se debe continuar aplicando a los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del CNPP (tesis con registros 2015405 y 201537); y por el otro, el apartado B, que se aplica al sistema de justicia penal acusatorio, basado en la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 y en el CNPP de 2014. Hasta ahora sólo nos hemos referido al apartado A, fracción XIII, del artículo 173 de la Ley de Amparo vigente, que

contiene la misma disposición que la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo anterior. A estos dos preceptos se aplican los comentarios expresados con anterioridad.

El apartado B del artículo 173 de la Ley de Amparo de 2013, que como dijimos se aplica al sistema de justicia penal acusatorio, contiene una disposición diferente sobre el tema de la reclasificación del delito. Su fracción XVIII señala que se consideran violadas las leyes de procedimiento con trascendencia a las defensas del quejoso: “Cuando seguido el proceso por un delito, el quejoso haya sido sentenciado por un ilícito diverso a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la investigación, sin que hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, en términos de la legislación procedimental aplicable”.

El párrafo transcrito coincide sustancialmente con las disposiciones contenidas en los artículos 160, fracción XVI, de la Ley de Amparo anterior, y 173, apartado A, fracción XIII, de la Ley de Amparo vigente. A pesar de que el primer párrafo es más ambiguo e impreciso, su contenido se debe traducir en que la violación a las leyes de procedimiento se comete cuando al imputado se le sigue el proceso por el delito determinado en el auto de vinculación a proceso, pero se le dicta sentencia por delito diverso.

En cambio, el segundo párrafo de la fracción XVIII del apartado B de la Ley de Amparo vigente contiene una disposición diferente: “No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, o bien sea el resultado de la reclasificación jurídica del delito en términos del Código Nacional de Procedimientos Penales”.

El párrafo transcrito tiene el mismo contenido que el artículo 73, apartado A, fracción XIII, al que ya hicimos referencia. Al principio de este numeral expresamos que si el delito por el que se dicta la sentencia es el mismo que se señaló en el auto de vinculación a proceso y en la sentencia sólo se cambia el grado, no parece que se infrinja la garantía de inmutabilidad del objeto del proceso penal reconocida en el artículo 19 constitucional ni se atenta contra la finalidad esencial de la misma, pues no se estaría cambiando intempestivamente la acusación original o la inculpación concreta de un delito a una determinada persona, como llamaba Florian al objeto del proceso penal.

La segunda parte del artículo 173, apartado B, fracción XVIII, de la Ley de Amparo vigente prevé, además, que no se considera que el delito es diver-

so cuando sea el resultado de la reclasificación jurídica llevada a cabo en los términos del CNPP. La Ley de Amparo deja de regular el tema de la reclasificación y remite al ordenamiento que corresponde por razón de la materia.

Por su parte, el artículo 398 del CNPP establece la facultad y la oportunidad para que el Ministerio Público haga la reclasificación del delito durante la audiencia del juicio, en los siguientes términos:

Tanto en el alegato de apertura como en el de clausura, el Ministerio Público podrá plantear una reclasificación respecto del delito invocado en su escrito de acusación. En este supuesto, el juzgador que preside la audiencia dará al imputado y a su defensor la oportunidad de expresarse al respecto, y les informará sobre su derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal de enjuiciamiento suspenderá el debate por un plazo que, en ningún caso, podrá exceder del establecido para la suspensión del debate previsto por este Código.

Este artículo no es congruente con lo que dispone el párrafo quinto del artículo 19 constitucional, en el sentido de que todo proceso se debe seguir forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso (o en la resolución dictada en el recurso de apelación interpuesto en contra de tal auto); y de que si en el curso de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

De acuerdo con el texto constitucional, el Ministerio Público no puede modificar el hecho o los hechos delictivos (es decir, los hechos materiales y su calificación jurídica) señalados en el auto de vinculación a proceso. La premisa fundamental es que en el curso del proceso el Ministerio Público no puede cambiar el hecho o los hechos delictivos imputados en el auto de vinculación a proceso (o en la resolución dictada en el recurso de apelación interpuesto en contra de tal auto). Esa fue la finalidad que expresó la Comisión de Constitución en el Congreso Constituyente 1916-1917 al afirmar que en el nuevo artículo 19 “se prohíbe terminantemente cambiar arbitrariamente la naturaleza de un proceso”, así como que esta “reforma es muy conveniente, porque *evita que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó*” (*Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1917*, t. I, 743 y 744).

Es claro que la disposición contenida en el artículo 398 del CNPP significó un avance respecto de lo que establecía el artículo 160 de la Ley de Amparo anterior, en cuanto que aquella prevé que el inculpado tiene derecho a pedir la suspensión de la audiencia de juicio, por un plazo no mayor de diez días hábiles (CNPP artículo 400), para ofrecer nuevas pruebas, y no limita su intervención a la fase de alegatos o conclusiones.

IV. LA APERTURA DEL JUICIO

En el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, el auto de formal prisión y el de sujeción al proceso se dictaban en la primera etapa del proceso penal, que se denominaba de preinstrucción. Con estos autos, que determinaban el objeto del proceso penal, se ponía fin a la primera etapa del proceso, la preinstrucción, y se daba paso a la segunda etapa, la *instrucción*. Estas resoluciones tenían la función de abrir la instrucción, similar a la del *auto de procesamiento* del enjuiciamiento penal español y algunos ordenamientos iberoamericanos, con todas las diferencias que puedan existir por el tipo de sistema de enjuiciamiento (De la Oliva 2003, 426).

El artículo 318 señala los siguientes efectos del auto de vinculación a proceso: *a)* establece el hecho o los hechos delictivos sobre los que se continuará el proceso; *b)* o determina las formas anticipadas de terminación del proceso (procedimiento abreviado); *c)* ordena la apertura a juicio, *d)* o el sobreseimiento.

De estos efectos, no parece corresponder al auto de vinculación a proceso el de ordenar la apertura a juicio, pues el auto de vinculación se dicta dentro de la primera etapa del proceso, la de investigación, y el juicio es la tercera etapa, que es precedida por la etapa complementaria o de preparación del juicio. En realidad, el auto de apertura se dicta en la audiencia intermedia, que se celebra al final precisamente de la etapa intermedia, como lo disponen los artículos 334 y 347.

V. LA AUDIENCIA INICIAL

En el CNPP el auto de vinculación a proceso se puede dictar en la *audiencia inicial*. Dicho ordenamiento divide el procedimiento penal en tres etapas: *a)* la de *investigación*, que tiene por objeto que el Ministerio Público reúna in-

dicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, recabe los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación en contra del imputado y la reparación del daño; esta etapa comienza con la presentación de la denuncia, querrela “u otro requisito equivalente” y termina con la resolución que declara cerrada la investigación; *b*) la *intermedia* o de *preparación del juicio*, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y *c*) la de *juicio*, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la emisión de la sentencia por el tribunal de enjuiciamiento (artículo 211).

La primera etapa comprende dos fases: la investigación *inicial* y la investigación *complementaria*. La *investigación inicial* comienza con la presentación de la denuncia, querrela “u otro requisito equivalente”, y concluye cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule la imputación (artículo 211, fracción I, inciso a). Por su parte, la *investigación complementaria* comprende desde la formulación de la imputación hasta que se declare cerrada la investigación (artículo 211, fracción I, inciso b).

De acuerdo con esta división de la etapa de investigación en dos fases, se da la paradoja de que la audiencia inicial se debe celebrar en medio de estas dos fases. En efecto, en la audiencia inicial el juez de control debe: *a*) informar al imputado sobre sus derechos constitucionales y legales, si antes no se los hubieran dado a conocer, los cuales se encuentran enunciados en el artículo 113 del CNPP); *b*) verificar el control de legalidad de la detención; *c*) dar oportunidad para que *el Ministerio Público formule la imputación*; *d*) asimismo, para que el imputado pueda hacer su declaración; *e*) resolver sobre las medidas cautelares y la vinculación o no vinculación a proceso, y *f*) determinar el plazo para el cierre de la investigación (artículo 307) (Silva 2017, 240 y 241).

Si la fase de la investigación inicial concluye cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule la imputación y la de investigación complementaria comienza con la formulación de la imputación, los actos que se señalan en los incisos *a*, *b* y *c* del párrafo anterior forman parte de la fase de investigación inicial, en tanto que los que se indican en los incisos *d*, *e* y *f* se ubican dentro de la investigación complementaria.

El auto de vinculación a proceso se puede dictar normalmente dentro de la *audiencia inicial*. Esta audiencia es la primera en que se reúnen los su-

jetos principales del proceso penal —Ministerio Público, juez, inculpado y defensor— para hacer saber al inculpado sus derechos y los motivos de su detención (Silva 2017, 240).

Sin embargo, el auto de vinculación a proceso sólo se dicta en la audiencia inicial en caso de que el inculpado no se acoja al plazo de 72 horas ni solicite la ampliación de ese plazo, por lo que en el supuesto de que solicite el cumplimiento de tal plazo o de su ampliación, el juez de control no dictará el auto de vinculación dentro de la audiencia inicial, sino que deberá citar a una audiencia, que se celebrará dentro del plazo de 72 horas o de su ampliación, en la que pronunciará esa resolución. A esta audiencia se denomina *de vinculación a proceso* (artículo 313, párrafos segundo y tercero); aunque también se llama *de continuación de la audiencia inicial* (artículo 315).

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha considerado que el Ministerio Público, de estimarlo procedente, debe solicitar la vinculación a proceso después de formulada la imputación y de que el imputado haya tenido oportunidad de contestar el cargo, pero previamente a que el justiciable decida si se acoge o no al plazo a que alude el artículo 19 constitucional —o a su ampliación— para que se resuelva sobre su situación jurídica, pues sólo así la elección de postergar la resolución judicial respectiva tendrá como base el previo conocimiento de las razones específicas por las cuales los datos de prueba recabados durante la investigación informal justificarían dicho acto de molestia, permitiendo al imputado y a su defensor, como resultado de un acto informado, presentar en la continuación de la audiencia inicial los medios de prueba que consideren podrían desvirtuar la postura ministerial (tesis con registro 2015729).

VI. LOS REQUISITOS

Como afirma González (2017, 146):

El auto de vinculación a proceso es la resolución que emite el órgano jurisdiccional cuando decide sobre la petición planteada por el Ministerio Público, utilizando los elementos o datos de prueba conseguidos durante la investigación, verificando que están colmados los requisitos de fondo previstos en el artículo 19 constitucional, debido a que demuestran que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y, además, está justificada con elementos

de prueba suficientes, la probabilidad de que la persona imputada participó o intervino en la comisión del hecho punible.

Al ser un acto de autoridad, el auto de vinculación a proceso debe satisfacer en principio los requisitos que establece el párrafo primero del artículo 16 constitucional: constar en *mandamiento escrito*, provenir de *autoridad competente* y estar debidamente *fundado y motivado*.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que el decreto publicado en el *DOF* del 15 de septiembre de 2017 adicionó al primer párrafo del artículo 16 de la Constitución con la siguiente frase, que excluye el requisito del mandamiento escrito para los juicios orales: “En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo”.

Aunque la frase adicionada es muy general, es evidente que en los juicios orales existen actos que deben constar necesariamente en un mandamiento escrito por razones de seguridad jurídica, como es el caso, en el proceso penal, de la orden de aprehensión, la orden de cateo, el auto de vinculación a proceso y la sentencia; la demanda y la contestación a la demanda, el ofrecimiento de pruebas y la sentencia, en el proceso civil, entre otros.

El artículo 67, fracción IV, del CNPP, permite que el auto de vinculación a proceso sea dictado por el juez de control en forma oral, pero prevé también que este auto deberá *constar por escrito*.

Sin embargo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que es suficiente que el auto de vinculación a proceso aparezca en la videograbación de la audiencia en la que el juez de control lo dictó, por lo que ha estimado que basta que exista esa videograbación para que dicho acto cumpla con la garantía de fundamentación y motivación, sin que se requiera que “deba plasmarse en papel” (tesis con registro 2015127). No compartimos esta interpretación, que fue aprobada el 5 de abril de 2017, antes de la publicación de la reforma constitucional del 15 de septiembre de 2017, la cual no tiene el alcance tan amplio que se pretende, por lo que tal reforma no sirvió como fundamento a esta interpretación, que entonces era contraria al texto expreso del párrafo primero del artículo 16 constitucional y ahora lo sigue siendo del artículo 67, fracción IV, del

CNPP. Es evidente que una “videograbación” no es en modo alguno un “mandamiento escrito”, ni consta “por escrito”. “Escrito” es “carta, documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso”; en tanto que “videograbación” es la grabación hecha en video, y éste es un “sistema de grabación y reproducción de imágenes, acompañadas o no de sonidos, mediante una cinta magnética u otros medios electrónicos” (Real Academia Española 2014, t. I, 935; t. II, 2441 y 2442).

La autoridad judicial, además de cumplir con las garantías de seguridad jurídica mencionadas, debe respetar los demás derechos humanos y garantías reconocidos al imputado en la Constitución, particularmente en el artículo 20, apartado B, tales como el derecho a que se presuma su inocencia, el de declarar o guardar silencio, el de que se le informe los hechos que le imputan y los demás derechos que le asisten.

El CNPP distingue dos tipos de requisitos para que el juez de control pueda emitir el auto de vinculación a proceso: los requisitos *externos*, que deben preceder al auto, y los requisitos *internos* que se refieren al contenido mismo del acto.

Los requisitos externos son: *a)* que el Ministerio Público haya formulado la imputación, y *b)* que se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar (artículo 316, fracciones I y II).

Los requisitos internos son: *a)* que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión; se entiende que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo; *b)* que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito; *c)* el auto de vinculación a proceso deberá contener los datos personales del imputado; *d)* los fundamentos y motivos por los cuales se estiman satisfechos los requisitos mencionados en el artículo 316, así como, *e)* el lugar, el tiempo y las circunstancias de ejecución del hecho que se imputa (artículos 316, fracciones III y IV, y 317, fracciones I a III) (tesis con registro 160331).

Los requisitos que se indican en el inciso *a)* reflejan las modificaciones introducidas por el decreto de reformas y adiciones a la Constitución Política del 18 de junio de 2008, en el que los nombres de los autos de formal prisión y de sujeción a proceso fueron sustituidos por el de vinculación a

proceso y se suprimieron los requisitos del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad.

En su lugar, el primer párrafo del artículo 19 constitucional señala que en el auto de vinculación a proceso se “expresará el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

Frente al concepto de cuerpo del delito, que otorgaba a los justiciables la seguridad jurídica de que no se procedería en contra de ellos si no había indicios o pruebas que acreditaran el conjunto de elementos objetivos o externos que constituían la materialidad del hecho que la ley señalara como delito, así como los normativos en el caso de que la descripción típica lo requiriera, el texto reformado elude hablar de prueba y de requisitos específicos que deban ser probados para que pueda dictarse el auto de vinculación. En vez de acreditar el cuerpo del delito, el texto exige sólo que obren datos que establezcan que se ha cometido el hecho delictivo, es decir, la reforma no sólo redujo lo que llama *estándar de prueba*, sino que prácticamente eliminó cualquier requerimiento de prueba, al señalar que sólo debe haber *datos que establezcan que se ha cometido el hecho delictivo*, sin que se requiera que éste se pruebe o acredite, y sin indicar qué elementos del hecho delictivo deben quedar “establecidos” por tales datos.

En este sentido, la Primera Sala interpreta esta modificación constitucional en los siguientes términos:

Ahora, el texto constitucional contiene los lineamientos que marcan la transición de un sistema de justicia penal mixto hacia otro de corte acusatorio, adversarial y oral, como lo revela la sustitución, en los requisitos aludidos, de las expresiones “comprobar” por “establecer” y “cuerpo del delito” por “hecho que la ley señala como delito”, las cuales denotan un cambio de paradigma en la forma de administrar justicia en materia penal, pues acorde con las razones que el propio Poder Constituyente registró en el proceso legislativo, con la segunda expresión ya no se requiere de “pruebas” ni se exige “comprobar” que ocurrió un hecho ilícito, con lo cual se evita que en el plazo constitucional se adelante el juicio, esto es, ya no es permisible que en la etapa preliminar de la investigación se configuren pruebas por el Ministerio Público, por sí y ante sí —como sucede en el sistema mixto—, con lo cual se elimina el procedimiento unilateral de obtención de elementos probatorios y,

consecuentemente, se fortalece el juicio, única etapa procesal en la que, con igualdad de condiciones, se realiza la producción probatoria de las partes y se demuestran los hechos objeto del proceso (tesis con registro 2014800).

Por otro lado, el texto anterior del párrafo primero del artículo 19 constitucional exigía que existieran datos que hicieran probable la responsabilidad del indiciado, es decir, que tales datos fueran suficientes para hacer verosímil, razonablemente creíble, la participación del inculpado en la comisión del delito. La misma palabra indiciado designa a la persona a la que los indicios señalan como probable responsable de la comisión del delito. El tercer párrafo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales disponía que “la probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los *medios probatorios* existentes, se deduzca su participación en el delito y no exista a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”. El concepto de probable responsable requería de pruebas o, cuando menos, de indicios que permitieran afirmar que la persona contra la cual se dictaba el auto de formal prisión o de sujeción a proceso participó en el hecho delictivo.

En el texto reformado del párrafo primero del artículo 19 constitucional, la prueba de la probable responsabilidad del indiciado se sustituye por los simples datos que establezcan “que exista la probabilidad de que el indiciado” cometió el hecho delictivo o participó en su comisión. No se requieren pruebas ni siquiera indicios, sino sólo datos, pero no para que acrediten la probable responsabilidad del indiciado, sino simplemente que *exista la probabilidad* de que el indiciado haya cometido el hecho delictivo: es decir, prácticamente la probable responsabilidad se convierte en el texto reformado en la simple probabilidad de que el inculpado haya participado en el hecho delictivo (tesis con registro 160330).

El CNPP ha aclarado algunos de estos requisitos del auto de vinculación a proceso. En tanto que el artículo 19 de la Constitución requiere que en el auto de vinculación se expresen “los *datos* que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”, el artículo 316, fracción III, del CNPP, dispone que para que el juez de control pueda dictar el auto mencionado es requisito que “de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan *datos de prueba* que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito

y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión”. El mismo precepto prevé que “se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan *indicios razonables* que así permitan suponerlo”.

El propio CNPP entiende por “antecedente de investigación”: “todo registro incorporado en la carpeta de investigación que sirve de sustento para aportar datos de prueba” (artículo 260), y por “dato de prueba”: “la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado” (artículo 261). De este modo, el CNPP precisa que los datos en los que se base el auto de vinculación a proceso, deben ser *datos de prueba*, es decir, medios de convicción que todavía no se han admitido y practicado ante la autoridad judicial y en la audiencia respectiva, y por lo mismo no pueden ser considerados medios de prueba.

El mismo artículo 261, párrafos segundo y tercero, define así a los medios de prueba y a la prueba:

Los medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos. Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.

Asimismo, el artículo 316, fracción III, CNPP, dispone que se entenderá que obran en el expediente datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan *indicios razonables* que permitan suponerlo. Aunque los indicios (palabra que proviene del latín *indicium*, indicación, signo o señal) no constituyan medios de prueba por sí mismos, son las deducciones que hace el juzgador para tomar por cierto un hecho a partir de la existencia de otro hecho probado. Bentham, quien incluía a los indicios dentro de la genérica prueba circunstancial, afirmaba que ésta “es la que se deduce de la existencia de un hecho o de un grupo de hechos que, aplicándose inmediatamente al hecho principal, llevan a la conclusión de que ese hecho ha existido” ([1823] 1971, t. I,

292). Florian sostenía que “en el fondo el indicio se reduce a la operación lógica de deducir el conocimiento de un hecho, de una cosa o de una situación que se ignora en todo o en parte, de la existencia de un hecho distinto, de una cosa o de una situación diversas, ya establecidas en el proceso” (1968, t. I, 130).

Taruffo señala que el término “indicio” se utiliza al menos en tres acepciones principales. En primer lugar, indicio es sinónimo de “presunción” (y de “conjetura”) “en la medida que indica el razonamiento o el argumento mediante el cual se vinculan dos hechos, extrayendo de uno de ellos consecuencias para el otro”. Ejemplos de esta acepción son las definiciones de Bentham y Florian. En la segunda acepción, “indicio” se distingue de “presunción” en cuanto hace referencia a aquellos elementos de prueba que a pesar de no carecer de eficacia probatoria no reúnen los requisitos legales para la utilización de las presunciones simples. En la tercera acepción, que el autor considera la más rigurosa y clara, indicio es “cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar” (Taruffo 2002, 479-480).

La primera acepción que menciona Taruffo es la que prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia mexicana (tesis con registros 390137 y 2004757).

Por lo que se refiere al requisito consistente en que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito (CNPP artículo 316, fracción III), la Primera Sala ha considerado que “para dictar un auto de vinculación a proceso y establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, basta con que el juez encuadre la conducta a la norma penal, que permita identificar, independientemente de la metodología que adopte, el tipo penal aplicable” (tesis con registro 2014800).

VII. EL PLAZO

En el texto original de la Constitución de 1917 el plazo dentro del cual el juez debía dictar el auto de formal prisión era de “tres días”, que se debía computar a partir del momento en que el indiciado quedaba sujeto

a detención preventiva. La reforma constitucional publicada el 3 de septiembre de 1993, tomando en cuenta que en la legislación procesal penal ordinaria el plazo para dictar este auto se contaba por horas, de momento a momento, determinó que el plazo era de setenta y dos horas, y que se debía computar “a partir de que el indiciado sea puesto” a disposición de la autoridad judicial.

Esta forma de iniciar el cómputo del plazo de setenta y dos horas ya estaba prevista en el párrafo segundo del artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Penales, que en su parte conducente expresaba: “Se entenderá que el inculcado queda a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que la policía judicial, en cumplimiento de la orden (de aprehensión) respectiva, *lo ponga a disposición de aquél en la prisión preventiva o en el centro de salud*”. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia consideró que la puesta a disposición del inculcado debía ser hecha “en forma física o material en el centro de reclusión que se encuentre en el lugar de residencia del juez de la causa” (tesis con registro 188294).

Desde la reforma al artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, publicada en el *DOF* del 12 de enero de 1988, se previó que *el plazo de setenta y dos horas podría prorrogarse, por una sola vez, hasta por otras setenta y dos horas*, cuando lo solicitara el inculcado al rendir su declaración preparatoria para aportar las pruebas que estimara pertinentes.

Esta posibilidad de ampliación del plazo para dictar el auto de formal prisión demostró su utilidad en el ámbito del proceso penal federal, al permitir al inculcado y al defensor, contar con mayor tiempo para ofrecer y aportar pruebas de descargo (tesis con registro 224,765) (tesis con registro 224,765). Sin embargo, los autores de la reforma constitucional de 1993 no estimaron pertinente incorporarla en el texto reformado del artículo 19.

Fue hasta la reforma publicada en el *DOF* del 8 de marzo de 1999 cuando se introdujo en el artículo 19 constitucional esta posibilidad de ampliación del plazo en cuestión, aunque no se señalaron las condiciones en las que el inculcado puede solicitarla ni el límite temporal dentro del cual puede otorgarse, sino que la regulación de estos puntos se dejó al legislador ordinario. La parte adicionada al párrafo segundo de este precepto constitucional dispone: “Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley”.

En la reforma de 2008 al artículo 19 constitucional, además de sustituir el auto de formal prisión por el auto de vinculación a proceso, también se dispuso que “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso”.

Como se indicó anteriormente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha estimado que la puesta a disposición del indiciado debe ser hecha

... en forma física o material en el centro de reclusión que se encuentre en el lugar de residencia del juez de la causa, pues lo que se persigue es que esté en aptitud real y jurídica de autentificar o validar la detención ministerial decretada en la fase indagatoria y observar fehacientemente el cumplimiento de todas y cada una de las prerrogativas procesales y sustantivas consagradas en beneficio del indiciado en tal precepto constitucional (tesis con registro 2013213).

Este criterio ha sido reiterado por la propia Primera Sala, al sostener que el deber del Ministerio Público de poner al indiciado a disposición del juez sólo se cumple cuando aquél es llevado física y materialmente ante el juzgador, porque de ese modo éste puede certificar “el estado físico del detenido, ya que una puesta a disposición formal o «a distancia» haría imposible para el juzgador cumplir con sus atribuciones de garante y vigilante de la estricta observancia de los derechos humanos del procesado” (*S7F y su Gaceta* 2016, 375). Aunque esta tesis se refiera al texto del artículo 19, párrafo primero, anterior a la reforma de 2008, es aplicable al artículo 19 vigente, pues el párrafo primero de este último precepto tiene sustancialmente el mismo contenido que aquél.

Con relación a la puesta a disposición del indiciado en cumplimiento de una orden de aprehensión, la Primera Sala ha afirmado que la ejecución de ésta “actualiza la obligación de poner a la persona a disposición, física y materialmente (y sin demora alguna, en términos del tercer párrafo del artículo 16 constitucional) ante el juez instructor para los efectos del dictado del auto de término constitucional” (tesis con registro 2013213).

El actual artículo 19, párrafo cuarto, de la Constitución, también prevé que el plazo de 72 horas para que se dicte el auto de vinculación a proceso se puede ampliar “únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley”. En el artículo 313, párrafo segundo, del texto original

del CPNN, no se indicaba específicamente por cuántas horas se podía ampliar el plazo, pero se deducía que era por 144 horas, puesto que ese párrafo se refiere al caso en el que inculpado no renuncie (“no se acoja”, textualmente) al plazo de 72 horas “ni solicite la *duplicidad* del mismo”. La reforma al CNPP, publicada en el *DOF* del 17 de junio de 2016, adicionó el párrafo cuarto al artículo 313, en el que se precisó que el plazo para dictar el auto de vinculación es de 72 horas, y su ampliación, de 144 horas (tesis con registro 189363).

Después de que el imputado haya emitido su declaración, o manifestado su deseo de no hacerlo, el agente del Ministerio Público solicitará al juez de control, la oportunidad para discutir medidas cautelares, en su caso, y posteriormente solicitar la vinculación a proceso. Antes de escuchar al agente del Ministerio Público, el juez de control se dirigirá al imputado y le explicarán los momentos en los cuales puede resolverse la solicitud que pretende plantear el Ministerio Público.

El juez de control preguntará al imputado si desea que se resuelva sobre su vinculación a proceso en la audiencia inicial o dentro del plazo de setenta y dos horas o si solicita la ampliación de dicho plazo. En caso de que el inculpado no se acoja al plazo constitucional ni solicite la duplicidad del mismo, el Ministerio Público deberá solicitar y motivar la vinculación del imputado a proceso, y en la misma audiencia expondrá los datos de prueba con los que considera que se establece un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. El juez de control otorgará la oportunidad a la defensa para que conteste la solicitud, y si considera necesario permitirá la réplica y contrarréplica. Hecho lo anterior, dictará el auto de vinculación o no vinculación a proceso.

Si el imputado no renuncia a cualquiera de estos plazos, el juez de control no dictará el auto de vinculación dentro de la audiencia inicial, sino que deberá citar a otra audiencia, en la que dictará el auto de vinculación; la audiencia se celebrará dentro del plazo de 72 o 144 horas siguientes al momento en que el detenido haya sido puesto a su disposición o en el que el imputado haya comparecido a la audiencia de formulación de la imputación. A esta segunda audiencia se denomina *de vinculación a proceso* (artículo 313, párrafos segundo, tercero y cuarto), aunque también se llama *continuación de la audiencia inicial* (artículo 315).

Este plazo (o “término constitucional” como se le designaba anteriormente, y todavía ahora) es demasiado flexible en el CNPP. Por un lado, como acabamos de ver, el auto de vinculación a proceso sólo se dicta en la audiencia inicial cuando el inculpado renuncie al plazo de 72 horas o no solicite su ampliación por 144 horas. En caso contrario, el juez de control deberá dictar el auto de vinculación dentro de la audiencia de vinculación a proceso o de continuación de la audiencia inicial, que se deberá llevar a cabo dentro de los plazos mencionados (Silva 2017, 250).

Por otro lado, el plazo debe ser contado a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial (artículo 19, primer párrafo). Esta forma de computar el plazo excluye el tiempo que pueda transcurrir entre el momento en se ejecute la orden de aprehensión o se detenga al indiciado en delito flagrante o por una orden del Ministerio Público, en el supuesto de urgencia, y se le ponga a disposición del juez de control. Aunque el artículo 16 de la Constitución dispone que la autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión “deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad” (párrafo cuarto), y que cuando una persona detenga al inculpado en delito flagrante debe ponerlo “sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público” (párrafo quinto), entre el momento de la aprehensión o de la detención pueden transcurrir varias horas o hasta días, que no se toman en cuenta para el cómputo del plazo constitucional, las cuales pueden ser aprovechadas por los agentes de la policía y del Ministerio Público para ejercer presión o coacción sobre el indiciado (Silva 2017, 249).

En el supuesto de la detención ordenada por el Ministerio Público en caso de urgencia, el indiciado puede ser retenido por el Ministerio Público por hasta 48, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial. Este plazo puede duplicarse en aquellos casos que la ley prevé como delincuencia organizada. Como el plazo constitucional se cuenta a partir de que el inculpado quede a disposición de la autoridad judicial, el tiempo durante el cual el inculpado esté sujeto a la orden ministerial de retención se excluye del cómputo de dicho plazo (tesis con registro 188294).

En similar situación se encuentra el arraigo. El párrafo octavo adicionado al artículo 16 constitucional por el decreto del 18 de junio de 2008 faculta a la autoridad judicial para que a petición del Ministerio Público

decrete el arraigo de una persona por hasta cuarenta días, plazo que se puede prorrogar hasta alcanzar ochenta días. El mismo párrafo señala que el arraigo procederá “tratándose de delitos de delincuencia organizada”.

Aunque en el CNPP no se regula el arraigo, en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se conservan las disposiciones que regulan a esta medida (artículos 12 a 12 *quintus*).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1982. “Consideraciones acerca del principio «iura novit curia» en el derecho mexicano”, *Clínica procesal*, 2a. ed., México, Porrúa.
- BENTHAM, Jeremy. [1823] 1971. *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Ossorio Florit, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Diario de los Debates del Congreso Constituyente*. 1917, México, Imprenta de la Cámara de Diputados, t. I.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. 2002. Voz “Objeto del proceso”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM-Porrúa, t. V.
- FLORIAN, Eugenio. 1933. *Elementos de derecho procesal penal*, trad. de L. Prieto Castro, Barcelona, Bosch.
- FLORIAN, Eugenio. 1968. *De las pruebas penales*, trad. de Jorge Guerrero. Bogotá, Temis.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2003. *El nuevo procedimiento penal mexicano. Las reformas de 1993-2000*, 3a. ed, México, Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2016. *Temas del nuevo procedimiento penal. Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014*, México, UNAM.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Patricia Lucila. 2017. *Manual de derecho procesal penal. Principios, derechos y reglas*. México, UNAM-Fondo de Cultura Económica.
- LOZOYA VARELA, Rafael. 1973. “El objeto del proceso en el Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social”, *Lecturas Jurídicas*, núm. 56.
- OLIVA DE LA SANTOS, Andrés. 2003. *Derecho procesal penal*, 6a. ed, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- OVALLE FAVELA, José. 2007. *Garantías constitucionales del proceso*, 3a. ed., México, Oxford University Press.

- SENTÍS MELENDO, Santiago. 1957. *El juez y el derecho: iura novit curia*, Buenos Aires, EJEA.
- SILVA, Jorge Alberto. 2017. *Derecho procesal penal. Un análisis comparado*, México, Oxford University Press.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. 2016. SCJN, tesis aislada 1a. CCXCVII/2016, libro 37, t. I.
- TARUFFO, Michele. 2002. *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid, Trotta.
- UBERTIS, Giulio. 1979. *Fatto e valore probatorio nel sistema probatorio penale*. Milán, Giuffrè.
- ZAMORA-PIERCE, Jesús. 2003. *Garantías y proceso penal*, 12a. ed., México, Porrúa.

LA APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA LA PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS TRIBUTARIOS: UN ANÁLISIS DE LA NORMATIVA ARGENTINA VIGENTE*

THE APPLICATION OF THE ALTERNATIVE METHODS FOR THE PREVENTION AND RESOLUTION OF TAX DISPUTES: AN ANALYSIS OF THE CURRENT ARGENTINEAN REGULATION

Rodolfo SALASSA BOIX**

RESUMEN: El trabajo parte de tres consideraciones clave: en primer lugar, que los conflictos tributarios son cada vez más habituales, y que su falta de resolución acarrea indeseables consecuencias; en segundo lugar, que los mecanismos tradicionales no son suficientes para evitarlos y solucionarlos, y, en tercer lugar, que el principio de indisponibilidad del crédito fiscal constituye uno de los principales obstáculos jurídicos para aplicar los mecanismos alternativos. A partir de ello, el objetivo consiste en determinar la posibilidad de aplicar los métodos alternativos de prevención y resolución de conflictos en el ámbito tributario y analizar su inclusión específica en el derecho tributario nacional argentino. En las conclusiones se advierte que

ABSTRACT: The paper is based on three key considerations: first, that tax conflicts are becoming more usual and that their non-resolution leads to undesirable consequences; secondly, that traditional mechanisms are not enough to avoid and solve them and, thirdly, that the principle of unavailability of tax credit is one of the main legal obstacles for applying alternative mechanisms. According to this, the purpose of this paper is to determine the possibility for applying alternative mechanisms of conflict prevention and resolution in the tax field and analyze their specific inclusion in the Argentine national tax law. Conclusions indicate that the principle of unavailability of tax credit does not impede the application of alternative mechanisms for tax disputes, although certain conditions must be respected, and that Argentine na-

* Artículo recibido el 23 de abril de 2019 y aceptado para su publicación el 13 de marzo de 2020.

** ORCID: 0000-0001-9371-339X. Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (UNC). Magister en derecho de la empresa y la contratación, y doctor en derecho (con mención europea) por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona, España (URV). Profesor de derecho tributario en el grado en la UNC (Departamento de Derecho público) y profesor de posgrado en la UNC y URV. Investigador adjunto del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (Conicet). Correo electrónico: rodolfoboix@hotmail.com.

el principio de indisponibilidad del crédito fiscal no impide la aplicación de los métodos alternativos para conflictos tributarios, aunque deben respetarse ciertas condiciones, y que el derecho tributario nacional argentino ha ido incorporando algunos mecanismos alternativos, pero muchos de ellos todavía no se han implementado.

Palabras clave: métodos alternativos de resolución de conflictos, conflictos tributarios, indisponibilidad del crédito fiscal, principios constitucionales tributarios, Argentina.

tional tax law has been incorporating some alternative mechanisms, but many of them have not been implemented for the moment.

Keywords: *Alternative Dispute Resolution Mechanisms, Tax Disputes, Unavailability of tax Credit, Constitutional Tax Principles, Argentina.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Cuestión previa: delimitación de los conflictos tributarios.* III. *Principio de indisponibilidad del crédito fiscal.* IV. *Métodos alternativos para conflictos tributarios en la normativa argentina.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La vida en sociedad está marcada por la presencia de conflictos entre las personas, a tal punto que es imposible concebir a las relaciones interpersonales sin situaciones conflictivas. Es por ello que una de las principales funciones del derecho, entendido como un conjunto de normas y reglas destinadas a ordenar la vida en sociedad, consiste justamente en evitar y solucionar los conflictos (Pound 1950; Añón 2006). De ahí la importancia que revisten las vías jurídicas que persiguen este propósito.

Existen diferentes mecanismos jurídicos para prevenir y resolver controversias e innumerables situaciones conflictivas que el derecho debe resolver; pero en este trabajo nos enfocaremos en aquellas que acaecen en el ámbito tributario y en su prevención y resolución a través de métodos alternativos. Nuestra preocupación por las disputas tributarias se explica por el incremento de la conflictividad en este ámbito y por las graves consecuencias que ella trae aparejada.

El incremento de la conflictividad es fruto, entre otras causas, de la sobrecarga del Poder Judicial para abordar temas tributarios (Vicente-Arche 2010), la generalización de las autoliquidaciones tributarias, la crecien-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 301-332.

te complejidad normativa, la carencia de recursos materiales y humanos destinados a la resolución de los conflictos tributarios y su falta de capacitación para dicha labor (González 1999). Todo ello comporta “una demora en la recolección de cuantiosas sumas para el erario público, lo que representa un costo e incertidumbre no sólo para la administración Pública sino también para el sector privado” (Martínoli 2017,9).

De esta manera, se advierte que la proliferación e irresolución de conflictos tributarios conlleva indeseables consecuencias para la administración, que ve obstaculizada su función recaudatoria; para el contribuyente, que se ve inmerso en un escenario de incertidumbre e inseguridad jurídicas, y para la sociedad en general, que ve cómo la merma recaudatoria se traduce en menos y peores servicios públicos.

Nuestra atención en los métodos alternativos de prevención y resolución de conflictos tributarios se fundamenta en la falta de respuestas y eficacia que los métodos tradicionales evidencian a la hora de intentar prevenirlos o solucionarlos (Vicente-Arche 2010) y en la reciente experiencia, que demuestra que es posible alcanzar “mayores niveles de transparencia y comunicación por parte del contribuyente por la vía de las relaciones que por la vía de la coacción” (OCDE 2013, 32).

Esta insuficiencia e ineficacia para prevenir o resolver las controversias tributarias abre la puerta a los métodos alternativos basados en el consenso,¹ y comporta un nuevo paradigma en la relación administración-administrados, marcada por la cooperación mutua y un esquema horizontal de prevención y resolución de controversias. De esta forma se brinda mayor protagonismo a “la participación voluntaria de los contribuyentes con la Administración, con el propósito de lograr un acercamiento de posiciones” (Moreno 2014, 110).

Cuando hablamos de métodos alternativos para prevenir o resolver conflictos (MAPRC) nos referimos a aquellos mecanismos que comportan una opción frente a los métodos que podríamos llamar “tradicionales u ordinarios”. Resulta entonces trascendental especificar cuándo estamos ante uno u otro tipo de método.

¹ “La introducción de las técnicas negociales en nuestro ordenamiento jurídico podría conseguir un triple objetivo: en primer lugar, descongestionar los tribunales; segundo, evitar la insatisfacción que se produce respecto del derecho a la tutela judicial efectiva y tercero, lograr lo que podríamos calificar como mayor grado de paz jurídica” (Cruz 1999, 29).

Los métodos tradicionales u ordinarios son aquellos que se denominan “de solución heterónoma”, ya que se basan en la atribución otorgada al Estado para “imponer coactiva y unilateralmente determinadas formas de comportamiento ante una controversia, estando aquél dotado de un poder sancionador para la aplicación efectiva de dichas formas” (Arrieta 2007, 172). Todo ello basado en la convicción de que el Estado fue tradicionalmente concebido bajo la idea que debía ejercer el monopolio de la resolución de los conflictos sociales,² ya sea entre el Estado y los particulares como entre estos últimos. En el trabajo nos referiremos al primer tipo de conflictos, atento que en materia tributaria el Estado siempre es una de las partes de la disputa.³ En definitiva, estos métodos “implican la decisión unilateral de la administración tributaria, órgano especial de decisión o Poder Judicial y apelan a la confrontación con el contribuyente” (Martinoli 2017, 13).

En los métodos “de solución convencional o pactada”, las partes del conflicto buscan otra alternativa para arribar a una solución (Arrieta 2007, 172). A diferencia de los métodos tradicionales, la vinculación entre las partes es más bien horizontal y despojada de la concepción de que el Estado tiene la exclusividad para resolver las disputas, con lo cual se trata de rechazar la idea de que el poder, una vez aprobada la Constitución, se ejerce sólo de arriba abajo y que el poder no ha de estar nada más “sometido” a la ley y al derecho, sino que también ha de ser “compartido” en su ejercicio conforme a la ley y al derecho, por los ciudadanos que son sus últimos titulares; y de que las intervenciones del poder judicial sean reducidas al mínimo y sean controladas o participadas por los ciudadanos (Ferreiro 2002a, 346). En general, existe consenso al afirmar que los principales MAPRC son la negociación, la transacción, la mediación, la conciliación y el arbitraje, aunque los últimos tres, caracterizados por la participación de un tercero ajeno a las partes, han sido los más utilizados (Casás 2003b).⁴

² “La existencia del Estado expresa la seguridad de la existencia de una autoridad capaz de componer eventuales conflictos sin la incertidumbre que supone elegir en cada momento las acciones destinadas a poner fin al mismo” (Hierro 1989, 197).

³ El Estado, a través del Poder Legislativo, es el titular de la potestad tributaria por medio de la cual se establecen los tributos, y mediante el Poder Ejecutivo, es el titular de la prestación que es objeto de la obligación tributaria en el carácter de acreedor.

⁴ Tan es así, que algunos autores directamente conciben a los MAPRC como “procesos encaminados a solucionar los conflictos entre las partes, de forma directa o a través

La negociación y la transacción se desarrollan con la exclusiva presencia de las partes. En la primera, cada una intenta persuadir a la otra de que su percepción sobre la situación es la correcta y evaluar qué aspectos de la postura de su contraparte pueden ser atendibles y bajo qué términos. Pero cada parte en realidad cree estar en lo cierto, e intenta demostrarle a la otra su convicción. Rosembuj (2001) afirma que la transacción presupone resignaciones mutuas entre las partes para poder llegar a un acuerdo, aunque ello no implique necesariamente arribar a lo que realmente ocurrió, sino a una situación ventajosa para ambas partes mediante concesiones recíprocas.⁵

Los otros tres métodos tienen en común que participa un tercero ajeno a la disputa. El mediador intenta ayudar a las partes a lograr un acuerdo, aunque su participación es de baja intensidad. No toma decisiones ni propone soluciones; simplemente propicia la comunicación y el acercamiento entre las partes. El conciliador goza de una mayor participación, ya que no sólo propicia y facilita la comunicación amistosa de las partes, sino que además propone soluciones que puedan satisfacer a ambas. El arbitraje representa la alternativa en la que el tercero (árbitro) goza de mayor participación que, por imperio de ley y acuerdo de las partes, está facultado para poner fin a la controversia mediante una decisión (Vicente-Arche 2010), conocida como “laudo arbitral”. Este laudo pone fin a la contienda con efectos muy similares a la cosa juzgada de las sentencias judiciales.

El trabajo parte de la consideración de que los conflictos tributarios son cada vez más habituales y que su falta de resolución acarrea serias consecuencias, que los métodos tradicionales han demostrado ser insuficientes para evitarlos y solucionarlos y que el principio de indisponibili-

del nombramiento de un tercero, que puede ser un mediador, conciliador o árbitro que coadyuve en la solución alterna de conflictos” (Cuadra 2013, 7).

⁵ Dentro del derecho procesal se suele hablar de la “verdad real” y la “verdad procesal” para aludir “a la distancia existente entre los hechos objetivamente ocurridos a nivel material y la versión de los acontecimientos relatados en la sentencia, que se aceptarán al final del proceso jurídico como ciertos” (Lombraña 2012, 86). La primera “verdad” se refiere a “los hechos acreditados en juicio y que fundamentan la decisión del juzgador tienen una correlación existencial con el mundo real” (Muñoz 2012, 195). Mientras que en la “verdad procesal” estamos ante una concepción “consensualista” a partir de la cual “sería verdadero aquello en lo que nos encontramos de acuerdo es importante desde un punto de vista particular, todas las veces en las que se afirma que el no cuestionamiento de un hecho elimine la necesidad de dar su prueba” (Taruffo 2013, 244).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 301-332.

dad del crédito fiscal constituye uno de los principales obstáculos jurídicos para aplicar mecanismos alternativos. A partir de ello, nuestro objetivo consiste en determinar la posibilidad de aplicar los MAPRC en el ámbito tributario y analizar su inclusión específica en el derecho tributario nacional argentino.

A estos fines, estructuramos el trabajo en tres puntos. En primer lugar, delimitaremos el alcance de los conflictos tributarios, para saber a qué tipo de disputas aplicaremos los mecanismos alternativos. En segundo lugar, analizaremos y daremos nuestro punto de vista sobre el principio de indisponibilidad del crédito fiscal, que constituye uno de los principales obstáculos, no sólo en Argentina, sino en cualquier otro sistema fiscal, a la hora de aplicar dichos mecanismos. En tercer lugar, identificaremos y evaluaremos a los diferentes métodos que hoy en día recoge la normativa tributaria nacional argentina a la vez que apreciaremos sus perspectivas futuras. Finalizamos con las conclusiones.

II. CUESTIÓN PREVIA: DELIMITACIÓN DE LOS CONFLICTOS TRIBUTARIOS

Antes de avanzar con el objetivo del trabajo, es imprescindible determinar cuándo estamos ante un conflicto de carácter tributario y cuándo no, ya que ellos son los que pretendemos prevenir o resolver mediante mecanismos alternativos. Para ello es necesario que previamente nos preguntemos si es posible que se susciten este tipo de controversias o no. Si bien la respuesta hoy en día parece indubitable, algunos autores no están del todo de acuerdo, aunque constituye una posición ciertamente minoritaria.

Quienes niegan la posibilidad de que existan estos conflictos entienden que en el derecho tributario no encontramos esta contraprestación de intereses entre administración y contribuyente, sino sujeción de uno y otro a la ley. Sus posiciones respectivas no serían las de deudor y acreedor, sino que el contribuyente sería el titular de un deber legal impuesto por el ordenamiento y, por otra parte, la administración sería el titular de una función pública, la función tributaria, encaminada a velar por el exacto cumplimiento de dicho deber (Pérez 1975, 275). De esta manera, la administración vendría a desarrollar una función encomendada por el ordenamiento jurídico para velar por el cumplimiento del deber puesto a cargo del contribuyente por aquél.

Por nuestra parte, coincidimos con quienes entienden que los conflictos tributarios son jurídicamente posibles, puesto que la legislación no anula la existencia de intereses diferenciados en el particular y la administración, sino que “únicamente condiciona la realización material de los mismos estableciendo, para el caso de la administración, la valoración de si la realización material de ese interés puede estar subordinada a la concurrencia de otro interés distinto” (Arrieta 2007, 170). Con lo cual, atendiendo que existen intereses diferentes en la persona del contribuyente y administración, el conflicto es técnica y jurídicamente posible. La “juridificación” del tributo y la atribución al Estado-administración de facultades unilaterales para aplicarlo, fruto de su capacidad para decidir la singularización de la ley general, hace que el conflicto en materia tributaria sea, sobre todo, un conflicto entre el particular y la administración (García 2002, 73 y 74).

Una vez consolidada la de idea que los conflictos entre la administración y los administrados son posibles, incluso bastante habituales, hay que deslindar los conflictos tributarios de aquellos que no lo son, pero que presentan una estrecha relación con ellos. Concretamente, nos referimos a los conflictos financieros y a los conflictos penales, que son los que más dificultades pueden reportar en este sentido.

Para referirnos a los conflictos financieros es importante señalar que el derecho tributario es una disciplina que si bien goza de autonomía científica, constituye una de las cuatro subdisciplinas que componen al derecho financiero, el cual a su vez pertenece a la rama del derecho público. El derecho financiero se integra entonces por el derecho tributario, el derecho presupuestario, el derecho de la deuda pública y el derecho del patrimonio público, y puede definirse como aquella “rama del derecho público interno que organiza los recursos constitutivos de la Hacienda del Estado y regula los procedimientos de percepción de los ingresos y de ordenación de los gastos y pagos que tales sujetos destinan al cumplimiento de sus fines” (Sainz de Bujanda 1993, 1). Cada una de estas subdisciplinas posee un objeto de estudio propio que la distingue de las demás y, a partir de este, presenta conflictos también propios.

El objeto de estudio del derecho tributario es justamente el tributo, como un ingreso de derecho público, que permite al Estado financiar sus gastos, y los conflictos tributarios se relacionan directamente con aquél. A partir de ello, debemos distinguir los conflictos tributarios de aquellos que

se vinculan con otras subdisciplinas del derecho financiero; por ejemplo, los conflictos vinculados con los subsidios o las subvenciones, ya que éstas representan un gasto para el Estado y no un ingreso. En definitiva, no se trata técnicamente de conflictos tributarios y, por ende, escapan a los mecanismos que proponemos y al objeto de estudio de nuestro trabajo.

También es importante diferenciar los conflictos penales vinculados a la obligación tributaria de los conflictos estrictamente tributarios. Existen diferentes teorías sobre la ubicación científica de las infracciones y sanciones que se relacionan con el pago de tributos, aunque básicamente podemos mencionar tres grandes posturas. Están quienes piensan que aquéllas forman parte del derecho tributario (Jarach, Giuliani); quienes lo ubican dentro del derecho penal (Bielsa 1952, García Belsunce 1985, Villegas) y los que consideran que estamos frente al derecho administrativo (Goldschmidt) (García Belsunce, 1985).

Por nuestra parte, nos enrolamos en la postura penalista, en cuanto que el derecho penal, con las particulares funciones que está llamado a cumplir dentro del ordenamiento jurídico, es uno solo. Si bien el derecho penal protege diferentes bienes jurídicos, relacionados con diversas áreas jurídicas, ello no implica que aquél deje de concebirse como tal para formar parte del área del derecho en la que se aloja el bien jurídico resguardado. De ser así, el derecho penal quedaría sencillamente desprovisto de contenido propio y a merced de otras disciplinas jurídicas, abrogando así cualquier tipo de autonomía de aquél, ya que un delito que protege la propiedad privada sería en realidad parte del derecho privado, y uno que protege la Hacienda Pública sería entonces parte del derecho tributario. Ello no es razonable ni jurídicamente sostenible.

A partir de lo analizado, podemos decir que las infracciones y sanciones tributarias, tanto de índole contravencional como delictual, se incluyen en el área del derecho penal, y específicamente hablando, del derecho penal tributario. De forma tal que los conflictos derivados de dichas infracciones y sanciones, por más que estén íntimamente ligados a los tributos, se encuentran fuera del derecho tributario. Se trata entonces de conflictos penales, con lo cual también quedan fuera de nuestro análisis.

En virtud de lo expuesto, podemos decir que los mecanismos alternativos para la prevención y resolución de conflictos tributarios son aquellos que, basados en una relación horizontal con el Estado para arribar a un acuerdo, procuran evitar o solucionar las controversias que se refieren ex-

clusivamente a la determinación de los tributos y sus accesorios. De manera que estos conflictos se concentran en una “diferencia de posiciones entre la administración tributaria y el contribuyente, sobre la determinación del tributo” (Martinoli 2017, 8), quedando fuera las contiendas vinculadas a otros ingresos públicos (precios públicos), a gastos públicos (subsidios) o a cuestiones penales.

Según se desprende de esta definición, y como venimos insinuado en el trabajo, entendemos que los métodos alternativos se pueden aplicar tanto para prevenir como para resolver una disputa tributaria, siendo incluso más provechoso anticipársele que solucionarla. De manera que “el conflicto no llega a surgir porque, en previsión del mismo, se articula un mecanismo convencional para componer el acuerdo” (Arrieta 2007, 174).

III. PRINCIPIO DE INDISPONIBILIDAD DEL CRÉDITO FISCAL

Este principio no suele receptarse expresamente en los ordenamientos jurídicos, sino que se infiere de los principios de legalidad tributaria y seguridad jurídica.⁶ Estos dos principios se encuentran íntimamente vinculados, ya que el principio de seguridad jurídica obliga a que sea la ley, y sólo la ley (principio de reserva de ley), la que tipifique y “prevea en reglas abstractas las consecuencias jurídicas de las actuaciones tributarias de los particulares, de forma que éstos tengan la certeza de que el tributo se aplicará de conformidad con sus elementos esenciales definidos en la ley y puedan acomodar su conducta en concordancia con esta previsión” (García Novoa 2002, 79).

Es por ello que cuando se trata de la posibilidad de aplicar los MAPRC en el ámbito tributario la cuestión no resulta tan sencilla.⁷ Desde hace ya tiempo un sector tradicional de la doctrina directamente ha rechazado todo tipo de aplicación de estos mecanismos en razón del principio bajo análisis (postura restrictiva), mientras que otro, más reciente, ha

⁶ Sobre este punto, Arrieta (2007, 175) sostiene que “la genérica imposibilidad legal se cristaliza en el principio de la indisponibilidad del crédito tributario, el cual constituye una expresión del superior principio de seguridad jurídica”.

⁷ Aunque también se ha dicho que “el problema nada tiene que ver con el carácter *ex lege* de la obligación tributaria, sino con la aplicación de la ley que regula a un caso concreto. El esquema de conducta abstracto y típico recogido en la Ley ha de ser aplicado al caso concreto y ninguno de estos casos concretos es exactamente igual a otro” (Ferreiro 2002a, 349).

reconocido que bajo ciertos recaudos se podría acudir a dichos mecanismos sin comprometer ningún principio constitucional tributario (permissiva). Todo ello indica que es el gran escollo a sortear para poder avanzar con los MAPRC (Casas 2003b).

1. *Postura restrictiva*

Esta postura ha sostenido la inaplicabilidad de los métodos convencionales en este ámbito a partir del carácter indisponible de la obligación tributaria. Al tener esta obligación un carácter *ex lege*, cuyo objeto es indisponible, se encuentra sometida a la voluntad de la ley, y no a la de las partes. A partir de ello, no sería posible sustituir las normas tributarias por decisiones unilaterales de los órganos tributarios⁸ ni por acuerdos pactados entre ellos y los contribuyentes (Sáinz de Bujanda 1966). “El principio de indisponibilidad del crédito fiscal prohíbe que por razones de oportunidad o conveniencia, los organismos recaudadores... no cobren el tributo legislativamente creado” (García Vizcaíno 2007, 504-505).⁹

2. *Posturas permisivas*

La elevada conflictividad tributaria, sumada a los graves perjuicios que ella genera para la administración, los contribuyentes y la sociedad, ha propagado la convicción de que la aplicación de los MAPRC no implica por sí sola una violación al principio de indisponibilidad del crédito tributario.

Hace más de quince años, en las XXII Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, se proclamó que “la obvia indisponibilidad de la potestad tributaria normativa y del crédito consiguiente no obs-

⁸ En países como España hasta hace unos años era generalizada la postura que negaba “toda la posibilidad de aplicación generalizada del pacto como vía de solución normal de los conflictos entre administración y administrados en el ámbito de los tributos sobre la base del principio de legalidad y la indisponibilidad de la obligación tributaria regulada por ley” (Ferreiro 2002a, 346).

⁹ Vertida en la causa *Spicer Ejes Pesados S. A.*, del Tribunal Fiscal de la Nación, Sala E, 18/4/2008.

ta a la utilización de métodos alternativos de solución de controversias”.¹⁰ Ello comenzó a forjar una nueva postura en la doctrina tributaria latinoamericana que luego fue influyendo en sus ordenamientos jurídicos.

Pero se reconoce que en ningún caso puede ser un permiso ilimitado y desprovisto de condicionantes, aunque tampoco hay total consenso respecto de cuáles son éstos.

A. *Elementos no esenciales del tributo*

Algunos autores sostienen que los métodos alternativos podrían aplicarse al ámbito tributario para prevenir y resolver controversias siempre y cuando no impliquen una modificación de los elementos esenciales del gravamen: objetivo, subjetivo, temporal y espacial. Ello implica adoptar una postura atenuada, opuesta a la postura rígida, del principio de legalidad, en el sentido de que sólo deben regularse por ley los elementos esenciales del tributo, pero no necesariamente los elementos cuantitativos que hacen a su liquidación (base imponible y alícuota). A partir de ello, estos últimos podrían ser contemplados en cualquier acto normativo, incluso proveniente de la administración.

Si el principio de indisponibilidad del crédito tributario surge del principio de legalidad tributaria, es lógico que el primero tenga el mismo alcance atenuado que el segundo. Con esta postura se amplía el campo de acción de la administración tributaria, ya que la discrecionalidad en materia tributaria se circunscribe a aquellos aspectos que quedan “fuera del ámbito de los elementos esenciales del tributo” (Moreno 1998,48). A raíz de ello, los MAPRC no podrán afectar los “elementos estructurales del tributo sino otros elementos que acompañan al procedimiento o están insertos en él. Estas fórmulas pueden encerrar perfectamente negocios transaccionales u otro tipo de acuerdos consensuados que eviten el conflicto o prevean una solución” (Arrieta 2004, 245-246).

En definitiva, esta postura entiende que aunque aceptemos que el principio de ciernes está ligado directamente a los elementos esenciales del gravamen, “ello no es óbice para admitir la intervención de la voluntad de las partes en alguna otra cuestión —como la valoración de un

¹⁰ Recomendación núm. 3) en el tema 2 (El arbitraje en materia tributaria), de las XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (2004).

elemento de la base imponible— no sujeta a aquel principio, siendo el ámbito más propicio para la intervención del mutuo consentimiento” (Vicente-Arche 2010, 65).

Por nuestra parte, adoptamos la postura rígida del principio de legalidad;¹¹ por lo tanto, entendemos que además de los llamados “elementos esenciales”, sobre los que no parece haber discusión, la restricción que se desprende del principio también debería contener a los llamados “elementos cuantitativos”. En ambos casos estamos ante elementos cruciales del gravamen que hacen a la prestación objeto de la obligación tributaria. El hecho de que los tributos deban estipularse por ley implica igualmente que la fijación de su cálculo y cuantía también debe seguir el mismo modo; es decir, a través de nuestros representantes.

B. *Habilitación legal*

Otro sector entiende que el principio bajo análisis no se vería afectado siempre que exista una habilitación legal para aplicar los MAPRC en el ámbito tributario. La administración

... no puede disponer, en virtud de su propia voluntad, de las relaciones y efectos que pueden surgir como consecuencia del cumplimiento de su función. Es decir, no puede decidir acerca del contenido de las relaciones tributarias sino en los términos establecidos por las normas tributarias que debe limitarse a cumplir (Arias 1991, 627).

Si el propio Poder Legislativo habilita expresamente la posibilidad de aplicar los MAPRC,¹² no existe violación a tal principio ni, por lo tanto, al de indisponibilidad del crédito fiscal.¹³ De esta manera, la delegación

¹¹ En sintonía con la línea de pensamiento reflejada en el Modelo de Código Tributario de América Latina (MCTAL) que así lo manifiesta expresamente en su artículo 4o.

¹² Si bien se refiere específicamente al arbitraje, como uno de los MAPRC, hace ya tiempo que Cayón Galiardo sostuvo que bastaría con que la ley previera la posibilidad de someter la controversia a este tipo de métodos para que este principio no constituya un límite (Cayón 1982).

¹³ Es la propia ley la que flexibiliza la aplicación de los principios enunciados, debido a que aquélla es la que dispone, en cada caso, de la obligación, dando a la administración una mayor o menor libertad “de acuerdo con los parámetros, criterios o circunstancias que también la ley ha de prever y ordenar tener en cuenta. No se trata, pues de que la

legislativa en favor de la administración tributaria le permitiría a ésta prevenir o solucionar la controversia mediante mecanismos alternativos sin violentar los principios inicialmente en disputa.¹⁴ Ello es así, atendiendo que el principio de indisponibilidad del crédito fiscal “no constituye un obstáculo para la celebración de acuerdos en materia tributaria, sino que debe entenderse como una exigencia de que sea el legislador el que defina con suficiente precisión los supuestos y el alcance de este mecanismo de solución de conflictos” (Martinoli 2009, 63).¹⁵

Según esta postura, el ordenamiento tributario no prohíbe disponer del crédito tributario, sino que “se produzca dicha disposición cuando no haya una legitimación expresa de la ley” (Martinoli 2009, 63).¹⁶ Por lo tanto, “la indisponibilidad del crédito tributario no constituye una prohibición en sí misma sino una exigencia de ley previa habilitante” (Cruz 1999, 29).

Por nuestra parte, entendemos que la habilitación legal resulta fundamental para dar lugar a los MAPRC en materia tributaria, siempre que ello no implique modificar los elementos del gravamen. Una “delegación legislativa” en favor del Poder Ejecutivo para modificar elementos del tributo a través de mecanismos alternativos constituiría una violación al principio de legalidad. Este principio no implica que los tributos puedan ser creados por ley o por quien ésta designe, sino que sólo el pueblo, a través de sus representantes, se autoimpone con tributos. Los representantes actúan mediante la legislación, así que la ley es la única manera para establecer gravámenes. El hecho de que los tributos deban establecerse por ley implica que sólo el Poder Legislativo puede establecerlos, pero no que nuestros representantes puedan ceder esta facultad.

administración disponga de la obligación tributaria sino de que, simplemente, aplique en cada caso la ley” (Ferreiro 2002b, 14).

¹⁴ Falcón y Tella entiende que “la indisponibilidad del crédito tributario únicamente exige que sea el legislador el que defina con suficiente precisión los supuestos y el alcance de este mecanismo de solución de conflictos” (Falcón y Tella 1996, 106).

¹⁵ Con una misma postura encontramos también a De Barros (2002, 221 y ss.)

¹⁶ Con un criterio similar se indica que nada impide que la administración tributaria pueda “disponer de su crédito, siempre que así lo habilite la ley”, ya que “la potestad de imposición es indisponible, irrenunciable, imprescriptible. Pero, el ejercicio de la potestad puede ser disponible, renunciable y prescriptible” (Rosembuj 2001, 50 y ss.)

C. *Crédito indeterminado*

Otra postura afirma que no puede haber una afectación al principio de indisponibilidad del crédito fiscal cuando no existe un crédito del que pueda disponerse, y dicho crédito sólo puede concebirse cuando se trata de una deuda concreta con el fisco. A partir de ello, los MAPRC sólo podrían aplicarse con relación a controversias que no se refieran a obligaciones tributarias determinadas, líquidas y exigibles; es decir, “cuando la administración por sus propios medios de investigación no puede por sí sola de forma unilateral definir la cuestión controvertida” (Martinoli 2017, 65), ya que en tal caso el acuerdo “no tendrá el vicio de subvertir la causa formal del tributo que seguirá siendo voluntad de la ley” (Casás 2003a, 279).

Pero si estamos ante una situación que no ofrece dudas o ante una interpretación legal indiscutible, la administración debería seguir adelante sin poder disponer de ese crédito fiscal cierto e indubitante (Casás 2003a). Es por ello que algunos autores (entre los cuales se destacan Arrieta Martínez de Pisón y Ferreiro) sostienen que los MAPRC sólo se aplican antes del dictado de una resolución administrativa.¹⁷

Esta tesis se basa en el hecho de que la norma tributaria no es un espacio cerrado con unos contornos siempre definidos que permitan establecer fácilmente un crédito determinado, sino un campo más o menos amplio y abierto en el que debemos encontrar la respuesta más acertada a la pregunta que formula un supuesto real.¹⁸ De este modo, la concreción y cuantificación de la obligación tributaria puede no ser unívoca, sino que puede admitir diversas interpretaciones y soluciones (Ramallo 1995), pero sólo en el caso en que realmente la administración tenga dudas sobre los hechos o la norma.

¹⁷ Arrieta Martínez de Pisón (2007, 176) hace hincapié en la instancia anterior a “la resolución administrativa que contenga una decisión estableciendo derechos y obligaciones”, y Ferreiro Lapatza defiende que “sólo cuando despejan incertidumbres respecto a la ley o respecto a los hechos pueden tales acuerdos insertarse en el procedimiento de aplicación de la ley y son conformes a la ley y al derecho” (Ferreiro 2003, 14).

¹⁸ “La respuesta correcta no es necesariamente la que expresa unilateralmente el órgano administrativo, ni la del obligado tributario. La respuesta admite múltiples variables en función de cómo se ponderen los valores en juego, de qué intereses intervengan, de cuáles criterios de hermenéutica se utilicen, etcétera” (Martínez 2007, 192).

Por nuestra parte, entendemos que el principio de indisponibilidad del crédito fiscal se vería conculcado si se trata de un crédito cierto, determinado por el fisco y, fundamentalmente, que ha quedado firme. Esto significa que la administración, en el afán de cobrar más rápidamente una deuda en la etapa de ejecución fiscal, no podría consentir una quita o reducción, ya que debe cobrar exactamente el importe de la obligación que surge de aplicar la ley por la cual el pueblo, a través de sus representantes, se autoimpuso una carga. El hecho de que los tributos deban establecerse por ley implica que la administración no puede, por razones de oportunidad o conveniencia, ceder total o parcialmente a una deuda tributaria cierta, determinada y firme.

D. *Cuestiones fácticas*

Finalmente, también suele afirmarse que la aplicación de los MAPRC en materia tributaria sólo violenta el principio analizado cuando versa sobre cuestiones jurídicas. Al acordarse sobre cuestiones fácticas no existiría ninguna posibilidad de modificar o complementar lo que la legislación tributaria quiso regular. De manera que “el acuerdo del contribuyente no significa transar sobre la pretensión fiscal, porque se trata de determinar cuál es la verdadera obligación que por ley corresponde, cuando los hechos no son susceptibles de una determinación más exacta” (Jarach 2009, 64). En los casos donde “sobre lo único que versará el acuerdo serán los hechos que consientan ambas partes como efectivamente verificados”, suele hablarse de “transacción impropia” (Casás 2003a, 279).

Por nuestra parte, creemos que los MAPRC son válidos tanto para calificar los hechos como para aplicar una norma tributaria al caso concreto siempre que su interpretación sea compleja, ambigua y genere dudas. Pero en ningún caso el acuerdo debería implicar una modificación de la normativa tributaria que determine cualquiera de los elementos del tributo, sean éstos esenciales o no.¹⁹ El hecho de que los tributos deban establecerse por ley no implica que ésta no pueda o deba interpretarse

¹⁹ Una cosa es que las circunstancias fácticas impidan conocer con exactitud, por ejemplo, si un sujeto debe ser considerado sujeto pasivo de la obligación tributaria, según lo que dispone la ley. Otra cosa muy distinta es que, aun teniendo certeza de la calidad de sujeto pasivo de la obligación tributaria de un particular, se decida relevarlo de dicha calidad mediante un acuerdo con la administración tributaria, cediendo así en sus pretensiones y haciendo caso omiso a lo que dice la legislación.

en situaciones en las que su aplicación no es diáfana, sin que con ello se tergiversa su espíritu modificando cualquiera de los elementos del tributo.

IV. MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA CONFLICTOS TRIBUTARIOS EN LA NORMATIVA ARGENTINA

Al estudiar la incorporación de estos métodos en la normativa nacional argentina no sólo debemos analizar las normas tributarias, sino también las de derecho privado (Código Civil y Comercial) por la marcada vinculación que existe entre los modos de extinción de la obligación tributaria y la privada.²⁰ Esta vinculación ha dado lugar a intensos debates doctrinales.²¹

Además de los preceptos del derecho privado, no podemos dejar de mencionar la Ley 26589 de 2010, que regula la mediación y conciliación y establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial (artículo 1o.). A partir de ello, parece que también resultaría aplicable respecto de las controversias tributarias, pero la propia Ley aclara que el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no es viable para las “causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841²² del Código Civil” (artículo 5o., punto c), entre los cuales se encuentra el crédito tributario.

²⁰ Si bien la obligación tributaria tiene características propias debido a su particular prestación (los tributos), también posee muchas similitudes con la obligación del derecho privado; por ejemplo, las diferentes alternativas jurídicas por las cuales se extinguen. Estas similitudes, a su vez, hicieron que durante muchos años se discutiera si el derecho tributario podía apartarse de ciertas instituciones del derecho privado y dotarlas de un contenido propio, como la prescripción.

²¹ Este debate encontró su punto más álgido en Francia con la discusión entre Trota-bas y Géný. El primero defendía la autonomía del derecho tributario (postura publicista), y el segundo sostenía que debía concebirse dentro del derecho privado y valerse de las instituciones reguladas por éste (postura privatista). El debate puede ampliarse en Taveira Torres (2008).

²² Esta norma, que formaba parte del Código Civil hoy remplazado por el nuevo Código Civil y Comercial, establecía que “no pueden hacer transacciones... 2o. Los colectores o empleados fiscales de cualquier denominación en todo lo que respecta a las rentas públicas”. Si bien esta norma ya no se replica en el nuevo Código, podría entenderse que los derechos del fisco, como acreedor de la obligación tributaria, son derechos irrenunciables, en el sentido del nuevo artículo 1644.

1. *Regulación en el derecho privado*

Hasta julio de 2015 el Código Civil estaba regulado por la Ley 365 de 1869, y se encontraba separado del Código de Comercio. Actualmente, con el dictado de la Ley 26994 de 2014, Argentina cuenta con un Código Civil y Comercial que reemplazó a los anteriores para unificar en un solo cuerpo legal a toda la normativa de derecho privado.

Además de la compensación y la transacción, que ya se regulaba en el Código Civil anterior, el nuevo Código Civil y Comercial regula el contrato de arbitraje.

Por un lado, especifica que

... no son compensables e) las deudas y créditos entre los particulares y el Estado nacional cuando las deudas de los particulares provienen del remate de bienes pertenecientes a la nación, provincia o municipio; de rentas fiscales, contribuciones directas o indirectas o de otros pagos que deben efectuarse en las aduanas (artículo 930)...

Con ello mantiene la misma prohibición que el Código anterior.

Por el otro lado, si bien el nuevo Código ya no prohíbe transigir a los colectores o empleados fiscales en cuanto a las rentas públicas, ahora “no puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables” (artículo 1644). Parte de la doctrina entiende que, en virtud del principio de legalidad e indisponibilidad del crédito tributario, los tributos dan lugar a derechos irrenunciables para la administración en su carácter de sujeto activo de la obligación tributaria (Melzi 2017).

Finalmente, la normativa contemporánea aclara que “las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local” (artículo 1651). Técnicamente no se está vedando la posibilidad de aplicar el arbitraje al derecho tributario, como ocurre en los supuestos anteriores, sino que se deja librado al ámbito tributario su eventual regulación.

Alguno podría pensar que, así como la indisponibilidad del crédito fiscal constituye un obstáculo sustancial para aplicar los mecanismos alternativos a los conflictos tributarios, el derecho privado sería un obstáculo formal para ello. Pero más allá de lo que regule el derecho privado,

entendemos que éste no puede limitar bajo ningún aspecto al derecho tributario, que en virtud de su autonomía normativa o calificadora²³ tiene la facultad para dictarse sus propios institutos y reglas para que sean afines a sus necesidades. En Argentina, Casás reconoce que incluso aunque el Código Civil prohibiera la aplicación de los MAPRC en materia fiscal

... bien podría removerse mediante un nuevo dispositivo legal sancionado por el Congreso acogiendo el instituto en el orden federal, caso en la cual la norma civil solo representaría un valladar respecto de lo que pudieran predicar sobre el punto las legislaturas provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o los municipios de provincia (Casás 2003b, 65).

En definitiva, el derecho privado vigente sólo menciona al derecho tributario al momento de regular las figuras de la compensación, la transacción y el arbitraje, y veda expresamente la aplicación de las dos primeras para los conflictos tributarios; y ello, a nuestro juicio, es jurídicamente inviable. Del arbitraje sólo aclara que su aplicación al ámbito del derecho tributario debe regularse a través de éste.

2. Regulación en el derecho tributario argentino

A. Código Aduanero (Ley 22415)

Los derechos aduaneros, que incluyen tanto a los derechos de exportación como los derechos de importación, son una especie de tributos, y se encuentran contemplados en el Código Aduanero (CA), regulado por Ley 22415 de 1981. Aquéllos concretamente se desarrollan dentro de la sección IX: “Tributos regidos por la legislación aduanera”.

El CA establece que “la obligación tributaria aduanera sólo se extingue por: a) el pago de lo debido; b) la compensación; c) la condonación; d) la transacción en juicio; e) la prescripción” (artículo 787). De esta manera, se admite expresamente la posibilidad de aplicar la compensación y transacción en juicio, replicando así lo dispuesto para esta cuestión por el Modelo de Código Tributario para América Latina de 1967 (MCTAL) (su artículo 41 establece que la obligación tributaria se extingue, entre otros medios, por la transacción).

²³ Véase el primer párrafo del apartado “Métodos alternativos para conflictos tributarios en la normativa argentina”, Taveira (2008).

Dicha transacción debe tener lugar ante el juez competente, lo cual concuerda con lo previsto en el artículo 1643 del nuevo Código Civil y Comercial (con idéntica redacción a la del artículo 838 del anterior Código Civil). Todo ello asegura el conocimiento de los términos de la transacción por parte del juez donde está radicada la causa y la posibilidad para los terceros interesados de consultar las actuaciones (Alsina 1990).

Según los artículos 761²⁴ y 841 del CA, existe la posibilidad de hacer extensible la transacción a todos los tributos relacionados con cuestiones aduaneras, lo que incluye al impuesto al valor agregado (IVA), el impuesto a las ganancias e impuestos internos. En el caso de que se llegue a una transacción sobre el valor de la mercadería importada, ello tendrá repercusiones en los derechos de importación, en el IVA que grave la importación definitiva de bienes y, en última instancia, en las retenciones en Impuesto a las ganancias.

Parte de la doctrina considera que debe recurrirse a este mecanismo “... en forma excepcional y mediando circunstancias que lo justifiquen”, siempre que estemos ante una controversia cuyo resultado sea incierto, ya que “no resulta aconsejable que se prosiga el litigio a ultranza, con todos los gastos y riesgos que ello trae aparejado” (Alsina; Basaldúa y Cotter Moine 1990, 157 y ss.).

Esta normativa fue regulada con posterioridad al Código Civil, y a pesar de que éste impedía expresamente transigir a “los colectores o empleados fiscales en todo lo que respecta a las rentas públicas” (artículo 841). Si bien el nuevo Código Civil y Comercial de la nación ya no contempla a los empleados fiscales entre aquellos que no pueden hacer transacciones, se entiende que la prohibición de transigir créditos tributarios sigue vigente a partir del nuevo artículo 1644 que veda la transacción “sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables” (Melzi 2017, 5-23). Todo ello en el entendimiento de que los tributos se relacionan con el orden público y derechos irrenunciables en virtud del principio de legalidad tributaria (Melzi 2017, 5-23). En el punto anterior ya señalamos que el derecho privado no puede, a nuestro

²⁴ Este artículo establece que “cuando se encomendare al servicio aduanero la aplicación, la percepción u otra función de un tributo con afectación especial y no se previeren todos los recaudos y formalidades para cumplimentarla, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la legislación aduanera”.

juicio, limitar al derecho tributario, y la prueba está en la incorporación de tales métodos a la normativa tributaria.

B. *Ley de Procedimiento Tributario (11683)*

a. Mecanismos preventivos

i. Consulta vinculante

Más allá de su denominación, la Ley de Procedimiento Tributario (LPT) es la norma tributaria nacional más importante, circunstancia que lleva a considerarla como el código tributario argentino. Desde 2005, con la modificación de la Ley 26044, la LPT establece la posibilidad de presentar una consulta vinculante a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) antes de producirse el hecho imponible o dentro del plazo para su declaración, de manera que es previo incluso a la exigibilidad del tributo (artículo sin número a continuación del artículo 4o. (primer párrafo). Este mecanismo brinda al contribuyente la posibilidad de evacuar las dudas e incertidumbres que puedan generar eventuales conflictos con la administración. La consulta debe ser contestada en un plazo no mayor a 90 días corridos, y no suspende el transcurso de los plazos ni justifica el incumplimiento de los obligados.

La respuesta brindada obligará a la propia AFIP y a los consultantes, siempre que no se hubieran alterado las circunstancias y los datos suministrados en oportunidad de evacuarse la consulta. En caso de disconformidad, los consultantes podrán interponer un recurso de apelación fundado dentro de los diez días de haber sido notificados, el cual carece de efectos suspensivos. Las respuestas a las consultas vinculantes tienen carácter público, pero siempre deben resguardar la identidad del consultante (artículo sin número a continuación del artículo 4o. (3o., 4o. y 5o. párrafos).

ii. Procedimientos de acuerdo mutuo previstos en los convenios para evitar la doble imposición internacional y prevenir conflictos tributarios

Con la modificación de 2017 (la Ley 27430 de 2017 incorporó a la LPT el capítulo I del título IV), la LPT pasó a regular por primera vez

cuestiones relacionadas con la aplicación del procedimiento de acuerdo mutuo previsto en los convenios para evitar la doble imposición internacional (CDI) celebrados por la Argentina sobre la imposición de la renta y el patrimonio. No se trata de un nuevo MAPRC, sino de regular uno que ya se encontraba en las normas convencionales.

Este procedimiento procura “la solución de controversias suscitadas en aquellos casos en que hubiere o pudiere haber una imposición no conforme a un determinado convenio” (artículo 205). De manera que se puede activar ante medidas adoptadas por uno de los Estados contratantes que contradigan el respectivo convenio (modalidad resolutoria) o ante un acto que si bien no originó ninguna contradicción, existe una probabilidad cierta de que ello se produzca (modalidad preventiva) (artículo 208). Esto se refiere a la última posibilidad.

La solicitud para iniciar el procedimiento debe interponerse antes de finalizar el plazo dispuesto por el convenio o, en su defecto, dentro de los tres años, desde el día siguiente de la primera notificación del acto que ocasione o sea susceptible de ocasionar una imposición contraria al convenio (artículo 207). El procedimiento podrá ser iniciado por cualquier residente del país o incluso por quien no sea residente, siempre que el convenio lo permita,²⁵ cuando las medidas adoptadas puedan implicar una contradicción con aquél.

Una vez recibida la solicitud, la autoridad competente notificará la petición a la autoridad competente del otro Estado y dispondrá de un plazo de dos meses para admitir la cuestión o rechazarla de manera fundada. El procedimiento de acuerdo mutuo puede finalizar por desistimiento expreso del contribuyente o por decisión de la autoridad competente, que puede ser adoptada unilateral o bilateralmente (artículos 208 y 215).

iii. Determinación conjunta de precios de operaciones internacionales

La misma modificación de 2017, que mencionamos en el punto anterior, incorporó a la LPT un nuevo método de prevención de controversias

²⁵ CDI suscritos entre Argentina y Australia de 1999 (artículo 25), Dinamarca de 1995 (artículo 26.1), España de 2013 (artículo 25.1), Finlandia de 1994 (artículo 25), Francia de 1979 (artículo 26), Italia de 1979 (artículo 26), Noruega de 1997 (artículo 26), Países Bajos de 1996 (artículo 28), Suecia de 1995 (artículo 24) y Suiza de 2014 (artículo 24).

tributarias internacionales que surgen al fijar el valor normal de mercado de los precios de transferencias. Este procedimiento se basa en la legislación de la mayoría de los países miembros de la OCDE que prevén los denominados *Advance Pricing Agreement*,²⁶ y persigue “contribuir a reducir la conflictividad y los costos de la administración y brindar un adecuado marco interpretativo al respecto” (Chacra 2018-1, 3-5), mediante

... acuerdos vinculantes entre la administración tributaria y cualquier contribuyente que lleve a cabo operaciones vinculadas, cuyo objeto es convenir, con anterioridad a la realización de dichas operaciones, los criterios necesarios para determinar su precio de mercado durante un periodo de tiempo determinado (Santos 2017,309).

En definitiva, para el caso de Argentina, se trata de un instituto “eficaz para afianzar la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones fiscales con las empresas transnacionales que han invertido en el país” (Casás 2003a, 294).

Este nuevo método permite a los sujetos obligados, solicitar la celebración de una determinación conjunta de precios de operaciones internacionales (DCPOI) con la AFIP para fijar los criterios y la metodología en la determinación de los precios de transferencias (artículo 217); es decir, aquella cantidad cobrada por una parte de una organización por un producto o servicio que se provee a otra parte de ella (Hamaekers 2007).

Para iniciar este procedimiento, el interesado debe presentar una solicitud ante la AFIP, con anterioridad al inicio del periodo fiscal en el que se realizarán las transacciones incluidas en la DCPOI. La solicitud debe contemplar una propuesta en la que se fundamente el valor de mercado para las transacciones involucradas, y su presentación no implicará suspensión del transcurso de los plazos ni justificará los incumplimientos de los obligados. El criterio fiscal y la metodología fijada para determinar el valor de los precios de transferencia de la DCPOI sólo vinculan al sujeto obligado y al fisco (artículo 217, incisos a), b) y c).

La vigencia y aplicación de la DCPOI están sujetas a la condición resolutoria de que las operaciones comerciales se efectúen según sus términos, y la AFIP podrá dejarla sin efecto si se comprueba que los precios establecidos ya no representan los que hubieran utilizado partes indepen-

²⁶ Para un estudio profundo sobre este tema recomendamos Santos (2017).

dientes en operaciones comparables o si hubieran modificado significativamente las circunstancias económicas existentes al momento de aprobarse la DCPOI.

Más allá de la importancia de su incorporación normativa, tal y como está redactada la norma, se advierte el mismo aspecto criticable que en el caso del Acuerdo Previo de Valoración (APV) regulado desde 1995 en el derecho español, al carecer del carácter negocial que caracteriza a este tipo de mecanismos. Al igual que en el caso español, y más allá de su denominación, las DCPOI “no se perciben como verdaderos acuerdos; sino como el resultado de una solicitud que es presentada a instancia del contribuyente y finalmente aprobada o rechazada por la administración tributaria” (Santos 2017,311).

b. MAPRC resolutivos

i. Acuerdo conclusivo voluntario

La Ley 27430 de finales de 2017 también añadió a la LPT la posibilidad de realizar un acuerdo conclusivo voluntario (ACV) para determinar la obligación tributaria (artículo sin número a continuación del artículo 16). La idea fue incorporar un novedoso instituto “cuya finalidad evidente es no dilatar determinados procesos y llegar a una recaudación rápida por parte del fisco” (Vidal 2018-2, 128 y ss.).

Es un mecanismo resolutivo porque, si bien se habilita antes del dictado de la resolución administrativa que determina la obligación tributaria, se da en el marco de un conflicto tributario derivado de las inspecciones, órdenes de intervenciones previas o la inacción de los sujetos obligados que deriva en el procedimiento de determinación de oficio (artículo 17). Recordemos que este procedimiento se inicia cuando “no se hayan presentado declaraciones juradas o resulten impugnables las presentadas” (artículo sin número a continuación del artículo 16 (primer párrafo).

Es una instancia facultativa para el fisco, en el sentido de que es éste quien “podrá habilitar” el procedimiento. No obstante, y según está redactada la norma, ello no impediría que el sujeto obligado pueda requerir al fisco que habilite el procedimiento, aunque la decisión quedará finalmente librada a su discrecionalidad. Esto atenta contra el espíritu de estos mecanismos alternativos, que justamente persiguen la cooperación mutua de las partes del conflicto bajo una relación de carácter horizontal.

Estamos ante un mecanismo amplio, que puede ser habilitado para apreciar hechos, la correcta aplicación de las normas, realizar estimaciones, valoraciones o mediciones de datos, elementos o características relevantes para la obligación tributaria o ante situaciones novedosas, complejas o trascendentes que ameritan una solución conciliatoria (artículo sin número a continuación del artículo 16 (primer párrafo). De manera que también consiste en un método en el que pueden ventilarse tanto cuestiones fácticas como jurídicas.

Se trata de una instancia reglada, debido que hay que respetar un procedimiento concreto. El conflicto debe ser sometido a consideración de un órgano de conciliación colegiado (OCC), integrado por funcionarios de la propia administración, que recomendará una solución conciliatoria o su rechazo.

El acuerdo deberá ser aprobado por el administrador federal (artículo sin número a continuación del artículo 16 (2o. y 3er. párrafos); pero nada se dice respecto de la intervención de éste ante un eventual rechazo del OCC, situación que a nuestro juicio sería lógica y necesaria.

El OCC emitirá un informe circunstanciado que recomienda una solución conciliatoria o su rechazo, y en caso de arribar a un acuerdo deberá ser aprobado por el administrador federal. El contenido del ACV debe ser íntegramente aceptado por las partes, y constituye un título ejecutivo, habilitando así el procedimiento del juicio de ejecución fiscal. En el supuesto de que el particular rechace la solución conciliatoria, el fisco continuará con el trámite originario (artículo sin número a continuación del artículo 16 (3o., 6o. y 7o. párrafos), y en el caso de haber acuerdo la AFIP no podrá desconocer los hechos que lo fundamentaron ni cuestionarlos en otro fuero, salvo que se compruebe su falsedad. El ACV no sentará jurisprudencia ni podrá servir como antecedente en otros procedimientos, salvo para cuestiones de puro derecho (artículo sin número a continuación del artículo 16 (8o. y 9o. párrafos).

Este mecanismo presenta muchas similitudes con el acuerdo conclusivo, regulado en México a partir de 2014 (artículos 69-C a 69-H del Código Fiscal de la Federación Mexicana (CFFM), con el cual se busca que la autoridad y el contribuyente acuerden sobre hechos u omisiones detectados por las autoridades dentro del procedimiento de comprobación, antes de la determinación del crédito fiscal (Bernal 2014a).

Las grandes diferencias, que a nuestro juicio aventajan al mecanismo mexicano por sobre el argentino, pasan dos importantes cuestiones. Por un lado, en México el procedimiento es iniciado directamente por el contribuyente (artículos 69-D, párrafo 1o., y 4o. del CFFM), a diferencia de Argentina, que queda fundamentalmente en manos de la AFIP, y por el otro, al acuerdo se llega gracias a la intervención independiente e imparcial de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon), como facilitadora y testigo que ayuda a las partes a encontrar una solución (Bernal, Santos y Melgar 2014b), y no a través de un órgano (OCC) que pertenece al ámbito de la administración tributaria argentina.²⁷ De la normativa mexicana también es interesante destacar la manera en que se incentivan este tipo de procedimientos, al otorgar al contribuyente la posibilidad de condonar sus multas en caso de utilizarlos (artículo 69-G del CFFM).

- ii. Procedimientos de acuerdo mutuo previstos en los convenios para evitar la doble imposición internacional para solucionar conflictos tributarios

Cuando veíamos los mecanismos preventivos mencionamos la nueva regulación sobre el procedimiento de acuerdo mutuo previsto en los CDI celebrados por Argentina. Pero este procedimiento también puede tener carácter resolutivo; es decir, para resolver controversias suscitadas ante una imposición contraria a un determinado CDI (artículo 205). El procedimiento ya fue explicado al ver la modalidad preventiva, a la cual nos remitimos.

3. *El arbitraje tributario*

Antes de concluir este punto, no podemos dejar de mencionar al arbitraje como uno de los métodos alternativos para resolver conflictos tributarios con mayor proyección en el ámbito internacional, aunque actualmente ningún CDI suscrito por Argentina lo contempla. Pero cuando

²⁷ Cabe destacar que “el caso mexicano es el único en el que el Defensor del Contribuyente actúa como intermediario entre fisco y contribuyentes auditados para encontrar la mejor solución a los diferendos derivados de la calificación de hechos u omisiones” (Bernal, Santos y Melgar 2014, 19).

ello ocurra, le será plenamente aplicable lo dispuesto en los artículos 205 y siguientes de la LPT que hemos analizado, puesto que hacen referencia a cualquier procedimiento amistoso de prevención y resolución de conflictos tributarios internacionales que se incluyan en los convenios firmados por nuestro país.

Desde 2008, bajo la influencia del Modelo de Convenio de la OCDE (incorporado en el punto 5 del artículo 25 de la versión de 2008 del MCOCDE), el arbitraje comenzó a proyectarse como uno de los procedimientos amistosos de solución de conflictos en el ámbito de los CDI. El Modelo establece que cuando una persona hubiera sometido su caso a la autoridad competente de un Estado contratante, alegando la aplicación de medidas contrarias al Convenio, y las autoridades no puedan ponerse de acuerdo para resolver la cuestión en el plazo de dos años desde la presentación del caso, la cuestión a arbitraje se someterá a instancia del contribuyente.

Si bien es cierto que la gran mayoría de los CDI vigentes en Argentina fueron firmados antes de 2008, también es cierto que los que se suscribieron o revisaron con posterioridad a esa fecha, y que hoy se encuentran vigentes, tampoco incorporaron esta posibilidad (CDI con España de 2013, Suiza 2014 y Chile 2015). Tampoco se incorporó el arbitraje en los CDI recientemente firmados con China, Qatar y Turquía en 2018, pero que aún no están en vigor. No obstante, el Protocolo del 20 de marzo de 2014, que forma parte del Convenio con Suiza, menciona por única y primera vez en acuerdos de este tipo de nuestro país, la posibilidad de considerar en un futuro la implementación del arbitraje como MAPRC en el CDI (punto 9 del Protocolo del CDI con Suiza), pareciendo así abrir una puerta a su eventual incorporación en un plazo no muy lejano.

A nivel mundial, hoy en día encontramos alrededor de cien CDI que incorporan al arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias derivadas de la aplicación de dichos convenios (por ejemplo el CDI suscrito en 2014 entre España y Reino Unido), y el número sigue creciendo. En Latinoamérica prácticamente no encontramos convenios que contemplen este mecanismo, y sólo podemos mencionar algunos casos aislados como los convenios firmados entre Chile y Canadá de 1998, Perú y Canadá de 2004 o México y Canadá de 2006. No obstante, y a pesar de su escasa regulación, es evidente que se trata de uno de los mecanismos

con mayor potencialidad en el plano de los conflictos tributarios internacionales.

V. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo consistió en determinar la posibilidad de aplicar los MAPRC al ámbito tributario y analizar su inclusión específica en el derecho tributario nacional argentino. Para ello, en primer lugar, delimitamos el ámbito de los conflictos tributarios; en segundo lugar, reflexionamos sobre el alcance del principio de indisponibilidad del crédito fiscal y, en tercer lugar, identificamos y evaluamos los diferentes métodos alternativos que hoy en día recoge la normativa tributaria nacional argentina.

En cuanto al primer punto, comprobamos que el ámbito de los conflictos tributarios está exclusivamente limitado a la determinación de los tributos y sus accesorios. Ello excluye a ciertos conflictos financieros (subsídios) y penales (infracciones a deberes tributarios) que si bien se relacionan con los tributos, no son técnicamente tributarios.

Con relación al segundo punto, concluimos que si bien el principio de indisponibilidad del crédito fiscal, derivado del principio constitucional de legalidad tributaria, no impide *per se* la aplicación de los MAPRC en el ámbito tributario, resulta imprescindible respetar ciertas limitaciones para no violentarlo.

Para que los MAPRC no vulneren el principio de indisponibilidad del crédito fiscal es preciso que: 1) el acuerdo no modifique ninguno de los elementos del tributo, ya sean esenciales o cuantitativos; 2) una ley establezca expresamente esta posibilidad y especifique el procedimiento a seguir; 3) el método alternativo gire en torno a una deuda incierta, indeterminada y que no haya quedado firme, y 4) el mecanismo verse sobre hechos o la aplicación de normas confusas, ambiguas y de compleja interpretación, pero sin reformular ninguno de los elementos del tributo fijados en la ley.

A partir de ello podemos decir que, de todos los mecanismos alternativos, la transacción es tal vez el más complejo y riesgoso de aplicar al ámbito tributario, ya que las partes no buscan la verdad material,²⁸ sino que pretenden evitarla y llegar a otra realidad beneficiosa mediante concesiones recíprocas (Rosembuj 2001). Es por ello que para muchos autores

²⁸ Lombráña (2012).

debería recurrirse a ella de manera excepcional (Bielsa ¹⁹⁵²) o incluso no hacerlo (Martinoli 2017).²⁹

En referencia al tercer punto, pudimos corroborar dos cuestiones. Por un lado, que el derecho privado ha intentado limitar la aplicación de ciertos MAPRC en el derecho tributario, pero entendemos que ello no puede tener ninguna implicancia para este último. Por el otro, también vimos que, en los últimos años, especialmente los últimos dos, el derecho tributario nacional argentino ha ido incorporando diferentes mecanismos alternativos para prevenir y solucionar conflictos tributarios, tanto en el CA como en la LPT. Todo ello a pesar de los intentos del derecho privado por limitarlos.

En materia aduanera, desde hace tiempo que el CA acepta la transacción en juicio como un modo de extinción de la obligación tributaria. Ella no sólo alcanza a los tributos aduaneros, sino también a ciertos impuestos nacionales que se vinculan al hecho imponible de aquéllos (IVA impuesto a las ganancias e impuestos internos).

Por su parte, desde 2005 (modificación por Ley 26044) la LPT acepta a la consulta vinculante, y desde 2017 (modificación por Ley 27430) se incorpora en ella el ACV y la DCPOI y se regulan cuestiones sobre los procedimientos de mutuo acuerdo en los CDI. Dentro de estos procedimientos, si bien por el momento no se contempla el arbitraje tributario en ninguno de los CDI vigentes en Argentina, sí se vislumbra esta posibilidad a partir de la cláusula novena del Protocolo del CDI con Suiza y del creciente y público interés del país por ser un miembro de la OCDE.

Como respuesta al objetivo planteado finalizamos el trabajo con dos grandes conclusiones. Por un lado, que más allá de lo que disponga el derecho privado, los MAPRC son válidamente aplicables al ámbito tributario siempre y cuando se respeten ciertos condicionantes derivados de los principios de indisponibilidad del crédito fiscal y de legalidad tributaria. Por el otro, que en los últimos años el derecho tributario nacional argentino se ha tornado cada vez más receptivo a la incorporación de los

²⁹ Sobre esta cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en la causa “Prodesca”, del 19 de septiembre de 1993 (Fallos 316:2832), ha sentenciado que “una de las consecuencias del principio de legalidad consiste en inhabilitar a la administración fiscal a transar o remitir las cargas impositivas lo cual impide presumir renunciar a la percepción de éstas”, cercenando así toda posibilidad de aplicarla en materia tributaria.

MAPRC en el ámbito fiscal, en sintonía con las recomendaciones fijadas por la OCDE.

No obstante ello, aún hay un largo camino por recorrer, dado que muchos de estos nuevos mecanismos todavía no han sido puestos en práctica, ya sea por falta de reglamentación o bien de costumbre de los administrados; incluso la propia administración ve a estos nuevos mecanismos como extraños en principio a nuestro derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Mario *et al.* 1990. *Código Aduanero. Comentarios-antecedentes-concordancias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- AÑÓN, María José. 2006. “Derecho y sociedad”, en LUCAS, Javier de (ed.), *Introducción a la teoría del derecho*, La Habana, Félix Varela.
- ARIAS ABELLÁN, María. 1991. “La indisponibilidad de la obligación tributaria: análisis del artículo 36 de la LGT”, *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Libro homenaje a Fernando Sáinz de Bujanda*, Madrid, IEF, vol. I.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan. 2004. “Actuaciones y procedimiento de inspección en la Ley General Tributaria de 2003”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 57.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan. 2007. “Derecho tributario y medios alternativos de solución de controversias”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11.
- BARROS CARVALHO, Paulo de. 2002. *Derecho tributario. Fundamentos jurídicos de la incidencia*, Buenos Aires, Ábaco.
- BERNAL, Diana *et al.* 2014. “Acuerdos conclusivos. Primer medio alternativo de solución de controversias en materia tributaria”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, año VI, núm. 16.
- BERNAL, Diana *et al.* 2014. “Acuerdos conclusivos. Primer medio de solución de controversias en auditorías fiscales”, *Cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente*, XIV.
- BIELSA, Rafael. 1952. *Compendio de derecho público: constitucional, administrativo y fiscal*, Buenos Aires, Depalma, t. III.
- CASÁS, José. 2003a. “Principios jurídicos de la tributación”, en GARCÍA BELSUNCE, Horacio (dir.), *Tratado de tributación. Derecho tributario*, Buenos Aires, Astrea, vol. I, t. I.

- CASÁS, José. 2003b. *Los mecanismos alternativos de resolución de las controversias tributarias*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- CAYÓN GALIARDO, Antonio. 1982. *La interdicción de la discrecionalidad en la gestión tributaria*, núm. 36.
- CHACRA, Andrés. 2018-1. “Nuevos mecanismos de resolución de controversia en el Proyecto de Reforma Tributaria”, *Anales de Legislación Argentina*, núm. 4.
- CRUZ PADIAL, Ignacio. 1999. “¿Es posible el arbitraje tributario?”, *Impuestos*, año 15, núm. 1.
- CUADRA RAMÍREZ, José. 2013. *Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de administración de justicia*, México, SCJN.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón. 1996. “El arbitraje tributario”, en ELORRIAGA, Gabriel (coord.), *Convención y arbitraje en el derecho tributario*, Madrid, IEF-Marcial Pons.
- FERREIRO LAPATZA, José. 2002a. “Solución convencional de los conflictos en materia tributaria”, *Revista Argentina de Derecho Tributario*, núm. 2.
- FERREIRO LAPATZA, José. 2002b. “Resolución extrajudicial de conflictos tributarios”, *Quincena Fiscal*, núm. 3.
- FERREIRO LAPATZA, José. 2003. “Solución convencional de conflictos en el ámbito tributario: una propuesta concreta”, *Quincena Fiscal*, núm. 9.
- GARCÍA BELSUNCE, Horacio. 1985. *Derecho tributario penal*, Buenos Aires, Depalma.
- GARCÍA NOVOA, César. 2002. “Mecanismos alternativos para la resolución de controversias tributarias. Su introducción en el derecho español”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 59.
- GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina. 2007. *Derecho tributario*, Buenos Aires, Lexis-Nexis.
- GONZÁLEZ, Darío. 1999. “Simplificación normativa tributaria”, *Administración Federal de Ingresos Públicos-Boletín Impositivo*, núm. 24.
- HAMAEEKERS, Hubert. 2007. “Precios de transferencia. Historia, evolución y perspectivas”, en SERRANO ANTÓN, Fernando (dir.), *Fiscalidad internacional*, Barcelona-Madrid-Valencia, Centro de Estudios Financieros.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio. 1989. “Seguridad jurídica y actuación administrativa”, *Documentación Administrativa*, núm. 218-219.
- LOMBRAÑA, Andrea. 2012. “La construcción de la verdad jurídica: prueba, interpretaciones y disputas en torno a la inimputabilidad en

- el caso del tirador serial de Belgrano”, *Revista Austral de Ciencias Sociales*, núm. 23.
- MARTINOLI, Carol. 2009. “Resolución de controversias en materia tributaria”, *Métodos de resolución alternativa de conflictos en materia tributaria*, Buenos Aires, Cuadernos del Instituto AFIP.
- MARTINOLI, Carol. 2017. *Fórmulas alternativas para la resolución de conflictos tributarios. Análisis de derecho comparado*, Panamá, Instituto de Estudios Fiscales y Centro Interamericano de Administraciones Tributarias.
- MELZI, Flavia. 2017. “Proyecto de reforma de la Ley de Procedimiento Tributario”, *Impuestos*, núm. 11.
- MORENO FERNÁNDEZ, Juan. 1998. *La discrecionalidad en el derecho tributario*, Valladolid, Lex Nova.
- MORENO FLOR, Luis. 2014. “Los acuerdos tendientes a la determinación de la obligación tributaria en la experiencia del derecho comparado”, *Gaceta Fiscal*, núm. 2.
- MUÑOZ BASAEZ, Hugo. 2012. “La verdad y el proceso”, *Derecho y Sociedad*, núm. 39.
- OCDE. 2013. *La relación cooperativa: un marco de referencia: de la relación cooperativa al cumplimiento cooperativo*, Santiago, Chile, OECD Publishing.
- PÉREZ ROYO, Fernando. 1975. “El pago de la deuda tributaria”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 6.
- POUND, Roscoe. 1950. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, traducción y estudio preliminar de José Puig Brutau, Barcelona, Ariel.
- RAMALLO MASSANET, Juan. 1995. “La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias”, *Crónica Tributaria*, núm. 76.
- ROSEMBUJ, Tulio. 2001. *Procedimientos tributarios consensuados. La transacción tributaria*, Buenos Aires, Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Argentinas.
- SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. 1966. “Nacimiento de la obligación tributaria”, *Hacienda y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. 1993. *Lecciones de derecho financiero*, Madrid, Artes Gráficas Benzal.
- SANTOS FLORES, Israel. 2017. *Régimen jurídico de los acuerdos previos de valoración*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, tesis doctoral.
- TARUFFO, Micheli. 2013. “La verdad en el proceso”, *Derecho y Sociedad*, núm. 40, 2013.

- TAVEIRA TORRES, Heleno. 2008. *Derecho tributario y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons.
- VICENTE-ARCHE COLOMA, Paula. 2010. “Nuevas perspectivas del arbitraje en el derecho público: su admisibilidad en el ámbito tributario”, *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 10.
- VIDAL QUERA, Gastón. 2018. “Comentario a la Ley nacional 27430”, *Anales de Legislación Argentina*, núm. 2.

DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. UNA MIRADA DESDE LA REPARACIÓN INTEGRAL Y EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS*

RIGHTS OF VICTIMS OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS. A LOOK FROM THE COMPREHENSIVE REPARATION AND THE COMPLIANCE OF JUDGMENTS

Jaime Arturo VERDÍN PÉREZ**

RESUMEN: El trabajo que se plantea en las siguientes líneas parte de la inferencia de que existe un vínculo directo entre las violaciones de derechos humanos, la obligación de reparar el daño y el cumplimiento de las decisiones judiciales internacionales que ordenan tal reparación, pues la propia sentencia y su efectivo cumplimiento constituye una forma de reparación hacia las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Palabras clave: cumplimiento de sentencias, reparación integral, víctimas, violaciones a los derechos humanos.

ABSTRACT: *The work that is proposed in the following lines, starts from the inference that there is a direct link between human rights violations, the obligation to repair the damage and compliance with international judicial decisions that order such reparation, since the sentence itself and its effective compliance constitutes a form of reparation for victims of human rights violations.*

Keywords: *Compliance with Judgments, Comprehensive Reparation, Victims, Violations of Human Rights.*

* Artículo recibido el 24 de julio de 2019 y aceptado para su publicación el 30 de abril de 2020.

** ORCID: 000-0002-6699-359X. UNAM. Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM, becario del Instituto de Investigaciones Jurídicas, asesorado por el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Doctor en derecho, maestro en derecho constitucional y amparo. Profesor y académico especialista en materia electoral del Posgrado en Derecho de la UNAM. Correo electrónico: jaime.verdin@comunidad.unam.mx.

SUMARIO: I. *Exordio*. II. *La reparación integral como derecho irrenunciable*. III. *Elementos de la reparación integral del daño*. IV. *Cumplimiento de sentencias internacionales como elemento fundamental de la reparación*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. EXORDIO

Una de las principales preocupaciones en torno a los derechos humanos sin duda alguna la constituye su efectividad; esto significa su posibilidad de realización material, debido a que resultaría ilusorio su reconocimiento y desarrollo dogmático sin que éstos colmen una necesidad de satisfacción humana; de este modo, cobran especial relevancia el derecho a la verdad, el acceso a la justicia y la reparación integral del daño para asistir esta expectativa, sobre todo si consideramos a la víctima en la concepción de los derechos humanos, no así del proceso penal.

En dicho entendido, y para efectos de la presente investigación, constituyen el objeto de estudio las víctimas de violaciones a derechos humanos, entendidas como las personas que sufren una afectación a sus derechos y libertades intrínsecas por un acto de autoridad que menoscaba su dignidad.

Es importante señalar que las víctimas de violaciones de derechos humanos representan la columna vertebral de cualquier sistema de protección; en torno a ellas gira la mayor parte de las necesidades que debe contemplar el mismo, especialmente las encaminadas al acceso a la justicia, considerando la existencia de un recurso judicial efectivo, y adicionalmente éste contenga las garantías mínimas de un proceso justo o debido proceso.

Según Jorge Witker, el concepto de víctima “ha ido variando con el tiempo, dependiendo de la postura asumida por los doctrinarios penales”, además de señalar que tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales de protección de derechos humanos hay un caudal importante de instrumentos que han desarrollado de forma puntual no sólo conceptos en torno a las víctimas, sino además contemplando prerrogativas para su reconocimiento, y sobre todo reparación integral (González y Witker 2019, 233-256).

Si bien no es materia de este trabajo, es importante señalar que dos años después de las tan importantes reformas constitucionales en materia

de derechos humanos y amparo, en 2013 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley General de Víctimas, cuyo propósito principal era consolidar un sistema que garantice el derecho de las víctimas a la justicia en el estricto cumplimiento de las reglas del debido proceso.

Es de notar que la propia Ley General hace una distinción entre las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, al señalar en su artículo segundo su objeto, encaminado a garantizar en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, debida diligencia, y todos los demás derechos consagrados en la misma, así como en la Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte y demás instrumentos en derechos humanos.

Para efecto de la Ley, se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (Ley General de Víctimas, *Diario Oficial* 2013).

En ese tenor, la víctima de violaciones de derechos humanos deberá tener acceso a un recurso judicial efectivo, legal, constitucional y convencional. De este modo, el planteamiento principal se encamina a determinar la importancia no sólo del acceso a la justicia, incluidos todos los mecanismos al alcance de las víctimas nacional o internacionalmente, sino también su potencial cumplimiento, ya que de poco resultaría útil acudir a instancias que reconozcan las violaciones de derechos humanos por parte del Estado si no alcanzan en sí mismas una reparación integral.

En este contexto, consideramos que la legitimidad de los órganos judiciales también se ve acompañada por el poder de cumplimiento de sus decisiones, las cuales constituyen el vehículo para la efectividad de los derechos connaturales a la persona, pues permiten que cuando los derechos no son respetados exista una garantía eficaz que los haga una realidad material, una fuerza con *imperium* de ley que los ejecute, pero bajo el principio general de derecho internacional, que dispone que quien causa un daño está obligado a repararlo; esta premisa incluye al Estado (sobre este tema, Petrova 2019).

De este saber a manera de preámbulo, García Ramírez también distingue los conceptos de víctima del delito y de violaciones a derechos humanos, al indicar que en términos amplios, desde un sistema *iuspenalista*, víctima conduce a pensar en el sujeto pasivo del delito y a quienes sufren en sentido amplio los efectos desfavorables por la comisión, en tanto que en el plano internacional de los derechos humanos se alude al sujeto lesionado de las violaciones de derechos, reconocidos en los tratados (García 2016).

En ese entendido, el planteamiento que me he propuesto desarrollar en el presente trabajo se vincula con el cumplimiento de sentencias internacionales con un elemento indispensable de la reparación integral del daño, que permite la materialización de los derechos de las víctimas, especialmente al tenor del acceso a la justicia ante tribunales internacionales; es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cabe resaltar que los mecanismos para exigir el cumplimiento a nivel interno son diferentes, así como los efectos, e inclusive la configuración de responsabilidades (García y Benavides 2014; Pinacho 2019; Nash 2009).

De igual manera, que la verdadera garantía, a través de los procesos judiciales, le posibilita a un órgano de naturaleza imparcial que sanciona a través de sus atribuciones en una sentencia judicial, los abusos del poder, los discursos radicales, los fundamentalismos y las dictaduras, que lesionan las garantías y libertades humanas, a través de los medios procesales idóneos que pongan límite a los excesos del Estado y propicien el equilibrio de los poderes y el cumplimiento de las normas. De este modo, es indispensable dotar a los jueces, de todas las herramientas técnicas para llevar a cabo dichas atribuciones.

Por lo anterior, el trabajo que se plantea en las siguientes líneas parte de la inferencia de que existe un vínculo directo entre las violaciones de derechos humanos, la obligación de reparar el daño y el cumplimiento de las decisiones judiciales internacionales que ordenan tal reparación, pues la propia sentencia y su efectivo cumplimiento constituye una forma de reparación hacia las víctimas de violaciones de derechos humanos.

En ese entendido, es obligatorio el análisis de la reparación integral del daño en su doble dimensión, tanto como derecho fundamental exigible e irrenunciable de las víctimas, sobre todo cuando deriva de un fallo judicial internacional con fuerza normativa, así como en su carácter de obligación del Estado en el cumplimiento de sus compromisos constitu-

cionales y convencionales vinculados con el deber de respeto y garantía consagrados tanto en la Constitución en su artículo 1o. como en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.1.

La importancia de dicho tema es enfatizada si consideramos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos finalizó el 2019 con 223 casos contenciosos, en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia que implica la supervisión de 1,153 medidas de reparación, del total de los 314 casos sometidos ante este tribunal hasta diciembre de 2019, lo que constituye sólo el 29% del cumplimiento de dichas resoluciones y motiva la preocupación (Corte IDH, Informe Anual 2019).

El propio tribunal de derechos humanos señala que tanto el número de reparaciones ordenadas como su naturaleza y complejidad de cumplimiento impacta en el tiempo que un caso puede estar en la etapa de supervisión de cumplimiento (Corzo 2013; Hitters 2011; Londoño 2005).

Desde esta última perspectiva, el concepto de la reparación integral del daño constituye un elemento esencial, que permite evaluar la eficacia del fallo internacional, en la medida en que él mismo consiga o no por un acto judicial la restitución plena de los derechos de las personas (*restitutio in integrum*); por lo tanto, puede sugerir indicadores que provean de elementos para calificar de eficaz o ineficaz una resolución internacional, y que abarquen —inclusive— el escenario sobre el cumplimiento de las resoluciones emitidas por órganos supranacionales, su tarea y los posibles desafíos a los que se enfrenta.

Así, podríamos señalar que la obligación de “reparación” presupone la existencia de una violación a los derechos humanos, lo que significa que su surgimiento se encuentra sujeto a la condición necesaria de que se hayan incumplido obligaciones primarias de tutela a los derechos humanos (Saavedra 2013). Esto es, las obligaciones a cargo de los Estados de promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos no se ven satisfechas.

Sobre el particular, conviene plantearse cuáles son las maneras en que el derecho deberá enfrentar el cumplimiento de los derechos fundamentales desde las tareas primigenias contenidas en la Constitución, para posteriormente discutir sobre la reparación integral del daño y su análisis dogmático a partir del concepto de víctima, que se encuentra vinculado a la materia penal, pero que ha sufrido una transformación plausible con el

devenir de los tiempos para dar cabida también a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Cabe señalar que uno de los principales desafíos de la Corte Interamericana lo constituye el cumplimiento de sus resoluciones; es así que, con el fin de efectuar la supervisión de cada caso, desde 2015 entró en funcionamiento una unidad de la Secretaría de la Corte dedicada exclusivamente a dicha función; desde luego, no quedan ajenas las audiencias y resoluciones de supervisión de cumplimiento, cuyo impacto ha sido decisivo para la eficacia de la sentencia internacional.

Con base en lo que se acaba de decir, este documento, a pesar de lo sintético, pretende identificar inicialmente que las víctimas de violaciones a derechos humanos cuentan con derechos irrenunciables, en especial desde el análisis de la protección judicial, y que se encuentran ligados a su dignidad humana, a los valores intrínsecos de la persona y a la aspiración de justicia.

Sobre todo, tales derechos irrenunciables se encaminan a instrumentar procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación integral del daño ocasionado por el Estado, cuya finalidad no sólo sea garantizar en su carácter individual o colectivo, sino también a evitar que las autoridades en el ejercicio del poder público vuelvan a cometer un daño, violentando con ello las normas internacionales en derechos humanos.

En este sentido, diversos pronunciamientos han mencionado que

... las reclamaciones de reparación por violaciones flagrantes de los derechos humanos no se encuentran sujetas a prescripción y que no pueden excusarse en el mero paso del tiempo (fundamento de la prescripción) para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales de investigar, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos.¹

Así, el concepto de víctima quedaba limitado a la persona que resiente la afectación del daño por parte de otro particular, y su exigencia se circunscribía a dicha condición; sin embargo, este planteamiento, tal como se ha referido, queda superado, correspondiendo actualmente una exigencia al Estado como garante de la preservación del Estado constitucional

¹ *Órdenes de Guerra y otros vs. Chile*, serie C, núm. 372 párr. 92, 2018.

de derecho al adoptar sus compromisos internacionales y, desde luego, los plasmados en la propia Constitución.

En este conjunto de referencias es posible entender por víctima en su concepción más amplia la indicada por la Real Academia de la Lengua, que la define como la persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita (*Diccionario de la lengua española*, 2018). De este modo, es conveniente recordar que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. El consentimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos permite concebir a esta justicia como obligatoria, al igual que sus resoluciones.

En la opinión de Sergio García Ramírez, tal concepto alude al sujeto lesionado o víctima de la violación de esos derechos recogidos o reconocidos por declaraciones y tratados (García y Benavides 2014). Así también, continúa el profesor emérito señalando que anteriormente se deslindó la víctima directa de la víctima indirecta y de la víctima potencial. Aquélla era quien sufría inmediatamente la lesión o el menoscabo de un bien jurídico del que era titular, recogido en un derecho humano. La víctima indirecta, en cambio, resultaba afectada de manera diferente por la violación cometida en contra de la víctima directa: padecía sufrimiento, obstáculos para el acceso a la justicia, quebranto patrimonial, etcétera. Finalmente, la víctima potencial era el sujeto cuyo derecho podría ser vulnerado por la acción del Estado: se hallaba, pues, en situación de riesgo o peligro (García y Benavides 2014).

Se puede considerar que la existencia de este concepto se vincula directamente a todas las actuaciones procesales a través de las cuales una persona ejerce un derecho y hace valer a su vez los derechos que han sido reconocidos por tratados internacionales y por la propia Constitución, y que por una actuación irregular del Estado se han visto violentados. Esto nos lleva a pensar en que el órgano internacional, a través de la condena que emite y considera indispensable la reparación, identifica por un lado la titularidad de esa exigencia a una persona denominada víctima, y por el otro la obligación del Estado.

Siguiendo la línea de García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang, en su voto concurrente, afirma que “la protección de la víctima —y desde luego la prevención de las violaciones a los derechos humanos de todas las personas— constituye el desiderátum del sistema interamericano y la

razón de ser de las instituciones que concurren bajo este rubro, como la Corte Interamericana”.²

En esa lógica, la perspectiva de diversos instrumentos internacionales, entre ellos el de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, nos obliga a poner de manifiesto a los derechos de las víctimas a la luz del proceso consciente de reconocimiento de las prerrogativas fundamentales a nivel nacional e internacional desde una dimensión, no sólo dogmática, sino sobre todo procesal; esto es, el derecho a la reparación del daño es un derecho humano y un derecho procesal indispensable para la dogmática constitucional. Podemos entenderlo como derecho y como garantía.

Jorge Calderón Gamboa señala que

... en el desarrollo de las reparaciones se registra en la práctica que por muchos años tuvo la Corte IDH de dictar sentencias separadas por cada etapa. Si bien, dicha práctica fragmentaba en gran medida la integralidad del caso e incidía en la duración en el tiempo, al ser la etapa de reparaciones autónoma, permitía observar a detalle los testimonios y pruebas que acreditaban la materia (Calderón 2013, 154).

Del modo anterior, es jurídicamente la víctima quien activa todo el sistema de protección de los derechos humanos cuando una persona resiente un daño a un bien jurídico denominado derecho fundamental, que se encuentra garantizado en la normativa de relevancia, llámese Constitución o tratados internacionales.

Este criterio de apreciación coincide con la importancia de la autonomía procesal de la reparación; es decir, representa un derecho irrenunciable en tanto constituye un derecho intrínseco a la persona humana, y del cual conviene analizar su dimensión y naturaleza jurídica, sus formas de ejercerlo, sobre todo, por lo indicado en supralíneas, encontrar la forma de garantizar en el sentido más amplio de la expresión, a la persona lesionada el goce de su derecho.

Tal afirmación encuentra su fundamento en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone en su artículo 63.1:

² Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, serie C, núm. 101, párr. 50, 2003.

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Adicionalmente, ha reiterado en el análisis de los casos contenciosos que ha conocido desde su primera sentencia, que “Es un principio de derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado «incluso una concepción general de derecho», que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente” (*Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, serie C, núm. 7, párr. 25, 1989).

II. LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO DERECHO IRRENUNCIABLE

La indemnización, como derecho de las víctimas, constituye la forma más usual de hacerlo; pero no es limitativa, reviste especial importancia reconocer otros espacios de cumplimiento que son tarea pendiente del análisis de los derechos humanos, y sobre todo de los órganos jurisdiccionales de protección de derechos y libertades humanos.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), que incluye el restablecimiento de la situación anterior; la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización en cuanto compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que encierran el daño moral.

Habría que añadir a lo anterior que la panorámica desde el derecho internacional constituye un referente inequívoco, observa los diversos elementos que deben cumplimentarse para la debida implementación de las medidas que deben otorgar los Estados, lo que constituye un reto, que se vincula al cumplimiento de las decisiones internacionales y a los mecanismos que permitan su recepción, implementación y ejecución interna. Es así porque la sentencia en sí misma constituye una forma de reparación, sobre todo desde el entendimiento de la tutela judicial efectiva, su incumplimiento dejaría inconcluso el ejercicio de un derecho.

Refiriéndose a este concepto, Ferrer Mac-Gregor señala que el acceso a la justicia desde una perspectiva jurídica es un derecho fundamental, que consiste no sólo en la posibilidad formal de acudir ante los órganos del Estado encargados de impartir justicia, sino también implica que el debido proceso se respete en todas sus partes, y que lo decidido en la sentencia logre su plena realización (Ferrer 2011, 110).

De esta suerte, es posible señalar que el cumplimiento en sí mismo de la decisión judicial representa el cumplimiento de un derecho desde la perspectiva procesal de la tutela judicial efectiva, la posibilidad no sólo de acudir a un juicio, sino de que éste vea satisfechas las peticiones de la víctima de violaciones de derechos humanos, y sobre todo el cumplimiento de tal decisión que la amparen en la reparación integral.

No resulta innecesario indicar que los diversos instrumentos, incluida la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y con especial estudio en sus setenta años, representan un punto de partida, al indicar que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamadas en dicha Declaración se hagan plenamente efectivos”. Es sabido, además, que la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional tienen como objetivo primigenio el cumplimiento de los derechos en todas sus manifestaciones, pero, además, las sanciones correspondientes cuando éstos han sido desconocidos o violados.

En consecuencia, tampoco resulta ajena la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH), que en estos 40 años de funcionamiento ha emitido un gran número de resoluciones encaminadas a dar respuesta a las necesidades de las víctimas, aunado al reconocimiento de la dignidad, protección y garantía de los derechos de las víctimas. Su labor de interpretación ha permitido el desarrollo doctrinal del concepto de la reparación integral.

La Corte Interamericana ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos.³

El alcance de la reparación integral contenido en el artículo 63.1 debe evaluarse de manera autónoma, por lo que la construcción teórica sobre el concepto de justicia y el derecho a la verdad cobra sentido a la luz de su

³ *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, serie C, núm. 371, párr. 327, 2018.

contenido, el deber del Estado de repararlo integralmente, y sus diversas modalidades, ya sea individual o colectivamente. Desde luego, no pasa inadvertido que la restitución integral desde el punto de vista material puede representar una imposibilidad fáctica en algunos casos, sobre todo considerando aquellos que son irreparables de manera absoluta.

En lo que respecta al artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que esta disposición recoge una norma consuetudinaria, que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de su reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación; es decir, bajo una interpretación progresiva existe una obligación de cumplimiento de los deberes generales que representa todo tipo de tratados internacionales vinculados con los derechos humanos y, segundo, el derecho que asiste a la víctima que resiente tal afectación.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en algunos casos, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.⁴

Esta posición posee resonancia significativa, pues se encamina a recordar en estos 70 años de derechos, que la reparación integral constituye un derecho irrenunciable, y que comprende la realización de diversos elementos, como la restitución, que pretende devolver a la víctima a la situación anterior a la violación, y que además incluye no sólo la restitución material, sino también la restitución de los derechos. Desde la óptica que la centralidad es el sujeto de derechos en un contexto determinado y no necesariamente al revés, es posible entender que cualquier violación debe resarcir el daño ocasionado a la víctima, además de determinar la posible responsabilidad internacional del Estado, e inclusive hacer visible

⁴ *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, serie C, núm. 70, párr. 40, 2000.

una eventual problemática estructural en determinada región que evite violaciones masivas futuras.

Por ello, conviene apuntar desde una lectura del artículo 1o. de la Constitución, cuáles son las obligaciones generales del Estado en materia de derechos humanos. La respuesta es sencilla: respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, así como la vinculación con los principios de aplicación, como son los contenidos esenciales, la progresividad, la prohibición y, en su caso, el máximo uso de recursos disponibles para satisfacer de manera integral a las aflicciones de la víctima.

El propio tribunal interamericano ha señalado que los Estados tienen dentro de sus obligaciones proporcionar a los individuos los medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, que incorpora medidas de prevención y protección de los actos de autoridades y, en su caso, de los particulares. De conformidad con ello, existe una obligación convencional de respetar los derechos garantizados tanto a nivel de la Constitución como de los tratados internacionales.⁵

Es oportuno puntualizar que no basta que los Estados se abstengan de violar derechos, sino que además hace falta la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, considerando sobre todo a los grupos más desaventajados social y económicamente.

El deber de prevenir (así lo ha señalado el tribunal regional), abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos, y que aseguren que todas las violaciones que fueran cometidas sean beneficiarias de una reparación integral. Tal es el supuesto que las eventuales violaciones a los mismos deben ser efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quienes los cometan.⁶

Por su parte, las víctimas tienen el derecho de exigir la persecución, enjuiciamiento, condena y esclarecimiento de la verdad y reparación de las violaciones generadas por la comisión de crímenes de lesa humanidad, especialmente en caso de que sean perpetrados por agentes estatales.⁷

⁵ *Masacre del Pueblo Bello vs. Colombia*, 2006, serie C, núm. 140 párr. 123; *Masacre de Maripán vs. Colombia*, 2005 serie C, núm.134, párr. 19.

⁶ *González y otras “Campo Algodonero” vs. México*, serie C, núm. 205, párr. 252, 2008.

⁷ *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, serie C, núm. 154, párr. 111, 2006.

Adicional a este planteamiento, señalaríamos que el deber de investigación y sanción conlleva al real y efectivo acceso a la justicia, porque una justicia que no consigue la reparación, no representa una garantía plena.

III. ELEMENTOS DE LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

La restitución como elemento indispensable de la reparación, incorpora medidas como el restablecimiento de la libertad, la restitución de bienes o valores, la reincorporación de la víctima a su cargo y el pago de salarios dejados de percibir, la recuperación de la identidad y la restitución del vínculo familiar; devolución de tierras tradicionales a los miembros de la comunidad indígena, extracción segura de explosivos enterrados en el territorio indígena y reforestación de áreas afectadas, entre algunas (Calderón 2013).

Esta medida tiene por objetivo último devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de la comisión de la violación. Por su parte, en cuanto a los elementos de la rehabilitación como obligación del Estado, concierne la reparación de las afectaciones síquicas o morales que pueden ser motivo de tratamiento o asistencia médica y psicológica a cargo de la autoridad, lo cual debe realizarse de manera gratuita e inmediata.

La Corte Interamericana dispone que, de no ser factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, dicho tribunal determinará las medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron.⁸ Este enunciado nos permite entender que el órgano de garantía podrá implementar medidas y exigir responsabilidades concretas con el fin de restituir a la víctima.

Dicho tribunal ha sido enfático al indicar que la impunidad es la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, tomando en cuenta que la impunidad propicia la repetición crónica de las vio-

⁸ *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y costas, serie C, núm. 7, párr. 26, 1989; *López Soto y otros vs. Venezuela*, Fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 362, párr. 269, 2018.

laciones a derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.⁹

Con profundidad de análisis, la obligación de investigar conlleva la necesidad de que una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deban iniciar una investigación seria, imparcial y efectiva de manera oficiosa, que permita la determinación de la verdad y, en su caso, la sanción de los autores de la violación. Esta medida se traduce en el acceso a la justicia en su más amplia concepción, y cuyo objetivo principal sea calar en el ordenamiento nacional.

La indemnización refiere una compensación determinada en una norma jurídica por el daño resentido; ésta debe comprender por lo menos el daño emergente y el lucro cesante, además de añadir las medidas de carácter positivo para asegurar que no se repitan hechos lesivos.

La obligación de investigar conlleva además que el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas o sus familiares en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana. Investigar representa además el que la sociedad conozca la verdad y quiénes fueron los perpetradores de los crímenes cometidos.

Se ha destacado que el deber de investigación y enjuiciamiento subsiste mientras no se alcance el objetivo al que sirve; esto es, el pleno conocimiento de los hechos, la identificación de los autores y la sanción que corresponda (García y Benavides 2014). En el caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, la Corte Interamericana señaló que “es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad”.¹⁰

Las medidas de no repetición, por su parte, se enfocan a la garantía para prevenir otra violación de otras personas; así lo dispone en el caso *Masacre de las Dos Erres* “con el fin de evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana”.¹¹

En el ámbito de la prevención, procede mencionar que ésta se encuentra ligada a la investigación que arroja resultados de quiénes come-

⁹ *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, serie C, núm. 154, párr. 111, 2006.

¹⁰ *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, serie C, núm. 120, párr. 168, 2005.

¹¹ *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, serie C, núm. 2011, párr. 250, 2009.

tieron las violaciones y a su vez la forma de evitar que se sigan cometiendo, por ejemplo, implementando medidas legislativas que sancionen las violaciones a los autores intelectuales, o bien programas de capacitación y formación en materia de derechos humanos.

Es atinado mencionar que este tipo de medidas son complejas y estructurales, y van encaminadas a reformas normativas y a la implementación de políticas que orienten a la prevención de violaciones futuras; podrían señalarse, por ejemplo, la exclusión de penas corporales que atenten contra la dignidad de las personas, la existencia de normas de pena de muerte, la invalidez de normas jurídicas que se encaminen a obstaculizar procesalmente las sanciones por violaciones graves a los derechos humanos, modificación de normas en materia de jurisdicción militar, entre otras.

Lo cierto es que el deber estatal de respeto y garantía tiene una aspiración manifiesta sobre el deber de justicia, la existencia misma de condiciones para el acceso a la justicia y para la sanción y reparación de violaciones a derechos humanos que erosione la impunidad y propicie de forma enérgica el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Constitución y los tratados internacionales.

IV. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS INTERNACIONALES COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA REPARACIÓN

Como lo he señalado en anteriores documentos (Verdín 2019), el cumplimiento de las decisiones internacionales representa un enorme desafío a nivel interno e internacional, y pretendemos sostener que existe una vinculación importante entre la *ejecutabilidad* de las decisiones internacionales y la efectividad de los derechos fundamentales.

Cuando un órgano internacional ordena medidas provisionales o en su caso dicta resoluciones judiciales, por un lado, para identificar que el Estado ha cometido una violación y, por el otro, con el fin último de dar cumplimiento a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y dar efectividad plena a los derechos de las personas, los Estados de conformidad con el artículo 68 de la Convención Americana, deberán ejecutar los fallos.

Surgen puntos controvertidos al tenor de la anterior afirmación, ya que con el fin de dar cumplimiento a dicho mandato, algunos Estados han diseñado métodos de ejecución de las sentencias de tribunales internacionales,

inclusive algunos protocolos, que incluyen aspectos procedimentales para facilitar su actuación, considerando las convergencias y divergencias de los sistemas jurídicos existentes que los regulan, lo cierto es que algunos sólo dan cumplimiento parcial o casi nulo, subsistiendo la afectación a la víctima y obligándonos a representar el ideal de “justicia” como algo inexistente.

Como ejemplo de aquellos que han diseñado medidas para dar cumplimiento y ejecutarlas, encontramos al Protocolo 11 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, adoptado en octubre de 1997, que determinó la eliminación de la Comisión Europea de Derechos Humanos, con lo cual la Corte fue reestructurada. En dicha resolución, nos indica Salvador Mondragón Reyes, que, respecto de la ejecución de las resoluciones de esta Corte, el artículo 41 de la Convención Europea señala:

Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa (Mondragón 2007, 74).

Empero, no basta la existencia de un fallo internacional, o la realización de actuaciones poco estructuradas e irrelevantes, sino que es conveniente que el Estado dé cumplimiento al mismo, y este presupuesto se vincula con el régimen de la reparación integral, pues en sí mismo el cumplimiento de un fallo condenatorio al Estado miembro representa una parte indispensable de la reparación plena.

El mismo autor señala que existen algunos países que han diseñado procedimientos que faciliten la ejecutabilidad y cumplimiento de las sentencias; por ejemplo, en Alemania, el papel clave lo tienen las cortes, ya que se consideran guardianes de Estado de derecho. Dicha afirmación coincide con la del suscrito, en virtud de que consideramos que el papel dotado a los tribunales constitucionales en esa tradición asumida desde 1920, por inspiración de Hans Kelsen, resulta prometedor, en la medida de propiciar un vaso comunicante entre las cortes nacionales y las cortes internacionales de manera más pacífica y gradual.

Algunas sugerencias apuntan a indicar que, con independencia de las propias resistencias de los sistemas, es la universalidad de los derechos humanos y la naturaleza de los bienes protegidos, los cuales confluyen en

la dignidad de las personas y en el papel decisivo de las cortes nacionales que permiten y obligan a dar cumplimiento a una decisión de gran calado para la reparación integral.

Otros Estados han optado por incluir normas de ejecución en sus Constituciones federales, o inclusive por vía de interpretación del derecho internacional en el derecho nacional; un ejemplo de ello corresponde a la propia interpretación que ha realizado nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación en algunos criterios jurisprudenciales.¹²

Lo cierto es que resulta necesario identificar las diferencias entre ejecución, cumplimiento, impacto y reparación integral; todos estos elementos definitivos para equilibrar los contenidos de los derechos humanos, impedir las interferencias procesales que traducen en ilusorios los derechos y libertades de las personas.

Es contundente la interpretación que ha hecho la Corte mexicana al señalar que los derechos humanos en su conjunto constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

En nuestro supuesto, la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es aceptada por el Estado mexicano, y, por lo tanto, cuando se esté en incumplimiento de las obligaciones expresamente contraídas por éste, el tribunal constitucional ha considerado que no corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por aquel organismo internacional es correcta o no, lo que debe entenderse en forma unimoda y dogmática, ya que la competencia del máximo tribunal constitucional del país, como garante de la supremacía constitucional, descansa ontológica e inmanentemente en su actuación, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹³

De conformidad con ello, las relaciones entre los dos sistemas dan lugar al enunciado imperativo del cumplimiento de las decisiones internacionales, lo cual orienta la labor interna de la interpretación de los derechos humanos y tiende a garantizar la efectividad de los derechos del hombre.

¹² Tesis 293/2011, P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 2014.

¹³ Tesis P.LXV/2011 (9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 2011.

Es un imperativo el deber del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana, con el propósito de prevenir y sancionar las conductas violatorias de los derechos humanos, deber que resulta de la obligación de respeto y garantía contenida en dichos tratados internacionales; en ese tenor, los fallos emitidos por tales instancias internacionales deben cumplirse y ejecutarse.

V. CONCLUSIONES

Es verdad que existe una importante área de oportunidad para el análisis de los derechos humanos y la forma de dar cumplimiento a ellos; la genealogía de los compromisos internacionales permite asumir una tarea valiosa en el ámbito de la reparación integral.

Se presume la buena fe de los Estados para dar cumplimiento a sus resoluciones internacionales y con ello agotar una etapa en la reparación integral, en virtud de que el cumplimiento del fallo internacional es parte misma de la reparación. Asimismo, se confirma la estrecha relación que existe entre la reparación integral del daño y el cumplimiento de los fallos internacionales, lo cual arroja como resultado el “acceso a la justicia”.

En el marco de los 70 años de la Declaración Universal y los 40 de la actividad de la Corte Interamericana, es indispensable la discusión en torno al derecho a la reparación como un derecho procesal y autónomo, capaz de establecer su naturaleza genuina y evaluar los alcances jurídicos de un comportamiento ilícito que vulnera los derechos y libertades intrínsecas de las personas.

Del mismo modo, se asume que el concepto de víctima es la columna vertebral de cualquier sistema de protección de derechos humanos, y ha desarrollado con profundidad toda una doctrina sobre las reparaciones, que contempla no sólo la indemnización, sino que también determina responsabilidades concretas a la luz de las obligaciones en torno al respeto y garantía.

No pasa inadvertida la preocupación del autor al indicar que el incumplimiento de los fallos internacionales ha guiado el estudio presente, pues representan la esterilidad del derecho a la verdad y justicia y conducen a considerar medidas necesarias que implementar al interior del Estado para dar cumplimiento puntual y efectivo que evite violaciones sistemáticas futuras.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 333-352.

En suma, la orientación principal del breve estudio que aquí se plasma se encuentra destinada a conmemorar estas fechas relevantes para los derechos humanos, y además discutir sobre los importantes desafíos que representa para cualquier sistema de protección, ya sea interno o internacional, el régimen de las reparaciones por violaciones a derechos humanos, así como el alcance que tales medidas pueden tener para evitar la impunidad y la repetición crónica y estructural de tales ilícitos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. 2013. “La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e Interamericana*, México, SCJN-UNAM-Konrad Adenauer.
- CORZO SOSA, Edgar *et al.* (coords.) 2013. *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. 2011. “La justicia y el constitucionalismo social”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego, *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y BENAVIDES HERNÁNDEZ, Marcela. 2014. *Reparaciones por violación a derechos humanos. Jurisprudencia Interamericana*, México, Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2016. “Víctima y reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. *et al.* (coords.). *Las víctimas en el sistema penal acusatorio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, USAID.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Patricia y WITKER, Jorge. 2019. *Desafíos del sistema penal acusatorio*, México, UNAM.
- HITTERS, Juan Carlos. 2011. “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional. Cláusula federal)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. 2005. “La efectividad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Dikaion*, año 19, núm. 14.

- MONDRAGÓN REYES, Salvador. 2007. *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa.
- NASH ROJAS, Claudio. 2009. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2a. ed., Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya. 2019. *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- PINACHO ESPINOSA, Jacqueline. 2019. *El derecho a la reparación del daño en el sistema interamericano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria. 2013. “Teoría de las reparaciones a la luz de los derechos humanos”, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, módulo 7, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal-SCJN.
- VERDÍN PÉREZ, Jaime Arturo. 2019. “La eficacia del fallo internacional en derechos humanos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. extraordinario, 2019 (51).

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

OJOS QUE SÍ VEN: LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ESTATAL: LECCIONES DESDE EL PERÚ Y EL DERECHO COMPARADO*

Andrés CALDERÓN**
Adriana ASCUE***
Eduardo DIBÓS****

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Regulación de la publicidad estatal en el Perú*. III. *Regulación de la publicidad estatal en Canadá*. IV. *Regulación de la publicidad estatal en Uruguay*. V. *Regulación de la publicidad estatal en México*. VI. *Análisis comparado a la luz de los principios de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión sobre publicidad oficial*. VII. *Conclusión*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del continente americano, probablemente ningún otro país haya experimentado más controversias sobre la regulación de la publicidad estatal que el Perú.

* Estudio legislativo recibido el 3 de diciembre de 2019 y aceptado para su publicación el 30 de abril de 2020.

** ORCID: 0000-0001-9922-6517. Profesor y director de la Clínica Jurídica de Libertades Informativas y Transparencia de la Universidad del Pacífico (Perú). Master of Laws por la Universidad de Yale (Estados Unidos). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador asociado del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo (Argentina). Columnista de *El Comercio* (Perú) y como invitado de *El Universal* (México). Correo electrónico: *a.calderonl@up.edu.pe*.

*** ORCID: 0000-0003-3923-157. Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Perú). Asistente de investigación del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Colaboradora voluntaria en la Clínica Jurídica de Libertades Informativas y Transparencia de la Universidad del Pacífico. Correo electrónico: *a.ascuedelaguila@alum.up.edu.pe*.

**** ORCID: 0000-0002-2166-7547. Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Perú). Colaborador voluntario en la Clínica Jurídica de Libertades Informativas y Transparencia de la Universidad del Pacífico. Correo electrónico: *e.dibosfigueroa@alum.up.edu.pe*.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LII, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 355-383.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Perú era uno de los pocos países en la región que contaba con una legislación general sobre publicidad estatal (*Ley que Regula la Publicidad Estatal*, Ley 28874, 2006). Sin embargo, en los últimos dos años este país ha visto la presentación de hasta trece proyectos de leyes sobre la materia, ha sido testigo de la aprobación accidentada y atropellada de una ley que prohibía la contratación de medios de comunicación privados para la difusión de las campañas publicitarias estatales (*Ley que Regula el Gasto de Publicidad del Estado Peruano*, Ley 30793, 2018) y ha sido notificado de la declaración de inconstitucionalidad de aquella norma por parte del Tribunal Constitucional.¹

A pesar de ser un tema de amplio interés y controversia, la literatura académica no ha acompañado el vertiginoso ritmo de los legisladores y magistrados peruanos. A nivel local, sólo se cuenta con un trabajo monográfico que proporciona algunos datos estadísticos sobre la inversión publicitaria (Ruiz 2017), mas no plantea una discusión sobre política pública.

A nivel internacional, encontramos tres tipos de estudios, principalmente. Un primer grupo analiza la regulación y la práctica estatal del gasto publicitario que resalta los problemas que una excesiva discrecionalidad ha generado, hasta el punto de convertirse en algunos casos en un mecanismo de censura indirecta a medios de comunicación (WAN-IFRA 2014; WAN-IFRA 2015; Buquet, Lanza y Rabinovich 2012). Otro grupo de estudios califican más bien como reportes que miden el gasto publicitario en sus respectivos países y su orientación (Becerra 2011), o narran la evolución histórica de las campañas publicitarias gubernamentales (Young 2007). Finalmente, tenemos un tercer grupo de estudios que plantean un análisis comparado de la legislación en materia de publicidad estatal (ADC 2008) y proponen algunos principios o reglas básicas en la materia (ADC 2006).

El presente estudio busca aportar a la literatura de análisis comparado sobre la legislación en materia de publicidad estatal. Con dicho fin, el segundo apartado resume los principales aspectos del marco legal peruano, enfocándose principalmente en la Ley 28874, *Ley que regula la Publicidad Estatal*, puesto que la posterior Ley 30793 —declarada recientemente inconstitucional— no aportaba aspectos regulatorios que pudieran ser

¹ Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional Expedientes 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC, 2018.

analizados, más allá de la prohibición y penalización amplia de la inversión publicitaria en medios de comunicación privados. Los apartados tercero, cuarto y quinto hacen lo propio, siguiendo una misma metodología de síntesis descriptivo, con aquellos países que cuentan con legislaciones transversales sobre publicidad oficial, como Canadá, Uruguay (que cuenta con un proyecto de ley aprobado por la primera cámara legislativa) y México, respectivamente; el sexto apartado plantea una contribución singular a los estudios existentes en la materia, al realizar una evaluación comparada de las legislaciones de Perú, Canadá, Uruguay y México, a la luz de las exigencias que plantea la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (RELE) en su “Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión” (RELE 2012). Luego de este análisis, concluimos.

II. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ESTATAL EN EL PERÚ

1. *Finalidad y ámbito de aplicación de la regulación*

Hasta antes de junio de 2018, cuando se promulgó la Ley 30793, “Ley que Regula el Gasto de Publicidad del Estado Peruano” —que más que regular prohibía la contratación de medios de comunicación privados para la difusión de campañas publicitarias del Estado, que luego fue declarada inconstitucional—, el Perú ya contaba con una legislación que establecía ciertas reglas y principios para la elaboración, contratación y difusión de la publicidad estatal. Esta norma era la Ley 28874, que regulaba la publicidad estatal.

Aprobada en 2006, la Ley que regula la publicidad estatal fue una norma pionera en América en la materia, sólo después de Canadá. Sin embargo, como apunta la RELE, esta norma no logró “eliminar la discrecionalidad en la distribución de la pauta publicitaria, en parte como consecuencia de su falta de reglamentación” (RELE 2012).

El artículo 2o. de la Ley 28874 limita su ámbito de aplicación a “los rubros de publicidad institucional de las entidades y dependencias que conforman el gobierno central, regional o local”. La publicidad estatal es definida como aquella que promueve “conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras”. En oposición, el mismo artículo excluye de su espectro de control a cierto tipo de publicaciones como “no-

tas de prensa, avisos sobre procedimientos a convocarse en el marco de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y la publicación de normas que en cumplimiento de sus funciones desarrollan las entidades y dependencias del gobierno nacional, regional o local”. Una excepción poco sustentada, pues más allá de que el contenido de estos avisos sería neutral por naturaleza, sí resultaría importante controlar la forma en que se contratan estos avisos, los criterios de distribución a través de medios de difusión, así como la rendición de cuentas respecto de estos gastos.

En lo que respecta a los objetivos, la Ley advierte que la inversión publicitaria estatal debe orientarse a los fines institucionales de cada entidad, como la “promoción de la imagen institucional, la comunicación de sus planes y programas, o a la venta de bienes y servicios”. Otras finalidades expresamente amparadas por la ley son la de promoción de una cultura preventiva en asuntos relacionados con la seguridad pública, salubridad y manejo de recursos naturales, la difusión de información en materia de salud, la promoción de la participación ciudadana y la difusión de leyes.

Además, se prohíbe expresamente el gasto publicitario para determinadas acciones como beneficiar a algún candidato a un cargo de elección popular o a algún partido político. También se proscribe que algún funcionario de la entidad pública anunciante aparezca en los mensajes o campañas publicitarias.

Un aspecto resaltante es que la Ley se enfoca únicamente en la relación entre Estado y medios de comunicación, y no establece las mismas pautas u obligaciones para la contratación de empresas dedicadas a la creación y producción de publicidad, o agencias de medios que funcionan como intermediarios entre el anunciante y los medios de comunicación.

En la misma Ley 28874 no se establece expresamente alguna limitación a la difusión de publicidad estatal durante los periodos de campañas electorales, pero sí en la Ley de Radio y Televisión (Ley 28278), que prohíbe que entidades estatales puedan contratar avisos publicitarios una vez que se ha efectuado la convocatoria a comicios electorales generales, regionales o municipales, con la excepción de los organismos que integran el sistema electoral (salvo autorización expresa del Jurado Nacional de Elecciones).

2. Contratación y distribución de publicidad

Más allá del mandato de “transparencia y racionalidad en el uso de los recursos públicos para la contratación de servicios de publicidad en

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 355-383.

prensa escrita, radio y televisión” al que hace referencia el artículo 1o. de la Ley 28874, no se establece ningún otro principio para la contratación de publicidad estatal. Así, no aparecen en la ley fundamentos rectores, como eficiencia, competencia, transparencia o no discriminación.

La Ley 28874 no prevé un mecanismo particular para la contratación de publicidad. Sin embargo, el artículo 27, literal g, de la Ley 30025, Ley de Contrataciones con el Estado, señala que

... para los servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación televisiva, radial, escrita o cualquier otro medio de comunicación, se podrá contratar directamente con el proveedor. Esto significa que no se requerirá de un procedimiento de licitación, concurso o similar para la elección del medio de comunicación donde se difundirá la publicidad estatal.

Otros servicios relacionados, en cambio, como la creación y producción publicitaria, así como la elección de una agencia o central de medios que coordine la contratación de pauta publicitaria en medios de comunicación, no están, en principio, exentos de seguir los procedimientos competitivos de elección y contratación previstos en la Ley de Contrataciones con el Estado.

Pese a la ausencia de un procedimiento reglado para la contratación de publicidad estatal, la Ley 28874 sí exige ciertos pasos previos a la aprobación de la inversión publicitaria y selección del canal de difusión. En primer lugar, el artículo 3o. pide la elaboración de un plan de estrategia publicitaria (PEP), que vaya acorde con las competencias asignadas a la entidad que desea difundir la publicidad y adecuado a las prioridades y objetivos señalados en los programas sectoriales. Este plan debe contener la descripción y justificación de las campañas publicitarias planificadas para ese año.

También se requiere que la entidad pública identifique los medios de comunicación donde se realizará la difusión de la publicidad y que se justifique técnicamente su elección “de acuerdo con el público objetivo y la finalidad que se quiere lograr, la cobertura, duración de la campaña, equilibrio informativo e impacto de los mismos”. En la práctica, las entidades públicas han venido haciendo alusión a estos criterios para sustentar los medios de comunicación escogidos para la difusión de la publicidad, sin establecer un orden de prioridad o ponderación entre estos factores. Fi-

nalmente, el mismo artículo 3o. de la Ley 28874 requiere a las entidades, presentar un proyecto de presupuesto para ejecutar las campañas publicitarias.

3. *Control externo y transparencia*

Los planes de estrategia publicitaria, así como la descripción y justificación de las campañas, los medios de comunicación elegidos y el proyecto de presupuesto, son documentos de acceso al público. Sin embargo, no se ha establecido una (deseable) obligación de publicarlos o difundirlos activamente.

Las entidades públicas sí deben publicar, en cambio, los contratos de publicidad celebrados en sus portales electrónicos, según el artículo 6o. de la Ley 28874. Al no distinguirse entre qué tipo de contratos, se entiende que éstos deberían incluir no sólo los contratos de difusión, sino también los de creación y producción publicitaria, y los de intermediación para la colocación de pauta publicitaria.

Asimismo, se establecen dos obligaciones adicionales, que tienen como finalidad un control *ex post* a la realización de las campañas publicitarias. Éstas son: la justificación ante el Sistema Nacional de Control de la elección de determinada empresa para la elaboración de la publicidad, y realizar una evaluación de resultados de la publicidad contratada vía indicadores de desempeño, la cual también deberá ser remitida al Sistema Nacional de Control (artículo 6o. de la Ley 28874). El Sistema Nacional de Control es dirigido por la Contraloría General de la República. Sin embargo, no se ha previsto qué órgano de la Contraloría es el responsable de recibir esta información. Otra falencia es que no se ha previsto qué acciones puede tomar la Contraloría ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones de la Ley 28874 ni se han contemplado sanciones ante una eventual infracción legal.

Finalmente, en la Ley de Radio y Televisión (Ley 28278) se establecen algunas obligaciones adicionales de transparencia para las entidades públicas, como difundir en sus páginas web institucionales las tarifas por la contratación de los espacios, la duración de la pauta publicitaria y los criterios de selección. Asimismo, la Ley 28278 prevé en su artículo 51 que algunas entidades públicas (Presidencia del Consejo de Ministros, organismos autónomos y gobiernos regionales y locales) envíen trimestral-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 355-383.

mente al Congreso “la información desagregada y consolidada sobre los contratos y gastos referidos a la publicidad estatal” dentro de los diez días posteriores a cada trimestre. También se obliga a las empresas de radiodifusión que hayan transmitido publicidad estatal, a remitir “la información pertinente” a la Presidencia del Consejo de Ministros de forma mensual.

III. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ESTATAL EN CANADÁ

1. *Finalidad y ámbito de aplicación de la regulación*

La publicidad estatal en Canadá está regulada por la Política de Comunicaciones e Identidad Federal (Policy on Communications and Federal Identity), adoptada por el gobierno federal, que se encuentra vigente desde el 11 de mayo de 2016. Esta norma especial, establecida a través de una reglamentación de la Financial Administration Act (R. S. C. 1985, c. F-11, 1985), contiene las pautas de publicidad y comunicación de políticas, programas, servicios e iniciativas llevadas a cabo por el gobierno canadiense. La normativa circunscribe su ámbito de aplicación a las veinte entidades que conforman el gabinete (19 ministerios o *departments* y el Consejo del Tesoro) y sus órganos.

La Directiva de Administración de Comunicaciones complementa la política de comunicaciones. En virtud del artículo 6o., inciso 11, de la Directiva, la regulación canadiense incluye en su alcance a “todas aquellas actividades relacionadas con la producción y colocación de publicidad, incluida la planificación de campañas, desarrollo creativo, pruebas preliminares, producción, planificación de medios, colocación de publicidad y evaluación posterior”, es decir, abarca todas las etapas de creación y difusión de publicidad.

La regulación considera que toda publicidad oficial debe ser objetiva, no partidista, clara y escrita en un lenguaje sencillo. En este sentido, el artículo 4o., inciso 3, de la Política de Comunicaciones, señala que la publicidad debe ser no partidista, entendida ésta como “objetiva, imparcial y libre de lemas, imágenes o identificadores de partidos políticos”. Asimismo, prohíbe que la comunicación contenga el nombre, la voz o imagen de algún funcionario (ya sea éste presidente, ministro o parlamentario), y proscribire que el color primario del partido de gobierno se use de manera predominante en la publicidad. Además, la Política de Comunicaciones

prohíbe las actividades de publicidad estatal en los 90 días previos a la fecha de una elección general.

La labor de comunicación estatal en Canadá no se limita a la difusión de información. También se establece una responsabilidad del gobierno, de comunicarse con sus ciudadanos “para ayudar a proteger sus intereses y bienestar, y de promover a Canadá como un país próspero, diverso y acogedor”. El artículo 6o., inciso 11, de la Directiva también plantea utilizar preferentemente herramientas digitales y plataformas en línea, como redes sociales y páginas web, con el fin de satisfacer las necesidades informativas de la ciudadanía canadiense.

2. *Contratación y distribución de publicidad*

Con el fin de que los procesos sean abiertos y transparentes, la Directiva proporciona las reglas para administrar y coordinar las comunicaciones, al tiempo que detalla los procedimientos de contratación y asignación de publicidad estatal, investigación de opinión pública, uso de redes sociales y comunicaciones *online*.

La publicidad en Canadá se guía por el principio *digital first*. Durante el periodo de publicidad de 2015, por ejemplo, el gasto de publicidad oficial en medios digitales superó por primera vez en la historia a lo colocado en televisión, tendencia que se mantuvo en el periodo fiscal de 2016-2017, en el que la publicidad digital representó el 54.7% del presupuesto total (PSPC 2018).

Diversas entidades intervienen en el proceso de adjudicación de la publicidad estatal. En palabras del director general del Ministerio de Servicios Públicos y Compras de Canadá, Marc Saint-Pierre: “no sería posible que un ministerio pueda elaborar una campaña de publicidad estatal sin antes haber trabajado conjuntamente con, por lo menos, otras tres entidades del gobierno” (House of Commons Canada 2017). Así, se establece una dinámica de *checks and balances* en la gestión de los recursos.

Las campañas publicitarias nacen por iniciativa de las propias entidades interesadas en la difusión, que deben elaborar planes de publicidad *ex ante*, asistidas por una entidad denominada Oficina Privada del Consejo (Privy Council Office, PCO). El PCO es un organismo especializado y técnico que brinda asesoría en la toma de decisiones al primer ministro de Canadá y su gabinete, y responde directamente ante aquél. En cuanto a

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 355-383.

actividades de publicidad, el PCO es la entidad encargada de desarrollar un plan anual de publicidad que englobe a su vez los planes y propuestas de cada uno de los ministerios. El PCO brinda el asesoramiento necesario a los ministerios respecto de las prioridades del gobierno, además de los temas y mensajes generales que debe contener la publicidad estatal. El rol de esta entidad en el marco de los procesos de publicidad estatal es constante, pues, además de asesorar a los ministerios, fiscaliza y coordina el cumplimiento del plan anual.

Una vez que las propuestas de campañas —elaboradas conjuntamente por los ministerios y el PCO— son integradas en el plan anual de publicidad, éste es elevado para la aprobación del gabinete en su conjunto. El gabinete, en virtud del plan presentado, determina el monto máximo de financiamiento para las iniciativas publicitarias y confirma la fuente de los fondos. Por lo general, los fondos estatales provienen de una partida financiera estatal denominada Fondo Central de Publicidad (Central Advertising Fund), administrada por el Consejo del Tesoro (Treasury Board), entidad con rango ministerial encargada de la gestión en materias de presupuesto y gasto público, hacienda, tesorería y endeudamiento. El Consejo del Tesoro aprueba en última instancia los montos totales destinados para los conceptos de publicidad estatal (Government of Canada 2016).

Cuando los fondos ya han sido aprobados, los ministerios pasan a trabajar con el Departamento de Servicios Públicos y Compras (Public Services and Procurement Canada o PSPC). El PSPC es el agente estatal de adquisiciones y contrataciones, y concentra un rol protagónico en materia de publicidad estatal, ya que es la entidad encargada de supervisar y llevar a cabo la adjudicación de los contratos de publicidad, según el artículo 8o., inciso 2, literal 7, de la Directiva.

Como regla general, el PSPC se encarga de suscribir los contratos de servicios de publicidad en nombre de todos los ministerios. Los únicos casos en los que se autoriza a éstos a contratar publicidad de manera directa son cuando ésta representa un gasto menor a \$25,000,² según el apéndice B, inciso 2, literal 14, de la Directiva. El rol del PSPC puede desagregarse en dos diferentes ámbitos y fases del proceso de contratación: el de la

² Normalmente se trata de anuncios administrativos, regulatorios y campañas orgánicas de bajo costo en redes sociales.

contratación de agencias creativas y de producción de publicidad, y la compra de espacios en medios de comunicación.

Cuando los ministerios —luego de trabajar en conjunto con el PCO y el PSPC— consideran que sus campañas se encuentran listas, se da inicio a la fase de contratación de publicidad estatal en los medios de comunicación. La colocación de estas campañas en las distintas plataformas de comunicación es conducida por una agencia de coordinación: Agency of the Record o AOR. De acuerdo con la Directiva, la AOR “es un proveedor del sector privado, seleccionado a través de un proceso competitivo y contratado por el gobierno de Canadá, encargado de negociar, comprar y verificar los tiempos y espacios publicitarios oficiales”. El gobierno de Canadá utiliza los servicios de una sola AOR, durante un tiempo determinado. La utilización de la AOR apunta a que el gobierno obtenga una mejor optimización de los recursos al aprovechar el poder de compra colectivo de los ministerios (PSPC 2019b). Centralizar estos servicios en una sola agencia encargada de las estrategias de adquisición y mantenimiento de una estructura de costos predecibles también permite una mejor integración, supervisión, control y generación de informes sobre la contratación de publicidad.

Los ministerios trabajan en estrecha colaboración con la AOR para la selección de los medios de comunicación en función de una serie de criterios de asignación como los objetivos de una campaña, el público y mercado objetivos, los cronogramas y presupuestos asignados.

La normativa canadiense ha establecido criterios más rigurosos para las campañas que superen el costo de un millón. En este sentido, los ministerios involucrados, al igual que el PCO y el PSCP, deben ejecutar procesos adicionales en la etapa previa a la contratación de la publicidad. Para estos casos, las entidades deben desarrollar investigaciones de opinión pública en forma de encuestas y planes de evaluación de impacto previo. Finalmente, para la etapa *ex post* de las mismas campañas superiores a un millón, ha sido desarrollada una herramienta de evaluación (Advertising Campaign Evaluation Tool o ACET), con el fin de proveer de indicadores de rendimiento a las instituciones que elaboraron la campaña. El ACET busca medir el conocimiento de los ciudadanos canadienses de la campaña publicitaria, medir el nivel de comprensión de los mensajes clave de la campaña, y verificar que el enfoque creativo de la campaña haya llamado la atención de la ciudadanía y del público objetivo.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 355-383.

3. *Control externo y transparencia*

El PSPC debe publicar un informe anual sobre las actividades publicitarias del gobierno de Canadá, según lo dispone el artículo 8o., inciso 2, literal 5, de la Directiva. Este informe sistematiza y resume los gastos publicitarios y los resultados de campañas importantes (inversiones mayores a \$500,000). Los informes son de acceso simple y gratuito para el público y se encuentran disponibles en los dos idiomas oficiales de manera *online*. En ellos se puede apreciar el gasto total en publicidad, cuántas entidades publicitaron, cuánto gastó cada una de ellas, el número total de campañas y medios contratados, así como información desagregada por plataforma (televisión, radio, web, etcétera) y por ministerio, entre otros.

El PSPC no divulga información detallada de los importes específicos pagados a cada medio de comunicación a través de su AOR. Esta información es considerada confidencial por el PSPC, pues estiman que podría interferir con las negociaciones contractuales del gobierno y perjudicar la posición competitiva de terceros (PSPC 2019a). Por su parte, las asignaciones presupuestadas y aprobadas por el Consejo del Tesoro son publicadas en el sitio web del Consejo, incluyendo el nombre de la campaña, el gasto total y el ministerio que la encargó. Esta información se actualiza en enero, abril, julio y octubre. Igualmente, todos los contratos de publicidad son publicados en el portal *buyandsell.gc.ca*, operado por el PSPC. Además, los ministerios y agencias publican todos los contratos mayores a \$10,000 en los portales de transparencia de sus propios sitios web.

IV. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ESTATAL EN URUGUAY

1. *Finalidad y ámbito de aplicación de la regulación*

El Proyecto de Ley de publicidad oficial que regula la producción, contratación y distribución de la publicidad oficial en cualquier medio fue aprobado por la Cámara de Diputados de la República Oriental del Uruguay en julio de 2018.³ Sin embargo, dicho Proyecto de Ley no superó la evaluación de la Cámara de Senadores, y se dispuso su retorno a comisión para estudio (CAinfo 2019).

³ Proyecto de Ley de publicidad oficial que regula la producción, contratación y distribución de la publicidad oficial en cualquier medio, C/387/2015, 2018.

La iniciativa del Proyecto tuvo origen en un anteproyecto preparado por el Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública-CAInfo, una organización sin fines de lucro, tomando como base los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión de la RELE.

El Proyecto señala que toda la información publicitaria deberá ser veraz, objetiva, clara, transparente, necesaria, oportuna y relevante para aquellos a quienes se dirige, e incluye a distintas modalidades de publicidad en su artículo 3o., como la publicidad de actos administrativos (licitaciones, convocatorias), la publicidad institucional y campañas de bien público, la publicidad de bienes y servicios brindados por el Estado.

Según el artículo 1o. de la propuesta normativa, ésta alcanzaría a todo el proceso de creación, contratación y difusión de contenidos publicitarios estatales. El informe de justificación del proyecto plantea la necesidad de establecer criterios claros, objetivos y profesionales para la asignación publicitaria.

Entre las prohibiciones dispuestas por el proyecto normativo se indica que no podrá realizarse publicidad oficial alguna en el periodo de publicidad electoral, según se encuentra establecido en el artículo 1o. de la Ley 17.045 (Ley de Partidos Políticos) de 1998; es decir, durante los 30 días previos a una elección. Como excepción a esta regla general, el Proyecto de Ley (artículo 4o.) no prohíbe, en periodo electoral, la información emanada de las autoridades electorales, la información sobre los servicios o productos prestados por el régimen empresarial estatal, publicidad en casos de emergencia o toda aquella ordenada por normas legales y reglamentarias, así como la publicidad necesaria para el funcionamiento regular de la administración.

2. *Contratación y distribución de publicidad*

El artículo 5o. del Proyecto normativo establece como principios rectores de la contratación de publicidad estatal el interés general, la veracidad, la imparcialidad, la objetividad, la claridad en el mensaje, la profesionalidad, el libre acceso a la información, la transparencia, la publicidad de los actos de gobierno, la eficiencia y la austeridad en el gasto público.

El procedimiento de contratación se realiza a través de licitación pública, por lo que la contratación de publicidad se sujeta a las reglas establecidas por el TOCAF (Texto Ordenado de Contabilidad y Administra-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 355-383.

ción Financiera), ley que regula los sistemas de presupuesto público y el control interno de la administración. Se establece, además, que todas las etapas del procedimiento de contratación sean públicas, y se indican tres criterios fundamentales para la contratación de pauta publicitaria.

El primer criterio a ser tomado en cuenta es la “relación entre información o campaña y población objetivo”. En segundo orden se encuentra la determinación de los “medios y programas de mayor audiencia, tiraje y lectoría”; en tercer lugar está el “precio de la pauta publicitaria ofrecida por el medio o soporte de comunicación” (artículo 9o. del Proyecto). La normativa señala que vía reglamento se deberá establecer un sistema de puntajes con el cual las entidades públicas deberán basar sus decisiones de asignación de contratos publicitarios con medios de comunicación.

El proyecto normativo uruguayo, asimismo, establece una cuota obligatoria que busca beneficiar a los medios locales y regionales. El artículo 11 del Proyecto dispone que el Estado destine al menos 30% del presupuesto de publicidad oficial a “medios de comunicación, programas o producciones informativas o periodísticas comerciales o comunitarios, con realización y producción propias y radicados en localidades del interior” (artículo 11). La asignación de esa cuota, no obstante, deberá realizarse de conformidad con los tres criterios mencionados.

Igualmente, la normativa propicia la participación de otras entidades gubernamentales en el procedimiento de contratación dotándolas de nuevas competencias y responsabilidades. La Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE) podrá brindar asesoría a todos los organismos involucrados en materia de contratación de publicidad estatal (artículo 16). Por su parte, el Consejo de Comunicación Audiovisual —un organismo regulador independiente de la radiodifusión en Uruguay— se encarga de elaborar investigaciones y encuestas sobre el alcance, cobertura y sintonía de los medios de comunicación en sus distintas plataformas para ser remitida a los organismos públicos a manera de insumo para sus decisiones en materia de contratación, así como recibir y analizar denuncias de otros organismos, actores involucrados en los procedimientos de contratación, organizaciones y ciudadanos por el incumplimiento de los principios, criterios y demás disposiciones de la norma. También debe realizar y publicar un informe anual relativo al estado de la contratación de publicidad y correcta aplicación de la norma (artículo 17).

3. *Control externo y transparencia*

La propuesta normativa establece un régimen de “transparencia activa” en su artículo 6o., que obliga a todas las entidades contratantes a publicar la información correspondiente a los procedimientos de contratación en el portal de la ACCE. Asimismo, el Proyecto de Ley obliga a las entidades a publicar en su página web el monto total del presupuesto en cada ejercicio destinado a publicidad estatal en todas sus fases (diseño, planificación, producción, contratación y distribución), los planes anuales de inversión publicitaria y el detalle de la inversión ejecutada en el ejercicio anual anterior, incluyendo los montos destinados a la contratación y pago de comisiones a las agencias de publicidad, centrales de medios y otros intermediarios participantes en el proceso. Se deriva al reglamento la fijación de los lineamientos técnicos que permitirán la uniformidad, interacción, fácil ubicación y acceso a la información para el ciudadano.

Por otro lado, el artículo 7o. de la iniciativa legislativa establece el principio denominado “transparencia de mercado”, por el cual se incorporan una serie de exigencias que deben cumplir los actores privados relacionados con los procedimientos de contratación, como publicar en sus portales electrónicos información sobre los montos de contratación y las características de la pauta publicitaria oficial recibida. Asimismo, las agencias de publicidad, las centrales de medios, además de los distintos intermediarios en el proceso, deberán publicar información detallada sobre el destino efectivo de los montos asignados por los organismos públicos contratantes, al igual que cualquier otro gasto que haya sido necesario para el cumplimiento de la contratación final.

Por último, el proyecto también obliga al Consejo de Comunicación Audiovisual a publicar anualmente un informe en el que rinda cuentas de las asignaciones de publicidad de las distintas entidades en forma sistematizada.

V. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ESTATAL EN MÉXICO

1. *Finalidad y ámbito de aplicación de la regulación*

La norma que regula la publicidad estatal en México es la Ley General de Comunicación Social, publicada el 11 de mayo del 2018. A diferen-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 355-383.

cia de las distintas normas estudiadas hasta el momento, la norma mexicana de publicidad estatal no nació a raíz del impulso de una iniciativa legislativa, sino a través de un mandato judicial. En efecto, en noviembre de 2017, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió una resolución que ordenaba al Congreso emitir una ley que regulara la publicidad oficial al ser ésta, hasta entonces, inexistente.

No obstante las buenas intenciones de distintas organizaciones civiles y de la SCJN que tuvieron por finalidad producir una adecuada regulación en materia de publicidad estatal, el texto de la Ley General de Comunicación Social no ha cumplido con las expectativas puestas sobre ella. De esa forma, incluso las mismas organizaciones que impulsaron una regulación de la publicidad estatal han denunciado que el dispositivo finalmente aprobado incentivaría el uso proselitista de la publicidad oficial, además de promover un gasto discrecional y excesivo (Ángel 2018). Tanto el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Edison Lanza, como el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, David Kaye, en un informe especial conjunto sobre su misión en México, mostraron su preocupación por la nueva legislación. Señalaron en aquella ocasión que además de no cumplir con los principios básicos ni con las recomendaciones de organismos internacionales o expertos, “la ley no establece normas claras sobre sus objetivos, criterios y procedimientos de asignación y mecanismos de supervisión, dejando un amplio margen de discreción y abuso de las autoridades” (CIDH y RELE 2018). Finalmente, los relatores instaron al gobierno de México a modificar la legislación, para que ésta pueda comprender los principios y mejores prácticas de regulación en la materia.

Las campañas de comunicación social son definidas en el artículo 4o., inciso I de la norma mexicana, como “aquellas que difunden el quehacer gubernamental, acciones o logros de gobierno o estimulan acciones de la ciudadanía para acceder a algún beneficio o servicio público”. Esta definición ha sido criticada por organizaciones como Artículo 19, que han advertido que los logros de los gobiernos no deben ser considerados publicidad estatal, por lo que aquella definición puede generar una promoción excesiva y arbitraria de la administración y de sus funcionarios (Ángel 2018).

Por otro lado, la norma puntualiza que se encuentran fuera de su alcance de control las informaciones que deban publicarse o difundirse por mandato legal.

Entre los fines de las campañas estatales enumerados en el artículo 8o. de la Ley, se encuentran la promoción de la difusión de valores y derechos constitucionales, de campañas de turismo, educación, salud y protección civil, la información a los ciudadanos de sus derechos y obligaciones, el anuncio de medidas preventivas de riesgos, la difusión de las lenguas nacionales y el patrimonio histórico de la nación, así como la comunicación de programas y actuaciones públicas.

La difusión de publicidad estatal en medios de comunicación queda prohibida todo el tiempo que comprenden las campañas electorales federales y locales, hasta la conclusión de los comicios, con excepción de las campañas relativas a los servicios educativos y de salud, las de protección civil en caso de emergencia nacional, y cualquier otra que haya sido autorizada por el Instituto Nacional Electoral de manera específica durante los procesos electorales.

2. *Contratación y distribución de publicidad*

El artículo 5o. de la ley mexicana señala que las entidades de la administración, en el ejercicio del gasto público en materia de comunicación social, deberán tener presente como principios rectores la eficacia, eficiencia, economía y racionalidad presupuestaria, transparencia y máxima publicidad, honradez, objetividad e imparcialidad, institucionalidad, necesidad, congruencia y veracidad de la información. Asimismo, la disposición concluye que en materia de contratación de publicidad estatal se deberá atender al respeto a la libertad de expresión y al fomento del acceso ciudadano a la información.

El artículo 19 de la norma señala que la contratación de los tiempos con los medios de comunicación deberá apegarse a la legislación correspondiente en materia de adquisiciones, arrendamiento y servicios. No obstante, no establece las mismas pautas para las relaciones contractuales que deberá seguir el Estado con partes distintas a los medios de comunicación, como lo son las agencias de publicidad encargadas del proceso creativo y producción de una campaña, o las centrales de medios, em-

presas que fungen como intermediarios entre el anunciante y el medio de comunicación.

El órgano que tiene la función más importante en el esquema de la publicidad estatal en México es la Secretaría de Gobernación (Segob), que ejerce funciones políticas y tiene a su cargo la coordinación con el resto del gabinete para el cumplimiento de los lineamientos establecidos por el presidente.

Según la norma, la Segob es la entidad encargada de regular, a nivel nacional, el gasto en materia de comunicación social. Para la publicidad estatal de envergadura federal o regional, la entidad administradora de estas funciones serán las dependencias o unidades administrativas en los ámbitos federales y municipales. Llama la atención la elección de la Segob como ente rector de la publicidad estatal en vista de que se trata de una institución encargada principalmente de tareas políticas. Ello, de manera peligrosa, podría derivar en la toma de decisiones fundadas en criterios políticos y no técnicos.

Las entidades públicas que deseen contratar publicidad deberán elaborar primero una estrategia de comunicación social. Igualmente, las entidades públicas también se encuentran obligadas a desarrollar un programa anual de comunicación social, que tiene como objetivo establecer las prioridades temáticas de las campañas y su cronología de difusión a efecto de dar cumplimiento a la Estrategia.

Para asignar la contratación estatal, se enumeran algunos criterios generales en el artículo 26 de la nueva norma, como la relación directa con las atribuciones y facultades de los sujetos obligados; que los recursos a utilizar sean proporcionales a los objetivos de la campaña, las herramientas y medios utilizados para la difusión de la campaña sean seleccionados de manera efectiva a fin de que alcance al público objetivo, los objetivos sean claros y precisos para comunicar y se establezcan metas de resultados y procedimientos de evaluación de las campañas, entre otros.

3. *Control externo y transparencia*

La regulación mexicana establece a la transparencia como principio rector del gasto en publicidad (artículo 5o.), y exige a las entidades dar a conocer públicamente y a mantener actualizada en sus páginas webs in-

formación “sobre los montos destinados a gastos relativos a campañas de comunicación social desglosada por tipo de medio, proveedores, número de contrato y concepto o campaña, de conformidad con la legislación aplicable” (artículo 40). A pesar de esta exigencia de transparencia, la regulación es deficiente, al no obligar a las entidades a publicar los criterios que se han utilizado para la elección de medios. Con ello, la discrecionalidad que tienen los funcionarios al momento de elegir a determinados medios no ha sido del todo mitigada.

Asimismo, la norma dispone que las entidades publiquen en sus portales de transparencia un informe semestral sobre el gasto en publicidad, que debe contener, cuando menos, información referida a los recursos presupuestarios usados en cada campaña, los proveedores con los que ha trabajado, la fase de contratación en la que se encuentra y los montos de los pagos realizados a los medios de comunicación.

Como mecanismo de control, la normativa exige a las entidades, registrar mensualmente la información sobre las erogaciones en materia de publicidad estatal en un portal de la Secretaría de la Función Pública. Cada uno de estos informes mensuales deberá contener información relativa a la partida de gasto afectada, fecha de erogación, descripción del servicio contratado, unidad de medida, cantidad, costo o tarifa contratada, monto total erogado y nombre de las personas individuales contratadas (artículo 33).

Por otro lado, como mecanismo de control político, las entidades del gobierno mexicano se encuentran obligadas a remitir bimestralmente a la Cámara de Diputados, o a los congresos locales cuando se trate de publicidad oficial local, información relacionada con la ejecución de los programas y actividades del gobierno. Dicho informe, según el artículo 42 de la Ley, deberá incluir el monto total erogado por la dependencia en publicidad, el nombre de las empresas que prestaron sus servicios y el tipo de propaganda contratada.

Por último, la norma establece un sistema de infracciones que sanciona la no observancia de los principios de la norma al momento de la difusión de publicidad, así como exceder los límites y condiciones fijadas en los planes anuales y, de forma general, cualquier incumplimiento a la ley de publicidad estatal mexicana. A pesar del establecimiento de las causales de infracción, la norma no proporciona información adicional que

detalle el procedimiento sancionador y sus implicancias para las entidades y sus funcionarios.

VI. ANÁLISIS COMPARADO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD OFICIAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN SOBRE PUBLICIDAD OFICIAL

Probablemente el documento que mejor ha desarrollado las reglas básicas que debería contener una norma sobre publicidad estatal son los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión, publicados por la RELE en 2012.

Este reporte sistematiza los principales aspectos que debería contemplar la regulación de la publicidad oficial, de modo tal que se garanticen principios esenciales, como la transparencia, la racionalidad en el gasto, la eficiencia y la competencia, al mismo tiempo que se respete la libertad de expresión y no se utilice la pauta publicitaria estatal como un mecanismo de premio o castigo a los medios de comunicación.

En los siguientes cuadros resumimos el cumplimiento de las legislaciones nacionales revisadas en nuestro estudio con los estándares señalados en los Principios de la RELE y destacamos las principales virtudes y falencias de dichas regulaciones.

1. *Ámbito de aplicación*

Al comparar la legislación peruana sobre publicidad estatal con los estándares de la RELE, se aprecia como aspecto destacable su amplio alcance de aplicación, al contemplar a todas las instancias y niveles del Estado (gobierno central — Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial—, gobiernos regionales y locales). Se trata de una característica positiva que comparte, por ejemplo, con la legislación uruguaya.

En cambio, la Ley 28874 falla por omisión, al regular únicamente la relación contractual entre entidades públicas y medios de comunicación y deja de lado a las agencias de creación y producción de publicidad y a las centrales de medios. Por oposición, tanto Canadá como Uruguay norman de manera detallada el proceso de creación y difusión de publicidad estatal desde sus fases iniciales.

Vale la pena resaltar el caso de Canadá respecto de la contratación de centrales de medios. Como fue indicado previamente, el gobierno de Canadá, a través de la Agency of the Record, negocia y compra los tiempos y espacios publicitarios estatales, lo que le permite obtener una mejor optimización de los recursos al aprovechar el poder de compra colectivo, adquiriendo espacios publicitarios para más de un ministerio a la vez.

TABLA 1. Ámbito de aplicación de la legislación sobre publicidad estatal.
Cumplimiento de las legislaciones nacionales con los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión de la RELE

<i>Principios RELE</i>	<i>Perú</i>	<i>Canadá</i>	<i>Uruguay</i>	<i>México</i>
Creación y producción de publicidad	X	✓	✓	X
Centrales de medios	X	✓ ⁴	✓	X
Medios de comunicación	✓	✓	✓	✓
Todos los niveles del Estado	✓	✓ ⁵	✓	✓

2. *Objetivos de la publicidad*

Cuando los objetivos legítimos que plantea la regulación peruana son contrastados con el resto de países analizados y los principios de la RELE, es posible apreciar que aquéllos resultan positivos en su mayoría; por ejemplo, proponer que la información difundida sea del interés público que la entidad anunciante está encargada de tutelar, y que la publicidad no sea engañosa, no induzca a la confusión del ciudadano ni se convierta en una forma de propaganda política.

Es enigmático el caso de México, cuya regulación ha sido objeto de fundadas críticas por parte de organizaciones especializadas. La definición de publicidad estatal mexicana incluye la difusión de los logros del gobierno, con lo que incumple de manera deliberada la recomendación de la RELE, que sugiere que ésta no puede ser pasible de uso como propaganda política o electoral. Algo similar se podría argumentar respecto

⁴ Referido a la figura del Agency of the Record.

⁵ El ámbito de aplicación sólo abarca al Poder Ejecutivo.

de la legislación peruana, en la medida en que ésta no impide la difusión de los “logros” de las entidades públicas, y más bien este tipo de mensajes podrían calzar dentro de uno de los objetivos permitidos por la ley, consistente en “la promoción de la imagen institucional”.

Por otra parte, la norma peruana es la única de las analizadas que no contiene un mandato de suspensión de la publicidad estatal en época electoral. Sí existe en la Ley de Radio y Televisión una obligación de ese estilo, que tan sólo opera en esas dos plataformas de comunicación.

Las experiencias comparadas estudiadas son ambivalentes respecto de si la suspensión de la publicidad afecta a todas las etapas de la creación publicitaria o nada más prohíbe su fase final, es decir, la de difusión.

TABLA 2. Objetivos y reglas básicas del contenido de la publicidad. Cumplimiento de las legislaciones nacionales con los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión de la RELE

<i>Principios RELE</i>	<i>Perú</i>	<i>Canadá</i>	<i>Uruguay</i>	<i>México</i>
Difusión de información de interés público	✓	✓	✓	✓
No engañosa	✗ ⁶	✓	✓	✓
No inducir a confusión	✗ ⁷	✓	✓	✓
No propaganda de gobierno	✓	✓	✓	✗
No atacar a opositores ni críticos	✗	✓	✓	✓
Suspensión en época electoral salvo excepciones (por ejemplo, emergencia)	✗ ⁸	✓	✓	✓

3. Criterios de distribución

En principio, la ley peruana que regula la publicidad estatal sí señala criterios adecuados de distribución de la pauta publicitaria, al igual que las regulaciones analizadas en Canadá y Uruguay. Todas las normas comparadas obligan a las entidades contratantes a tomar en cuenta el criterio

⁶ Sólo opera para la publicidad comercial.

⁷ *Idem*.

⁸ Solo opera para radio y televisión.

más objetivo: el precio de los servicios. No obstante, México falla al no observar otros criterios básicos de distribución, como el público objetivo de la campaña publicitaria y la circulación o audiencia de los medios contratados. Una falencia de la legislación peruana es no contemplar con precisión la circulación o audiencia como factor de relevancia, e incluir uno de menor efectividad, como la cobertura.

Uruguay es el único país cuya regulación sistematiza los distintos criterios de distribución y les asigna un mecanismo de ponderación. Consideramos ello una buena práctica, en tanto busca mitigar la discrecionalidad de los funcionarios y ayuda a la transparencia y vigilancia ciudadana sobre el gasto de los recursos públicos.

Finalmente, en el Perú, al igual que en México y Uruguay, de manera contraria a las recomendaciones de la RELE, ciertas decisiones asociadas a la contratación de publicidad recaen en funcionarios políticos y no técnicos o, cuando menos, no existe una regla al respecto.

TABLA 3. Criterios de distribución de publicidad estatal. Cumplimiento de las legislaciones nacionales con los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión de la RELE

<i>Principios RELE</i>	<i>Perú</i>	<i>Canadá</i>	<i>Uruguay</i>	<i>México</i>
Público objetivo	✓	✓	✓	X
Circulación o audiencia	∅ ⁹	✓	✓	X
Precio	✓	✓	✓	✓
Mecanismo de ponderación (pesos relativos)	X	X	✓	X
Decisión de asignación recae en funcionarios técnicos (y no políticos)	X	✓	∅ ¹⁰	X

4. Planificación

La totalidad de las normas nacionales estudiadas contienen disposiciones que exigen a las distintas entidades de la administración que reali-

⁹ No incluye circulación o audiencia del medio de comunicación, sino sólo la cobertura.

¹⁰ Son los mismos ministerios los que deciden la asignación.

cen una adecuada planificación de las campañas concretas de publicidad estatal a emprenderse, siguiendo los principios de la RELE.

Por lo general, las regulaciones instauran procedimientos multisectoriales, que buscan garantizar un control interno y externo del gasto en publicidad. En países como Canadá, por ejemplo, participan activamente en las actividades publicitarias hasta más de tres entidades de manera conjunta. La escasa preparación de las campañas publicitarias en algunos países como el Perú se explica más que por una deficiencia legislativa, por el poco profesionalismo y por la ausencia de mecanismos de coordinación que les permita aprovechar las sinergias y el *know how* en algunas entidades públicas.

TABLA 4. Planificación de campañas concretas. Cumplimiento de las legislaciones nacionales con los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión de la RELE

<i>Principios RELE</i>	<i>Perú</i>	<i>Canadá</i>	<i>Uruguay</i>	<i>México</i>
Campañas concretas	✓	✓	✓	✓

5. *Mecanismos de contratación*

Los mecanismos de contratación de las actividades publicitarias de los Estados, según los principios de la RELE, deben ser abiertos, transparentes, públicos y no discriminatorios. La ley peruana y la norma mexicana de publicidad estatal cumplen parcialmente con algunos criterios. Por oposición, Canadá y Uruguay sí poseen regulaciones que satisfacen el modelo regional de buenas prácticas regulatorias.

Por ejemplo, la legislación peruana no establece la posibilidad de hacer seguimiento al procedimiento de contratación publicitaria mientras éste se lleva a cabo, ni de impugnar algunas decisiones de los organismos públicos contratantes.

Perú y México tampoco prevén modelos que limiten la contratación directa, sin un proceso competitivo previo, o que la establezcan sólo para casos excepcionales. Canadá, por oposición, dispone que la contratación entre las entidades públicas y los medios de comunicación sólo podrá ser directa cuando el gasto sea menor a \$25,000.

TABLA 5. Mecanismos de contratación. Cumplimiento de las legislaciones nacionales con los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión de la RELE

<i>Principios RELE</i>	<i>Perú</i>	<i>Canadá</i>	<i>Uruguay</i>	<i>México</i>
Abiertos	X	✓	✓	X
Transparentes y públicos	X	✓	✓	X
No discriminatorios	✓ ¹¹	✓	✓	X
Contratación cerrada o directa sólo por excepción	X	✓ ¹²	✓	X
Posibilidad de cuestionar irregularidades	X	✓	✓	✓

6. *Transparencia y acceso a la información*

Todos los países estudiados cumplen satisfactoriamente con exigir en su normativa transparentar información sobre las campañas realizadas, las entidades públicas contratantes y los medios de comunicación elegidos. En el caso canadiense, empero, no se detallan los montos invertidos en cada medio de comunicación. En el caso de México, la legislación de dicho país no exige, a diferencia del resto, difundir los criterios de contratación que utilizaron las entidades públicas anunciantes.

Respecto del principio de transparencia activa, el Perú, hasta el momento, no cuenta con una disposición que obligue a las entidades a difundir los resultados de sus campañas publicitarias ni las razones de contratación de las agencias creativas encargadas de elaborar la publicidad o centrales de medios, cuando se haya realizado.

Uruguay es el único país de los estudiados cuya norma establece la buena práctica de detallar los mecanismos de ponderación de sus criterios de contratación.

¹¹ Se señala en la ley que la asignación de pauta publicitaria buscará no favorecer a una sola empresa.

¹² Es contratación directa cuando el monto es menor a \$25,000.

TABLA 6. Transparencia y acceso a la información. Cumplimiento de las legislaciones nacionales con los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión de la RELE

<i>Principios RELE</i>	<i>Perú</i>	<i>Canadá</i>	<i>Uruguay</i>	<i>México</i>
Criterios de contratación	✓ ¹³	✓ ¹⁴	✓	✗
Presupuesto	✓	✓	✓	✓
Contratos y gastos	✓	✓ ¹⁵	✓	✓
Distinción por medio, campaña y entidad contratante	✓	✓	✓	✓
Transparencia activa	✓ ¹⁶	✓	✓	✓
Resultados	✓	✓	✓	✗

7. Supervisión

En lo que a supervisión respecta, ninguno de los países que han sido materia del estudio tiene órganos autónomos de control y supervisión de la contratación de publicidad. En Perú y Uruguay la norma establece una supervisión por parte de órganos parcialmente autónomos o de entidades generales de control, como sucede con la Contraloría General de la República en el Perú.

Las auditorías periódicas y la elaboración de informes públicos son prácticas que sin duda aportan a la vigilancia ciudadana el correcto uso de los recursos públicos en publicidad estatal. Canadá, Uruguay y México cumplen con estas dos recomendaciones de la RELE de manera simultánea.

Todas las leyes comparadas analizadas instauran mecanismos de sanciones ante su incumplimiento. No obstante, las normas peruana y mexicana son genéricas y no establecen infracciones ni sanciones específicas.

¹³ No se especifican los mecanismos de ponderación.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ No se divulga información detallada sobre los importes específicos pagados a cada medio de comunicación.

¹⁶ No incluye resultados de la campaña publicitaria ni razones de contratación de empresas de elaboración de publicidad o centrales de medios.

TABLA 7. Supervisión. Cumplimiento de las legislaciones nacionales con los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión de la RELE

<i>Principios RELE</i>	<i>Perú</i>	<i>Canadá</i>	<i>Uruguay</i>	<i>México</i>
Control por órgano autónomo	✓ ¹⁷	X	✓ ¹⁸	X
Auditorías periódicas	X	✓	✓	✓
Informes públicos	X	✓	✓	✓
Sanciones	✓ ¹⁹	✓	✓	✓ ²⁰

8. *Pluralismo*

El documento de la RELE establece como principio rector al pluralismo informativo, y por ello propone que los Estados destinen recursos a través de mecanismos de ayudas indirectas o subsidios explícitos o neutros, distintos a la utilización de la inversión publicitaria. Ningún país, tal como lo concibe el documento de la Relatoría, lleva a cabo estas políticas de búsqueda de pluralismo.

TABLA 8. Pluralismo. Cumplimiento de las legislaciones nacionales con los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión de la RELE

<i>Principios RELE</i>	<i>Perú</i>	<i>Canadá</i>	<i>Uruguay</i>	<i>México</i>
Ayudas indirectas o subsidios (no asignación de publicidad) para fomentar pluralismo	X	X	X	X
Subsidios ajenos a línea editorial	X	X	X	X

¹⁷ Se refiere al órgano nacional de control.

¹⁸ El organismo de supervisión es relativamente autónomo.

¹⁹ No se especifican las sanciones.

²⁰ *Idem.*

VII. CONCLUSIÓN

El presente estudio ha servido para revisar las distintas políticas legislativas sobre regulación de publicidad oficial en países que pueden constituir un referente por la existencia de una ley expresa en la materia, así como por el tiempo que vienen aplicándola. Ello, además, debería servir de guía para la elaboración de propuestas legislativas o reglamentarias que busquen mejorar los marcos normativos existentes en la región.

La premura a la que hacíamos referencia al inicio con la que se han presentado y hasta aprobado iniciativas legislativas en materia de publicidad estatal en países como el Perú, no se contraponen con el adecuado entendimiento de los objetivos que debería buscar una ley que regule la publicidad oficial. Así, la mayoría de proyectos normativos presentados no siguen las mejores prácticas internacionales en la materia, ni siquiera ayudan a corregir las falencias de la regulación peruana aquí expuestas.

Finalmente, el estudio de la experiencia comparada es parte fundamental para la discusión sobre la regulación de la publicidad estatal, pero ésta necesariamente debe ser complementada con una revisión empírica del cumplimiento y la forma de aplicación de las obligaciones existentes. Así, el acceso a la información pública y la transparencia estatal activa se convierten no sólo en piezas vitales de la vigilancia ciudadana sobre el gasto estatal y el respeto de los derechos a la información de los ciudadanos y las libertades de expresión de los medios de comunicación y otros actores que intervienen en el proceso publicitario, sino que también son los pilares para la generación de evidencia que permitan la mejora continua en la regulación de la creación, planificación, adjudicación y supervisión de la publicidad estatal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁNGEL, Arturo. 2018. “Nueve fallas clave en iniciativa del PRI sobre publicidad oficial, según Artículo 19”, disponible en: <https://www.animal-politico.com/2018/03/publicidad-oficial-iniciativa-pri/>.
- Asociación por los Derechos Civiles. 2008. “Legislación comparada sobre regulación de publicidad oficial”, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E07D9A4A2C58CB8505257E27005D41CB/\\$FILE/LEG_COMPARADA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E07D9A4A2C58CB8505257E27005D41CB/$FILE/LEG_COMPARADA.pdf).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 355-383.

- Asociación por los Derechos Civiles. 2006. “Principios básicos para la regulación de la publicidad oficial”, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/29559.pdf>.
- BECERRA, Martín. 2011. “*Quid pro quo*. La publicidad oficial en la Argentina y sus múltiples facetas”, disponible en: <https://martinbecerra.files.wordpress.com/2015/10/po-pc-mb-quid-pro-quo-final-2012.pdf>.
- BUQUET, Gustavo *et al.* 2012. “Ni premio ni castigo”, disponible en: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/09456.pdf>.
- CENTRO DE ARCHIVOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. 2019. “CAinfo lamenta que Senado no aprobó proyecto sobre publicidad oficial”, septiembre, 10, disponible en: <https://www.cainfo.org.uy/2019/09/cainfo-lamenta-que-senado-no-aprobo-proyecto-sobre-publicidad-oficial>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2018. “Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en México: Informe conjunto del Relator Especial para la libertad de expresión de la CIDH y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión sobre su misión a México”, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF.
- GOVERNMENT OF CANADA. 2016. “About Government Advertising”, disponible en: <https://www.canada.ca/en/treasury-board-secretariat/services/government-communications/government-advertising/about.html>.
- HOUSE OF COMMONS CANADA. 2017. “Reaching Canadians with Effective Government Advertising: Report of the Standing Committee on Government Operations and Estimates”, disponible en: <http://www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/OGGO/Reports/RP9298336/oggorp12/oggorp12-e.pdf>.
- PUBLIC SERVICES AND PROCUREMENT CANADA. 2018. “2016 to 2017 Annual Report on Government of Canada Advertising Activities”, disponible en: <http://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/pub-adv/rapports-reports/documents/rapport-annuel-annual-report-2016-2017-eng.pdf>.
- PUBLIC SERVICES AND PROCUREMENT CANADA. 2019a. “Frequently asked Questions”, disponible en: <http://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/pub-adv/faq-eng.html#q5.1>.

- PUBLIC SERVICES AND PROCUREMENT CANADA*. 2019b. “Information for Industry”, disponible en: <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/pub-adv/ac-ar-eng.html>.
- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. “Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión”, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/publicidad%20oficial%202012%20o5%2007.pdf>.
- RUIZ, Albino. 2017. *Límites en el poder. Aprobación presidencial y publicidad estatal*, Lima, Ediciones Braudel.
- WAN-INFRA (Asociación Mundial de Periódicos y Editores de Noticias). 2014. “Comprando complacencia: publicidad oficial y censura indirecta en México”, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C29F568AC9E1830305257E3000791F50/\\$FILE/1_pdf_sam_215095601.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C29F568AC9E1830305257E3000791F50/$FILE/1_pdf_sam_215095601.pdf).
- WAN-INFRA (Asociación Mundial de Periódicos y Editores de Noticias). 2015. “Censura indirecta en México: rompiendo promesas, bloqueando reformas”, disponible en: https://www.wan-infra.org/sites/default/files/field_article_file/SoftCensorship%20Mexico%202015%20ES%20update%20final%20.pdf.
- YOUNG, Sally. 2007. “A History of Government Advertising in Australia”, disponible en: https://minerva-access.unimelb.edu.au/bitstream/handle/11343/25943/115198_4700.pdf.

INTENCIONES Y REALIDADES: EL FEMICIDIO EN ECUADOR Y ARGENTINA A LA LUZ DEL FEMINISMO OLVIDADO*

Daniel CASTRO-ANIYAR**

Heidi HIDALGO***

Fernando PICO****

SUMARIO: I. *Introducción: el femicidio en las normas ecuatoriana y argentina.* II. *La complejidad y la multivocidad en las ciencias sociales contemporáneas.* III. *¿Cómo se debate la idea de violencia de género en las normas sobre femicidio en Ecuador y Argentina?* IV. *La CEDAW y la direccionalidad de la violencia de género.* V. *La tercera generación del feminismo y la dirección de la violencia de género.* VI. *La violencia de género en lo jurídico y la teoría crítica: Aniyar de Castro y Raúl Zaffaroni.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: EL FEMICIDIO EN LAS NORMAS ECUATORIANA Y ARGENTINA

El tipo penal “femicidio”, entendido, según la ley penal ecuatoriana (COIP), como dar muerte a una mujer por causa de su misma condición de género, expone la idea de que existe discriminación de género contra la mujer, y que ello merece un tipo penal propio que aumente la pena con relación al homicidio no femicida.

* Estudio legislativo recibido el 5 de abril de 2020 y aceptado para su publicación el 30 de abril de 2020.

** ORCID: 0000-0003-0439-7773. Presidente de la Comisión de Investigación, Facultad de Derecho (ULEAM), coordinador de la Experticia en Criminología y Ciencia Penal (ULEAM) y miembro director de Cendepeace. PhD en Pacificación y Conflicto (UCM), Máster en políticas públicas (UCM), antropología social (EHESP París) y sociólogo (LUZ). Correo electrónico: danielcastroaniyar@gmail.com.

*** Directora del proyecto de Investigación en Género y Políticas Pública, ULEAM. Doctorante, Universidad de Córdoba, España. Maestría en derecho civil. Abogada. Correo electrónico: Heidi.hidalgo@uleam.edu.ec.

**** Doctorante de la Universidad Católica de Argentina. Abogado. Correo electrónico: fer8pico8@hotmail.com.

De manera similar sucede en la norma argentina, que en el artículo 80 de su Código Penal, aunque no lo tipifica, se establece prisión o retención perpetua a la persona que haya cometido homicidio “a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género” (Código Penal de la Nación Argentina 1985).

La idea que subyace a estas normativas es que la existencia de la discriminación de género contra la mujer se considera estructural a la sociedad, y merece ser compensada con leyes extraordinarias que acentúen el castigo sobre las causas y consecuencias de tal discriminación.

Sin embargo, la norma no considera la variable equidistante; esto es, la existencia de violencia de género en contra del hombre, ni como tipo penal específico con su respectivo aumento de años de prisión (Ecuador), ni como agravante para prisión perpetua (Argentina), como tampoco se reconoce la existencia de este tipo de violencia en diferentes direcciones del interjuego social, incluyendo las sexodiversas. Esta omisión, como se argumentará, no sólo viola el principio de equidistancia en el derecho, sino que desvirtúa las luchas feministas de la tercera generación, así como el debate central en las teorías críticas, como la criminología crítica y el neoconstitucionalismo, en cuya tradición se redactaron las normas mencionadas en la materia.

Al establecerse la ausencia del derecho a la igualdad entre hombre y mujer frente a la idea de violencia de género para los delitos de femicidio y asesinato a la mujer en Ecuador y Argentina, respectivamente, se desvirtúa el diagnóstico que permite entender la integralidad del problema y, con ello, se falla en el éxito político de la norma, tal como es de exigencia en las convenciones internacionales sobre el tema.

En tal sentido, este artículo apuntará sobre tres argumentos:

- a) existe inconsistencia penal y filosófica de las normas indicadas a la luz de la naturaleza compensatoria del principio de no discriminación establecido en la CEDAW como derivación de los principios emanados por la Declaración Universal de los DDHH;
- b) existe inconsistencia teórica y filosófica de la idea de violencia de género en las normas indicadas, a la luz del debate feminista de la tercera generación, la criminología crítica y el neoconstitucionalismo, y

- c) se viola el principio de igualdad que sirve de base a los derechos fundamentales y a todo Estado de derecho, conllevando a la infantilización o cuasincapacidad legal de la mujer como factor de lucha política y progresividad de los derechos.

II. LA COMPLEJIDAD Y LA MULTIVOCIDAD EN LAS CIENCIAS SOCIALES CONTEMPORÁNEAS

Las fuentes teóricas sociológicas y antropológicas recientes discurren abundantemente acerca de los principios con los que se presume la naturaleza del comportamiento social. Según las diferentes escuelas, términos como dialéctica, interactividad, multidireccionalidad, multifactor, reflexividad y/o sincretismo, entre otros, son adjetivos tradicionales en la socioantropología y las ciencias sociales contemporáneas en general. Las relaciones de dominación, opresión, roles de poder, entre otros del tipo, se expresan con normalidad a muchos niveles, y fundamentalmente en las cogniciones de los mismos oprimidos, dominados, dirigidos o sujetos de las acciones generales de poder (Becerra 2019; Monedero 2011; Morín 2004; Laclau 2002; Augé 1994; Foucault 1968).

En lo atinente al feminismo, el *Diccionario de feminismos* (Gamba, 2008) da importancia al aporte del psicoanálisis en la comprensión de la violencia contra la mujer desde un ángulo no esquemático. En los textos sobre la relación entre estos feminismos es común encontrar la necesidad de superar los binarismos:

Estos modos de pensamiento son síntomas del estado de nuestra cultura y de su malestar y, al mismo tiempo, son instrumentos parciales, necesariamente imperfectos, para comprenderla, especialmente en sus facetas más problemáticas: cómo se entienden y se constituyen el sujeto, el sistema de géneros y el cambio cultural, *sin recurrir a formas de pensar y de ser lineales, teleológicas, jerárquicas, holistas ni binarias*¹ (Tubert 2018, 1).

Este es el principio mismo de la relación amo/esclavo en Hegel, y que es fundamental en la comprensión foucaultiana que aportó bases al movi-

¹ Énfasis añadido por el autor.

miento feminista de tercera generación, así como a la idea estructural hoy defendida del “sistema de patriarcado”.

Por todo ello, luce importante reconocer que, de existir la violencia de género, ella debe expresarse en ambos sentidos e incluso, de mujer a mujer o de hombre a hombre, y entre sexodiversidades, a diferentes niveles y con una perspectiva integral. Se trata de reconocer el aporte estructuralista de la existencia de un conocimiento epistémico en todas las partes de la sociedad históricamente definida.

Con ello, se observa importante reconocer que la idea de estructuralidad, tanpreciada en la idea marxista del feminismo de la tercera generación, contradiría la ausencia de equidistancia en la violencia de género en las legislaciones analizadas.

III. ¿CÓMO SE DEBATE LA IDEA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS NORMAS SOBRE FEMICIDIO EN ECUADOR Y ARGENTINA?

En Argentina, el delito de femicidio o feminicidio no está tipificado como tal, sino que se considera un agravante. Este vínculo supone que existe una relación de violencia por causa de una agresión de inspiración sexista, llamada *violencia de género*. En tal sentido, Rubén Figari (2014) explica que los delitos de discriminación, incluyendo el sexista, datan de hace cerca de cien años en Argentina, y fueron subsumidos por los acuerdos internacionales. De tal modo que si bien el Código Penal de 1921 no lo incluía explícitamente, la idea de asesinato por razón de género ya era indirectamente conocida en la legislación argentina, incluso antes de la Convención do Belem do Pará.

Actualmente, el artículo vigente en el Código Penal (Código Penal de la Nación Argentina 1985) es el 80, numeral 11, que reza así:

Artículo 80. Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

...11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediante violencia de género.

Por su parte, el tipo penal “femicidio” es incorporado en Ecuador a través de la primera redacción del Código Orgánico Integral Penal (Código Orgánico Integral Penal 2014), que reza de este modo:

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 385-409.

Artículo 141. Femicidio. La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer *por el hecho de serlo o por su condición de género*,² será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Artículo 142. Circunstancias agravantes del femicidio. Cuando concurren una o más de las siguientes circunstancias se impondrá el máximo de la pena prevista en el artículo anterior: 1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima. 2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.

Estas definiciones jurídicas obligan a la identificación exacta y ponderable de la “violencia de género”. El concepto de violencia de género, tal como se ha estudiado, no es una categoría jurídica fácil de ponderar, sobre todo cuando se espera que provoque en el juzgador la protección de la víctima a partir de presunciones sociológicas generalizantes o estructurales en toda la sociedad moderna (Maqueda Abreu 2006).

De manera ilustrativa sobre cómo debe comprenderse el concepto, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, llamada también Convención de Belém do Pará (Convención de Belem do Pará 2020), establece en su artículo 1o. que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, *basada en su género*,³ que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

De tal manera que *violencia contra la mujer y de género* se intersectan en la misma Convención, siendo que no necesariamente provienen del mismo diagnóstico.

La pregunta que atañe a esta investigación tiene que ver con lo que implica que la violencia esté “basada en su género”, pues es esta violencia la que define el femicidio o feminicidio.

La violencia con base en el género supone un telón de fondo en la sociedad, por la cual ésta es acusada de ser estructuralmente patriarcal. La evidencia de la patriarcalidad está, precisamente, en que la mayor parte

² *Idem.*

³ *Idem.*

de la violencia de género se produce hacia la mujer, las niñas y adolescentes femeninas, aunque no siempre desde el hombre. Pero el hecho de que toda agresión que una mujer puede sufrir estaría tocada de un modo o de otro por relaciones de desigualdad que existen entre las mujeres y los hombres, no significa que ese sea el único sentido material de la violencia.

Así, la violencia de género es un concepto político que se fundamenta en la superioridad impuesta de un sexo sobre otro, y que existe previamente, como una condición de la sociedad toda, afectando a las organizaciones sociales y la realidad cotidiana, pero que también privilegia una idea de patriarcalidad, que sólo define la victimización de la mujer frente al hombre agresor, sobre todas las formas de desigualdad inherentes a las relaciones de género.

La Unión Europea, con el fin de combatir la discriminación y acelerar la participación de las mujeres en una sociedad en que los géneros se correlacionen igualitariamente, define *género* sin esta importante dosis de carga conceptual que supone la superioridad y el poder político unidireccional del hombre a la mujer (Comisión Europea 2004, 8),⁴ quizá, precisamente, porque es consciente de la estructuralidad del problema.

Si las expectativas de género, histórica y socialmente determinadas suponen la desigualdad inherente de hombres y mujeres, se está aceptando que la sociedad justifica y encubre por su naturaleza histórica y socio-cultural, ideas de desigualdad que ponen a las mujeres en un rango inferior a los hombres. Ésta es una condición estructural política que deriva en muchas formas de relaciones sociales, que no sólo se circunscriben a la violencia de individuos masculinos sobre femeninos.

Es ésta la idea de género que ha sido y sigue siendo desarrollada en las bases de las normas analizadas. Ella refleja la existencia de una estructura

⁴ Allí se define: “Género: las diferencias sociales o los diversos roles asignados a mujeres y hombres, roles que se aprenden a medida que crecemos, que cambian con el paso del tiempo y que dependen de nuestra cultura, origen étnico, religión, educación, clase social y el entorno geográfico, económico y político en que vivimos. Estos modelos de comportamiento establecen las pautas e influyen en quienes somos aparte de nuestro sexo. Por ejemplo, mientras que solamente las mujeres pueden generar el nacimiento (determinación biológica), la biología no determina quién educará a los niños (comportamiento de género) ni las tareas domésticas. Así pues, el género describe el conjunto de calidades y comportamientos esperados de los hombres y de las mujeres por sus sociedades y forma su identidad social. Una identidad que difiere de una cultura a otra y según los diferentes periodos de la historia”.

del conocimiento que construye y confirma las bases de la sociedad y la cultura, a través de la selectividad y jerarquización tanto de las nociones de hombre como de mujer. Sólo en tal sentido es que puede ser un concepto político, como lo refiere otra institución europea, el European Institute for Gender Equality:

La violencia de género es un fenómeno profundamente arraigado en la desigualdad de género, y continúa siendo una de las violaciones de derechos humanos más notables en todas las sociedades. La violencia de género es violencia dirigida contra una persona debido a su género. Tanto las mujeres como los hombres sufren violencia de género, pero la mayoría de las víctimas son mujeres y niñas. La violencia de género y la violencia contra las mujeres son términos que a menudo se usan indistintamente, ya que se ha reconocido ampliamente que la mayoría de la violencia de género es infligida a mujeres y niñas, por hombres. *Sin embargo, utilizar el aspecto “basado en el género” es importante ya que resalta el hecho de que muchas formas de violencia contra las mujeres tienen sus raíces en las desigualdades de poder entre hombres y mujeres*⁵ (European Institute for Gender Equality 2020).

Por ello, la violencia de género no puede ser aquella que se produce cuando el agresor (específicamente el hombre, en la ley argentina) lo hace como una manifestación de los valores discriminatorios e inferiorizantes que preexisten en la escena *él en contra de ella*, pues ello significaría que el problema político sólo existe en la *maldad* del agresor masculino, lo que le haría perder su carácter político.

Esta visión invisibilizaría la naturaleza real del problema, en todas sus posibles vertientes, incluyendo aquella violencia que surge de la mujer (madre-hija, madre-madre, madre-hijo, padre-padre, padre-hijo, funciones laborales, funciones educativas, etcétera), y aquellas relativas a las sexodiversidades,⁶ y con ello, se pondría a la solución exigida por la CE-DAW fuera de un diagnóstico adecuado.

⁵ Traducción y énfasis por el autor.

⁶ Si las desigualdades de poder entre hombres y mujeres son inherentes a todas las relaciones sociales, las sexodiversidades, sean de género u orientación, también deben ser sujetos de ley cuando de violencia de género se trata.

IV. LA CEDAW Y LA DIRECCIONALIDAD DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Además de entender las dos facetas que reviste el derecho a la igualdad, deviene necesario afianzar algunas consideraciones respecto a lo que ha dicho la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) sobre el principio de igualdad y sobre la posibilidad de atribuir un carácter discriminatorio a una ley que privilegie a la mujer frente a la violencia de género por parte del hombre.

Al respecto de esta normativa internacional, fundamental en el debate que sigue, son visibles dos artículos, el 4o. y el 15 (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 2019 [1979]). Dado que el numeral 4o. afecta o modifica la idea de igualdad que se establece en el artículo 15, es necesario comenzar por este último. “Artículo 15. Numeral 1: Los Estados parte reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley”.

Aquí se observa que la noción de igualdad está en la base de toda la normativa, y alimenta la idea de equidistancia ante la ley en los aspectos fundamentales de la ciudadanía femenina.

Con objeto de definir el término “discriminación”, que es resultado del mismo derecho de igualdad, la CEDAW (2019) establece:

Artículo 1o. A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, *sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer*,⁷ de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

De tal modo, se ordena que la noción de equidistancia sea absoluta, de tal forma que sea el fin mismo de toda la normativa. Se entiende, por tanto, como “discriminación” todo aquello que menoscabe tal equidistancia.

⁷ Énfasis del autor.

El ámbito penal también es incluido, por cuanto el artículo 3o. obliga a los Estados parte a incluir la idea de igualdad en todas las esferas:

Artículo 3o. Los Estados parte tomarán *en todas las esferas*, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, *con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.*⁸

Sin embargo, se ha argüido por los defensores de las leyes estudiadas, que la CEDAW previene acciones que “aceleren” la igualdad de la mujer y el hombre, y que, por tal razón, si bien indicarían alguna forma de no-equidistancia, no podrían denominarse como discriminatorias. El artículo en cuestión reza exactamente así:

Artículo 4o. La adopción por los Estados parte de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención...

Sin embargo, el artículo es muy específico con relación a que estas normas deben ser provisionales (“temporales”), sólo para los casos que muestren taxativamente su eficiencia: “... *pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato*”.⁹

De esta primera lectura se desprenden varias conclusiones que no corresponden a la normativa ecuatoriana y argentina vigente en la materia.

La primera de ellas es que el fin mismo de la CEDAW es el derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer, lo cual sólo puede establecerse a través de la garantía de equidistancia en la política pública y la legislación de las naciones. Esto está establecido de manera insistente a lo largo del texto.

La segunda y, quizá más importante a los efectos del argumento que asiste a este artículo, es que la CEDAW sí prevé el uso de la no-equidistancia con el fin de acelerar la aceptación cultural de los derechos de la mujer;

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

con fines compensatorios, pero *siempre y cuando sólo tenga carácter provisional y que tal provisionalidad esté sujeta a su eficiencia*, condiciones que no se cumplen en estos dos países.

V. LA TERCERA GENERACIÓN DEL FEMINISMO Y LA DIRECCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Las disposiciones de la CEDAW no están aisladas, sino que son recibidas, para los efectos de esta investigación, por el contexto discursivo contemporáneo. De tal modo que, para las fechas de redacción de los textos jurídicos en cuestión, fueron enmarcadas en el feminismo llamado “de tercera ola” o de “3a. generación”, que comenzó con la redefinición posestructuralista del espacio público, el Estado y el género a partir de los años ochenta y noventa del siglo XX (Gamba 2008).

En esa época se producía el llamado “giro posmoderno”, al cual también se le llamó ultramoderno, posestructuralista o neomoderno, que afectó de manera uniforme a las ciencias sociales en el mundo, e incluso abrió las compuertas al debate de la física cuántica en otros aspectos de la vida humana (Castro-Aniyar 1999).

Una característica de esta época fue el reconocimiento de multiplicidad de identidades, así como que la sociedad moderna se había convertido en heterogénea y fragmentada. El impacto se había producido en el seno de lo cultural, y de allí se estaría expandiendo a lo económico y político. La falta de paradigmas alternativos como consecuencia del duelo de la caída del muro de Berlín también afectó al feminismo y mostró que la mujer no es sólo una parte de las luchas de clase, sino que es un fragmento que necesita ser identificado por sí mismo, dentro de un mundo altamente fragmentado en múltiples identidades. Se quiebran los grandes paradigmas que explicarían el camino hacia las redenciones totales y el mismo modelo de Estado, así, se convierte en una herramienta de participación de las pequeñas partes que lo constituyen, entre ellas las mujeres, junto a todos sus diferentes tipos interiores de feminismos y sexodiversidades.

Pero, en su base, Castro-Aniyar descubre que no se trata tanto de que la sociedad se ha fragmentado en pequeñas partes, como más bien de una epistemología que produce la ilusión o percepción del fraccionamiento de los sectores sociales:

En resumidas cuentas, el posmodernismo sostiene: somos nosotros quienes escribimos sobre los demás y ello implica mucho. La etnología deberá deslustrarse del prefijo determinista y adentrarse en comprensiones del mundo del otro en virtud de la necesidad de formar vasos comunicantes entre culturas diferentes. A la vez, el mundo es complejo y sus salidas amenazan imponer criterios globalizadores. De allí el peligro de “el otro” como construcción pues siempre es inalcanzable, porque él fue construido para ser ordenado, controlado, tal como lo hace la razón ante la naturaleza. El uso en el pensamiento científico de “el otro” es otra convención meta-discursiva y se disfraza de realidad a través de juegos lingüísticos con los que la academia se confirma. Los juegos lingüísticos brindan sensaciones de realidad porque es como una obra de espejos, donde mi asombro se reconoce o no, y donde me dispongo a descifrar, a construir para sentirme seguro. Y escogeríamos al espejo donde me vea menos distorsionado en el espacio, donde mi imagen me asalte asombrándome, dándome la impresión de evolución (Castro-Aniyar 1999, 11 y 12).

Esta nueva epistemología deshace, como se entiende del texto, una relación en la que todos aceptábamos una sola interpretación, por una relación en la que el objeto mismo se vuelve activo y contribuye a nuevas interpretaciones sobre sí mismo, diversificando los roles subjetivos del conocimiento.

A partir de este momento, los feminismos pueden ser muchos, algunos más radicales que otros, pero todos experimentan al menos dos fenómenos desde entonces, hasta esta época:

- 1) Se observa una significativa desmovilización de las mujeres con relación al movimiento feminista marxista de la segunda ola. Esto es resultado de la difusividad de los objetivos del movimiento feminista, ahora particularmente afectado por las lecturas construccionistas (Gamba 2008).
- 2) A partir de la producción de los ochenta, contrariando esta visión de observar lo común, se subrayó la diversidad entre las mujeres, expresada según la clase, raza, etnia, cultura, preferencia sexual, etcétera. Esto sin duda está fuertemente influenciado por el auge del pensamiento posmodernista y posestructuralista (Becerra 2019; Rorty 1981; Castro-Aniyar 1999).

Esto llevó al pensamiento feminista a no aceptar visiones victimizantes de la mujer ni idealizarla como una fuente de “humanidad menos contaminada” que la masculina. También obligó a tomar en cuenta que el enfoque político no sólo era fundamentable en el binomio masculino/femenino, sino que los planos de interpretación son funcionalmente muchos, entre diferentes actores/sujetos, y a diferentes planos cognoscitivos, históricos, económicos, raciales, étnicos, etcétera. Así lo explica el diccionario de los feminismos para la llamada 3a. Ola:

Respecto al poder... se critica la visión unilineal que lo considera como prerrogativa masculina. Señala el carácter relacional entre los géneros y denuncia las estructuras de poder que se dan entre las mujeres. Los aportes del sicoanálisis permitieron visualizar la manipulación emocional que suelen ejercer las madres. *Se rompe con la idea prevaleciente de la mujer víctima*¹⁰ (Gamba 2008, 6)

También la idea de la mujer “buena”, “eco-friendly” o menos dañada por los efectos perniciosos de la agresividad, la guerra y el sistema económico fue fuertemente cuestionada:

La polémica con el feminismo de la diferencia [el feminismo de la 2a. ola] permitió que emergieran estos mitos, así como también —en el plano de la ciudadanía—, el de una supuesta identidad política “mejor”, menos contaminada de las mujeres. Respecto al medio ambiente, se polemiza con el ecofeminismo, que defiende la relación mujer/naturaleza y sostiene que las mujeres —por el hecho de serlo— tendrían una buena relación con el entorno, por lo que se desprendería una mayor responsabilidad para cuidar y salvar al planeta (Gamba 2008, 6).

Esta cita aporta de manera importante al objetivo del artículo con cuatro conclusiones en materia de teoría feminista y crítica:

- a) se establece que se considera la existencia de agravantes de prisión perpetua o aumento de pena en un nuevo tipo penal de género pero que no existe para los hombres y otras sexualidades y orientaciones víctimas, e incluso que no existe para casos de homicidio realizados por otra mujer, sexualidad u orientación que no sea he-

¹⁰ *Idem.*

- teromasculina, es una falla de equidistancia que amenaza el derecho a la igualdad, y que tal consideración no es sustanciada por la teoría feminista que se debate;
- b) se establece que la normativa internacional más importante en la materia sólo considera la posibilidad de vulnerar la equidistancia a la ley por fines compensatorios, siempre que se establezca su provisionalidad y medición de eficiencia. Ninguna de estas dos condiciones se cumple en los casos estudiados de las leyes penales ecuatoriana y argentina. Por el contrario, los avances en las ciencias sociales estarían mostrando que no se están haciendo los diagnósticos adecuados y que, por tanto, los resultados en política pública no serían satisfactorios;
 - c) se establece que, a diferencia de lo que expresan los considerandos políticos, el feminismo teórico de vanguardia que corresponde al momento legislativo fue abiertamente traicionado o transgredido. No sólo no se utilizaron los principios desarrollados por los intelectuales de la materia, sino que se invirtió su principal enseñanza, por cuanto se definió la violencia de género solamente en el contexto de una sola posible víctima y un solo posible escenario: la mujer víctima y el hombre victimario;
 - d) la idea de violencia estructural, que es la que la normativa ecuatoriana ordena como marco de ponderación a los jueces y juezas en la Ley Orgánica sobre la Violencia contra la Mujer (Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres 2018),¹¹ es un concepto radical, pero que en la realidad está lejos de lo planteado por la teoría feminista posestructuralista de la ola contemporánea, correspondiente al periodo de vigencia de las leyes estudiadas.

VI. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LO JURÍDICO Y LA TEORÍA CRÍTICA: ANIYAR DE CASTRO Y RAÚL ZAFFARONI

En América Latina, el debate feminista en el plano jurídico está particularmente afectado por el debate de la criminología crítica y el neoconstitucionalismo. El debate europeo y global, si bien es fundamental para compren-

¹¹ Véase artículo 8o., “Enfoque de género” y “Enfoque de integralidad”.

der el origen teórico de conceptos centrales de esta investigación, como el de violencia en el contexto del enfoque de género, también es cierto que el debate regional es de elevada factura y contiene escuelas de pensamiento que tuvieron marcada influencia en el diseño y aplicación de varias Constituciones latinoamericanas, en las prácticas de la Corte Interamericana de Justicia y en las estrategias de diseño legislativo y ponderación judicial en general.

El debate crítico y neoconstitucionalista en materia de desviación, teoría del delito, género y sexodiversidad en el ámbito penal de América Latina es amplio, y corresponde a varios autores, muchos de ellos ecuatorianos (Arroyo Baltán 2018), venezolanos y chilenos (Jiménez, Santos y Medina 2014), venezolanos (Aniyar de Castro 2010; 2011), venezolanos y argentinos (Aniyar de Castro y Codino 2013) brasileños y argentinos (Zaffaroni 2011; Zaffaroni y Dias Dos Santos 2019) entre otros.

Con el objetivo de orientar el debate, en este apartado se seleccionan sólo dos autores, dada su relevancia en la fundación de la criminología crítica latinoamericana (Aniyar de Castro 2010; 2011) y el neoconstitucionalismo (Zaffaroni 2011). Este último es actualmente juez de la Corte Interamericana de Derechos y premio Stockholm de Criminología.

1. *Aniyar de Castro*

Lola Aniyar de Castro sostiene la necesidad de construir una criminología centrada en los derechos humanos. La autora deduce que las desigualdades estructurales son de tipo político. Existen opresores y oprimidos en la estructura social. En términos del sistema penal, esto se produce mediante la construcción de un “otro” extraño y desviado. Ello permite la regeneración de los discursos que abonan al *statu quo*. Así, el desviado tiene al menos dos funciones: 1) hacer funcionar, por la vía del miedo, al sistema penal y a todo el sistema de control social, y 2) legitimar los actores que controlan el sistema (los opresores). Ante esta condición de la estructura social, es necesaria la creación de políticas criminales “liberadoras”; esto es (Aniyar de Castro 2011, 8):

- a) emancipadoras;
- b) alternativas a la prisión;
- c) no violentas;

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 385-409.

- d) proclamadas desde los oprimidos;
- e) participativas;
- f) descentralizadas;
- g) privatizadas;
- h) antirrepresivas;
- i) interdisciplinarias, y
- j) que promuevan activa y políticamente el derecho a la diferencia.

Se trata sin duda de una visión estructuralista que no escapa de la idea de que la mujer es uno de los “otros” desviados y, por esto, forma parte de los “oprimidos”. La idea es de fuente foucaultiana e identifica para América Latina los “otros culturales” fundamentales:

- a) inmigrantes;
- b) *sexodiversos*;
- c) disidentes;
- d) *prostitutas*;
- e) indigentes;
- f) *mujeres*;¹²
- g) prisioneros.

Sin embargo, aunque parezca un diagnóstico radical, la política criminal sugerida por la autora busca compensar la criminalización selectiva y opresora por la vía del relajamiento, la descentralización e, incluso, la privatización (en el ámbito civil) del sistema penal. En otras palabras, ella no ve, al igual que la mayor parte de los criminólogos críticos, una solución al problema de la opresión por la vía del aumento de las penas o acentuación del sistema represivo.

Se trata de una consecuencia lógica del diagnóstico: si la estructura en general es opresiva y esta opresión sirve para mantener el *statu quo* ¿cómo puede resolverse la opresión a la mujer, generando más opresión al hombre?

Aniyar de Castro es clara en identificar este problema explícitamente en las nuevas leyes sobre violencia de la mujer. Por un lado, las acusa de “sobrecriminalizadoras”, y por el otro, las acusa de ineficientes, por cuan-

¹² Énfasis añadido por el autor.

to no han sido capaces de alcanzar el objetivo proclamado de pacificar la relación de género. Al respecto, declara:

... la sobrecriminalización que han producido nuevas leyes defensoras de los tradicionalmente oprimidos (este es el caso de la violencia contra la mujer), ha hecho que el derecho penal sirva más bien para visualizar un problema que para resolverlo por métodos modernos¹³ (Aniyar de Castro 2011, 595).

2. Zaffaroni

Raúl Zaffaroni, quizá el más prominente penalista y neoconstitucionalista latinoamericano, expresa en el principio 33 de su *Estructura básica del derecho penal* (2011, 9):

33. (Derecho penal y derecho constitucional) El derecho penal se construye como apéndice del derecho constitucional y, por ende, queda sometido a éste. La ley constitucional es la primera ley penal. De esto se desprende una regla básica que es la del derecho penal de acto: nadie puede ser penado por lo que es, sino por lo que ha hecho. Lo impone el artículo 16 CN y todas las normas que prohíben la jerarquización de humanos o discriminación (CIDR; CIDM; artículo 1 DU; artículo II DADH; etcétera), como también de las que establecen que la punición presupone un hecho (artículo 18 CN) o una acción u omisión (artículo 15 PIDCP).

El texto explícitamente indica su referencia a la Convención Internacional sobre Discriminación de la Mujer (CIDM). El texto, a diferencia del enfoque positivista, establece que el derecho no debe juzgar sobre la inmanencia de la persona, sino sobre sus actos y, en cualquier caso, sólo de determinarse, la posible interpretación de la intención que lo motiva.

Sin embargo, se ha visto que en la idea de violencia de género es fundamental reconocer condiciones preexistentes en la cultura y en la historia: la desigualdad, la criminalización de la mujer, su asignación de inferioridad, su asignación de “locura”, la asignación de su rol de obediencia, etcétera. Ello supone que, cuando un hombre golpea a su mujer y la mata, esto debe ser interpretado en el marco de los valores sexistas y discriminatorios preexistentes, y no por el hecho mismo del asesinato y sus medios.

¹³ *Idem.*

En otras palabras, el agravante pende sobre toda violencia de un hombre hacia una mujer no porque el hombre haya declarado una ideología discriminadora justificando su acción, sino porque la discriminación está encubierta y justificada inconscientemente en la sociedad y, por tanto, ella existe como agravante aunque el agresor, los jueces o los testigos no la reconozcan en los hechos.

La idea de que el sexismo es preexistente a la acción de la persona se manifiesta, en el campo de las convenciones internacionales, en su identificación como un fenómeno “encubierto”, incluso como el “más encubierto de todas las discriminaciones” (Carrera 2000).¹⁴

El mismo Código Penal argentino muestra el ángulo culpabilizante del autor (y no de sus actos) cuando define que el homicidio por razón de género sólo es validable cuando se produce desde el hombre hacia la mujer. En otras palabras, el legislador imagina unívocamente el homicidio con base en la violencia de género como una escena en la que el hombre agrede a la femina, única víctima posible, en un sistema que no hace sino victimizarla por causa de su propia naturaleza sistémica.

La ausencia de equidistancia en el Código Penal argentino supone la imaginación de una sociedad que sólo tiene hombres victimarios y mujeres víctimas de violencia. Todos los demás ángulos del problema desaparecen (de mujer a hombre, de madre a hija, de hija a madre, de madre a hijo, de empleadora a empleado, de agentes de seguridad a hombres, de hombre a hombre, entre sexodiversidades, etcétera), y las definiciones sobre género se disipan de tal modo que se genera una tendencia hacia el juzgamiento a favor del femicidio para todos los casos de violencia de hombres contra mujeres, como también se ilustrará en la siguiente norma:

El problema del juzgamiento con base en la culpabilidad del autor y no del acto en sí se observa con mayor claridad en la Ley Orgánica contra la Discriminación de la Mujer del Ecuador, la cual ordena que, en el juicio, incluyendo aquel de femicidio, la sentencia debe considerar la preexistencia de una sociedad patriarcal y heteronormativa. Esto además se aplica a toda decisión de política pública y judicial. De tal manera que el sexismo, a pesar de ser muchas veces invisible en los actos concretos, es

¹⁴ La violencia contra las mujeres como el crimen encubierto más numeroso del mundo es una frase atribuida a una declaración en la ONU en 1980. La frase ha sido *leit motiv* de declaraciones internacionales.

siempre estructuralmente responsable y/o culpable de la violencia contra la mujer y, por ello, debe ser asignado al autor.

Tal responsabilidad/culpabilidad es visible en el artículo 8o:

Artículo 8o. Enfoques de la Ley. *En la aplicación de la presente Ley, se considerarán los siguientes enfoques: a) Enfoque de género. Permite visualizar y reconocer la existencia de relaciones de poder, jerárquicas, patriarcales, heteronormadas y desiguales entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género, que se constituyen en una de las causas principales de la violencia de género contra los sujetos de protección de esta Ley...*¹⁵ (Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres 2018)

Ante la posibilidad de considerar que el enfoque de género pueda ser aplicable a unos casos y a otros no, la Ley Orgánica ordena otra consideración al juzgador: la violencia de género debe ser entendida como estructural en *todos los ámbitos de la vida*:

Enfoque de integralidad. Considera que la violencia de género contra las mujeres *es estructural y multicausal* y está presente en *todos los ámbitos de la vida. Las intervenciones deben realizarse en los distintos ámbitos en los que las mujeres se desarrollan.*¹⁶ (Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres 2018)

Sin embargo, el caso argentino cuenta con una excepción a este modelo de interpretación. Por un lado, la violencia de género en Argentina es homologada a la violencia contra la mujer, según se dispone en las normas relativas, como es el caso de la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar, Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales y su aplicación por parte de la Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de Violencia de Género (Consavig) (Resolución 120 sobre Violencia de Género del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de 2011; Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Re-

¹⁵ Énfasis añadido por el autor.

¹⁶ *Idem*.

laciones Interpersonales 2017) en las cuales parecen utilizarse indistintamente los términos.

Por otro lado, tal homologación no se presenta como una intersección de ambos conceptos por cuanto el componente estructural del enfoque de género no se expresa como tal en la mencionada Ley. Por el contrario, se expresa, en su artículo 4o., como una “conducta, acción u omisión... basada en una relación desigual de poder”, y luego, en su artículo 7o., no se procede a definir o condicionar el espíritu interpretativo del juzgador con visiones estructurales del problema, como sucede en Ecuador (Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales 2017).

La Ley de 2017, si bien es jerárquicamente inferior al Código Penal argentino, desaloja el peso de la estructura del autor del delito y define con precisión la acción punible en “una” específica relación desigual”. A diferencia del abordaje ecuatoriano, esta Ley facilita la aplicación de las normas de protección a la mujer, pues el legislador no identifica previamente la existencia de una causante estructural, sea patriarcal, sexista, machista o similar, de tal modo que se exime de presumir la culpabilidad de estas nociones estructurales en el hombre. Tampoco el legislador intenta inducir ningún tipo de diagnóstico sociológico en los jueces y el sistema penal en general, como se ve en su artículo 7o. (Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales 2017).

Desde el ángulo estudiado, esto es, la fuente de la criminología crítica, que incluye el neoconstitucionalismo, en el contexto de los autores seleccionados, se observa que las teorías, a su modo, radicales y antipositivistas sobre el tema de violencia de género, tampoco favorecen la redacción de las normas ecuatoriana y argentina en el COIP, la Ley Orgánica contra la Discriminación de la Mujer del Ecuador y el Código Penal Argentino, tal como han sido redactados. Por el contrario, los autores críticos prevenirían a los futuros legisladores en:

- a) no realizar disposiciones asimétricas en las que las mujeres cuenten con un arsenal punitivo mayor;
- b) evitar el punitivismo como solución a los problemas de discriminación;

- c) utilizar el principio de eficiencia disuasiva de la norma para legitimarla o, de lo contrario, evitarla;
- d) no juzgar sobre la condición del autor, sino sobre el carácter de la acción o acto, y
- e) por consecuencia, no legislar a partir de un modelo ideológico que predetermine la existencia de autores susceptibles de culpabilidad.

VII. CONCLUSIONES

- 1) Varios principios se derivan en forma de considerandos a partir del análisis desarrollado en los apartados precedentes. Estos considerandos son: las tradiciones, usos y costumbres que centraron el análisis de la CEDAW también evidencian sociométricamente que la violencia y la discriminación de género son transmitidas por las mujeres, en relaciones tan importantes como la materno-filial, sólo por citar un ejemplo.
- 2) Las leyes estudiadas violan la premisa de la CEDAW, por cuanto una ley puede compensar a la mujer en razón de su debilidad frente al hombre, siempre y cuando la ley sea transitoria y demuestre que el efecto compensatorio regenera igualdad, siendo que ninguna de las dos condiciones se cumple.
- 3) Hay evidencias desde la teoría social moderna, de que la complejidad, multifactorialidad y multivocidad son componentes indispensables para comprender el fenómeno de la violencia contra la mujer.
- 4) La transmisión de la violencia contra las mujeres es, por tanto, parte de un interjuego que escapa al simplismo binario victimario/hombre-víctima/mujer.
- 5) La idea de estructura y selectividad en Foucault y Aniyar de Castro contribuyen a pensar estructuralmente el problema de la dominación de la mujer, lo cual, a diferencia de las fuentes jurídicas y teóricas vigentes en las normas analizadas, permitiría entender con mayor profundidad que la violencia de género no sólo no es unívoca, sino que está lejos de serlo.
- 6) La visión característica del Estado posmoderno, tal como ha sido filosóficamente justificada en la tercera ola del feminismo, muestra principios filosóficos que aportarían a entender las luchas del

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 385-409.

feminismo como parte de interjuegos no ideológicos, a diferencia de cómo se presenta la idea de violencia de género en las leyes analizadas.

- 7) Precisamente por el aporte posmoderno, la óptica desarrollada por el feminismo de tercera ola huye de interpretar la existencia de una mujer que sólo es víctima, porque el nuevo ángulo complejiza el contexto en el que se produce realmente la discriminación, atribuyendo subjetividad al objetivo y objetividad al sujeto.
- 8) La construcción de la discriminación y la violencia se produce en un ámbito interactivo multidireccional y multifactorial, a muchos niveles de la sociedad, lo cual no se refleja en las normativas ecuatoriana y argentina estudiadas.
- 9) Es posible interpretar el problema de la violencia contra la mujer, por ejemplo, como parte de interjuegos de ida y vuelta que expresan competencia histórica entre géneros por logros y conquistas económicos, sexuales, familiares o laborales, en constante evolución. La visión estructuralista prevaleciente ha moldeado definitivamente a las normativas analizadas, pero ha tergiversado la naturaleza misma de la estructura argumentada por sus teóricos de punta, por cuanto lo que es estructural es la maldad de la relación del hombre contra la mujer, y no el conocimiento en sí que dispone una sociedad histórica y epistémicamente construida, legitimada y confirmada.
- 10) Adicionalmente, las normativas analizadas, a la luz de los mismos autores críticos latinoamericanos favorables al enfoque feminista, muestran un camino contrario al sugerido por los teóricos: las normativas terminan siendo punitivistas (aumentan la represividad en un Estado inmanentemente represivo), positivistas (predeterminan la culpabilidad en el autor, con independencia de sus actos), así como reproducen el sistema opresor (pues defienden el castigo como forma de justificación y legitimación del *statu quo*, y no como recurso eficientemente disuasivo para evitar la reproducción del delito).

Por todo ello, se concluye que es simplista y poco realista, por decir lo menos, establecer la violencia de género a través de penas mayores y/o más crueles mientras ésta sólo se aplique a los casos de violencia de género

del hombre contra la mujer, mientras no se produce la norma equidistante (entre los otros sexos, otros contextos y diversidades) o mientras no se considere en su aplicación un ángulo estructural, no represivo, que atienda el problema de la discriminación desde perspectivas que respeten el principio de inocencia del presunto autor y cuyas evidencias se produzcan del juzgamiento del acto.

Adicionalmente, es posible concluir que identificar la violencia de género de manera no equidistante conlleva implícitamente una vulneración al derecho de la misma mujer víctima que se dice proteger. Esto se debe a que, si se pretende proteger a la mujer aumentando permanentemente la pena de la violencia de género sólo contra ella, se está presumiendo que el sistema patriarcal, heteronormativo y sexista, no desaparecerá, y que la mujer deberá ser tratada como una víctima permanente. La persona-sujeto tutelada por el Estado con el fin de trascender su dependencia quedaría, paradójicamente, permanentemente tutelada y, con ello, permanentemente dependiente.

Esto deja un mensaje contradictorio a las estrategias definidas para la erradicación de la violencia contra la mujer, pues se sugeriría que ésta debe valerse de muletas jurídicas para hacer valer su integridad física y personal, y que ni la sociedad ni ella misma podrían por sí mismas conducirse hacia el cambio cultural inspirado por la CEDAW.

Además, esta noequidistancia es particularmente propicia para un uso oportunista de la violencia de género basado en la difusividad del término, dando espacio a intereses diferentes al que se quiere atender.

En este sentido, María Blanco, profesora de teoría económica en la Universidad Complutense de Madrid y autora del libro *Afrodita desenmascarada*, advierte:

Se rompe el marxismo y ese enfrentamiento entre explotados y explotadores en el momento que te das cuenta que el machismo no es cosa de hombres, sino que es cosa de hombres y mujeres, y que las víctimas del machismo son las mujeres y también los hombres. Igual que las víctimas de la violencia de género, incluso si a quien se golpea es a la madre, los hijos también lo están viendo y también lo padecen. Y que un hombre golpea a su mujer lo más probable es que también golpee a sus hijos, o por lo menos, les está enseñando un comportamiento que está perjudicando a la psicología de ese chico. Con lo cual aquí, si hablamos de víctimas y verdugos, todos somos víctimas y todos somos verdugos. No es una cuestión de sexos. Es una cuestión de men-

talidad. Una mentalidad que ejecutan o llevan a cabo hombres y mujeres (Blanco 2017, 6'33"-7'15").

Por todo ello, se puede también concluir:

- a) que las normativas estudiadas desvirtúan tanto las consideraciones de la CEDAW como el pensamiento feminista-crítico que deberían asistir;
- b) que la inexistencia de la equidistancia a la luz de las premisas teóricas contrastadas en el literal "a", vulnera los valores jurídicos de la igualdad y la progresividad de los derechos;
- c) que la manera de establecer penas y tipificar que ordenan las normativas estudiadas impiden comprender el sentido mismo de la violencia de género y, por ello, amenaza la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

La violencia de género es una expresión de enorme gravedad en la sociedad. Ella expresa la discriminación por razón de sexo o género de su manera más cruda y peligrosa.

Sin embargo, lejos de observar efectos positivos de la incorporación de este concepto en las leyes vigentes, los patrones culturales sexistas siguen influyendo en el recrudecimiento del maltrato (Pineda 2019). Particularmente en Ecuador y Argentina ha estado aumentando este indicador en los últimos años, y obtuvieron casi la misma tasa de femicidios en 2018 (Comisión Económica para América Latina 2020).

Desde los autores que se concentran en la perspectiva de la protección de derechos, la intervención estatal es necesaria en este contexto, para impedir que proliferen formas permanentes de proteccionismo que terminen desempoderando a la mujer.

Desde la perspectiva de los autores que observan los recursos políticos culturales y económicos con los que puede disponer la mujer para aspirar y lograr la igualdad, la intervención de un Estado defensor de los derechos liberales también luce fundamental para que la mujer se empodere y conquiste su espacio en la sociedad.

En ninguna de las dos perspectivas, sin embargo, pareciera esencialmente pertinente que la ley aplique penas mayores para unos casos que en otros ni que se reduzca la violencia de género a un telón de fondo en

la escena violenta entre un hombre agresor y una mujer víctima. Por tal razón, la ausencia de equidistancia e integralidad en las normas analizadas, su represividad inherente, así como la ideologización del juzgamiento y la sentencia, revelan ausencia de la justificación teórica y práctica que requieren estas leyes para su pertinencia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ANIYAR DE CASTRO, Lola. 2010. *Criminología de los derechos humanos. Criminología Axiológica como política criminal*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. 2011. “Siglo XXI: propuestas para una política criminal vinculada a los derechos humanos o criminología del oprimido”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, núm. 3.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola y CODINO, Rodrigo. 2013. *Manual de criminología sociopolítica*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- ARROYO BALTÁN, Lenin. 2018. “La pena privativa de libertad como consecuencia jurídica del delito”, en ANIYAR-CASTRO, Daniel (ed.), *Leccionario de derecho fundamental y criminología*, Manta, Ediciones de la ULEAM.
- AUGÉ, Marc. 1994. *Hacia una antropología de los mundos contemporáneos*, Barcelona, Gedisa.
- BECERRA, Gastón. 2019. “La teoría de los sistemas complejos y la teoría de los sistemas sociales en las controversias de la complejidad”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 27.
- BLANCO, María. 2017. *En defensa del feminismo liberal*, Youtube (sitio web), 20 de septiembre, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=eQD-BiEFVp6I>.
- CARRERA, Nuria. 2000. “El crimen encubierto más frecuente”, *El País* (sitio web), 29 de diciembre, disponible en: https://elpais.com/diario/2000/12/29/catalunya/978055657_850215.html.
- CASTRO-ANIYAR, Daniel. 1999. “Más acá de la razón”, *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana* 4 (7).
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA (CEPAL). 2020. “Femicidios”, *Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Indicadores*, disponible en: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/femicidio>.

- COMISIÓN EUROPEA. 2004. *Guía EQUAL sobre integración de la perspectiva de género*, disponible en: https://ec.europa.eu/employment_social/equal_consolidated/data/document/gendermain_es.pdf.
- EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY (EIGE). 2020. *What is gender-based violence?*, disponible en: <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/what-is-gender-based-violence>.
- FIGARI, Rubén. 2014. “Homicidio agravado (femicidio)”, *Revista Pensamiento Penal*, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/38448-art-80-inc-11-femicidio>.
- FOUCAULT, Michael. 1968. *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- GAMBA, Susana. 2008. “Feminismo: historia y corrientes”, *Diccionario de estudios de género y feminismos*, Buenos Aires, Editorial Biblos.
- JIMÉNEZ, María et al. 2014. *Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos*, Santiago, Universidad Central de Chile.
- LACLAU, Ernesto. 2002. “Hegemonía y antagonismo: el imposible fin de lo político”, en VILLALOBOS RUMINOTT, Sergio (ed.), *Conferencias de Laclau en Chile*, Santiago, Cuarto Propio.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. 2006. “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 2.
- MONEDERO, Juan Carlos. 2011. “El gobierno de las palabras”, *México, Fondo de Cultura Económica*.
- MORIN, Edgar. 2004. “La epistemología de la complejidad”, *Gazeta de Antropología*, núm. 20.
- PINEDA, Esther. 2019. “Femicidio y feminicidio en América Latina de 2010 a 2016: avances y desafíos para 15 países de la región”, *Iberoamérica Social*, junio 2019.
- RORTY, Richard. 1991. *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós.
- TUBERT, Silvia. 2018. “Psicoanálisis, feminismo y posmodernismo”, *Errancia Litorales. Revista de Psicoanálisis, Teoría Crítica y Cultura*, núm. 17.
- ZAFFARONI, Raúl. 2011. *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, EDIAR.
- ZAFFARONI, Raúl y DÍAS DOS SANTOS, Ílison. 2019. “Por una renovación crítica austral”, *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, núm. 24 (2, extra).

ENFRENTAMIENTO DOS DISCURSOS DE ÓDIO NA EUROPA E COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DISCRIMINAÇÃO A PARTIR DA SENTENÇA ESPANHOLA 235/2007*

Manuel FONDEVILA MARÓN**

Rossana BARROS***

SUMARIO: I. *Introdução.* II. *Panorama dos discursos de ódio na Europa.* III. *Normas da União Europeia pertinentes aos discursos de ódio.* IV. *O tratamento dos discursos de ódio pelo Conselho da Europa.* V. *Os discursos de ódio na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.* VI. *A aplicação da normativa e jurisprudência comunitária nos Estados europeus: o caso da Espanha STC 235/2007.* VII. *Considerações finais.* VIII. *Referências.*

I. INTRODUÇÃO

A deflagração mais intensa dos efeitos do processo de globalização implicou na reorganização do mundo, especialmente a região ocidental, originando consequências de múltiplas conotações à tessitura social, econômica, política e cultural, sem deixar de transformar também as relações humanas.

Nesse contexto, observa-se a tendência de universalização dos discursos em torno de direitos humanos e o deslocamento das decisões políticas das instâncias soberanas nacionais para planos de justificação de decisões

* Estudio legislativo recibido el 16 de abril de 2018 y aceptado para su publicación el 18 de abril de 2020.

** ORCID: 0000-0002-2462-5510. Doutor em direito. Professor Serra Hunter de direito constitucional na Universidade de Lleida (Espanha). E-mail: manuel.fondevila@udl.cat.

*** ORCID: 0000-0001-5881-7783. Mestra em direito e instituições do sistema de justiça (UFMA Brasil, Maranhão). Advogada. Professora de Direito constitucional, Introdução ao estudo do direito, empresarial e civil na Faculdade Cest (Brasil/Maranhão). E-mail: rossana.barros@hotmail.com

internacionais ou supranacionais, marcados pelo dinamismo e complexidade.

Nessa discussão, significativa parte do continente europeu tem demonstrado preocupação com enfrentamento dos discursos de ódio, considerando que esses ferem o princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, vulnerando grupos sociais inteiros por motivos de raça, gênero, concepções políticas e religiosas, etnia, condições socioeconômicas, entre outros.

Assim, são observados diversos instrumentos normativos afetos à matéria, bem como inúmeras iniciativas de conscientização e fomentação da tolerância nas relações sociais europeias.

Dessa forma, tornou-se importante discutir os principais avanços relacionados aos discursos de ódio, lançando bases para a melhor compreensão desses, aprendizado institucional para os sistemas jurídicos de um modo geral, bem como amadurecimento ante as dificuldades registradas. Deve-se notar que o discurso de ódio é apenas um dos tipos que compõem a classificação “crimes de ódio” (que incluem ameaças, crimes contra a integridade moral, genocídio, etc.), apesar da tendência atual de assimilar a parte com o todo (Fundación Abogacía Española 2018). Neste trabalho nos limitamos apenas ao primeiro

Com esse objetivo, traçou-se um panorama geral dos discursos de ódio na Europa, acompanhado da descrição das principais normas europeias pertinentes aos discursos de ódio. Abordou-se o combate europeu à discriminação, racismo, xenofobia e às condutas definidas como discurso de ódio.

A seguir, discutiu-se o tratamento dos discursos de ódio pelo Conselho da Europa, bem como o tratamento dos discursos de ódio a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Na última seção do trabalho, analisou-se especialmente a sentença espanhola de número 235/2007, em que se pondera a colisão entre o direito de liberdade de expressão e a eventual prática de um discurso de ódio presente na negação da ocorrência do holocausto alemão, concluindo-se pela culpabilidade do réu.

Para tanto, adotaram-se os seguintes procedimentos de pesquisa: pesquisa bibliográfica e pesquisa normativa, utilizando-se abordagem qualitativa e quantitativa e análise de conteúdo para tratamento dos dados.

A pesquisa bibliográfica compreendeu exploração de doutrina nacional e estrangeira sobre o tema em comento, incluindo livros e revistas selecionados em bibliotecas públicas e bases de dados como a HeiOnline.

A pesquisa normativa abrangeu espécies jurídicas pertinentes aos discursos de ódio, como Tratados, decisões, resoluções, entre outros, coletadas em páginas oficiais¹ de informações sobre a União Europeia e Europa.

II. PANORAMA DOS DISCURSOS DE ÓDIO NA EUROPA

Em atenção às diversas espécies de violações de direitos humanos perpetradas mediante a prática de discursos de ódio, organismos internacionais lançaram mão de documentos que tipificam diversas formas de discriminação, estabelecendo o compromisso dos Estados no sentido de enfrentar crimes fundados nessa.

O conceito doutrinário de discurso de ódio é extraído da interpretação acadêmica de instrumentos internacionais como a Decisão-Quadro 2008/913, que considera incitação ao ódio comportamentos que: a) motivam publicamente à discriminação indivíduos ou grupos de indivíduos em virtude de raça, cor, religião, crença, ancestralidade ou origem; b) negam a existência de genocídios, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, estes últimos definidos nos artigos 6,7 e 8 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Acrescenta-se que a referida Decisão-quadro define aos Estados membros a adaptação de suas leis de forma a considerar como circunstância agravante na cominação de penas e demais sanções penais a motivação racista e xenofóbica na prática de crimes.

Entre os principais documentos de Direito Internacional que subsidiam, de forma geral, o atual combate europeu aos discursos de ódio destacam-se a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (ONU 1965), Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (ONU 1948) e Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais (Conselho da Europa 1995).

¹ European Union (EU) (s.d.), “Goals and values of the EU”, disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_pt; CVRIA (s.d.) “Tribunal de Justicia da União Europeia”, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/_j_6/pt; EUR-Lex (s.d.), “Acesso ao Direito da União Europeia”, disponível em: <http://eurlex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>.

Nessa discussão, a compreensão da natureza dos discursos de ódio prescinde da análise dos discursos protetivos presentes na vasta normativa europeia, como a Decisão-Quadro relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia, que como sugere o próprio título, objetiva punir de forma efetiva manifestações claras de racismo e xenofobia, incentivando a cooperação judiciária nessas áreas.

Portando significado ímpar no enfrentamento desses discursos, a Referida Decisão considera como discurso de ódio a incitação pública ao ódio em face de um grupo ou indivíduo por conta de elementos como raça, cor, pele, ascendência, religião ou origem, o que pode ser realizado por meio textual, imagético ou similar.

Considera-se ainda discurso de ódio a banalização ou negação pública dos crimes de genocídio, contra a humanidade e crimes de guerra definidos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e Estatuto do Tribunal Militar Internacional, quando essas atitudes configurem incitação à violência ou ódio, nos termos da Decisão-Quadro comentada.

Por último, o dispositivo normativo prevê ainda a igual punição da instigação, cumplicidade e participação intencional em atos relacionados a discursos de ódio, sendo que a motivação racista ou xenófoba é considerada circunstância agravante em todos os casos.

As motivações do discurso de ódio se insurgem contra as pessoas ou suas percepções, de forma a humilhá-las, despindo-lhes de sua personalidade, capacidade e experiências individuais, violando frontalmente o princípio da igualdade e dignidade humana.

Nessa discussão, não obstante o transcurso de mais de trinta anos e todas as soluções normativas adotadas, o fenômeno do ódio persiste, conforme pode ser observado em pesquisas de direito comparado, o que demonstra a existência de complexidade no tratamento desses crimes (Herrera 2014).

Apresentando dados sobre a abrangência e situação dos discursos de ódio na Europa, a Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA 2015), entidade que tem como principal finalidade o aconselhamento independente aos agentes políticos, de forma a alimentar o debate, políticas e legislações em torno dos direitos fundamentais, publicou dois documentos emblemáticos.

O Primeiro deles, *Data in Focus Report – Minorities as Victims of Crime* (FRA 2012), é um relatório que procurou quantificar as práticas de discriminação sofridas por grupos minoritários residentes em países da União Europeia, como ciganos, imigrantes e afrodescendentes.

Na pesquisa, concluiu-se pela maior vulnerabilidade dos indivíduos de origem cigana aos crimes contra o patrimônio e contra pessoas, o que é mais agravado pelas dificuldades de integração social enfrentadas por esse grupo, bem como a diferença de fenótipo com o europeu.

O segundo documento, *Making Hate Crimes Visible in the European Union: Acknowledging Victims' Rights* (FRA 2012), reúne informações a respeito dos discursos de ódio em variados países europeus e a respectiva reprimenda jurídica adotada em cada realidade nacional.

O relatório concluiu que Portugal é o país com menor número de estatísticas de práticas dessa natureza, o que pode ser explicado pela ausência de divulgação das informações sobre a criminalidade no país, bem como dificuldades na compreensão da abrangência dos discursos de ódio pelas instituições.

A Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia descreve a história do continente europeu, como impregnada de discursos de ódio e intolerância, na qual os países contam com passado de escravidão, colonialismo, imigração e ditaduras, o que demonstra a dificuldade de precisar os discursos de ódio em uma definição legal homogênea e unificada (Herrera 2014).

Nesse clima de consideração da intolerância presente na história europeia, vários países lançaram mão de mecanismos muito específicos para combater discriminações, como a instituição de um tipo penal para a conduta de negar genocídios como o Holocausto.

Essas medidas se coadunam perfeitamente com a Decisão-Quadro relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia, ato normativo que estabelece aos Estados membros o compromisso no sentido de reprimir condutas racistas, xenófobas, crimes contra a humanidade e de guerra, bem como a negação ou banalização pública desses.

Nessa discussão, é necessário conferir a atenção para a gravidade desses discursos, haja vista os impactos psicológicos e emocionais registrados nas vítimas, bem como a intimidação aos membros do grupo ofendido, atingidos pela brutalidade e extremismo (Herrera 2014).

Destaca-se ainda a complexidade da liberdade de expressão em sociedades pluralistas, caracterizadas pela atribuição de igual valor às diversas vozes que integram a sua base cultural, o que não torna tal direito desprovido de limites (Herrera 2012).

III. NORMAS DA UNIÃO EUROPEIA PERTINENTES AOS DISCURSOS DE ÓDIO

A União Europeia tem apresentado importantes mecanismos no reconhecimento e enfrentamento dos discursos de ódio, fenômeno social que foge ao controle dos Estados nacionais, ante as facilidades de circulação de ideologias e dissipação de violências no mundo globalizado.

Nesse raciocínio, as relações interpessoais são transformadas pelo processo e globalização, caracterizado por elementos sociais, históricos, culturais e políticos que, somados, implicam em consequências notadamente humanas (Bauman 1999).

Ainda nessa mesma linha de pensamento, uma das principais características desse contexto, sob o ponto de vista argumentativo e discursivo, é a fertilidade das discussões em torno de direitos, haja vista as tendências de universalização do discurso moral (Barbosa 2003).

Em contrapartida, a fluidez do mundo moderno também ocasiona preocupações a todas as nações, tendo em vista o aprofundamento dos males espirituais e morais, refletido nas relações humanas (Santos 2006).

É nessa perspectiva que se compreendem os discursos de ódio, manifestações de discriminação em razão de sexo, idade, etnia, concepções políticas, condições socioeconômicos, entre outros, agravados devido a fluidez e redução de distâncias no mundo globalizado.

Além de constituir preocupação para diversas organizações internacionais, esses discursos também ocupam pauta na agenda das instituições supranacionais, como a União Europeia, e paulatinamente ocupam discussões em processos de integração intergovernamentais como o Mercosul.²

² Nesse sentido, destaca-se a criação de um grupo interministerial para enfrentamento dos crimes de ódio pela internet no contexto do Mercosul, como pode ser verificado no Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça (2016).

É possível afirmar que as normas europeias atuais afetas aos discursos de ódio são resultado de um processo de amadurecimento institucional da integração, que conjugou o aumento do número de órgãos competentes para o tratamento da matéria com o aprendizado normativo dos regimentos anteriores.

No âmbito desse amadurecimento normativo, são consideradas normas basilares para o panorama legal que existe hoje na Europa a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que assume relevância no tratamento dos crimes motivados pela discriminação de pessoas.

Assim, o artigo 14 da referida Convenção proíbe expressamente toda e qualquer distinção fundada no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas, pertencimento a minorias, riqueza, entre outros elementos.

Nessa discussão, entre os primeiros atos normativos europeus para tratamento dos discursos de ódio, destaca-se o Tratado que institui a Comunidade Europeia (CEE y EURATOM), assinado em 1957 e prevendo no artigo 13 o compromisso de reprimir toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade.

Além disso, o artigo 13 do mesmo Tratado prevê a tomada de medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

Lançando bases legislativas no contexto da repressão europeia dos discursos de ódio, o Tratado de Amsterdã (1999), revelou-se estratégico ao proibir tratamentos desiguais fundados no sexo, equiparando a remuneração entre homens e mulheres, conforme disposto no artigo 119.

Reiterando e aprofundando os princípios cidadãos já esboçados nos tratados anteriores, o Tratado de Lisboa (União Europeia 2008) foi imprescindível para o tratamento dos discursos de ódio na atualidade do processo de integração europeu, haja vista a instrumentalização mecanismos democráticos.

Associando de imediato a dignidade da pessoa humana ao processo de integração, o Tratado de Lisboa estabeleceu como pilares estruturantes da União a liberdade, democracia e igualdade, incluindo as minorias no rol de sujeitos albergados pelas normas protetivas, conforme o disposto no artigo 10.-A.

Sendo assim, a referida norma constitui inovação no âmbito da integração europeia, haja vista a tentativa de trazer ao ambiente institucional

valores cidadãos de uma comunidade pluralista, fundada na não discriminação, solidariedade, tolerância e igualdade entre homens e mulheres.

Direcionando-se também a questões muito específicas e pontuais, como a ajuda humanitária, o Tratado de Lisboa previu a conformidade dessas com os princípios de imparcialidade, neutralidade e não discriminação.

Dessa forma, é possível observar que a natureza jurídica dos discursos de ódio enquanto grave violação de direitos foi sedimentada gradativamente com a sucessão de Tratados e atos normativos incorporados à política da União Europeia.

Entre os instrumentos mais significativos no tocante ao enfrentamento dos discursos de ódio, encontra-se a Decisão Quadro Relativa à Luta por via do Direito Penal contra certas Formas e Manifestações de Racismo e Xenofobia (Conselho da Europa 2008). Conforme disposto no referido documento, o principal objetivo da sua edição é conceder sanções penais efetivas e condizentes com discursos de ódio, melhorando e incentivando a cooperação judiciária nessa matéria.

A importância dessa decisão é observada na enumeração das condutas puníveis como discursos de ódio, haja vista a multiplicidade de mecanismos aptos a provocar agressões fundadas em discriminações, conforme o trecho a seguir:

Serão considerados puníveis como infrações penais determinados atos, tais como:

- A incitação pública à violência ou ao ódio dirigido contra um grupo de pessoas ou um membro de um desses grupos, definido com base na raça, cor da pele, ascendência, religião ou crença religiosa ou origem nacional ou étnica.
- A infração supramencionada, quando realizada através da difusão, por qualquer meio, de texto, imagens ou outro material.
- A apologia, negação ou banalização grosseira públicas dos crimes de genocídio ou contra a humanidade e crimes de guerra, tal como definidos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (artigos 6.o, 7.o e 8.o) e crimes definidos no artigo 6.o do Estatuto do Tribunal Militar Internacional, quando esses comportamentos forem de natureza a incitar à violência ou ódio contra esse grupo ou os seus membros.

A Diretiva 2012/29 (Parlamento Europeu 2012) tem o escopo de estabelecer princípios aplicáveis à proteção e aos direitos de vítimas da criminalidade em geral, que inclui as vítimas de discursos motivados pelo ódio, substituindo a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, primando pela maior clareza e avanço protetivo.

Entre os pontos mais relevantes da norma, observa-se a previsão de um tratamento especial às vítimas de discursos de ódio motivados pela discriminação de gênero, violação que compreende agressões nas relações íntimas, violência sexual, tráfico de seres humanos, casamentos forçados, mutilação genital, entre outros.

De uma forma geral, o documento assevera que as vítimas de discursos de ódio são vulneráveis aos riscos de vitimização secundária, intimidação e retaliação durante o processo penal, perigos identificáveis a partir de uma avaliação individual apta a sugerir medidas de proteção da integridade física e moral.

Nesse sentido, o documento prevê medidas protetivas considerando a maior fragilidade das vítimas desse tipo de prática conforme o disposto nos artigos 57 e 58.

(57) As vítimas de tráfico de seres humanos, terrorismo, criminalidade organizada, violência em relações de intimidade, violência ou exploração sexuais, violência baseada no gênero e crimes de ódio, as vítimas com deficiência e as crianças vítimas tendem a sofrer frequentemente de uma elevada taxa de vitimização secundária e repetida, de intimidação e de retaliação. Deve ter-se particular cuidado ao avaliar se essas vítimas correm ou não o risco de sofrer essa vitimização, intimidação e retaliação, devendo partir-se do princípio de que essas vítimas terão necessidade de medidas de proteção especiais.

(58) As vítimas que tenham sido identificadas como vulneráveis a vitimização secundária e repetida, a intimidação e a retaliação devem beneficiar de medidas de proteção adequadas durante o processo penal. A natureza exata dessas medidas deve ser determinada através da avaliação individual, tendo em conta a vontade da vítima.

Outro documento europeu compreendido à luz da proteção de vítimas de discursos de ódio é a Resolução do Parlamento Europeu (Parlamento Europeu 2014), que contém recomendações à Comissão sobre estratégias para eliminação da violência contra as mulheres.

O referido ato normativo exortou os Estados Membros a avançar na legislação e políticas protetivas de modo a combater as causas da violência, recomendando à União adoção das medidas cabíveis.

Outra norma de importância destacada no enfrentamento dos discursos de ódio na União Europeia é a Resolução do Parlamento Europeu sobre o Reforço da Luta contra o Racismo e os Discursos de Ódio (2013). Entre as principais manifestações de discursos motivados pelo ódio, a resolução elenca os seguintes: racismo, a xenofobia, o antissemitismo, a intolerância religiosa, o anticiganismo, a homofobia, a transfobia, entre outros. O documento considera a relevância de se recordar os massacres perpetrados sob fundamento racista e xenófobo ocorridos no desenvolvimento histórico da Europa, como forma de enfrentá-los no presente.

Para tanto, são enumeradas as seguintes políticas específicas, somadas às legislações penais dos Estados Membros: lançamento de estratégias globais na luta contra os discursos de ódio, práticas que promovam o encorajamento dos cidadãos para denunciar essas infrações, oferecendo-lhes proteção, adoção de uma Diretiva de Promoção da Igualdade pelo Conselho, entre outras iniciativas.

Para instrumentalização dos fins propostos pelo referido ato normativo ao processo de integração europeu, a resolução estabeleceu a compatibilidade entre as normas da União Europeia e dispositivos de direitos humanos afetos à liberdade de expressão. Além disso, compreendeu conhecimentos sedimentados por programas europeus afetos à promoção da cidadania, bem como a participação das organizações da sociedade civil em questão.

Destaca-se que a Resolução do Parlamento Europeu sobre o Reforço da Luta contra o Racismo e os Discursos de Ódio (2013) não é uma norma jurídica de eficácia vinculante, considerando-se sua força limita-se a comunicação a autoridades e órgãos como Presidente do Conselho Europeu, Conselho, Comissão, Parlamentos e Governos dos estados sobre seu conteúdo, sem constituir uma fonte genuína de obrigações a esses sujeitos políticos.

Entre os órgãos europeus mais destacados na promoção da não discriminação e repressão do racismo, da xenofobia, do antissemitismo, homofobia e das intolerâncias e da violência motivada por preconceitos que lhes estão associadas, se destaca a Agência dos Direitos Fundamentais (FRA 2015).

Com esses mesmos objetivos relacionados ao reconhecimento e enfrentamento dos discursos de ódio, de modo a promover uma Europa regida pela tolerância entre as pessoas, destacam-se os seguintes atos normativos: Diretiva 2000/43 do Conselho, que proíbe distinções raciais ou étnicas e a Diretiva 2000/78 do Conselho, que prevê o tratamento igualitário no emprego.

IV. O TRATAMENTO DOS DISCURSOS DE ÓDIO PELO CONSELHO DA EUROPA

Entre os atores políticos mais importantes no tratamento dos discursos de ódio da Europa, destaca-se o Conselho da Europa, organização internacional que promove o Estado de direito, democracia, direitos do homem e o desenvolvimento social, conforme o disposto no artigo 1o. do Estatuto do Conselho da Europa.

Constituindo a principal organização de defesa dos direitos humanos no continente europeu, o Conselho da Europa integra 47 Estados membros, dos quais 28 fazem parte da União Europeia, guiados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Conforme o disposto no artigo 1o. da Convenção de Londres, o Conselho da Europa tem o objetivo de realiza uma união estreita entre os países, de modo a promover os ideais compartilhados e favorecer o progresso econômico e social, promovendo também a defesa dos direitos humanos, democracia pluralista e estabilidade na Europa.

Primando pelos direitos de livre expressão, liberdade de imprensa, reunião, igualdade e proteção de minorias, a organização tem se destacado pelas campanhas lançadas com a finalidade de descrever e enfrentar temas como o discurso de ódio, acompanhando diretamente o desempenho dos Estados membros nessa seara mediante órgãos de monitorização (FRA 2007).

Entre os principais órgãos de monitorização a serviço do Conselho da Europa na tarefa de enfrentar os discursos de ódio estão o Comitê dos Peritos de Avaliação das Medidas contra o Financiamento do Terrorismo; Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância; Comitê Consultivo da Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, entre outros.

Surgido após a Segunda Guerra Mundial com escopo nas finalidades já mencionadas, o Conselho da Europa capitaneou instrumentos jurídicos importantes para o enfrentamento dos discursos de ódio na Europa, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

O referido documento é um dos tratados contemporâneos em matéria de direitos humanos, que segue a linha protetiva da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU), impondo obrigações de natureza vinculante aos Estados Membros, como a garantia dos direitos humanos.

Constitui fonte dos direitos humanos no plano internacional, implicando no estabelecimento de regras voltadas para a solução de casos concretos, e edificação um sistema de fiscalização da observância das normas pelos Estados membros.

Após a data de entrada em vigor, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem passou por várias modificações mediante instrumentos denominados Protocolos Adicionais, entre os quais se destaca o no. 12, que adicionou à Convenção a proibição de discriminações relativas ao sexo, raça, cor, língua, religião, convicções políticas, origem, condições socioeconômicas, entre outros.

Quanto à aplicabilidade da Convenção, essa é mediada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, órgão internacional especial dedicado à prolação de sentenças e funções processuais, garantindo o respeito dos Estados pelos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção.

Assim, o aprofundamento normativo da Europa em torno das normas de enfrentamento dos discursos de ódio relaciona-se diretamente com a incidência internacional da Convenção Europeia, bem como a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em caso de descumprimento.

Entre os vários documentos sancionados pelo Conselho da Europa no tratamento dos discursos de ódio, destacam-se a Carta Social Europeia (1996), que prevê o direito à igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão, assim como a proibição contra a discriminação.

Igualmente importante, a Recomendação Geral no. 15, da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância, do Conselho da Europa, se relaciona com o combate ao discurso de ódio, assumindo fundamental relevância para a identificação do conceito de discurso de ódio e facilitando a hermenêutica em torno de tais condutas.

V. OS DISCURSOS DE ÓDIO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Sendo órgão internacional especial garantidor da observância da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) tem se destacado na missão de enfrentar os discursos de ódio, entendidos como grave violação de direitos humanos.

Quanto à sua natureza jurídica, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é uma jurisdição internacional com sede em Estrasburgo, composto por um número de juízes igual aos dos Estados membros do Conselho da Europa signatários da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Embora seja composto por juízes provenientes de todos os Estados membros, esses encontram-se desvinculados das aspirações observadas nos seus países de origem, não representando esses nem seus requerentes, haja vista o compromisso com os direitos humanos em uma perspectiva continental.

Com relação ao enfrentamento dos discursos de ódio na Europa, o TEDH tem adotado uma linha de raciocínio rigorosa ante à prática de discriminações (não apenas sobre discursos de ódio), primando pela falta de justificação desse comportamento em uma sociedade contemporânea de cunho pluralista.

Por outro lado, em alguns casos concretos o mesmo Tribunal tem adotado uma interpretação mais flexível dos discursos de ódio, de forma a privilegiar o direito à livre manifestação do pensamento em confronto com outros.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes decisões:

1. *Processo Moustaquim c. Bélgica*

Trata-se de caso de cidadão marroquino ameaçado de ser expulso da Bélgica em virtude da prática de supostos crimes e inconformado com a decisão de expulsão, haja vista o tratamento discriminatório.

Em sua defesa, alegou tratar-se de discriminação com base na nacionalidade, uma vez que aos cidadãos belgas acusados de infrações criminais não era imposta a pena de expulsão.

Analisando o caso concreto, O TEDH não visualizou discriminação, tendo em vista as diferenças práticas entre a situação do marroquino e dos cidadãos belgas, que não podem ser expulsos do próprio país de origem.

No entanto, apesar de reconhecer como legítimo o fundamento do tratamento diverso, o TEDH reconheceu que a situação do cidadão marroquino é comparada à de vários cidadãos não belgas oriundos de outros Estados-membros da EU, portanto não passíveis de expulsão, haja vista a instituição da liberdade de circulação.

2. *Processo Luczak c. Polónia*

No caso concreto, agricultor de francês, de residência e trabalho na Polónia teve o acesso recusado no sistema de segurança social polaco especial, criado especificamente para apoiar agricultores polacos, e, portanto, inacessível a cidadãos não polacos.

Debruçando-se sobre a reclamação da parte, o TEDH entendeu pela similaridade entre a situação do cidadão francês e os agricultores polacos, tendo em vista a residência permanente, pagamento de iguais impostos e contribuição para o financiamento do sistema de segurança social.

3. *Processo Aziz c. Chipre*

Privado do direito ao voto devido a sua origem étnica turco-cipriota, bem como a lei A lei cipriota em vigor, que só autorizava os cipriotas-turcos e os cipriotas-gregos a votar nas eleições legislativas nos candidatos da sua própria comunidade étnica, o requerente submeteu reclamação ao TEDH.

Em sua defesa, o governo argumentou que a impossibilidade de votar decorria do facto de não existirem candidatos disponíveis em quem o queixoso pudesse votar, tendo em vista o abandono do território pela maioria da comunidade turca e suspensão da participação dessa nas eleições.

Decidindo sobre o caso, o TEDH interpretou que havia estreita ligação entre as normas eleitorais e a pertença à comunidade turco-cipriota, e como o governo não adotou normas eleitorais pertinentes à situação,

a privação do voto constituía discriminação direta com base na origem étnica.

4. *Processo Weller c. Hungria*

No caso concreto, uma cidadã romena mãe de quatro filhos e casada com um nacional da Hungria não foi considerada apta a receber prestações de maternidade, haja vista a ausência de nacionalidade húngara.

Tentando solicitar as prestações o pai das crianças recebeu resposta negativa do governo, que em sua defesa afirmou que as prestações eram devidas somente a mães.

Decidindo sobre o caso, O TEDH concluiu pela discriminação praticada em face do marido em razão da paternidade e não do sexo, tendo em vista o direito dos pais adotivos e tutores do sexo masculino no sentido de requerer prestações, direito negado aos progenitores naturais.

No mesmo processo, os filhos alegaram a discriminação que fundamentou a recusa do Estado de pagar subsídio ao seu pai, tendo o TEDH considerado a queixa razoável e reconhecido a discriminação.

5. *Processo D.H. e outros c. República Checa*

No caso concreto, em escola da República Checa, realizaram-se variados testes para aferir da inteligência e da aptidão de alunos, de modo a fundamentar a decisão de transferi-los para escolas especiais, correspondentes a alunos com dificuldades de aprendizagem.

Considerando que os testes foram aplicados com base no nível da população checa maioritária, ocasionando maiores possibilidades de reprovação dos alunos de Roma, aconteceu de 80 a 90 por cento das crianças de Roma terem sido colocadas em escolas fora do sistema de ensino regular. Compulsando a matéria, o TEDH concluiu pela discriminação indireta.

6. *Processo Bączkowski e Outros c. Polónia*

No caso concreto, o presidente da Câmara de Varsóvia emitiu publicamente supostas comunicações de natureza homofóbica, vedando a

realización de una marcha de sensibilización da opinión pública sobre discriminación en razón da orientación sexual.

A pesar de o réu alegar en sua defensa a necesidad de evitar confrontos entre manifestantes, o TEDH concluiu que as declaraciones formuladas tuvieron o potencial de influenciar autoridades competentes, mediante discriminaciones fundadas en motivos de orientación sexual, además de ferir o derecho à libertad de reunión e de asociación, bem como o principio da igualdad.

7. *Proceso Paraskeva Todorova c. Bulgaria*

No obstante as recomendaciones do Ministerio Público nacional no sentido de suspender a pena impuesta a um indivíduo romano, os tribunais nacionales recusaram-se expressamente a seguir tal raciocínio, alegando a pertinencia da condenación, haja vista a existencia de uma cultura de impunidad entre a minoria romana, o que poderia servir de exemplo inspirador.

Analisando o caso, o TEDH concluiu pela violación do direito a um julgamento justo e isento de discriminación, bem como lesão ao princípio da igualdad, configurados no caso concreto.

8. *Proceso Thlimmenos c. Grécia*

No caso concreto, a lei nacional impedia condenados criminais de exercerem profissão de revisor oficial de contas, por conta da presunção de ausência de honestidade e fiabilidade, características necessárias à realização do ofício.

Como o requerente foi condenado criminalmente pelo fato de recusar envergar o uniforme durante o serviço nacional, devido suas concepções pacifistas de Testemunha de Jeová, considerou a vedação descabida em sua situação particular.

Analisando os fatos, o TEDH concluiu pela ausência de fundamentos para impedir o acesso à profissão desejada, haja vista a falta de liame entre condenación e virtudes morais, afirmando assim a prática de discriminación.

9. *Processo Wintersberger c. Áustria*

À luz da legislação nacional, portadores de deficiência gozam de proteção especial em face do empregador, sendo despedidos apenas após prévia aprovação por um comitê especial, medida que pode ser aplicada retroativamente em caso de desconhecimento da enfermidade pelo empregador.

No caso concreto, o requerente preenchia perfeitamente esses requisitos, haja vista a sua deficiência, no entanto argumentou o tratamento discriminatório das pessoas sem deficiência, não sujeitas a possibilidade de avaliação, tampouco aprovação retroativa.

Assim, O TEDH concluiu pela razoabilidade do dispositivo, que justificava a discriminação reversa, declarando a queixa inadmissível, dessa forma.

10. *Processo Mondragón c. Espanha*

No caso concreto, um porta voz de um grupo parlamentar fez afirmações públicas sobre uma operação policial, argumentando que o chefe de Estado espanhol e chefe das forças armadas chefiava pessoas que haviam detido e torturado outras na referida operação.

Em uma cerimônia com o presidente do governo vasco, o parlamentar proferiu as seguintes palavras: “Como é possível ser fotografado hoje em Bilbao com o rei da Espanha, quando esse é responsável por proteger torturadores e impor o seu regime monárquico ao nosso povo por meio de tortura e violência?” (§10).

Tendo o Ministério Público apresentado denúncia ante as declarações públicas do parlamentar, o primeiro julgamento do Supremo Tribunal de Justiça do País Vasco considerou que essas foram realizadas no âmbito do direito à liberdade de expressão, e como tal, não deveriam ultrapassar os limites do mesmo, havendo a condenação do agente político.

Nessa discussão, o TEDH interpretou o caso à luz da liberdade de expressão e seus limites em um Estado democrático, considerando que a Espanha violou o artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o direito à liberdade de expressão do líder parlamentar, condenado pelas palavras relacionadas à pessoa e atuação do rei.

A decisão do TEDH conferiu também um significado especial à liberdade de expressão na seara do discurso político, no qual esse direito tem imensurável valor aos eleitos pelo povo, representantes dos constituintes.

11. *Proceso Castells c. Espanha*

À semelhança do caso anterior, o TEDH analisou a condenação de um membro do parlamento por insultos ao governo quanto à sua inércia diante da gravidade dos atos de terrorismo no País Vasco.

Nesse sentido, o TEDH afirmou a importância da liberdade de expressão no contexto político, considerando a relevância dessa para o bom funcionamento das instituições de uma sociedade democrática.

Dessa forma, se acordo com a referida interpretação, qualquer ingerência à essa liberdade fundamental exige padrões de controle rigorosos, especialmente no contexto político.

12. *Proceso Merguer e Cros c. França*

Na condição de filha do autor de um processo de sucessão, a requerente viu-se incapacitada legalmente para receber de seu pai, em vida ou após a morte, mais da metade do patrimônio que lhe seria reservado caso fosse filha legítima.

Analisando o presente caso, a interpretação do TEDH suscitou a ausência de razões justificadoras da discriminação fundada no casamento, declarando a violação dos artigos 8º e 14ª da Convenção, que estabelecem a não ingerência do Estado no direito de constituir vida privada e familiar, e a proibição de quaisquer distinções fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas, origem, condições socioeconômicas, entre outros.

VI. A APLICAÇÃO DA NORMATIVA E JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA NOS ESTADOS EUROPEUS: O CASO DA ESPANHA STC 235/2007

Diante de todo exposto, é possível observar uma tendência generalizada de enfrentamento dos discursos de ódio no continente europeu, tanto a partir

das iniciativas do Conselho da Europa, como também em órgãos específicos do processo de integração vivenciado na União Europeia.

Nessa discussão, a concepção acerca da liberdade na Europa diferencia-se da que pode ser observada na realidade dos Estados Unidos, onde prevalece uma interpretação mais liberal em torno desse direito. Assim, a liberdade de expressão é proclamada, do ponto de vista constitucional, como direito limitado e exercido dentro de certos limites, de forma a evitar abusos, casos em que os direitos lesados podem ser mais privilegiados nas vias jurisdicionais (Ubillos 2008).

Tendo em vista o teor da Convenção Europeia, considerável parte dos Estados que ratificaram seu conteúdo tipificaram a conduta de negar ou minimizar o extermínio sistemático dos judeus durante o regime nazista, o que não aconteceu sem controvérsias.

Um exemplo disso é a existência de um tipo penal para a negação do Holocausto, considerada constitucional por países como a Alemanha e descabida em ordenamentos como o espanhol, conforme poder ser observado no Acórdão do Tribunal Constitucional 235/2007, que resolve a questão da inconstitucionalidade no artigo 607.2 do Código Penal.

Trata-se da condenação em primeira instância de um cidadão envolvido em suposta incitação de ódio, através na negação ao genocídio de povos judeus durante o regime nazista, Holocausto.

Conforme o disposto na decisão restou comprovado o envolvimento do réu, proprietário de uma livraria local, com distribuição, divulgação, e venda de materiais e publicações negando o genocídio praticado contra judeus, além de justificar tal fato.

Do ponto de vista jurídico, o caso suscitou o conflito entre a liberdade de expressão, amparada pelo art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o tipo penal contido no art. 607,2 do Código Penal espanhol, reduzido aos seguintes termos:

Difundir por quaisquer ideias meios ou doutrinas que negam ou justificar os crimes de genocídio ou destinados a reabilitar regimes ou instituições que protegem tais práticas, fundamento legal utilizado para a condenação do réu em primeira instância.

Nessa discussão, a Audiência Provincial de Barcelona suscitou a questão da inconstitucionalidade do referido dispositivo normativo, adotando uma interpretação contrária à dominante em outros países como a Ale-

manha, de forma a privilegiar o direito à livre manifestação do pensamento.

Assim, a decisão pontuou que esse direito ultrapassa a natureza de liberdade individual, conformando elementos de construção do sistema político democrático, abrangendo além da livre expressão, o direito de se comunicar livremente, exprimindo opiniões eventualmente conflitantes, o que promove uma sociedade aberta e pluralista.

Sendo assim, a liberdade de expressão engloba não apenas as informações ou ideias consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também às que ofendem, chocam ou inquietam o Estado ou qualquer parte da população, conforme os termos da decisão.

Observa-se então que o julgado privilegiou as liberdades ideológicas, participação, expressão e informação, incluídas na mera difusão de ideologias, o que não se configura contrariedade com os preceitos constitucionais, mas garantias de não intervenção do Estado na vida privada do indivíduo.

Além dessas considerações, a decisão ainda sustentou o caráter relativo da liberdade de expressão, pontuando a possibilidade de restrição dessa em caso da prática de atos com a intenção de discriminar indivíduos ou grupos em razão de qualquer condição ou circunstância pessoal, étnica ou social.

Interpretando a abrangência e finalidades do dispositivo punitivo espanhol, concluiu-se que a conduta proibida não se relaciona com incitação a discursos motivados pelo ódio, mas mantém correspondência direta com a liberdade de expressão.

Assim, entendeu-se também que além de restringir significativamente a livre manifestação do pensamento, o artigo do Código Penal espanhol ainda fere a liberdade científica (artigo 20.1 b) e de consciência (artigo 16 CE).

Nessa perspectiva, a decisão pontuou que a negação consiste em uma mera expressão de ponto de vista sobre determinados fatos, portanto a prática de incitação ao ódio não deve ser presumida, mas avaliada nos casos concretos.

No entanto, convém observar que a inconstitucionalidade suscitada no Tribunal não é presumida em todos os casos de negação do genocídio, incidindo apenas quando a conduta não contenha insultos e intenção clara de incitar o ódio.

As nuances interpretativas presentes na referida decisão provocam celeuma na doutrina, havendo autores que concordam com a supremacia do direito à livre expressão e outros que condenam o ponto de vista, exaltando o princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade e não discriminação.

Nessa discussão, há variedade de autores com posicionamentos contrários, para os quais os argumentos apresentados em favor da constitucionalidade da conduta de negar o genocídio, banalizam os crimes hediondos de ódio, desprezando a dignidade e sofrimento das vítimas. Nesse raciocínio, o precedente marca uma nova tendência na interpretação constitucional dos discursos relacionados à apologia do genocídio na Europa, haja vista a valorização do princípio de livre manifestação do pensamento (Espino 2008).

No entanto, a virada interpretativa, além da densificação do entendimento jurisdicional também ocasiona vários riscos como fomentação de um clima de intolerância, nocivo para a convivência democrática (Espino 2008).

Na sua argumentação o Tribunal aduz, entre outros elementos, a falta de relação entre negação do genocídio e dolo de incitar o ódio racial ou menosprezar determinado grupo social. Além disso, a decisão também pontua que a liberdade de expressão abrange a busca da verdade histórica.

Nessa discussão, a mera negação tipificada na Lei Penal espanhola não implica na mera desconsideração de um fato histórico qualquer, senão um dos mais graves acontecimentos presenciados pela humanidade. Além disso, o genocídio de judeus restou provado através de elementos incontestáveis, o que afasta a justificativa de neutralidade científica em sua negação (Espino 2008).

Seguindo o raciocínio contrário, outros autores consideram acertada a decisão do tribunal, que adotando uma linha interpretativa oposta ao entendimento majoritário nos países europeus, privilegia o direito de livre manifestação de pensamentos.

Nesse sentido, o caso discutido congregaria principalmente a liberdade de manifestação de ideologias e pensamentos, reconhecida pelo artigo 16 da Constituição, princípio compatível com uma sociedade aberta e pluralista, que protege a circulação de ideias, aceitas ou não pela sociedade.

Ainda nesse raciocínio, o julgado revelaria significativa importância para a proteção da que a liberdade de investigação científica, haja vista o constante processo de reformulação de verdades científicas, que não pode ser engessado pela norma jurídica, sob pena de ameaça à neutralidade.

A nosso ver, a sentença 235/2007 trouxe elementos para amadurecimento do debate em torno da colisão entre, de um lado, liberdade de expressão, consciência e crença e de outro, dignidade da pessoa humana e princípio da igualdade.

É certo que, dada a crueldade e horror do genocídio cometido contra o povo judeu durante o regime nazista, vários países como a Alemanha adotaram condutas bastante restritivas no sentido de proibir a negação do Holocausto, o que demonstra a observância do passado na prevenção de violências futuras.

Apesar de ter um fundamento razoável, esses dispositivos podem causar injustiças em casos concretos, tendo em vista a associação imediata da negação em si à prática de incitação de ódio, o que deve ser analisado em cada situação.

Quando essa discussão é contextualizada com a estruturação das instituições marcadas pela complexidade, a exemplo das contemporâneas, a pluralidade de vozes, ideais e discursos dificulta sensivelmente a formação de consensos e alcance da unanimidade (Habermas 1990).

Assim, para possuir fundamentos legítimos, tais instituições devem ser justificadas pelo diálogo argumentativo e inclusivo entre os membros de uma comunidade, o que é possível apenas mediante a comunicação e reflexão acerca dos argumentos mais razoáveis (Habermas 1990).

Nessa discussão, é importante observar que os limites argumentativos são tênues entre o privilégio de um princípio e a menor profundidade semântica de outro, sendo aconselhável adotar instrumentos de equilíbrio no processo interpretativo.

No caso da referida decisão, observa-se que nem todas as negações de genocídios são amparadas pela liberdade de expressão, mas tão somente aquelas que não contém insultos ou ofensas diretas e finalidade clara de incitar o ódio.

Apesar do acerto da decisão no tocante à liberdade de expressão, consciência e crença, não concordamos com o argumento de que esse raciocínio seja necessário para garantir a neutralidade científica, como foi apontado por autores favoráveis ao entendimento.

É certo que as ciências, como forma privilegiada de construção e justificação do saber, sujeitam-se à constante revisão de seus pressupostos e modos de conceber fenômenos determinados, no entanto esse não é elemento suficiente para justificar a inconstitucionalidade do crime de negação do genocídio.

Como já foi aprofundado, o tipo penal conta com vários argumentos que apontam pela sua inadequação jurídica, mas a neutralidade científica não pode ser inscrita entre esses fatores.

Isso porque é admissível que a ciência assista a reformulação dos seus pressupostos quanto ao crime de genocídio, sem implicar, porém na negação desse acontecimento lamentável, tendo em vista o conjunto probatório incontestável e as lições que jamais devem ser esquecidas pela humanidade.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em atenção às violações perpetradas através dos discursos de ódio, organismos internacionais tipificam diversas formas de discriminação, firmando também o compromisso dos Estados com seu enfrentamento.

Motivados por fundamentos de sexo, raça, etnia, concepções políticas e religiosas, entre outros elementos, os discursos de ódio violam frontalmente os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, através da humilhação de pessoas e intimidação de grupos sociais.

Apesar da adoção de vários instrumentos jurídicos repressivos, realização de campanhas educativas e fomentação de uma consciência humana pautada na tolerância, os discursos de ódio ainda persistem na Europa, o que demonstra a complexidade do problema.

Nessa discussão, a realidade europeia tem se destacado pela quantidade e qualidade de disposições normativas adotadas com a finalidade de reprimir os discursos de ódio, haja vista os instrumentos adotados por órgãos da União Europeia como Parlamento e Comissão, bem como iniciativas desenvolvidas pelo Conselho da Europa, organismo internacional imprescindível para a defesa de direitos humanos.

Essa tendência protetiva também tem sido observada no Tribunal Europeu de Direitos do Homem, que em uma série de precedentes, tem mantido interpretações garantistas às partes lesadas, afirmando a existên-

cia e incitação de discriminações, bem como adotando as medidas para corrigi-las.

No caso do Tribunal Constitucional da Espanha, adotou-se posicionamento mais flexível, quanto a inconstitucionalidade do crime de negação do genocídio, demonstrando amadurecimento interpretativo quanto aos conflitos entre liberdade de expressão e não discriminação, além de prestigiar o princípio de presunção da inocência.

Consequentemente os casos futuros demandarão um maior apego às suas circunstâncias particulares, de modo a caracterizar ou não as discriminações, implicando também no aprimoramento do trabalho argumentativo em torno dos diferentes pontos de vista, elemento imprescindível para o desenvolvimento de uma sociedade pluralista.

VIII. REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. 2012. “Data in Focus Report –Minorities as Victims of Crime”, disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012-eu-midis-dif6_0.pdf.
- AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. 2012. “Making Hate Crimes Visible in the European Union: Acknowledging Victims’ Rights”, disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012_hate-crime.pdf.
- AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. 2015. “O crime de ódio na União Europeia”, disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-factsheet_hatecrime_pt_final.pdf.
- BARBOSA, A. F. 2003. *O mundo globalizado: política, sociedade e economia*, São Paulo, Contexto.
- BAUMAN, Z. 1999. *Globalização: as consequências humanas*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor.
- CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. 2013. *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: casos nacionais*, Lisboa, Centro de Estudios Judiciários.
- ESPINO, M. L. S. 2008. “Comentario a la STC 235/2007 de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio”, *Revista para el Análisis del Derecho*, 2.
- FUNDACIÓN DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. 2018. *Delitos de odio. Guía práctica para la abogacía*, Madrid, Fundación Abogacía Española.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 411-435.

- HABERMAS, J. 1990. “Soberanía popular como procedimiento”, *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, 26.
- HERRERA, D. M. 2014. “Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, *Estudios de Deusto*, 2(62).
- HERRERA, D. M. 2014. “¿Cuándo el «hate speech» se convierte en «hate crime?» Libertad de expresión y derecho internacional según el TEDH”, *Revista de la Facultad*, Córdoba, 2(2).
- PARLAMENTO EUROPEO. 2012. “Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo”, *Diario Oficial de la Unión Europea* (1).
- SANTOS, M. 2006. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, Rio de Janeiro, Record.
- SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. 2016. *Raadh, Países firmam 11 acordos para garantia de direitos humanos no Mercosul*, 27 outubro, disponível em: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2014/novembro/raadh-paises-firmam-11-acordos-para-garantia-de-direitos-humanos-no-mercosul>.
- UBILLOS, J. M. B. 2008. “La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Político*, 71-72.

ESTUDO LEGISLATIVO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA No. 433 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR: LIMITES AO PODER REGULATÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS*

Jonas Rodrigo GONÇALVES**
Gabriel VIDAL BRITO***

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *O poder normativo das agências reguladoras brasileiras*. III. *Os limites ao poder normativo das agências*. IV. *Os limites ao poder normativo das agências reguladoras à luz da Resolução Normativa no. 433 da Agência Nacional de Saúde Suplementar*. V. *Considerações finais*. VI. *Referências*.

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar os limites ao poder técnico-normativo das agências reguladoras com foco na Resolução Normativa no. 433 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que, entre outras modificações, incluía o aumento do percentual de cobrança de coparticipação, assim como aumento da franquia em planos de saúde.

Diante da repercussão causada pela norma elaborada pela agência reguladora membros da OAB manejaram uma ação no Supremo Tribu-

* Estudio legislativo recibido el 5 de octubre de 2019 y aceptado para su publicación el 30 de abril de 2020.

** ORCID: 0000-0003-4106-8071. Doutorando em psicologia (cultura contemporânea e relações humanas); mestre em ciência política (direitos humanos, políticas públicas e cidadania), licenciado em filosofia, sociologia e letras. Especialista em direitos constitucional, administrativo e trabalhista. Professor da Faculdade Processus (DF/Brasil); professor da Universidade Paulista (SP/Brasil); professor da Faculdade Sena Aires (GO/Brasil). CV: <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>. Correo electrónico: professorjonas@gmail.com.

*** ORCID: 0000-0003-0695-1360. Possui graduação em administração pela Universidade Anhanguera de São Paulo (Brasil). Graduando em direito pela Faculdade Processus (DF/Brasil) Atualmente é analista sênior do banco de Brasília (DF/Brasil). CV: <http://lattes.cnpq.br/7513685262005307>. Correo electrónico: gabrielvidallbrito@gmail.com.

nal Federal discutiendo su competencia para disciplinar a materia. Assim, a Suprema Corte acatou o questionamento apontado pela Ordem dos Advogado e suspendeu liminarmente o ato normativo, porém em seguida diante da grande pressão social a resolução foi revogada por ato próprio da entidade.

Assim, mesmo após a revogação da resolução normativa, se identifica como problema a ser debatido: Há limite ao poder normativo das agências Reguladoras? A Agência Nacional de Saúde Suplementar extrapolou seu poder normativo quando editou a Resolução 433/2018?

O estudo do tema é de grande importância, uma vez que a problemática enfrentada causou grande repercussão no meio jurídico e vários setores da sociedade se manifestaram contra o ato normativo com argumentação que medida foi arbitrária e afetaria boa parte dos serviços de saúde.

Destarte, há tempos a doutrina discute sobre o limite da atuação normativa das agências, no entanto ainda não se ache um consenso sobre o tema. Atualmente, contudo, já se encontre parâmetros (*standards*) na lei para medir a atuação normativa dessas entidades. Ademais, os princípios da separação dos poderes e da legalidade também são matérias de aferição quando da elaboração de uma resolução normativa.

No primeiro capítulo deste artigo refere-se ao poder normativo das agências reguladoras e seus limites. De forma inicial, são apresentados os conceitos sobre a competência normativa das agências reguladoras. Em seguida, analisa-se o fenômeno da *deslegalização* que tem ganhando relevância nos últimos anos devido à forte influência no meio jurídico.

O segundo capítulo trata-se dos limites ao poder técnico-normativo das agências em sentido amplo. De forma inicial, é delineado o limite ao poder normativo dessas entidades, outro tema que tem ganhado destaque no cenário atual, uma vez que as edições desses atos normativos muitas vezes possuem caráter geral e abstrato atingindo todos os administrados que estão sob égide de sua atuação.

O terceiro e último capítulo analisa-se os limites ao poder normativo das agências reguladoras à luz da Resolução Normativa no. 433 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Primeiro, é apresentado as competências normativas e órgãos legiferantes da ANS. Posteriormente, é avaliado os principais pontos da resolução normativa em comento, bem como as discussões, debates e o controle judicial exercício sobre a norma. Por fim, se analisa se houve ou não extrapolação do exercício ao poder

normativo pela entidade reguladora, assim como os motivos ensejadores da revogação do ato normativo pela ANS.

Portanto, utilizando-se de pesquisa doutrinária, estudo de casos e jurisprudências são elucidados os limites ao poder normativo das entidades reguladoras, em especial, no que tange a resolução normativa no. 433 da ANS.

II. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

O poder normativo das agências reguladoras ou poder regulamentar são espécies normativas normalmente exaradas por meio de resoluções. Esses atos normativos em muitos momentos são questionados pela sociedade de modo geral, pois, há certa discricionariedade da administração em sua elaboração.

Diante disso, é importante mencionar a competência do presidente da República, em que a Constituição Federal por meio do seu artigo 84, expressa o seu poder normativo para propor decreto regulamentar para execução das leis.

Nesse sentido, ensina Zarandella Di Pietro (2018, 98):

O poder regulamentar, por excelência, incumba ao chefe do Poder Executivo das três esferas de governo. Este tipo de Regulamento se formaliza mediante decreto. Mas existem outros tipos de atos normativos com caráter regulamentar, expedidos por órgãos ou entidades da administração pública, como as resoluções, portarias, instruções, circulares, regimentos, ordens de serviço, avisos, além de atos normativos do Legislativo e do Judiciário, praticados no exercício de função administrativa.

Assim, é importante observar que o decreto do Executivo possui como principal fundamento delinear a lei de modo a fazer com que os direitos do cidadão sejam postos à disponibilidade da sociedade, visto que o direito previsto em lei, nem sempre é exequível, pois em alguns momentos sua eficácia plena está subordinada há algum regulamento do Executivo.

Dessa forma, a nobre doutrinadora quis nos informar é que, embora esteja prevista na Constituição Federal a atribuição para regular determinadas matérias legais, tal atribuição não é exclusiva do chefe do Poder Executivo, podendo a administração delegar por decreto ou pela própria

lei, notadamente, em relação as matérias de relevado conhecimento técnico.

Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, 139) assevera que a atividade de regulação estatal envolve funções mais amplas que a função regulamentar. Esta função, para Maria D'Assunção Costa Menezello (2002, 38), é o poder exclusivo atribuído por dispositivo constitucional ao chefe do Executivo para disciplinar as leis, por meio de atos normativos, denominados decretos, orientando a fiel execução das leis.

Ademais, os atos normativos editados pelo Poder Executivo de modo geral são atos normativos secundários ou subordinados, uma vez que estão adstritos aos ditames da lei. Ou seja, o ato normativo secundário não pode contraria ou inovar no mundo jurídico apenas proporcionar fiel execução a lei.

A elaboração de normas secundárias para complementação da lei editada pelo poder legislativo em suas funções típicas, ou seja, normas primárias, é atividade inerente a função administrativa do Poder Executivo. A esse fato, quando há omissão da administração pública em editar o ato regulamentar, a carta magna previu para esses casos o mandado de injunção (MJ) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Sobre a problemática da delimitação normativa das agências reguladoras, Henrique Ribeiro Cardoso (2016, 155) explica que:

Das funções exercidas, a que mais causa perplexidade, na busca da natureza, fundamento e extensão, é a competência normativa, havendo a necessidade de se compatibilizar tal exercício com o rígido e analítico delineamento trazido na Constituição Federal. Na busca de parâmetros para a edição das normas das agências, identificando seu poder normativo e enquadrando-o nos limites da Constituição Federal, surgem três hipóteses: a primeira, identificando o poder normativo das agências como uma nova espécie legislativa primária; a segunda, vislumbrando nas normas das agências uma espécie de regulamento; a terceira atribuindo às normas das agências status jurídico inferior à lei e ao regulamento do chefe do Poder Executivo.

Assim, é fácil perceber que os atos normativos editados pelo Executivo são derivados e não ordinários, a exceção do decreto autônomo¹ que é

¹ “A ponto de se admitirem em nosso ordenamento jurídico os chamados decretos e regulamentos autônomos, ou seja, aqueles que não dependem da existência de lei anterior para que possam ser editados” (Spitzcovsky 2019, 236).

considerado um ato normativo primário. Assim, foi instituído pela Emenda Constitucional no. 32, de 11 de setembro de 2001, conferindo poderes ao Poder Executivo para sua edição em caráter primário.

Nessa esteira, leciona Carvalho Filho (2018, 197):

Por esse motivo é que, considerando nosso sistema de hierarquia normativa, podemos dizer que existem graus diversos de regulamentação conforme o patamar em que se aloje o ato regulamentador. Os decretos e regulamentos podem ser considerados como atos de regulamentação de primeiro grau; outros atos que a eles se subordinem e que, por sua vez, os regulamentem, evidentemente com maior detalhamento, podem ser qualificados como atos de regulamentação de segundo grau, e assim por diante.

Os decretos e regulamentos são considerados por grande parte da doutrina contemporânea como atos regulatórios de primeiro grau, no entanto, em contrapartida, subordinado a eles, encontra-se os atos regulatórios de segundo grau que são as instruções editadas por ministros de Estado.

Dessa forma, percebe-se que tanto os decretos emanados com exclusividade pelo poder executivo, quanto os outros atos normativos citados possui a mesma finalidade que é proporcionar a execução das leis, ou melhor, fazer com que as normas tenham sua aplicabilidade nos moldes em que o Poder Legislativo as editou.

Nessa linha, encontra-se o poder normativo das agências reguladoras que por seu elevado grau de especialização sobre determinada matéria acaba por regular o tema de tal maneira que acabam extrapolando seu poder regulamentar.

O poder normativo das agências reguladoras apresenta um forte relacionamento com a *deslegalização*, ou seja, está nomenclatura nada mais é que a transferência pelo legislador de certas matérias legais para o âmbito de atos normativos secundários, quais sejam, decretos e regulamentos.

Nesse sentido, segundo Ricardo Alexandre e João de Deus (2018, 137), a *deslegalização* é o fenômeno pelo qual a normatização sai do domínio da legal para órbita do regulamento. Afirma-se, ainda, que esse fenômeno ocorre pelo alto grau de especialidade das entidades que compõe a administra indireta.

Nesse mesmo sentido, leciona Alexandre De Aragão (2000, 23) que a delegificação consiste na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento.

Diante da a atividade técnica desenvolvida pela administração indireta sobre matérias complexas se fez necessário a regulação de determinados temas por entidades especializadas. Dessa forma, tornou-se fundamental passar determinadas matérias para instituições especializadas de forma que sejam disciplinadas de forma eficiente e rápida, pois o processo legislativo nem sempre detém competência técnica suficiente para legislar sobre temas de alta complexidade de alguns setores econômicos.

Nesse diapasão, leciona Carvalho Filho (2018, 117), a incapacidade do Poder Legislativo de acompanhar as rápidas mudanças sociais e econômicas sobre determinados setores da economia, especialmente, temas de alta complexidade faz com que seja necessário a transferência da regulação desses temas para órgãos especializados com capacidade suficiente para proporcionar as respostas necessárias para justa organização da sociedade.

Esse fenômeno, modernamente, também conhecido como *delegificação* é realidade no sistema Brasileiro notadamente sobre as atribuições normativa das agências reguladoras.

Assim, a *deslegalização* visa essencialmente facilitar o processo normativo do Estado em sentido amplo na medida que estabelece com maior agilidade e eficiência regulação para setores que por sua própria natureza necessita de maior conhecimento técnico para acompanhar sua evolução. Contudo, não significa dizer que tal poder não encontre limites no ordenamento jurídico.

A atribuição normativa das agências é própria da atividade regulamentar que lhe foi concedida. Assim, de todas as características das agências reguladoras a mais polêmica é o exercício do poder normativo, especialmente com aumento significativo das resoluções normativas editada por essas entidades que por vezes são questionadas no âmbito judicial.

Há uma forte divergência doutrinária em relação à constitucionalidade da amplitude, pois não se tem ao certo um parâmetro claro sobre até onde se pode normatizar via regulamento sem estar invadindo a competência *legiferante* do Legislativo.

Assim, percebe-se que a validade da lei que confere poder para elaboração de regulamentos pelas agências deve apresentar balizadores (*stan-*

dards), claros e suficientemente preciso, de forma que não haja margem para interpretação duvidosa sobre sua atividade regulatória.

Destarte, a constitucionalidade da lei que atribui poderes às agências reguladoras depende dos parâmetros estabelecidos sejam suficientes e claros, pois se não seria apenas a outorga da função *legiferante* do legislador.

A modernidade trouxe vários desafios ao Poder Legislativo, um deles é a necessidade de legislar sobre matérias de alto grau de especialidade. Desta feita, incapaz de regular essas matérias há solução encontrada segundo José dos Santos Carvalho Filho (2018, 118) foi “o próprio Legislativo delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre tais assuntos”.

Nesse contexto, é importante mencionar o importante julgado do Tribunal Regional Federal da 2o. Região de Relatoria de Alcides Martins Ribeiro Filho de 2017 Desembargador Federal, com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA REGULADORA. PODER NORMATIVO. ANS. RESOLUÇÃO NO. 20, DE 2008. LEGITIMIDADE... A Lei no. 9.961/00, ao criar a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, conferiu como uma de suas atribuições a normatização e a fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde (artigo 1o.), competindo-lhe “fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento” (artigo 4o., XXIII). Ao expedir Resoluções e Instruções normativas, a ANS age dentro de suas atribuições institucionais, nos limites do poder regulamentar (normativo) de que é titular, nos termos dos artigos 3o. e 174 da Constituição, positivados e explicitados nas Leis nos 9.656/1998 e 9.961/2000. O denominado “poder normativo” conferido às agências reguladoras, de acordo com a doutrina majoritária, decorre do exercício de função administrativa, e não legislativa, a inda que sua carga de aplicabilidade possa ser considerada genérica. O que se verifica é a transferência, por parte das próprias leis de regulação, de alguns vetores, de ordem técnica, para a normatização por tais entidades - o que alguns doutrinadores denominam como “deslegalização”, com fundamento no direito francês (“*domaine de l’ordonnance*”), o que não retrata qualquer usurpação da função legislativa pela Administração. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de afirmar a legitimidade constitucional da deslegalização, no julgamento do RE no. 140.669-1-PE, no qual o Ministro Relator Ilmar Galvão, adotando as lições de J.J. Canotilho, asseverou que “os princípios da legalidade, do congelamento do grau

hierárquico e da precedência da lei não impedem, salvo em matérias reservadas à lei (tributos e crimes), que se adote uma maior flexibilidade através da deslegalização ou degradação do grau hierárquico. Neste 1 caso, uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos.” A carga de amplitude normativa dos atos expedidos pelas agências reguladoras, contudo, deve adequar-se aos parâmetros da lei permissiva, pois a delegação legislativa não é ilimitada, sendo sempre possível avaliar, em cada um dos atos normativos das agências, se foram observados ou não os parâmetros legais de que lhe servem de fundamento de validade.

Por todo exposto, conclui-se que a atribuição das agências reguladoras é conferida por lei, normalmente, pela sua lei instituidora. Sabe-se ainda que haja divergências doutrinárias sobre a matéria é pacífico o poder regulamentar dessas entidades. No entanto, ainda permanece as discussões sobre a amplitude desse poder normativo.

III. OS LIMITES AO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS

Os limites ao poder normativo das agências é matéria de intensa discussão doutrinária, uma vez que não há um consenso sobre esse limite. Embora, atualmente o sistema jurídico brasileiro admita a regulação técnica emanada por essas entidades.

Nesse sentido, segundo Lenza (2017, 570) um dos principais argumentos no que tange ao poder normativo das agências é que haveria indevida usurpação do poder *legiferante* do Legislativo pelas agências na edição de atos regulamentares, o que infringe por consequência os princípios da separação dos poderes e da legalidade. No entanto, Montesquieu, após aprimorar as bases teóricas da separação dos poderes de Aristóteles, dizia que não só foi identificada o exercício das três funções estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) como inovou dizendo que tais funções estão intimamente conectadas a três órgãos diferentes.

Nessa linha, todos os poderes da república exercem funções típicas atinentes a suas atividades próprias, assim como funções atípicas. Assim, o poder executivo por meio das agências reguladoras desempenha sua função atípica que é legislar em situações autorizadas por lei.

Dessa maneira, percebe-se que há uma margem pequena entre o que pode ser matéria de delegação legislativa e que por sua vez possa ser tema de regulação técnica por essas entidades. Nesse contexto, o que deve ser observado no âmbito de atuação normativa das agências é os balizadores legais para o desempenho da atividade normativa.

Nesse diapasão, leciona Carvalho Filho (2018, 119), a delegação legislativa não pode ser total, pois, ao contrário se sujeita a limitações. O legislador deve resguardar para si critérios políticos, delegando somente temas de ordem técnica com balizadores previstos na lei.

Nesse mesmo sentido, esclarece Ricardo Alexandre e João de Deus (2018, 138):

Segundo a jurisprudência, não é admitida a edição de regulamento autorizado para matéria reservada à lei, a exemplo da criação de tributos ou da criação de tipos penais, visto que afrontaria o princípio da separação dos poderes (por estar o Executivo substituindo a função do Poder Legislativo).

Desse modo, é importante frisar que o poder exercido pelas agências reguladoras não é o mesmo que o poder regulamentar atribuído ao Executivo com objetivo de completar o sentido de uma norma legal. Trata-se de um poder abstrato e genérico que impõe à sociedade as obrigações e direitos contidos nos seus respectivos regulamentos.

Nessa lógica, é possível observar que o poder normativo outorgado às agências reguladoras devem estar adstritos a sua lei instituidora, salvo a ANP e ANATEL que estão previstas na Constituição. Dessa forma, as resoluções criadas pelas agências reguladoras devem estar no âmbito dos padrões (*standards*) estabelecidos em lei.

Nessa linha, elucida Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, 655):

... a função reguladora está sendo outorgada de forma muito semelhante à delegada às agências reguladoras do direito norte-americano; por outras palavras, a elas está sendo dado o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, *standards* nela contidos.

Ainda, seguindo o entendimento da autora por vezes as leis são editadas com conceitos jurídicos indeterminados, cujo sentido tem que ser definido por órgão técnicos especializados. Esse conceito indeterminado

son palabras e expressões imprecisa na norma de modo que paira a dúvida sobre seu significado e que devem ser completas para dar efetividade à legislação criada.

Diante dos padrões estabelecidos pelo legislador, é facilmente percebido que as resoluções editadas pelas agências não podem contrariar a lei, ou melhor, não é admitido regulamentos *contra legem*, sob pena de ser invalidado. Seu exercício somente pode se dar *secundum legem*, isto é, em consonância com sua lei autorizadora.

Nessa esteira, expõe José dos Santos Carvalho Filho (2018, 117): “... não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico: «ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei»” (artigo 5o., II, CF).

Além disso, o poder normativo das agências não pode evidentemente ir de encontro direitos fundamentais do indivíduo como a igualdade, a liberdade, a propriedade, além de ser proibido de forma clara criar obrigações não disposta em lei formal.

Diante dos argumentos narrados pelos doutrinadores, frisa-se um caso prático sobre o limite regulatório das agências reguladoras brasileiras julgado pelo Superior Tribunal de Justiça de relatoria do ministro Sérgio Kukina de 2018:

... os atos e normas das agências reguladoras, quando, ou ainda, exorbitantes de seus limites legais, ou ainda, quando não guardarem relação de razoabilidade e proporcionalidade com os fins colimados pela administração pública, são passíveis de controle judicial.

Em suma, a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) não pode inovar na ordem jurídica, transferindo, de forma descabida e desarrazoada, obrigações das concessionárias de energia elétrica para os municípios, criando unilateralmente, sem possuir poder político, elevadas despesas para os entes municipais. Além disso, essa resolução coloca em risco a continuidade do serviço público de iluminação pública, tendo em vista a notória limitação financeira dos municípios brasileiros.

Além de extrapolar os limites de seu poder normativo-regulador, a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) interferiu diretamente em cláusulas previamente ajustadas em contrato de concessão de energia elétrica.

Por fim, pode-se concluir que as agências quando do exercício do poder normativo estão adstritas a critérios previstos em lei, sob pena de invalidação da norma. Além disso, os atos normativos editados pelas agências estão sujeitos ao controle do Executivo, Legislativo e Judiciário.

IV. OS LIMITES AO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DA RESOLUÇÃO NORMATIVA NO. 433 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

A Resolução Normativa no. 433 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi publicada em 28 de junho de 2018 e possuía como escopo principal atualizar as regras de coparticipação e franquia em planos de saúde.

Assim, com a publicação da norma passaram a existir três tipos planos no mercado, sendo eles: os tradicionais, os com coparticipação e os com franquia.

Os planos de saúde tradicionais são aqueles que os usuários pagam o valor mensal e utilizam todos os serviços prestados sem despesas adicionais. Já os planos com coparticipação o segurado utiliza-se de uma mensalidade e também paga um percentual dos serviços utilizados que atualmente está no patamar de trinta por cento, embora não se tenha uma regulamentação sobre o tema. Por último, nos planos de saúde com franquias os segurados, além de pagar mensalidade, fica responsável pelos valores utilizados até atingir o valor da franquia estipulado em contrato e partir desse valor a operadora é responsável por todo e qualquer procedimento pactuado no plano.

Os planos com coparticipação e com franquia não são uma inovação da resolução em comento, pois já estavam previstos na Resolução do Conselho de Saúde Suplementar – Consu no. 8 de 3 de novembro de 1998.

Fato é que os planos de saúde com coparticipação já eram realidade no mercado com ampla utilização, porém os planos com franquia eram pouco utilizados. Além disso, embora essas modalidades de planos de saúde constem na Resolução do Conselho, elas não foram reguladas, isto é, estavam previstas de forma genéricas sem regulamentação específica.

Diante desse cenário, a ANS começou a realizar estudos internos, inclusive com a criação de grupos técnicos para debater junto a sociedade a regulação da matéria.

Nessa linha, a ANS editou a Resolução Normativa no. 433 com objetivo de atualizar a matéria, estabelecendo como principais mudanças a imposição do valor máximo pago pelo beneficiário, a isenção de cobrança em alguns procedimentos, a proibição de coparticipação e franquias diferenciadas por doenças ou patologia, o valor fixo e único para atendimento em pronto socorro e internações, e o percentual máximo da coparticipação no patamar de quarenta por cento.

No entanto, as alterações não foram bem recepcionadas pelo mercado e pela sociedade que questionaram a legitimidade da ANS para adoção da medida sem o aval do Congresso Nacional, pois haveria um possível desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Nessa seara, foi realçado pelos órgãos de proteção ao consumidor que mudança traria forte impacto financeiro ao usuário e não traria significativa redução dos valores contratados o que inviabilizaria o acesso a saúde para população de modo geral.

Diante disso, houve um amplo debate na sociedade, visto que uma parcela significativa dos planos de saúde utiliza os planos com coparticipação, o que torna mais atrativa para as operadoras, pois reduz o risco de prejuízo devido à divisão das despesas com o usuário. Por outro lado, a elevação da coparticipação de trinta por cento para quarenta por cento encarece a utilização dos planos de saúde pelos conveniados.

Diante desse cenário, as entidades defensoras do consumidor criticaram fortemente a resolução editada pela ANS, pois as alterações trazidas pelo ato normativo beneficiam as operadoras e encarece os serviços utilizados pelo conveniado.

Nesse sentido, de acordo com Marcia Câncio Santos Villasboas e Eduardo Augusto Viana Barreto (2018, 2), os serviços de saúde prestado pelo Estado não é eficiente, assim sendo necessário o a completude por parte dos planos de saúde, e se as mudanças propostas forem alcançadas será ruim para a população de modo geral, essencialmente para classe intermediária, pois o aumento dos custos inviabilizaria a utilização desses serviços para os usuários.

Nesse contexto, a ANS informa em seu sítio oficial que atualmente cerca de cinquenta por centos dos contratos de plano de saúde no país possuem esse mecanismo, ou seja, com avanço da resolução esse número aumentaria ainda mais e reduziria os planos tradicionais o que poderia ser menos benéfico ao consumidor.

Diante dos questionamentos da sociedade e de outros setores do mercado, no dia 13 de julho de 2018, o Conselho Federal da OAB propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com Pedido de Cautelar (ADPF) em desfavor da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia responsável pela edição da Resolução Normativa no. 433, de junho de 2018.

Nesse sentido, a ação visa, conforme artigo 1o. da Lei 9.882/1.999, evitar ou reparar lesão a preceitos fundamentais da Constituição, resultantes de atos do poder público.

Assim, dispõe Cláudio Lamachia (2018, 5), presidente nacional da OAB, que a ANS ao editar a norma violou os princípios fundamentais da separação dos poderes, da legalidade e do devido processo legislativo, bem como corrompeu a norma de proteção ao consumidor.

Em sequência, a ação foi recepcionada pela Suprema Corte e foi deferida a medida cautelar para suspender a eficácia da norma.

Assim, percebe-se que o ato normativo editado pela agência não foi bem recepcionado e vários foram os argumentos que contestaram a legitimidade da agência para edição da medida, visto que o direito à saúde do cidadão é um direito sensível e que eventuais excessos trazidos podem gerar prejuízos significativos a sociedade, em especial, aos usuários dos planos de saúde.

Diante desse cenário, esse tema apresentou uma relevância ainda maior, visto que sua publicação da resolução atingiu de frente um direito fundamental do indivíduo que é o acesso a saúde.

Dentro dessa análise, um fundamento jurídico relevante interpretado pelo Conselho Federal da OAB é que Lei no. 9.656, de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, não conferiu poderes à ANS para disciplinar o tema, além de ferir os princípios da separação dos poderes, da legalidade e do devido processo legislativo.

Nessa linha, é constitucionalmente aceito o poder normativo técnico das agências desde que respeitados os parâmetros legais (*standards*) normalmente estabelecido poder lei. No entanto, no caso da norma em apreço, a ANS não detinha de poderes para regular a matéria de tamanha complexidade sendo, portanto, necessário uma lei em sentido estrito, visto que o ato normativo causa restrição a um direito fundamental que é o acesso a saúde.

Ademais, segundo Carvalho Filho (2018, 117), os doutrinadores asseveram que as leis que conferem poderes para as agências normatizarem matérias sobre suas atribuições sejam claras e precisas evitando, dessa forma, interpretações dúbias e sem fundamento legal. Outro ponto importante rechaçado pela doutrina é a vedação ao amplo poder normativo das agências, pois não pode o legislador fora dos casos previstos nessa constituição, delegar integralmente seu poder legiferante aos órgãos administrativos.

Nessa acepção, o Conselho Federal da OAB ainda observou que a referida resolução extrapola os limites normativos da ANS estabelecido por sua lei de criação, Lei no. 9.961 de 28 de janeiro de 2000, uma vez que a norma não lhe delegou competência normativa para regulamentar a matéria. Ao contrário, a ANS deve pautar suas atuações com vista a saúde e segurança do conveniado.

Nessa lógica, embora o Supremo Tribunal Federal à época tenha deferido a liminar suscitada na ADPF proposta pela OAB, o mérito da ação teria como relator o ministro Celso de Mello, contudo, em sequência a norma foi revogada pela própria ANS.

Desse modo, percebe-se que a norma editada pela ANS extrapolou os limites do seu poder regulamentar, visto que não lhe foi outorgada competência para editar a matéria, pois o tema versa sobre assunto reservada a lei em sentido estrito. Além disso, a edição da norma feriu os preceitos fundamentais da separação poderes, da legalidade e do processo legislativo no momento em que se utilizou do poder legiferante atribuído ao Poder Legislativo para inovar no mundo jurídico criando direito e obrigações não previstos em lei.

Por fim, nota-se que houve uma forte carga política para edição da Resolução Normativa no. 433 de 2018 da ANS e que não foi entendida como benéfica de forma geral pela sociedade. Ao contrário, foi evidenciado que os conveniados poderiam arcar com custos mais elevados. Além do mais, não houve um debate social da magnitude que o tema merece.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Resolução no. 433 de 2018 editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar trouxe diversos debates à tona sobre os limites ao poder nor-

mativo das agências reguladoras, ou seja, qual o limite da competência normativa dessas autarquias em regime especial?

Nesse sentido, percebe-se que há inúmeras jurisprudências que debatem o assunto, visto que não existe um consenso ideal para edições de atos normativos por essas entidades o que existe de fato é uma linha tênue que separa a extrapolação dos limites ao exercício regular do poder técnico-normativo.

Os doutrinadores asseveram que o poder normativo atribuído as agências reguladoras devem ser autorizados por lei, mormente, por pela lei de criação da entidade, todavia o que encontramos na prática são normas que não dimensionam de forma clara as suas atribuições normativas o que nos leva em vários momentos interpretações dúbias e evasivas. Por outro lado, eles são firmes em dizer que é vedado o poder normativo amplo atribuídos as agências, pois se tornaria uma transferência inadequada de competência constitucional atribuída ao Poder Legislativo às agências reguladoras.

Nessa linha, tais normas acabam sendo objeto de apreciação do Poder Judiciário, visto que não tem balizadores legais (*standards*) claros e precisos para atuação normativa dessas entidades. Ademais, o Poder Executivo bem como as agências reguladoras de modo geral, ressaltando as exceções previstas na Constituição, devem elaborar normas de conteúdo secundário, isto é, em conformidade com conteúdo da lei.

Assim, se não há uma lei clara sobre a competência normativa das agências reguladoras a edição de atos normativos acabam de uma forma ou de outra sendo questionados judicialmente, visto que o objetivo principal dessa competência é proporcionar a fiel execução as leis editadas pelo Legislativo que por vezes não detém competência técnica suficiente para editar regulamentos para que a norma tenha eficácia plena, que é o que chamamos de fenômeno da *deslegalização*, ou melhor, esse fenômeno, também conhecido como *delegificação*.

Nessa acepção, por vezes o objeto de debate é se o tema deveria ou não ser objeto de lei em sentido estrito, ou seja, matéria reservada ao Poder Legislativo, ao invés de uma norma elaborada pelas agências. Essas discussões acabam lesionando os preceitos fundamentais da separação dos poderes, da legalidade e do devido processo legislativos.

Dessa maneira, após a pesquisa sobre o tema, percebe-se claramente que ANS extrapolou os limites regulatórios, visto que a lei não lhe con-

feriu poderes para elaboración de la medida e por consecuencia lesionou os preceitos fundamentais da separación dos poderes, da legalidade e do debido proceso legislativos.

Ademais, na cronología desde a publicación da norma elaborada pola entidade, a norma foi severamente criticada pola sociedade e, principalmente, por órgano de defensa do consumidor. Logo en seguida, o Consello Federal da OAB por medio da Arguición de Descumprimento de Preceito Fundamentais (ADPF – 532) con medida cautelar fez severas críticas a elaboración da norma que foi recepcionada e suspendida liminarmente polo Supremo Tribunal Federal que tamén ao decidir se mostrou perplexo inicialmente con edición do ato normativo, embora non tenha analizado o mérito definitivo da demanda. Por fim, a propia ANS revogou a resolución normativa editada.

Diante do exposto, concluíse, portanto, pola extrapolação dos límites ao poder normativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar ao editar a Resolución Norma no. 433 de 2018 e sabidamente apresentou puntos maléficos ao consumidor de forma xeral. No entanto, o tema é relevante e merece ser debatido de forma profunda e traer regulamentos equilibrados para proporcionar transparencia e sustentabilidade para o sistema de saúde suplementar do país.

VI. REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo y DEUS, João de. 2018. *Direito administrativo*, São Paulo, Método.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2000. “O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito”, *Revista de Informação Legislativa*, 37 (148).
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. 2006. *O poder normativo das agências reguladoras*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2018. *Manual de direito administrativo*, São Paulo, Atlas.
- COSTA MENEZELLO, Maria D Assunção. 2002. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*, São Paulo, Atlas, 2002.
- LAMACHIA, Cláudio. 2018. *ADPF em face de ato do Poder Público expedido pela ANS*, Brasília, DE.
- LENZA, Pedro. 2017. *Direito constitucional esquematizado*, São Paulo, Saraiva.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 437-453.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. 2005. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, Belo Horizonte, Fórum.
- SANTOS VILLASBOAS, Marcia Cândio y VIANA BARRETO, Eduardo Augusto. 2018. “Uma análise crítica sobre a RN 433/2018”, Jus (Sitio web), julio, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67633>.
- SPITZCOVSKY, Celso. 2019. *Direito administrativo esquematizado*, São Paulo, Saraiva.
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. 2018. *Direito administrativo*, Rio de Janeiro, Forense.

BIBLIOGRAFÍA

MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 3a. ed., trad. de Eduardo L. Suárez, traducción de nuevos textos y revisión técnica de José María Ímaz, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, 304 pp.

En 2019 se cumplen 50 años de que salió a la luz por primera vez el libro del jurista estadounidense John Henry Merryman intitulado *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Este trabajo, que se convirtió en un *best seller* a nivel mundial, fue traducido a una multitud de idiomas; en español se le nombró *La tradición jurídica romano-canónica*, un título que acota —por mucho— el contenido tan amplio de la obra de Merryman. El profesor de la Universidad de Stanford, California, desde 1950 empezó a publicar con abundancia, y para 1969 su madurez intelectual se vio reflejada en dicho estudio.¹

El texto de Merryman tiene como finalidad describir los sistemas legales de Europa occidental y América Latina. Sin embargo, cabe señalar que deja a un lado el estudio de Francia y Alemania, por ser éstos dos sistemas “atípicos”, dando como resultado que no puedan ser base de ejemplo para las demás naciones.²

Desde el primer capítulo, el autor es claro sobre su objeto de estudio, la existencia de dos tradiciones legales en el mundo contemporáneo: el derecho civil y el derecho anglosajón; “este libro se ocupa de la más antigua, difundida e influyente de tales tradiciones: la del derecho civil” (Merryman 2017, 19). Ahora bien, se debe hacer un pequeño apartado respecto a este primer postulado que da el autor, porque tanto en la primera como en la segunda edición de su texto, Merryman hacía mención de una tercera tradición legal en el mundo: el derecho socialista; sin embargo, para esta nueva edición, dicho precepto es omitido, ya que en la actualidad el derecho socialista se ha ido disgregando por la pérdida de países que

¹ Su ensayo “The Authority of Authority”, publicado en 1954, fue el primer trabajo que lo dio a conocer a nivel internacional.

² Merryman señala que esto se debe a la ideología revolucionaria francesa y al estilo de codificación, que tuvieron sólo un efecto limitado sobre el derecho alemán; por ello, un lector francés o alemán encontraría en su libro cosas que no son representativas de su sistema legal. Véase Merryman (2017, 16).

tenían dicha ideología. No se puede dejar de señalar que dicho libro fue escrito en 1969, cuando la ideología socialista estaba en su apogeo, pero con el paso de los años se ha ido eclipsando invariablemente.³

El autor dedica en las primeras páginas su intención de demostrar la diferencia entre los dos sistemas que dan como resultado las tradiciones legales, la cuales se convierten en un conjunto de actitudes profundamente arraigado, históricamente condicionado, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho (Merryman 2017, 21).

Merryman entra en materia cuando empieza a desmembrar en varias ramas el derecho civil, que se ha visto influenciado por distintos rubros a lo largo de la historia, y para su estudio lo divide en:

- 1) Derecho civil romano
- 2) Derecho canónico
- 3) Derecho mercantil
- 4) Revolución
- 5) Ciencia jurídica

El derecho civil romano deriva indudablemente de la figura de Justiniano en el siglo VI, bajo la ordenación del *Corpus Iuris Civilis*, que incluía referencias al poder del emperador, pero sobre todo a la organización del imperio, recordando que el *Corpus* se componía de cuatro partes para su estudio: Código, Digesto (de donde proviene el derecho civil), Instituta y Novelas. El estudio del *Corpus* se siguió llevando a cabo hasta el siglo XVIII, cuando dio paso al surgimiento del Estado nacional, y con ello se empezó a tomar como referente el Código Napoleónico de 1804. Cabe mencionar que como bien lo señala Merryman, cualquier código civil europeo o latinoamericano de la actualidad revela la influencia del derecho romano, por lo que es innegable su premisa de que “el derecho romano fue la mayor contribución de Roma a la civilización occidental” (Merryman 2017, 33).

³ Es importante recordar que la Revolución cubana triunfó en 1959, y sus ideas se expandieron en todo el orbe durante las siguientes décadas.

Por su parte, el derecho canónico que surgió a principios de la era cristiana tuvo mayor influencia en el derecho familiar y sucesorio. Merryman no profundiza en el estudio de dicho tema porque su intención es hacer énfasis en las otras ramas del derecho civil. Al mencionar al derecho mercantil, que sin duda tuvo un peso primordial en las relaciones comerciales entre los países, deja en claro que los comerciantes —italianos principalmente— tuvieron que buscar mecanismos para regular la compraventa de mercancías, y con ello lograr un equilibrio en las relaciones comerciales.

Ahora bien, al abordar el tema de las revoluciones en occidente iniciadas en 1776, reflexiona sobre cómo fueron fundamentales en la construcción del concepto de Estado como ahora se le conoce. Desde el inicio de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), pasando por la Revolución francesa (1789) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en donde “la glorificación del Estado, la del nacionalismo y la del racionalismo se combinaron para producir una teoría de derecho civil peculiar acerca de lo que es la ley, y para determinar la forma y el estilo de los códigos básicos” (Merryman 2017, 47).

Más adelante, para mediados del siglo XIX, con la aparición del positivismo, el derecho civil basó sus argumentos en la idea básica de la ley. No obstante, Merryman hace mención de la costumbre como una fuente del derecho, que podría parecer contraria a la idea del positivismo, y aunque existe una incongruencia aparente, en el momento de la práctica del derecho civil se puede notar que la costumbre también juega un factor dentro del sistema legal.

En los siguientes capítulos, el académico estadounidense dedica su análisis a la interpretación de las leyes, a la figura de los jueces, a la importancia de la certeza para el derecho, civil que es “una especie de valor supremo, un dogma indiscutible, una meta fundamental” (Merryman 2017, 91). Sobresalen los comentarios que hace respecto al proceso legal, a la figura del jurisconsulto y a la labor del legislador en el momento de realizar el trabajo legislativo que lo lleva a la creación de leyes. Quizá una crítica al autor es su escasa descripción de los sistemas legales de América Latina, pues centra su visión hacia Europa y Estados Unidos. Tal vez por ello se apoyó para la tercera edición de su texto en el jurista Rogelio Pérez Perdomo (de la Universidad Metropolitana de Caracas, Venezuela), para actualizar sus ideas y dar una visión mucho más global del tema.

Ahora bien, quisiera detenerme en el apartado respecto del futuro de la tradición del derecho civil, en donde Merryman hace un pequeño resumen de cada capítulo y de las diferentes aristas que le parece importante resaltar. Ahí deja en claro que una de sus mayores preocupaciones es el desarrollo de la Comunidad Económica Europea que, dice el autor, tendrá repercusiones en el aparato legal y transferirá la soberanía de los Estados a los organismos internacionales. Le inquieta que Estados Unidos tome una posición similar y tenga la Constitución una pérdida como ley suprema, a saber:

A la luz de los años, se puede subrayar que es principalmente en los tratados internacionales respecto a las cuestiones de derechos humanos donde ha existido un intento de homologar los criterios de las leyes en beneficio de lo que se conoce como ciudadano. No obstante, en el derecho civil, la mayoría de las naciones tienen su propio criterio para regular, formar y ejercer las leyes que sus legisladores aprueban.

Por tanto, se puede concluir que la obra de Merryman no sólo analiza el pasado sino también ve hacia el futuro, y permite al lector dar cuenta, a grandes rasgos, de hacia dónde se dirige el derecho civil en los próximos años. A 50 años de su publicación, *La tradición jurídica romano-canónica* sigue vigente.

Germán GARCÍA GARCÍA*

* ORCID: 0000-0002-4591-6915. Licenciado en contaduría pública y administración, egresado de la licenciatura en derecho; maestro en historia por la UNAM. En 2019, la Secretaría de Relaciones Exteriores lo condecoró con Mención Honorífica en el premio “Genaro Estrada”, por su trabajo “Luis Cabrera y su labor como representante del carrancismo en el extranjero 1913-1920”. Correo electrónico: garcia_german2003@yahoo.com.mx.

LIMA MALVIDO, María de la Luz, *Derecho victimal*, México, Porrúa, 2019, 536 pp.

Al referirme a este libro debo mencionar tres extremos de mi reflexión. Por una parte, la personalidad y la obra de la autora, María de la Luz Lima Malvido; por otra, la situación de la víctima —personaje del libro que ahora comento— en el paisaje jurídico y social, colmado de expresiones e implicaciones; y finalmente, la situación que guarda la víctima en el orden jurídico mexicano, ampliamente reconstruido a partir de disposiciones constitucionales, que responden a la mejor tradición nacional, e incitaciones mundiales y regionales, atentas a las más vigorosas y elevadas propuestas de la comunidad internacional. El desarrollo de estos temas se localiza en el texto analizado, a partir del prólogo que debemos al doctor Alberto E. Nava Garcés.

La autora ha recorrido diversos caminos y abarcado distintos territorios en el curso de su ejercicio como funcionaria pública y estudiosa del derecho y la criminología. De esa múltiple experiencia deriva su ciencia en los temas que cultiva, entre ellos —destacadamente— la victimología. Cursó estudios profesionales en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, plantel en el que obtuvo el grado de doctora en derecho, con el más alto reconocimiento. Me consta la excelente factura de su tesis y la excepcional calidad de su examen doctoral, al que asistí como integrante del jurado que escuchó, preguntó y calificó. La abogada y posteriormente doctora Lima Malvido fue alumna de quien hoy es su esposo, compañero de vida y caminante en el mismo sendero — que ambos han ensanchado — de su especialidad profesional: Luis Rodríguez Manzanera. Una y otro fueron, además, discípulos del gran maestro que contribuyó al desarrollo de la ciencia criminológica en México y a la formación de legiones de criminólogos, siguiendo el itinerario marcado por los precursores mexicanos y españoles, entre éstos los migrantes Constancio Bernaldo de Quirós y Mariano Ruiz Funes. Con excelente preparación, la doctora Lima Malvido ha sido investigadora y catedrática en la Facultad de Derecho de la UNAM y en el Instituto Nacional de

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LII, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 461-466.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Ciencias Penales, a cuya creación concurrió Rodríguez Manzanera. Desde 1976, el Inacipe ha sido una fragua de investigadores y profesores de las ciencias penales, pese a la clausura temporal que se le impuso en una hora sombría.

En otra vertiente de su actividad, la doctora Lima Malvido fue diputada federal —y, por lo tanto, concedora, de primera mano, de las vicisitudes, encuentros y desencuentros del proceso legislativo—, y colaboró en tareas relevantes de la procuración federal de justicia. Se desempeñó como subprocuradora en la entonces Procuraduría General de la República, y en este quehacer contribuyó a la marcha del Inacipe. Finalmente, fue ministra de Asuntos Políticos en la Embajada de México en el Reino Unido, cargo que le brindó la oportunidad —ya desarrollada en el trabajo académico— de conocer con profundidad los sistemas penales y los hallazgos criminológicos de ese país y, en general, de varios Estados europeos.

La autora de esta obra ha participado en múltiples asambleas, coloquios, congresos, seminarios, mesas de estudio, grupos de trabajo en México y en el extranjero. Tiene en su haber una muy destacada presencia internacional, bien reconocida. Entre nosotros, ha sido, por muchos años, miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, y milita con especial intensidad en la Sociedad Mexicana de Criminología, a la que debemos el lozano crecimiento del interés por esta disciplina, que hoy se difunde, a nivel de licenciatura, en diversas universidades del país. Es autora de obras valiosas y de numerosos artículos, y ha dictado, además de la cátedra a la que ya me referí, un gran número de cursos y conferencias en México y más allá de nuestras fronteras.

Hasta aquí la referencia a la autora. Ahora voy a la materia de su reflexión: la víctima, en la inteligencia de que todos los temas a los que me referiré en seguida se hallan y desarrollan en la obra a la que corresponde esta reseña.

Conviene tomar en cuenta —tanto para el examen de la criminología como para la lectura de la obra sobre victimología de la doctora Lima Malvido— que el concepto de víctima que ella maneja va más allá y más a fondo del que tradicionalmente se ha utilizado, como sujeto pasivo del delito. La obra, que en este punto sigue las orientaciones de Naciones Unidas y de la doctrina formada en torno a éstas, abarca en la caracterización de la víctima —y, por lo tanto, de la victimología— tanto a quien

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 461-466.

recibe el daño o lesión o afronta el peligro generado por el delito, en sentido estricto, como a quien confronta ese daño o lesión como resultado del abuso del poder, en su gran variedad de manifestaciones.

Contemplada desde esta segunda perspectiva, la víctima es el sujeto —o, peor todavía, el objeto— sobre el que se ejerce el poder. Semejante óptica, necesaria en los trabajos de esta materia, invita a correr la mirada, como lo hace la autora en diversas páginas de su obra, sobre diversas categorías o grupos sociales en los que la victimización adquiere singularidades relevantes. Se trata de los grupos o sectores vulnerables: mujeres, niños, indígenas, migrantes, discapacitados, sujetos privados de libertad y otros conjuntos caracterizados por su debilidad con respecto al acecho del crimen, la presión del poder y el acceso a la justicia.

El primer nicho para el estudio de la víctima ha sido la criminología. Ésta se concentra, convencionalmente, en el crimen y su agente, el criminal. Al cabo de los años la víctima reclama y recibe un “nicho” en el espacio de la criminología, hasta alcanzar la “mayoría de edad científica”, consecuente con su enorme importancia en el orden —o el desorden— social. De ahí el advenimiento de la victimología como disciplina con objeto, método y desarrollo propios, itinerario que Lima Malvido recorre en esta obra. La víctima ha salido de la sombra, de la invisibilidad, de la condición de asunto subalterno en la atención de las ciencias sociales y de las políticas públicas. De este tema —las políticas de atención a las víctimas— se ha ocupado también la doctora Lima.

En la historia de la reacción contra el crimen, la víctima tuvo, inicialmente, un papel prominente: quedaba en sus manos, con mayores o menores restricciones, la sanción de quien le había inferido el agravio. Más tarde, al asumir el Estado el “monopolio de la violencia” —según la elocuente expresión de Weber— la víctima pasó a un segundo plano: se convirtió en el testigo de su propio caso ante la justicia, con facultades reducidas. No olvidamos la expresión de Carlos Franco Sodi —tratadista de derecho penal, penitenciarista, procurador de justicia, ministro de la Suprema Corte— cuando se refirió a la situación de la víctima (o bien, entonces, del ofendido) en el procedimiento penal: es un “don nadie”.

Paulatinamente, la víctima recuperó o adquirió un mejor papel en el escenario de la justicia. Apareció en alguna de sus calidades —víctima u ofendido— en el marco constitucional: primero, a propósito de la posibilidad de obtener la reparación del daño (régimen de la libertad bajo

caución, ponderada a la luz del daño que sería necesario reparar); luego, como titular de una pretensión de justicia, titularidad que se le reconoce en la actualidad (al menos formalmente). En este último sentido, destaca su derecho de acceso a la justicia —un derecho universal—, tanto formal como material. La víctima ocupa una posición relevante en la justicia reconstructiva del tejido social, que reasigna roles a aquélla y al victimario en la composición de la contienda; esta novedad (relativa, porque el régimen de composición posee una profunda raíz histórica) ha impuesto un giro de muchos grados a la administración de justicia.

Por supuesto, habrá que mirar con cautela la posición de la víctima y sus derechos, que deben permanecer a salvo, en los procesos de justicia transicional y en las propuestas de amnistía, preservando aquellos derechos que el Estado debe desconocer o postergar.

La doctora Lima ha examinado igualmente, como lo hace la criminología contemporánea y lo recogen las políticas públicas sobre el crimen y la criminalidad, el complejo fenómeno de la multiplicación y dispersión de víctimas y victimarios, obra de la sociedad de nuestro tiempo, que parece ser un “daño colateral del progreso”. Esta obra también aborda el número y las características de las víctimas y las victimaciones: números en la estadística y naturaleza de las lesiones.

No escapa a la consideración de la autora, que tiene amplio conocimiento del orden internacional —en el doble espacio de la normativa y de la práctica— la situación de la víctima en ese plano supranacional. De hecho, la tutela de las víctimas ha sido el factor decisivo para el advenimiento del derecho internacional de los derechos humanos. En este marco aparece la jurisprudencia interamericana —invocada por la doctora Lima Malvido— y el régimen de reparaciones analizado y desenvuelto por esa jurisprudencia, que ha hecho contribuciones de gran enjundia al derecho internacional de los derechos humanos.

En el libro al que dedico esta nota hay numerosas aportaciones o incitaciones, que mueven a profundizar el examen de ciertos temas e ilustran a los lectores sobre el paso de la ciencia y de la práctica en nuestro país en lo que respecta a la materia examinada. Me ha llamado la atención, por ejemplo, la presentación que hace la doctora Lima de lo que denomina el “primer código penal indígena”, de 1546, que aquélla rescató a través de su investigación en el Archivo General de la Nación, un ordenamiento que contiene numerosos mandamientos sobre delitos y consecuencias pu-

nitivas. A partir de ese ordenamiento, la autora revisa la ruta penal de la Colonia y de la república independiente.

En una porción extensa e importante de la obra, se da cuenta de la paulatina aparición de la victimología, tema que arriba mencioné, en una constelación de ciencias y disciplinas victimales de las que la autora se ocupa puntualmente. He aquí una interesante reconsideración del objeto de estudio. En el curso de estas reflexiones y exploraciones —que también subrayan el enfoque de género: promociones y acciones en el mundo y en nuestro país—, Lima Malvido analiza con puntualidad el derecho victimal, concepto desarrollado por ella a partir de un artículo publicado en 1992. Menciona las apariciones iniciales de ese derecho en una ley del Estado de México, de 1969 —y generosamente recuerda que el autor de esta nota fue también promotor de esa ley germinal—, y en varias propuestas de nuestra sociedad plural. Pasa revista a las leyes sobre esta materia entre 1969, fecha del ordenamiento mexiquense, y 2004, así como a la reforma constitucional de 2000, que incluyó en el texto supremo varios derechos de las víctimas. La autora comenta el carácter y el alcance de esos derechos, que inician la formación de lo que podríamos denominar “estatuto constitucional de la víctima”, concentrado en la materia penal (la víctima lamentablemente confundida con el ofendido, como si aquella y éste fueran un mismo sujeto).

Merece especial atención del lector el desarrollo que hace la autora acerca de los principios del derecho victimal, que revisa detalladamente a partir del principio *pro persona*, que podemos complementar con otros principios derivados del trato específico de sectores sociales: *pro niño*, *pro mulier*, *pro indígena*, *pro migrante*, por ejemplo. Igualmente, Lima Malvido expone los estándares del derecho victimal, y a este respecto aporta una importante tipología, cuyos componentes provienen tanto de la evolución de la materia en el plano nacional como de su desenvolvimiento en el espacio internacional, al paso de los progresos logrados en el examen de las víctimas del delito y del abuso del poder. El capítulo XI de la obra comentada aborda una teoría de la norma victimal, examinada a partir de la teoría de la norma jurídica.

La doctora María de la Luz Lima Malvido ofrece varias conclusiones, que recogen su propósito como autora de esta obra. Señala que ha querido —e indudablemente ha logrado, agregó— “generar un horizonte”. El valor del libro —menciona la autora— “está en la invitación a la reflexión

de todos los lectores y en el diálogo que abre con todos los saberes que interactúa”. Como comentarista, no dejaré de mencionar que nos hallamos en presencia de un tratado innovador, reflexivo, con sólido cimiento teórico y práctico. En efecto, según el propósito de la autora, abre el horizonte para los estudiosos de estas cuestiones. Sólo me resta —aunque en realidad es mucho lo que me resta para agotar las reflexiones y sugerencias que promueve esta obra— expresar mi reconocimiento a la autora por la benevolencia que me brinda en la dedicatoria del libro. Dice lo que la amistad le dicta, no lo que yo merezco.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*

* . ORCID: 0000-0002-9164-8464. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Profesor Emérito de la UNAM. Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Ex juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Correo electrónico: sgrijunam@gmail.com.

CIANCIARDO, Juan y ZAMBRANO, Pilar, *La inteligibilidad del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2019, 166 pp.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación suelen reconocer que el bien constitucionalmente protegido lo constituye el *fenómeno* de la familia como fenómeno social. El ejercicio interpretativo parte de los *hechos*, y desde ellos se configura el concepto jurídico protegible por los derechos humanos. Sin embargo, un argumento de esas características —desde la identificación de unos *hechos* para ser protegidos unos derechos— sólo funciona si ya se sabe qué componentes deben ir a buscarse en los caóticos fenómenos sociales. Es decir, no se trata sólo de proteger la familia como aparece normalmente (regularidad *empírica* o *poiesis*), sino que se parte ya de unos elementos mínimos que se consideran la normalidad (regularidad *deóntica*, *praxis*). Desde esa escala de valores elegida previamente, se interpretan los hechos. Por ese motivo, aunque *suceda* el matrimonio de menores de edad en edad núbil en comunidades indígenas; aunque *ocurriera* que un menor decidiera que su libre desarrollo de personalidad se realiza mejor si desconociera la verdad de su origen genético —en ambos casos no se afectan derechos de terceros inmediatamente—, los tribunales han decidido que esos fenómenos familiares no merecen la protección del derecho. La Corte va a buscar unos hechos a partir de su comprensión previa de lo que considera como tal: la manifestación más o menos estable de sentimientos que se suponen nobles a través de los que se expresa la autonomía de personas adultas hacia otros, como modo de definir su propia vida.

Esta necesidad de una escala de valores ético-filosóficos, asumidos previamente, hace posible la comprensión y aplicación del derecho, permite la interpretación jurídica, articula la argumentación jurídica y posibilita la inteligibilidad de la operación jurídica. En *La inteligibilidad del derecho*, los profesores Cianciardo y Zambrano ofrecen una profunda reflexión sobre esa escala de valores presente en cualquier elección jurídica. Ellos la llaman *orden moral independiente (OMI)*, y siempre se encuentra como los *a priori* de la cultura de derechos (capítulo 1). El problema que salta inmediatamente a la vista consiste en que, por una parte, el sistema de derechos

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LII, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 467-471.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

exige un OMI gracias al cual se habilita para identificar los contenidos de los derechos, interpretarlos, adjudicarlos y dotarlos de una inteligibilidad suficiente para ser comprendidos por sus destinatarios. Pero por la otra, las democracias contemporáneas prometen la neutralidad valorativa y axiológica del Estado —y del derecho— para la convivencia propia de la pluralidad moral de sus miembros.

Esa inevitabilidad se ha intentado explicar, al menos desde el siglo pasado, en la relación entre moral y derecho. En ese contexto, en el capítulo 2 —“¿Para qué un derecho remite a la moral?”— exponen el papel de los OMI en la operación de leyes, derechos y sus respectivos argumentos, como la subsunción y la ponderación. Los autores muestran las incoherencias de estas definiciones de derecho tanto con la argumentación que se sigue de esos presupuestos como con las prácticas implícitas en su operación cotidiana.

Zambrano y Cianciardo acuden a Carlos Nino para analizar esas inconsistencias en la justificación de los OMI y su relación con la acción jurídica concreta. Ahora bien, en el capítulo anterior, los profesores argentinos señalaban cómo las soluciones ofrecidas por su compatriota cortan la rama en la que se sientan y dejan sin resolver el problema de la inteligibilidad del derecho. Así que en el capítulo 3 retroceden el camino marcado por Nino, e intentan *reandar* de la mano de John Finnis y su idea de derecho como razones para actuar. Pero encuentran también que el argumento finnisiano se queda sin aire para llegar a la meta, precisamente porque intenta utilizar los mismos presupuestos que comparten —hasta donde es posible— Kant, Kelsen y Hart, aunque lo haga en clave iusnaturalista.

En el cuarto capítulo, “el segmento más ambicioso del libro”, Cianciardo y Zambrano toman la estafeta donde Finnis deja su trabajo. En este último capítulo, “procuraremos identificar las condiciones epistémicas implicadas en la afirmación de que el derecho es verdaderamente capaz de ejercer un control cualitativo y cuantitativo sobre la dimensión creativa de la adjudicación” y evitar los dos extremos que atentan contra la inteligibilidad del derecho: confundirlo con la moral (lo que lo haría irrelevante); o con puro poder, juego de mayorías o manifestación de la política “que lo tornaría fútil, indistinguible de la violencia” (Cianciardo y Zambrano 2019, 11).

El libro forma parte de la colección Derechos Humanos y Fundamentación Jurídica de la editorial Marcial Pons, y aunque se trata de una seria

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 467-471.

reflexión desde la filosofía del derecho, “dista de ser una especulación de laboratorio” (Cianciardo y Zambrano 2019, 10), pues como se descubre en cualquier sentencia de derechos humanos, el contenido de un derecho, la interpretación de los hechos que se incorporan a la argumentación jurídica, y la adjudicación en una respuesta concreta, dependen de esos motivos implícitos por el operador jurídico. Por una parte, esos motivos funcionan como unos *lentes* que ajustan la mirada del jurista para ver o no ver ciertos hechos y valorarlos en determinada dirección (¿este hecho es familia o no?, por ejemplo). Además, la eficacia de los derechos humanos depende de que los destinatarios de esa respuesta comprendan, asuman y quieran cumplir esa resolución.

Al leer el trabajo, el lector quizá olvide que se trata de un texto escrito a cuatro manos. Esto es así, por la rara identificación intelectual de los autores. Algo que no sólo se nota en el estilo literario, sino también en las ideas que se exponen. Uno se queda con la impresión de que esta reflexión es fruto de muchas, muchísimas conversaciones sobre la inteligibilidad del derecho. Sinceramente, es difícil que los matices y síntesis de pensamiento que logra este libro se hayan alcanzado sólo a través de discusiones sobre filosofía del derecho. Se ha de señalar, agradecer y celebrar esta peculiar y no común característica de un texto escrito de esta manera.

Ahora bien, ¿Cianciardo y Zambrano llevan a su meta el argumento inconcluso de Nino o de Finnis? El autor de estas líneas echa de menos una reflexión sobre el papel de la tradición en el descubrimiento y aplicación de los OMI. Parte del problema lo constituyen los presupuestos analíticos y el tipo de iusnaturalismo sobre el que Finnis sostiene su argumento. Según Jacques Maritain, las estructuras esenciales de la razón práctica, y las condiciones de inteligibilidad de los bienes humanos básicos requieren de una tradición que las permite identificar, reconocer y operar, pues la ley natural y los equilibrios jurídicos naturales son distintos de su experiencia, y ambas son diferentes al discurso filosófico para explicarlo. O, dicho de otra manera, la ley natural se conoce sólo como “una suerte de residuo común” (Maritain 1952, 95). Esto es así, porque toda reflexión intelectual sobre “los elementos éticos que preceden y controlan” el actuar humano, “revelan un tipo muy complicado de geología de la conciencia”, en la que se reconoce únicamente esa “razón espontánea, precientífica y prefilosófica” que “está constantemente condicionada por las adquisicio-

nes, las servidumbres y la estructura y la evolución [la tradición] del grupo social” (Maritain 1952, 97).

Pues bien, dado el tipo de iusnaturalismo de Finnis, los autores en este trabajo no aclaran del todo cómo afecta a la inteligibilidad del derecho y los OMI, ese papel de la tradición y las prácticas y discurso que lo componen. Su desarrollo asume que el éxito del argumento se logra cuando se delimitan las estructuras racionales *naturales* gracias a las cuales cualquier “ser humano inteligente” es capaz de “comprender que estos bienes particulares son productos que han de ser valorados por su propio bien y como fines últimos” (MacIntyre 2012, 522). Como si se pudiera acceder, experimentar y explicar esas *estructuras naturales*, tanto del razonamiento práctico como de los bienes humanos básicos, sin una tradición. Éstas favorecen o entorpecen tanto la ejecución de ciertos bienes como la operación de esa estructura de la razón. Quizá en un estudio botánico sea posible identificar las estructuras vitales, naturales y *universalizables*, de una planta; pero cualquier ejemplar de estudio sucede de un ambiente y un entorno que le permitió mostrarse de la forma en que se analizó. Podrían igualarse esos entornos en otro laboratorio, pero la estructura *natural* —su funcionamiento y su descripción— siempre se condicionará por el ambiente, y quedarán necesariamente como en la penumbra, como *residuo* prefilosófico, las implicaciones *naturales* de la planta.

Cuando una persona funciona normalmente, claro que se encuentra inclinada hacia ciertos fines, y por supuesto que su razón debe respetar cierta coherencia de sus estructuras racionales. Pero algo así sólo existe desde un conjunto de prácticas que le permiten descubrir los distintos bienes en juego y proponer los distintos caminos viables para ejecutarlos. Esta tradición no sólo hace inteligible esa operación ofreciendo un discurso para describir esa experiencia, sino que dispone de esas mismas prácticas que son condición de inteligibilidad para los otros miembros de la comunidad, pues la inteligibilidad de la razón y los bienes humanos no existen sin una tradición. La tradición, pues, forma parte de esa estructura natural del razonamiento, y no es un elemento secundario al que acude la razón cuando opera.

Por supuesto que estos autores reconocen que cada caso concreto se resuelve prudencialmente. Pero esa respuesta pasa por alto que si esto es así se debe a que desde el principio la persona normal experimenta y razona desde una tradición. La estructura mínima que hace inteligible y

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 467-471.

coherente al razonar humano y los bienes humanos básicos —es decir, los motivos para la acción que busca el iusnaturalismo de Finnis— no existe sin una tradición.

Ahora bien, Zambrano y Cianciardo no engañan al lector. Desde el principio anuncian que seguirán la respuesta de Finnis hasta donde los lleve, y avanzarán por ese camino hasta donde les sea posible. Han elegido una herramienta, ya será tema de otra conversación la búsqueda de alguna distinta.

BIBLIOGRAFÍA

- CIANCIARDO, Juan y ZAMBRANO, Pilar. 2019. *La inteligibilidad del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- MACINTYRE, Alasdair. 2012. “Teorías del derecho natural en la cultura de la modernidad avanzada”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35.
- MARITAIN, Jacques. 1952. *El hombre y el Estado*, Buenos Aires, Guillermo Kraft Ltda.

Pedro PALLARES-YABUR*

* ORCID: 0000-0001-7881-4803. Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana; candidato al Sistema Nacional de Investigadores. Correo electrónico: ppallare@up.edu.mx; <https://works.bepress.com/pedro-pallares/>.