

BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 164

Nueva Serie Año LV Número 164 Mayo-Agosto 2022

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Enrique Mauricio Padrón Innamorato

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy V. Rocha Cacho

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año LV, número 164, mayo-agosto de 2022, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 55 5622 7474, correo electrónico: bmdc.ijj@unam.mx. Editor responsable: Raúl Márquez Romero. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2015-060912252900-203. ISSN versión electrónica: 2448-4873. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Cuidado de la edición: Ilayali G. Labrada Gutiérrez y Raúl Márquez Romero
Apoyo editorial: Violet Edith Anzures Martínez y Yuri López Bustillos
Elaboración y maquetación en HTML: Ignacio Trujillo Guerrero

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Director y editor

Raúl Márquez Romero

Coordinación editorial

Raúl Márquez Romero

Wendy V. Rocha Cacho

Comité Editorial

Óscar Cruz Barney (México); Susana Dávalos Torres (México); Flavia Freidenberg (México); Nuria González Martín (México); Luis René Guerrero Galván (México); Ma Carmen Macías Vázquez (México); Raúl Márquez Romero (México); Montserrat Pérez Contreras (México); Alfredo Sánchez Castañeda (México); José María Serna de la Garza (México).

Comité Científico

Francisco Balaguer Callejón (España); Enrique Calvo Nicolau (México); José Ramón Cossío (México); Héctor Fix Zamudio (México); Lawrence Friedman (Estados Unidos); Sergio García Ramírez (México); Juan Luis González Alcántara (México); Roberto Ibañez Mariel, Universidad Panamericana, (México); Jean-Claude Javillier (Francia); Donald McRae (Canadá); Jorge Madrazo Cuéllar (México); Loretta Ortíz Ahlf (México); Rogelio Pérez Perdomo (Venezuela); Fernando Serrano Migallón (México); Jean Michel Servais (Bélgica); José Luis Soberanes (México); Gerald Torres, Cornell (Estados Unidos); Diego Valadés (México); Arturo Zaldívar Lelo de la Rea (México).

Comité Asesor

Jorge Carlos Adame Goddard (México); María Mercedes Albornoz (México); César Astudillo (México); Manuel Becerra Ramírez (México); Ingrid Brena Sesma (México); Leticia Bonifaz Alfonso (México); José Antonio Caballero Juárez (México); Miguel Carbonell (México); Gabriel Cavazos Villanueva (México); Enrique Cáceres Nieto (México); Francisco Contreras Vaca (México); Alexei Julio Estrada (Colombia); Jorge Fernández Ruíz (México); Eduardo Ferrer MacGregor (México); Imer B. Flores (México); Sandy Gaines (Estados Unidos); David Gantz (Estados Unidos); María del Refugio González (México); Leticia García Villalunga (España); Rodrigo Gutiérrez Rivas (México); Alfonso Herrera García (México); Carla Huerta Ochoa (México); Patricia Kurczyn Villalobos (México); Sergio López Ayllón (México); José Pedro López Elías (México); Ricardo Méndez-Silva (México); Jonathan Pratter (Estados

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

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

Primera edición: 9 de mayo de 2023

Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN versión electrónica: 2448-4873

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

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE)

Clasificación Integrada de Revistas Científicas (CIRC)

CONACYT

Dialnet

Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP)

International Political Science Abstracts (IPSA)

Latindex: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes (MIAR)

Scientific Electronic Library Online (SciELO México)

Scielo Citation Index (SCI)

Scopus

Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN)

Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB)



DOI: 10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18092

Recibido el 6 de julio de 2022

Aprobado el 14 de febrero de 2023

PRINCIPIOS PARA UN SISTEMA DE JUSTICIA DIGITAL EFICAZ EN MÉXICO, A TRAVÉS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL

PRINCIPLES FOR AN EFFECTIVE DIGITAL JUSTICE IN MEXICO, THROUGH THE ARTICLE 17 CONSTITUTIONAL AMENDMENT

Amada María ARLEY ORDUÑA*

Resumen:

En el presente artículo explicaré la visión y conceptos para diseñar y construir un sistema de justicia digital eficaz, con el objetivo de que sirva para establecer bases fundamentales que perduren en el tiempo y sobrevivan a los cambios y desarrollos tecnológicos. Y como estos conceptos se pueden reflejar en constructos normativos de forma armónica en tres Iniciativas de Ley: 1) la iniciativa proyecto de Decreto por el que se Reforma al Artículo 17 Constitucional en Materia de Impartición de Justicia Digital; 2) la Ley para la reglamentación del expediente judicial electrónico y en materia de reducción de uso de papel físico, y 3) la Iniciativa proyecto de decreto por el que se expide la Ley general de mecanismos alternativos de solución de controversias, y la propuesta de cambios al capítulo III, referente a los mecanismos alternativos de solución de controversias en línea.

Abstract:

In this article, I will explain the vision and concepts for designing and building an effective Digital Justice System, with the view that it will serve to establish fundamental foundations that will endure over time and survive technological changes and developments. And how these concepts can be reflected in normative constructs harmoniously in three legislative initiatives: 1) The initiative draft decree amending Article 17 of the Constitution regarding the provision of digital justice; (2) The Act on the Regulation of Electronic Court Records and on the Reduction of the Use of Physical Paper; and (3) The Initiative draft decree issuing the General Act on Alternative Dispute Resolution mechanisms, and the proposed changes to Chapter III on Online Dispute Resolution.

Palabras clave:

Principios; Justicia digital; Resolución electrónica de disputas; expediente electrónico

Keywords:

Principles; Digital justice; Online dispute resolution; Electronic file.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La visión: diseño de un sistema de justicia digital eficaz*. III. *Generación de principios que armonicen las diversas iniciativas de Ley en Materia de Justicia Digital*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La realidad actual de las sociedades rápidas y lentas en el país, dan cuenta del impacto de las tecnologías y de las nuevas necesidades del hombre y del planeta. Es irrefutable la existencia del cambio climático, el impacto del uso de papel en la ecología y del impacto de las tecnologías en el medio ambiente y la vida del hombre. Las sociedades se han vuelto más rápidas en su interacción social y comercial, lo que también ha producido la aceleración de conflictos en las interacciones humanas, las cuales deben resolverse para el sano desarrollo de la sociedad.

El objeto de estudio que se propone analizar en este documento es el desarrollo de una justicia digital, la cual es fundamental para dotar de certeza, seguridad, acceso y desarrollo de soluciones rápidas y justas a las sociedades rápidas y lentas que interactúan en la composición del país; es decir, que la administración de justicia debe transformarse acorde a las demandas de las sociedades rápidas pero tomando en cuenta su interrelación con las sociedades lentas.

De esta manera, es apreciable que la realidad actual en México debe considerarse como una oportunidad fundamental para construir y diseñar un sistema de justicia digital eficaz.

En el presente documento explicaré la visión y conceptos para diseñar y construir un sistema de justicia digital eficaz (SJDE), con la finalidad de postular una serie de principios que perduren en el tiempo y sobrevivan a los cambios y desarrollos tecnológicos.

Estos conceptos se pueden reflejar en los constructos normativos, por ejemplo en las tres iniciativas de ley que actualmente se encuentran en debate: 1) la Iniciativa Proyecto de Decreto por el que se Reforma al Artículo 17 Constitucional en Materia de Impartición de Justicia Digital; 2) la Ley para la Reglamentación del Expediente Judicial Electrónico y, en Materia de Reducción de uso de Papel Físico; y 3) La Iniciativa Proyecto de decreto por el que se expide la Ley general de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, y la propuesta de cambios al Capítulo III, referente a los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en línea.

II. LA VISIÓN: DISEÑO DE UN SISTEMA DE JUSTICIA DIGITAL EFICAZ

1. *¿Por qué construir un sistema de justicia digital y Online Dispute Resolution eficaz?*

El reto de los juristas actuales consiste en abordar realidades pragmáticas afectadas por los cambios tecnológicos y construir bases teóricas que no den paso a la *dispraxis* jurídica en las instituciones de formas más caóticas a las que ya existen.

Esto representa un gran reto a la comunidad científica estudiosa del derecho, ya que el investigador con este perfil debe esforzarse no sólo en presentar bases teóricas y desarrollarlas en la dirección de un campo específico y nuevo tocante a regular los efectos de una sociedad económica-tecnológica en constante desarrollo, sino que hoy los juristas debemos proyectar los futuros retos en el campo del derecho derivado de los presentes, futuros y posibles cambios tecnológicos que parecerían más del campo de la ciencia ficción, pero que confluirán con la vida del hombre y por tanto en el campo del derecho y la justicia. Estos nuevos escenarios nos invitan a replantear la teoría del derecho (Cáceres Nieto, Enrique, 2012, p. 91); repensar el derecho procesal y su relación con el diseño de soluciones tecnológicas.

En mi práctica profesional y en los estudios empíricos que he realizado, he podido observar la divergencia de lenguaje entre los actores que forman parte de este proceso; es decir, por un lado se encuentran los expertos ingenieros desarrolladores en tecnología, y por otro los abogados expertos en derecho. El choque de lenguajes es arrollador; lo que dificulta el proceso de llegar a soluciones eficaces.

A este respecto, en mi observación empírica he notado un cuestionamiento repetitivo en diferentes latitudes del mundo, el cual se refleja en la siguiente pregunta: ¿eficiencia tecnológica por encima de la eficacia de la norma, o viceversa?

Tal como alcanzo a apreciar durante la observación empírica comparada acerca de diferentes modelos de desarrollos tecnológicos en el campo del derecho aplicados a la impartición de justicia o a la solución de conflictos, existen al momento dos maneras de abordar la construcción de modelos y/o plataformas, esto es: 1) desde una perspectiva puramente procesalista en uso de la tecnología, o 2) desde una perspectiva flexible con prioridad al desarrollo tecnológico.

La elección entre una y otra visión guarda relación directa con el tipo de modelo de derecho constitucional y procesal; por ejemplo, en el derecho anglosajón se tienden a desarrollar plataformas tecnológicas desde la segunda perspectiva, es decir, más flexible, puesto que no se supeditan a regulaciones procesales de estricto derecho; lo que permite utilizar las bondades de la tecnología para inducir al usuario o ciudadano en su conducta hacia la solución de conflictos.

Mientras que los desarrollos tecnológicos en latitudes pertenecientes a tradiciones del *civil law*, con un derecho procesal claramente estipulado en la norma, los desarrollos tecnológicos muchas veces terminan siendo la translación de un proceso *off line* a un *proceso online*; estos son los nuevos cuestionamientos a los que los juristas nos enfrentamos.

En el presente artículo me permitiré plantear mis conclusiones a partir de un primer acercamiento al escenario mexicano durante mi labor investigativa; así como de impartición de cursos y talleres sobre justicia digital en tribunales; al igual que la práctica de litigio privado y consultorías para el Poder Legislativo, Poder Judicial Electoral y sector privado.

Esa labor me ha permitido coleccionar y detectar algunas necesidades de los operadores jurídicos y por tanto las áreas en que se necesita trabajar en el desarrollo de tribunales electrónicos, plataformas de resolución electrónica de disputas públicas y, a su vez, el confeccionamiento de normas relativa a ello. Así, he podido construir la siguiente hipótesis: es necesario abordar la problemática desde la visión de la teoría de la complejidad y la teoría de sistemas.

El trabajo previo de Cáceres en su laboratorio de constructivismo jurídico permite un gran punto de partida para la aproximación que se presenta aquí, ya que se puede afirmar que el pensamiento complejo ofrece una visión para el diseño de soluciones para resolver la *dispraxis jurídica* en las instituciones. Lo que en el escenario pandémico y pospandémico ha revolucionado hacia la transformación digital del Poder Judicial Federal, poderes judiciales locales, centros de mediación, tribunales laborales, Tribunal Electoral, tribunales administrativos y agrarios.

De tal modo, es necesario que el diseño de un sistema de justicia digital eficaz se nutra desde una perspectiva de soluciones teóricas y prácticas vistas desde la complejidad, la teoría de sistemas, la filosofía del derecho, la teoría del derecho, el derecho procesal y la solución alternativa de conflictos, entre otras ramas que se pueden descubrir a lo largo de esta primera aproximación a la problemática.

Este artículo es un primer esfuerzo por proponer un primer concepto: el “sistema de justicia digital eficaz” (SJDE), así como explicar las bases teóricas detrás de ello. Asimismo, proponer una serie de principios tomados de los estudios previamente realizados en mi obra “Resolución Electrónica de Disputas: Acceso a Justicia Digital”, los cuales se espera contribuyan como base para el diseño y construcción de un SJDE. Finalmente, se buscará aterrizar esta exposición teórica en un análisis sobre las diversas propuestas legislativas que actualmente se debaten en el Legislativo y que desde mi punto de vista deben considerarse en conjunto y no como temas aislados.

2. Teoría de la complejidad y teoría de sistemas

A. Teoría de la complejidad

Edgar Morin, filósofo francés de los años noventa, plantea la teoría de la complejidad. Invita a aproximarse a la construcción del conocimiento mediante una visión holística que entienda al objeto de estudio como parte de un todo entrelazado. Morin (1998) retoma la frase de Pascal “considero imposible conocer las partes si no conozco el todo, pero considero imposible conocer el todo si no conozco las partes” (p. 421). Dice Morin (1998, p. 421) que “nada está aislado... todo lo que ocurre en un punto de globo afecta en otro”, lo podemos apreciar en la física, en la biología, en el universo. Encuentro que para ejemplificar esto es necesario escucharlo de la propia pluma del autor francés:

Veamos algunos ejemplos: cada célula de nuestro cuerpo es una parte que está en el todo de nuestro organismo, pero cada célula contiene la totalidad del patrimonio genético del conjunto del cuerpo, lo que significa que el todo está también en la parte. Cada individuo en una sociedad es una parte de un todo, que es la sociedad, pero ésta interviene, desde el nacimiento del individuo, con su lenguaje, sus normas, sus prohibiciones, su cultura, su saber; otra vez, el todo está en la parte. En efecto, “todo está en todo y recíprocamente”. Nosotros mismos, desde el punto de vista cósmico, somos una parte en el todo cósmico: las partículas que nacieron en los primeros instantes del universo se encuentran en nuestros átomos. El átomo de carbono necesario para nuestra vida se ha formado en un sol anterior al nuestro. O sea que la totalidad de la historia del cosmos está en nosotros, que somos, no obstante, una parte pequeña, ínfima,

perdida en el cosmos. Y sin embargo somos singulares, puesto que el principio «el todo está en la parte» no significa que la parte sea un reflejo puro y simple del todo. Cada parte conserva su singularidad y su individualidad, pero, de algún modo, contiene el todo (Edgar Morin 1998, p. 421).

Esto permite generar una macrovisión interconectada en la transdisciplinariedad; es decir, comprender a la “mano” como parte de un organismo y no solo a partir de funcionalidad (reduccionismo), donde la “mano” si es que fuese el objeto de estudio es un sistema compuesto de subsistemas siendo parte y entrelazado con otros sistemas y subsistemas.

En el caso de las ciencias sociales y en específico del derecho, la diversidad de realidades actuales exige este tipo de aproximación al conocimiento. Mismo que conduzca al desarrollo de teorías como a la construcción de análisis empíricos, cualitativos y cuantitativos, utilizando una diversidad de métodos, en donde intervengan y se considere la existencia y perspectiva de los múltiples agentes que intervienen en la problemática, es decir, desde individuos, instituciones o colectividad.

Uno de los pioneros en México en introducir el derecho al campo de la teoría de la complejidad es Enrique Cáceres. En su ensayo “Complejidad y derecho” concluye presentando cuestionamientos con los que coincido plenamente; por ejemplo, pregunta: “¿qué nuevos riesgos habrá que enfrentar el derecho en un mundo de redes, donde el ciudadano depende cada vez más de su interacción con empresas sin ubicación territorial fija, sino con contrapartes sin rostro?” (Enrique Cáceres Nieto 2018, p. 14).

Con esta misma visión holística, en mi tesis doctoral (Arley Orduña, 2020) desarrollé como premisa inicial mi pretensión de comprobar la eficacia de las plataformas de solución de conflictos en línea (*Online Dispute Resolution*) en el campo de comercio electrónico transfronterizo, en el sector público y privado. La problemática ODR comprendida, como un todo entrelazado con diferentes visiones y aplicaciones en diversas partes del mundo, así como compuesta de subsistemas normativos locales que imponían condiciones similares y diferentes variables de acuerdo con la sociedad, por lo que para comprender “el todo” fue necesario realizar un exhaustivo análisis empírico de diversas plataformas ODR; tanto de sus resultados cualitativos como cuantitativos, mismos que permitieran arrojar un diagnóstico sobre la eficacia de este tipo de sistemas en la esfera pragmática del consumidor electrónico internacional y nacional (usuario).

Para desarrollar esta visión compleja era necesario dotar de una estructura filosófica que sirviera de guía para conducir una investigación empírica de ese nivel. Realicé un análisis filosófico minucioso y nunca hecho antes en español para responder las preguntas: ¿qué es una plataforma justa?, ¿cómo desarrollamos una plataforma de resolución electrónica de disputas que sea justa?, ¿cómo resolvemos la lucha pragmática entre el diseño de una plataforma “justa” y una “eficaz”?, ¿qué principios deben guiar a los desarrolladores de plataformas?

De esta manera concluí exponiendo una propuesta de categorización y construcción de principios, a partir de la observación empírica que se hizo de forma colectiva en el *National Center for Technology & Dispute Resolution* (<http://odr.info/>); además de los principios que adherí a partir del análisis filosófico sobre el concepto “justicia”, desde la justicia como virtud, la justicia como derecho, la categorización de Perelman, de Recaséns, de Norberto Bobbio, pasando por los

conceptos de justicia pública y justicia privada, para terminar detallando un análisis meticuloso de la corriente de los *Critical Legal Studies* a través de Rawls. Todos los expongo en la obra mencionada, con la finalidad de que puedan servir de guía a los desarrolladores de tribunales electrónicos y plataformas de solución alternativa de conflictos en línea.

Este aproximamiento filosófico permitió la construcción y propuesta de soluciones en el campo teórico y en la praxis. Desde la propuesta conceptual de una plataforma ODR para resolver conflictos transfronterizos en América del Norte, así como la generación de sus correspondientes instrumentos jurídicos a través del mecanismo regional que se discutía al momento de realizar la investigación (el tratado México-Estados Unidos-Canadá).

En este primer acercamiento a resolver la problemática de diseñar un sistema de justicia digital eficaz, este artículo sigue la misma lógica metódica. Dado que esta investigación es consecuencia de la identificación de las necesidades a partir de los escenarios actuales en la impartición de justicia en un mundo pandémico, en donde la transformación digital no es más un mero sueño o deseo de la ciencia ficción, sino una necesidad real y presente. En suma es una consecuencia lógica de mis investigaciones anteriores.

Al ser este un primer acercamiento teórico, carece aún de ser una labor transdisciplinaria. Sin embargo, el objetivo que persigue el presente documento es proponer una base de lenguaje para desarrollar un plan de trabajo a futuro, urgente y necesario para el país, del cual formen parte tomadores de decisiones, legisladores, programadores, diseñadores, abogados litigantes, personal administrativo, operativos jurídicos y usuarios ciudadanos del sistema de justicia.

B. Teoría de sistemas

La teoría general de sistemas proviene primeramente de la pluma del biólogo Ludwig von Bertalanffy (1901-1972). Para él, la TGS debería constituirse en un mecanismo de integración entre las ciencias naturales y sociales.

La teoría general de sistemas (TGS) se presenta como una forma sistemática y científica de aproximación y representación de la realidad y, al mismo tiempo, como una orientación hacia una práctica estimulante para formas de trabajo transdisciplinarias. En tanto paradigma científico, la TGS se caracteriza por su perspectiva holística e integradora, en donde lo importante son las relaciones y los conjuntos que a partir de ellas emergen. En tanto práctica, la TGS ofrece un ambiente adecuado para la interrelación y comunicación fecunda entre especialistas y especialidades. (Arnold Cathalifaud y Marcelo Osorio 1998, p. 2).

Según Arnold Cathalifaud y Marcelo Osorio la TGS presenta dos grupos de estrategias para la investigación en sistemas generales:

- a. Las perspectivas de sistemas en donde las distinciones conceptuales se concentran en una relación entre el todo (sistema) y sus partes (elementos).
- b. Las perspectivas de sistemas en donde las distinciones conceptuales se concentran en los procesos de frontera (sistema/ambiente)” (1998, p. 3).

Ambas visiones son complementarias, no se excluyen la una a la otra.

La TGS nos ofrece una categorización de conceptos con los cuales se puede analizar la constitución de sistemas ya sea biológicos, físicos o sociales, que nos permiten analizar la interacción del sistema y sus partes, así como del sistema y su ambiente. Así, se logra identificar si un sistema es cerrado (que no permite intervención del exterior) o abierto (donde hay intervención del exterior).

Arnold Cathalifaud y Marcelo Osorio explican que esta teoría se ayuda de otras teorías como “la teoría de conjuntos (Mesarovic), teoría de las redes (Rapoport), cibernética (Wiener), teoría de la información (Shannon y Weaver), teoría de los autómatas (Turing), teoría de los juegos (Von Neumann), entre otras” (1998, p. 5).

Estos enfoques me han permitido comprender al Poder Judicial como un sistema compuesto de subsistemas, donde cada subsistema es en sí mismo un sistema compuesto de subsistemas y, que varían en su composición de fondo y no de forma, ya que cada uno de ellos se compone por individuos con experiencias cognoscitivas que influyen en su quehacer jurídico.

Es por ello que la transformación digital del Poder Judicial y de los tribunales locales debe abordarse desde una visión y construcción entrelazada al momento que estamos más cerca de un punto de inicio, en donde las experiencias y necesidades de todos los operadores jurídicos (abogados litigantes, impartidores de justicia, jueces, secretarios de acuerdos, proyectistas, personal administrativo, ciudadanía y usuario final, etcétera) sean consideradas para la construcción de un sistema de justicia digital eficaz.

No solamente como un diseño procedimental y constitucional transferido a un medio tecnológico, desde la falta de comunicación y lenguaje común entre los ingenieros y abogados que enfrentan el reto de este tipo de soluciones.

Este momento actual nos trae nuevos cuestionamientos para replantear la teoría del derecho, el derecho procesal, la flexibilidad de los procesos en el medio ambiente digital, así como utilizar la psicología conductual a través de la plataforma para inducir a la solución de conflictos, más que para producir bellos procesos largos en línea; pero que igualmente no ayuden a resolver la saturación de procesos y la justicia pronta y expedita.

3. ¿Cómo entender un sistema de justicia en una era digital?

Comencemos por definir ¿qué es un sistema? De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “un sistema es un conjunto de reglas o principios que se relacionan entre sí” (2021). Con base en esta definición pareciese sencillo comprender que un sistema está compuesto por un conjunto de elementos; por ejemplo, un sistema biológico está compuesto por una serie de órganos; un conjunto de numeración está compuesto por una serie de principios y signos.

Así pues, el sistema de justicia está compuesto de principios y reglas reflejados en constructos normativos, mismos que se aplican a través de diversos elementos operativos (estructuras y organismos, por ejemplo: juzgados de diversos tipos) donde interactúan elementos vivos, es decir, los individuos u operadores jurídicos que hacen que éste funcione (administradores de justicia, impartidores de justicia, abogados litigantes, justiciables, etcétera).

Ahora bien, la eficacia de un sistema está dada por el uso y la confianza de los usuarios en dicho sistema. Como se sabe, el sistema de justicia en México no goza de gran credibilidad, es por ello por lo que se han hecho diversas reformas que buscan mejorarlo. Pero la eficacia de estos cambios depende en gran medida de dos aristas: la implementación y el rompimiento de paradigmas culturales y creación de nuevos paradigmas en los operativos jurídicos que forman parte del sistema (abogados litigantes, administrativos e impartidores de justicia).

Uno de los grandes beneficios de la tecnología es que a través de ella se crean paradigmas culturales, patrones de conducta y creación de nuevas necesidades, tal como lo hemos visto en ejemplos comerciales como *Facebook*, *Amazon*, *Uber*, etcétera.

Esta experiencia en el sector privado sirve en gran manera cuando pensamos en la transformación digital de los sistemas de impartición de justicia. Dado que la aproximación desde la visión del desarrollo tecnológico invita a pensar en el derecho y en el sistema de impartición de justicia, no sólo como procesos jurisdiccionales codificados, que deben migrar a un medio ambiente digital. Sino que la visión tecnológica por su naturaleza misma nos invita a cuestionar la eficacia pragmática y real de los procesos tradicionales y asimismo nos motiva a hallar soluciones más eficaces y próximas a los usuarios para facilitarles la vida.

4. *¿Cómo construimos un sistema de justicia digital eficaz en México?*

A continuación, expondré las consideraciones que se derivan de mi labor empírica en el ejercicio práctico dentro de estas temáticas.

Primero. Con los siguientes cuestionamientos: a) ¿cuál es la medida y nivel de eficacia real y pragmática de los procesos tradicionales?, b) ¿qué experimentan día con día los operadores jurídicos en su interacción con el sistema?, c) ¿qué cambios son necesarios para que los operativos jurídicos (usuarios) tengan una mejor experiencia y una mejor forma de trabajo, desde su punto de vista y experiencia?, d) ¿dónde mejoramos nuestros procesos tradicionales?, e) ¿dónde aplicamos procesos tecnológicos para facilitar el acceso a los justiciables?, f) ¿dónde aplicamos procesos tecnológicos para facilitar el trabajo de los operativos jurídicos?, g) ¿dónde aplicamos procesos tecnológicos para facilitar el trabajo de los impartidores de justicia?

Estas preguntas no son limitativas y más bien responden a un trabajo de metodología empírica con los operadores jurídicos que vaya permitiendo diseñar y producir soluciones, cambios y migraciones tecnológicas flexibles y asequibles para todos los involucrados del sistema.

En este sentido el escenario ideal sería lograr un proyecto institucional serio de forma colaborativa con el sistema de tribunales del país, cuya finalidad consista en establecer estándares y políticas comunes, desarrollar un programa de capacitación con los departamentos de tecnología para trabajar colaborativamente con las áreas legales y viceversa; de manera tal que se obtenga como resultado final la detección y comprensión de las necesidades de los operadores jurídicos y se logre proyectar los escenarios posibles y factibles de soluciones tecnológicas a desarrollar.

Segundo. Velar por que la respuesta a los cuestionamientos anteriores siempre respete, resguarde y se desarrolle conforme a principios fundamentales que protejan los derechos fundamentales de los usuarios.

Tercero. La observación práctica con el enfoque de la teoría de sistemas y el enfoque de complejidad, me ha permitido comprender al Poder Judicial como un sistema compuesto de subsistemas, donde cada subsistema es, en sí mismo, un sistema compuesto de subsistemas. Cada uno de estos varía en su composición de fondo y no de forma, ya que cada uno de ellos se compone por individuos con experiencias cognoscitivas que influyen en su quehacer jurídico; es decir, cada juzgado trabaja de acuerdo con el estilo y proceso cognitivo del juez en turno, lo cual genera variables diversas de formas de trabajo y eficiencia en el análisis y aplicación de la norma. Ya que el juez es formado para interpretar la norma, no para ser director ejecutivo del juzgado.

Por lo anterior, la mejoría de los procesos de trabajo impactará directamente en:

- a) La calidad de las sentencias.
- b) El tiempo de desahogo y resolución de los procesos.
- c) Credibilidad en la impartición de justicia.
- d) Detección y mejora de procesos en los juzgados.
- e) Mejora en la calidad de vida de las personas que integran el sistema.

Es por esto que la transformación digital del Poder Judicial y de los tribunales locales, debe abordarse desde una visión y construcción entrelazada al momento que estamos más cerca de un punto de inicio. En donde las experiencias y necesidades de todos los operadores jurídicos (abogados litigantes, impartidores de justicia, jueces, secretarios de acuerdos, proyectistas, personal administrativo, ciudadanía y usuario final, etcétera) sean consideradas para la construcción de un sistema de justicia digital eficaz. No solamente como un diseño procedimental y constitucional transferido a un medio tecnológico, desde la falta de comunicación y lenguaje común entre los ingenieros y abogados que enfrentan el reto de este tipo de soluciones desde viejos modelos mentales. Ya que la realidad tecnológica y social nos obliga replantearnos diversos temas, como el derecho procesal, la flexibilidad de los procesos en el medio ambiente digital, el uso de la psicología conductual a través de la plataforma para inducir a la solución de conflictos, con la finalidad de evitar procesos en línea tortuosos (jurisdiccionales o no jurisdiccionales) que igualmente no ayuden a resolver la saturación de procesos.

Cuarto. ¿A qué debe aspirar el sistema de justicia digital? Teniendo en mente los elementos anteriores, ahora es momento de repensar el sistema de justicia a partir de un nuevo modelo mental que relacione los beneficios de los avances tecnológicos con los servicios y actividades de los tribunales y organismos de impartición de justicia, mismo que facilite a todos los usuarios en sus diversas actividades, por ejemplo:

- a. Desarrollo de software para los procesos jurisdiccionales que incluyan:

- a) Oficialías de parte electrónicas sin necesidad de duplicar con expedientes en papel.
 - b) Asignación inteligente de casos a secretarías A y B de los juzgados.
 - c) Registro categorizado de nombres de las partes con supervisión humana.
 - d) Correos electrónicos automatizados para oír y recibir notificaciones.
 - e) Calendarización automatizada de audiencias.
 - f) Trabajo a distancia de jueces y de los operativos jurídicos.
 - g) Aplicación de reconocimiento facial en la identificación de procesos jurisdiccionales y no jurisdiccionales,
 - h) Desahogo de audiencias virtuales,
 - i) Traducción de textos legales a otras lenguas,
 - j) Asistencia a usuarios de capacidades diferentes (invidentes, sordos, etcétera).
 - k) Chatbots.
 - l) Repositorio documental de formatos para los operativos jurídicos del tribunal, con capacidad de almacenamiento de datos y asistencia virtual de voz, aplicando técnicas de inteligencia artificial para la búsqueda documental, historial y llenado. Ello con la finalidad de reducir errores humanos, pero salvaguardando que el sistema requiera de aprendizaje con supervisión humana.
 - m) Sistemas inteligentes de asistencia que sean capaces de traducir el lenguaje jurídico a un lenguaje mucho más accesible a cualquier persona; búsqueda de casos con elementos similares; asistencia de procesos internos, entre otros.
 - n) Desarrollo de soluciones y Apps de acceso móvil.
 - o) Interoperabilidad de sistemas y realización de acuerdos con otras instituciones con las que usualmente interactúan los tribunales con la finalidad de generar procesos más rápidos y en línea de forma interinstitucional.
- b. Desarrollo de software o plataformas públicas y/o privadas para el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, que dentro de sus muchas finalidades, pretenden despresurizar los tribunales de conflictos que se pueden resolver por vías como negociación, mediación y conciliación. Con funciones que incluyan:
- a) Desahogo de audiencias virtuales.
 - b) Trabajo remoto de los facilitadores, mediadores y las partes.
 - c) Chatbots.

- d) Traducción de textos legales a otras lenguas.
- e) Asistencia a usuarios de capacidades diferentes (invidentes, sordos, etcétera).
- f) Desarrollo de sistemas inteligentes de asistencia que sean capaces de traducir el lenguaje jurídico a un lenguaje mucho más accesible a cualquier persona; búsqueda de casos con elementos similares; asistencia de procesos internos, entre otros.
- g) Formas de validación y ejecución inmediata de los acuerdos.
- h) Sistema que genere los datos necesarios para comprobar que los casos mediables no regresan en forma de litigio al tribunal.

Quinto. Una de las grandes problemáticas en el sistema actual de justicia, es la *Dispraxis jurídica* que ocurre entre la norma jurídica y el mundo objetivo en que se aplica; es decir, la “igualdad ante la ley” es referente al mundo abstracto en que la ley debe aplicarse igual a los iguales. Mientras que la “igualdad en la ley” es la exigencia de que efectivamente nos vuelva iguales en el mundo objetivo.

Esta divergencia es notoriamente conocida en el país. Ahora bien, como parte de lo que se requiere es generar procesos más eficaces y nuevos paradigmas en los operadores jurídicos, es necesario establecer estrategias en el diseño e implementación de nuevos modelos de justicia digital, así como la migración de procesos electrónicos, implementación del expediente judicial electrónico y el diseño de tribunales electrónicos de en todo el país, las cuales alcanzo a vislumbrar en dos estrategias:

- a) Primero. La creación de un grupo de expertos que contribuya con la producción de políticas y estándares comunes que sirvan de guía para los desarrolladores de plataformas de Tribunales electrónicos y plataformas de solución de conflictos en línea.
- b) Segundo. Que este grupo de expertos ayude en la observación del desarrollo de los proyectos de transformación digital hacia la construcción de un sistema de justicia digital.

En mi observación empírica respecto de la transformación digital de tribunales en otras partes del mundo, he notado un cuestionamiento repetitivo, el cual se expresa en la siguiente pregunta: ¿eficiencia tecnológica por encima de la eficacia de la norma, o viceversa?

Tal como alcanzo a apreciar, existen al momento dos maneras de abordar la construcción de modelos y/o plataformas, esto es: 1) desde una perspectiva puramente procesalista en uso de la tecnología, o 2) desde una perspectiva flexible con prioridad al desarrollo tecnológico.

La elección entre una y otra visión guarda relación directa con el tipo de modelo de derecho constitucional y procesal; por ejemplo, en el derecho anglosajón, se tienden a desarrollar plataformas tecnológicas desde la segunda perspectiva, es decir, más flexible puesto que no se supeditan a regulaciones procesales de estricto derecho, lo que permite utilizar las bondades de la tecnología para inducir al usuario o ciudadano en su conducta hacia la solución de conflictos. Mientras que los desarrollos tecnológicos en latitudes pertenecientes a tradiciones del *civil law*, con

un derecho procesal claramente estipulado en la norma, los desarrollos tecnológicos muchas veces terminan siendo la translación de un proceso *off line* a un *proceso online*.

En suma, ésta es apenas la punta del iceberg de lo que es posible realizar con la interacción entre la tecnología y su aplicación al campo de la impartición de justicia y la solución de conflictos.

El objetivo de un sistema de justicia digital eficaz debe ser ayudar a resolver la problemática que implica desarrollar un nuevo modelo mental, que respete los derechos procesales constitucionales de los justiciables; y que a su vez identifique y solucione las necesidades de los operadores jurídicos en la praxis.

Esto es posible lograrlo a partir de recoger las experiencias cognoscitivas en las diversas áreas del desempeño de los operadores jurídicos; de manera tal que se obtenga la información suficiente sobre los procesos humanos que se realizan con el objetivo de desarrollar soluciones automatizables que faciliten el trabajo de todos los usuarios del sistema (abogados, justiciables, operativos administrativos, impartidores de justicia, facilitadores, etcétera).

En los siguientes párrafos presentaré la categorización de principios que he hecho mención con el propósito de ofrecer una piedra para el diseño y construcción de un sistema de justicia digital eficaz, así como la manera en que éstos se pueden reflejar en las normativas e iniciativas de ley aquí analizadas.

III. GENERACIÓN DE PRINCIPIOS QUE ARMONICEN LAS DIVERSAS INICIATIVAS DE LEY EN MATERIA DE JUSTICIA DIGITAL.

El presente apartado versa sobre reforma al artículo 17 constitucional, iniciativa de ley de expediente electrónico e iniciativa de ley general de mecanismos alternativos de solución de controversias. Presentaré una serie de conceptos y principios que considero sería afortunado incluir dentro de la Iniciativa por la que se expide la Ley General de Expediente Judicial Electrónico y en Materia de Reducción de Uso de Papel Físico, con la intención de que sirvan para establecer bases fundamentales que perduren en el tiempo y sobrevivan a los cambios y desarrollos tecnológicos.

Ello con la finalidad de armonizar en un solo instrumento jurídico los principios aplicables inicialmente a las tres siguientes Iniciativas que se enuncia a continuación (véase figura1), así como cualquier otra iniciativa que pudiera presentarse en el transcurso del tiempo.

Figura 1. Armonización de Principios



De esta manera, el presente documento se dividirá en tres partes: en la primera parte se expone la base estructural que da pie a la obligatoriedad de justicia digital en México, a través de la Iniciativa de Reforma al Artículo 17 Constitucional en Materia de Impartición de Justicia Digital.

En la segunda parte se exponen los constructos propuestos para la generación de principios que se pueden incluir en la Iniciativa por la que se expide la Ley para la reglamentación del expediente judicial electrónico y, en materia de reducción de uso de papel físico.

En la tercera parte se adiciona el análisis de la Iniciativa proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, y la propuesta de cambios al capítulo III, referente a los mecanismos alternativos de solución de controversias en línea, mediante el cual entre varias observaciones a diversos artículos, se busca armonizar los mismos principios expuestos para incluir en la Ley para la Reglamentación del Expediente Judicial Electrónico y, en Materia de Reducción de Uso de Papel Físico.

Asimismo, se subraya la importancia de incluir dos estrategias en el desarrollo e implementación de tribunales electrónicos y plataformas de solución de conflictos en línea, esto es, la creación de un grupo de expertos para el desarrollo de principios y estándares comunes, así como un grupo de observación en la implementación.

1. *Primer constructo sobre conceptos generales de justicia digital, para armonizar y aclarar conceptos no contenidos en la iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un nuevo párrafo cuarto y se recorren los subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de impartición de justicia digital*

La Iniciativa de Justicia Digital (Monreal, 2020) propone incluir un nuevo párrafo cuarto, que a la letra dice:

Para contribuir a garantizar el acceso a la justicia de forma ágil y oportuna, el Poder Judicial de la Federación, y el de las entidades federativas, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, los tribunales agrarios, los tribunales electorales y los tribunales administrativos de la Federación y de las entidades federativas implementarán de forma progresiva el sistema de justicia en línea, mediante el uso de tecnologías de información y la comunicación a efecto de tramitar los juicios y todas sus instancias en línea, en los términos de lo dispuesto por la ley (p. 9).

Este párrafo introduce a un mundo de posibilidades presentes y futuras en la impartición de justicia digital en México. Por ello, lo prudente y conducente desde el Poder Legislativo en colaboración con diversos actores involucrados, como los poderes judiciales locales, academia y sociedad civil, es que se detalle y se dé forma al objetivo general que es construir un diseño de un sistema de justicia digital eficaz.

Es importante señalar que este nuevo párrafo cuarto carecería de una ley reglamentaria que aclare conceptos específicos que ayuden a comprender el proceso y desarrollo de una justicia digital, puesto que en la práctica existe un desconocimiento del significado del concepto “justicia digital”. A veces se llega a tener la percepción de que la justicia digital se reduce a la compra de equipo técnico o al desarrollo de *software* aplicado en la impartición de justicia.

Desde mi experiencia empírica, hablar de justicia digital implica adentrarse a la mejora de procesos tradicionales dentro de la comunicación de las áreas de trabajo en los tribunales. Involucra cuestionar los procesos tradicionales y mejorarlos, es decir, significa aproximarse desde un enfoque sistémico (TGS) y de complejidad (teoría de la complejidad).

De tal forma que se pueda comprender a los tribunales como un “sistema”, tal como es el cuerpo humano; en el cual cada órgano y función está interconectado.

La problemática operativa en los tribunales radica en que cada juez tiene su forma de operar y conducir un juzgado, por lo cual es difícil establecer una métrica en el trabajo de todos los juzgados sobre los tiempos y formas de trabajo. Se deja al operativo a veces con herramientas rudimentarias para realizar su labor. Por lo cual, esta falta de comunicación y entendimiento entre las diversas áreas, así como los recurrentes dobles procesos en línea y en papel (después de la pandemia) generan un estrés en los mismos operativos en incluso en una duplicidad de actividades (papel y en línea).

Entonces el reto aquí consiste en transformar los procesos de comunicación entre las áreas, diseñando sistemas que resuelvan sus necesidades, a que he registrado que algunos departamentos de gestión tecnológica desarrollan sistemas sin consultar las necesidades de los operadores y muchas veces realizan cambios en el sistema sin dar avisos claros, lo cual genera frustración en los usuarios.

Lo cierto es que la experiencia de diseño de sistemas me ha dejado claro que el desarrollo más eficaz debe estar centrado en las necesidades de los usuarios. En este caso cuatro tipos de usuarios: litigante, operador administrativo, operador administrador de justicia y justiciable.

Además una transformación digital implica transformar los procesos operativos internos que usualmente se llevan a cabo. De tal forma se tiene que transformar el proceso *off line*, incluyendo los métodos de trabajo interno, formas de comunicación e incluso relaciones humanas, todo ello con la finalidad de producir un producto final *online*, mucho más eficiente para no provocar cuellos de botella, que generen dobles procesos y frustración en los usuarios.

Una vez mencionado esto, debo explicar algunos conceptos, como el uso de lenguaje en el desarrollo de un sistema, los cuales no están previstos en el nuevo párrafo cuarto que propone el senador Monreal al artículo 17 constitucional, y que considero deberían incluirse quizá en una

normativa reglamentaria con la finalidad de establecer conceptos atemporales, generales y armonizables con otras iniciativas de ley.

Es importante señalar para efectos del presente artículo que los conceptos en términos de conjunción entre derecho y tecnología, al ser conocimiento de frontera implica que se van formando y transformando a la par de la realidad.

Los conceptos presentados a continuación son una construcción y síntesis propia del autor con base en el estudio de conceptos doctrinales y algunas propuestas de regulaciones en materia internacional, en especial con base en uno de los proyectos de reglamento del trigésimo primer período de sesiones, llevado a cabo del 9 al 13 de febrero de 2015 en Nueva York, en la sede de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (A/CN.9/WG.III/WP.133, 2015). Estos son:

1. Justicia digital:¹ la justicia digital hace referencia al desarrollo de *software* o plataformas tecnológicas cuyo objetivo sea facilitar los procesos de impartición de justicia.
2. Justicia en línea: se refiere a los sistemas de justicia que se utilizan en Internet para la atención y facilitación de los procesos jurisdiccionales.
3. Tribunal electrónico:² es el sistema desarrollado para facilitar los procesos jurisdiccionales en línea, así como el procesamiento de información y, en su caso, el trabajo remoto de impartición de justicia.
4. Juicio en línea: es el proceso jurisdiccional que de acuerdo con su normativa procesal se desarrolla de forma virtual a través de Internet y con la aplicación de *software* de gestión diseñado para ello.
5. Solución de controversias en línea:³ son procedimientos de negociación, mediación y conciliación para resolver controversias mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnología de la información y las comunicaciones.
6. Administrador de servicios:⁴ es la entidad que administre y coordine procedimientos electrónicos para la impartición de justicia, en cualquiera de sus actividades.
7. Proveedor:⁵ es la entidad que se ocupe del desarrollo tecnológico del *software* dirigido de forma exclusiva para el desarrollo e implementación de procedimientos electrónicos para la impartición de justicia, en cualquiera de sus actividades.

Se recomienda que estos conceptos debieran incluirse en la Iniciativa proyecto de decreto por el que se expide la Ley General Orgánica del Poder Judicial de la Federación y se expide la Ley para la Reglamentación del Expediente Judicial Electrónico y en Materia de Reducción de Uso de Papel Físico (Olga Sánchez Cordero, 2022). Con la finalidad de complementar la reforma que propone el senador Monreal de adicionar un nuevo párrafo cuarto al artículo 17 constitucional para dar lugar a la justicia digital, de forma tal que no se deje el texto aislado sin ley reglamentaria que resuelva el cómo.

2. *Segundo constructo sobre principios generales para el desarrollo de plataformas en la impartición de justicia pública o privada, que se pueden incluir en la “Iniciativa Proyecto de Decreto por el que se Expide la Ley General Orgánica del Poder Judicial de la Federación y se Expide la Ley para la Reglamentación del Expediente Judicial Electrónico y, en Materia de Reducción de Uso de Papel Físico”.*

Ahora bien, en los siguientes párrafos se realizará una serie de comentarios y recomendaciones a algunos artículos de la Iniciativa por la que se expide la Ley para la Reglamentación del Expediente Judicial Electrónico (Olga Sánchez Cordero, 2022), que a consideración de este autor desde el punto de vista de la práctica jurídica y el desarrollo e implementación de tecnología son necesarios considerar.

a) Artículo 12. Sistemas de gestión judicial

La iniciativa de ley en su artículo 12 a la letra dice: (párrafo 1) “El acceso al Sistema de Gestión Judicial y de interconexión entre órganos jurisdiccionales, es gratuito.” (Sánchez Cordero, reglamentación del expediente judicial electrónico, 2022).

Es muy común en la práctica del litigio que algunos abogados no compartan las contraseñas de accesos a los sistemas de gestión judicial con los justiciables, debido al temor de que, entonces, el cliente pueda pedir opinión de otros abogados. Debe considerarse la posibilidad de volver obligatorio que los justiciables tengan sus claves para los accesos remotos y obligar a los abogados a que lo hagan del conocimiento de los clientes.

En este orden de ideas, es recomendable adherir al párrafo del artículo 12 como punto y seguido el siguiente párrafo:

“Los justiciables deberán ser informados de los accesos virtuales a sus expedientes electrónicos y al sistema de gestión judicial, tanto por el tribunal como por los abogados litigantes del caso”.

Continuando con los comentarios al párrafo primero, la iniciativa de ley de Sánchez Cordero, la segunda parte de párrafo a la letra dice: “La conservación de los datos y documentos de los expedientes electrónicos es responsabilidad del sistema de administración de justicia que debe garantizar la seguridad y amplia disponibilidad del sistema” (Olga Sánchez Cordero, 2022, artículo 12, párrafo 1).

A este respecto, la práctica en el desarrollo de sistemas ha dejado ver que las plataformas dominantes para la compra de nube para almacenar información son *Amazón, Google y Microsoft*. Así también, en el mercado aparecerán diversos proveedores que buscarán ofrecer el servicio de transformación digital a los tribunales.

En este escenario, debe asegurarse que los tribunales locales logren llevar a cabo sus proyectos comprando tecnología en su justo precio, por lo cual, tienen que asegurarse las partidas presupuestales en el Poder Legislativo para dicho cometido.

Por tanto, es recomendable establecer un grupo de trabajo que diseñe políticas y estándares comunes para la adquisición y compra de estos servicios tecnológicos; así como de buenas prácticas y código de ética que guíen a los desarrolladores de plataformas (internos o externos al tribunal); además de estipular las formas en que se pruebe que los proveedores de servicios tengan la capacidad de guardar y asegurar el resguardo en la nube de la información.

b) Artículo 16.

La iniciativa de ley en su artículo 16 a la letra dice:

Para la práctica de actos procesales por medios electrónicos es obligatoria la acreditación previa antes los poderes judiciales que debe ser realizada mediante procedimiento que asegure la adecuada identificación de la persona interesada.

A la persona acreditada le será atribuido un registro y un medio de acceso al sistema, de modo que se preserven de forma la inequívoca identificación, la privacidad y la autenticidad de sus comunicaciones. Es responsabilidad de las personas acreditadas mantener sus datos actualizados.

La acreditación y mantenimiento de datos puede ocurrir automáticamente por medio de interoperabilidad con el Colegio de Abogados. Los órganos del Poder Judicial deberán crear un registro único para la acreditación prevista en este artículo. (Olga Sánchez Cordero, Reglamentación del expediente judicial electrónico, 2022)

La identificación de los usuarios en un sistema electrónico es fundamental para establecer quiénes tendrán acceso al sistema, cómo tendrán acceso al mismo, y cuáles serán los métodos de identificación y validación de dicha identidad.

En este sentido el grupo de trabajo sugerido en la sección anterior es también recomendable que establezca lineamientos sobre la forma de identificación de las personas, ya que existen muchas maneras de hacerlo; por ejemplo, desde el rudimental escaneo de fotografías del Instituto Nacional Electoral (INE) bajo supervisión humana, hasta el uso de datos biométricos; inclusive se puede dar el caso en el que por desconocimiento se dupliquen procesos en papel y en línea.

La elección de un método de identificación responde a determinadas variables en cada tribunal. Por ejemplo, el conocimiento y capacidad del recurso humano encargado del área tecnológica para proponer soluciones; los recursos tecnológicos y financieros con los que se cuenten; y el trabajo junto con los operadores jurídicos para no caer en dobles procesos y garantizar los principios de derecho procesal.

Es recomendable buscar la realización de acuerdos con el Instituto Nacional Electoral, de forma que no se compartan datos, sino que sólo se valide la existencia de dicho documento o con otras instituciones oficiales.

Por ello se recomienda que el constructo normativo sea lo bastante amplio para no obstaculizar las posibles salidas y desarrollos tecnológicos que pudieran mejorarse en el desarrollo de sistemas; es decir, no tratar de hacer recetas procedimentales, sino recomendaciones generales.

c) Artículo 24

La iniciativa de ley en su artículo 24 a la letra dice:

Las notificaciones judiciales deberán hacerse preferentemente por medios electrónicos que permitan al órgano jurisdiccional comprobar su recibimiento por parte del destinatario por medio de un acuse de recibo electrónico (Olga Sánchez Cordero, Reglamentación del expediente judicial electrónico, 2022).

El tema de las notificaciones en definitiva es delicado, ya que deberá comprenderse en qué momento se ha realizado la notificación, pues esto tendrá efectos directos sobre los plazos y términos procesales.

En cuanto a los desarrollos y soluciones tecnológicas, es recomendable incentivar y pensar en soluciones para promover la generación de notificaciones móviles vía electrónica y mensaje telefónico. Al igual que motivar el desarrollo de Apps móviles para la impartición de justicia. Entendiéndose que esto no debe formar parte de un constructo normativo obligatorio procesalista, sino como parte de un lineamiento o recomendación general que permita transformarse con la realidad de los avances tecnológicos.

Ahora bien, veamos algunos datos que ayuden a comprender el contexto mexicano para el desarrollo de proyectos tecnológicos en justicia digital. En México existen ciento veinte millones de habitantes (dato exacto: 126,014,024 millones de habitantes) de acuerdo con los resultados del último censo poblacional del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI, 2020). Y según el estudio de hábitos de navegación en Internet de la Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI), en el año 2021 México contaba con 88.6 millones de internautas (AMIPCI, 2022, p. 5), y el mayor punto de conexión es vía teléfono inteligente (*smarthphone*) dado que 95.4% de las personas se conecta por esta vía (AMIPCI, 2022, p. 11).

Estos datos nos dan luz para comprender por qué los proyectos tecnológicos de mayor impacto y alcance deben ser móviles, ya que en la actualidad el móvil es el mayor punto de conexión; es decir, que la justicia digital debe poder ser accesible desde una vía remota y preferentemente mediante una *aplicación*.

Ahora bien, respecto a la conectividad, los proyectos en general deben centrarse en desarrollar tecnología que el usuario pueda utilizar sin que tenga que estar conectado a Internet, con la finalidad de que incluso en las comunidades alejadas de conexión de datos móviles o wifi, puedan llenar formularios o verificar información.

Aunado a lo anterior, los datos nos muestran el escenario de los posibles usuarios que viven en el extranjero. Por ejemplo, once millones de mexicanos viven en el extranjero,⁶ principalmente en Estados Unidos de América, a quienes los podemos considerar como potenciales justiciables en México, ya sea por casos de juicios testamentarios o intestamentarios (especialmente por el escenario pospandemia), divorcios, pensiones y demás posibles materias familiares, civiles y mercantiles.

En suma, estos son los escenarios a considerar porque los datos duros los muestran y hay que analizar a profundidad su entroncamiento con el tipo de notificaciones, validez y verificación.

d) Transitorios

Los transitorios de la Iniciativa de Ley a la letra dicen:

SEGUNDO. Para los Poderes judiciales locales que no cuenten con expediente electrónico tendrán 180 días contados a partir de la entrada en vigor del presente decreto para instrumentar el sistema de gestión del expediente electrónico digital

TERCERO. A partir del ejercicio fiscal inmediato posterior a la entrada en vigor del presente decreto, y en los subsecuentes, las legislaturas locales incluirán dentro de los presupuestos anuales de los poderes judiciales locales recursos suficientes para la implementación de presente decreto. (Olga Sánchez Cordero, Reglamentación del expediente judicial electrónico, 2022).

Es necesario hacer notar que ciento ochenta días es insuficiente para el desarrollo de este tipo de proyectos en poderes judiciales locales que no cuenten con la asignación presupuestaria. Por ellos tendría que analizarse los tiempos en que se realice el ejercicio presupuestal cercano a la fecha en que potencialmente sea aprobado este decreto y proponer el doble de tiempo (trescientos sesenta días)

Además es necesario un cuarto transitorio que establezca la creación de un grupo de expertos que contribuya a la producción de políticas y estándares comunes, manuales de buenas prácticas y códigos que sirvan de guía para los desarrolladores de plataformas de tribunales electrónicos y plataformas de solución de conflictos en línea. Asimismo, ayuden en la observación del desarrollo de los proyectos de transformación digital hacia la construcción de un sistema de justicia.

e) Comentario general sobre inclusión de principios

De la lectura y análisis en general de la Iniciativa de ley en comento, este autor considera que sería nutritivo para el diseño de un sistema de justicia digital en México, considerar experiencias y trabajos colaborativos comparados de diversos investigadores en diversas latitudes del mundo, como es un estudio que lamentablemente aún no es publicado, pero forma parte de las observaciones empíricas de diversos estudiosos que colaboran con el *National Center for Dispute Resolution*.

Estas observaciones se ven reflejadas en los principios que enlistaré a continuación como una parte parcial de las categorizaciones que se han hecho sobre principios en diversas plataformas de resolución electrónica de disputas.

Aunado a lo anterior, parte de estos principios también son resultado de un análisis minucioso sobre el concepto justicia y las plataformas ODR. Vertidos en el libro *Resolución electrónica de disputas: acceso a justicia digital* (Amada, Arley Orduña, 2021) en donde se puede consultar el apartado “¿Cómo desarrollar un Tribunal Electrónico?”.

En este libro se exponen catorce principios básicos no limitativos, los cuales se busca perduren en el tiempo y sobrevivan a los cambios y desarrollos tecnológicos. Pueden ser sujetos de perfeccionamiento para el desarrollo de tribunales electrónicos, se enuncian y describen a continuación (Amada, Arley Orduña, 2021):

1. Accesibilidad tecnológica: el diseño de la plataforma tecnológica debe ser amigable, de fácil uso y lectura, inteligible, simple y asequible, incluyendo el fácil uso para personas con debilidad visual y auditiva. Se aconseja prever la traducción a otras lenguas dependiendo de la competencia y jurisdicción en la que se pretende opere la plataforma.

2. Neutralidad tecnológica: la plataforma debe ser justa e imparcial, incluyendo el diseño de algoritmos en caso de haberlos.
3. Efectividad tecnológica: se recomienda involucrar a los usuarios en el diseño y pruebas de uso de las plataformas; además, la tecnología debería buscar ser adaptable e implementarse por fases y someterse a procesos de evaluación.
4. Seguridad tecnológica y protección datos de personales: el sistema debe ser consistente, seguro y confiable, debe asegurar que todos los datos ingresados a un portal serán resguardados y no utilizados ni comercializados para otros fines.
5. Consentimiento tecnológico: el sistema debería basarse en el consentimiento explícito e informado de las partes.
6. Gratuidad: el uso y servicio de la plataforma debe ser gratuita si pertenece al sector público.
7. Publicidad: se sugiere que de acuerdo con la materia y ámbito en que opere la plataforma, ésta publicite el sentido de los acuerdos logrados con la finalidad de motivar el desarrollo de buenas prácticas recíprocas y sin dar a conocer los datos personales de las partes.
8. Efectividad: la plataforma debe asegurar el cumplimiento de los Acuerdos a través de la ejecución de tribunales nacionales.
9. Velo de la ignorancia: el diseño y desarrollo de la plataforma debe guiarse por el supuesto de que todos estén desprovistos de información.
10. Transparencia:
 - a) Es conveniente que se dé a conocer toda relación que pueda existir entre el administrador y el proveedor, para que los usuarios del servicio estén informados de cualquier posible conflicto de intereses.
 - b) El administrador puede considerar conveniente publicar estadísticas o datos anonimizados sobre los resultados para que las partes puedan evaluar sus antecedentes generales, en consonancia con los principios de confidencialidad aplicables.
 - c) Toda la información pertinente debería estar disponible en el sitio web del administrador, presentada de un modo sencillo y accesible para los usuarios.
11. Independencia:
 - a) El administrador de servicios de las plataformas para procesos jurisdiccionales en línea o tribunales electrónicos debe asegurarse que se realicen con las mejores opciones de proveedores en calidad, seguridad y solución a problemas que se puedan presentar.
 - b) Es conveniente que los administradores que ofrezcan el servicio de solución de conflictos en línea en el ámbito público y privado adopten un código de ética para sus

terceros neutrales, a fin de orientarlos en relación con los conflictos de intereses y otras normas.

12. Especialización:

- a) El administrador de servicios de las plataformas para procesos jurisdiccionales en línea o tribunales electrónicos, debe asegurarse de capacitar a los operadores jurídicos internos y externos del sistema.
- b) El administrador de solución de conflictos en línea en el ámbito privado o público puede considerar conveniente aplicar políticas integrales que rijan la selección y la capacitación de los terceros neutrales.

13. Proporcionalidad:

- a) En caso de que en plataformas de solución de conflictos en línea se dé entre partes de una relación que por su naturaleza es desigual, la plataforma incentivará la igualdad y empoderamiento de las partes.

14. Necesidades:

- a) El diseño de procesos jurisdiccionales en línea, así como *software* de gestión en tribunales electrónicos en línea o asistentes de atención, deben desarrollarse a partir de considerar las diversas necesidades de los operativos jurídicos y cuya finalidad sea facilitar las actividades en el sistema de impartición de justicia, evitando el uso de papel físico y duplicación de procesos.
- b) El diseño de proceso de solución de conflictos en línea debe motivar el descubrimiento de las necesidades de las partes, para ayudarlos a construir soluciones creativas.

Es recomendable considerar la inclusión de estos principios ya sea en un artículo 50., de la iniciativa de Ley Reglamentaria del Expediente Electrónico, O bien en el diseño de políticas y estándares comunes para el desarrollo de tribunales electrónicos y plataformas ODR.

3. *Propuesta del capítulo III. De los mecanismos alternativos de solución de controversias en línea*

En el diseño actual del sistema de justicia no se puede dissociar la figura de los mecanismos alternativos de solución de controversias público o privado. Por ello, como parte de esta propuesta general de desarrollo de principios para el uso de tecnologías en la justicia digital, es necesario integrar a los MASC dentro de esta visión y analizar la

“Iniciativa Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y su Capítulo III. De los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Línea” (2020).

En este sentido en los siguientes párrafos se propondrá una serie de cambios en el texto de la iniciativa de ley, con la finalidad de contribuir en dicha materia.

a) Concepto *Online Dispute Resolution*

El concepto *Online Dispute Resolution (ODR)* surgió sin una base teórica como una respuesta a la necesidad de resolver conflictos en el comercio electrónico. De acuerdo con Ethan Katsh (2012, p.166) “los ODR no sólo son la generación de nuevas herramientas de comunicación, sino que también invita a presentar nuevos cuestionamientos que nunca se habían hecho antes” (Ethan Katsh y Orna Rabinovich-Einy, 2012, p. 166).

Si bien el concepto surgió en el ámbito del comercio electrónico, durante la última década se han desarrollado plataformas ODR dirigidas a facilitar y solucionar conflictos en diversas materias, como protección al consumidor, arrendamiento, laboral, familiar, etcétera.

En este sentido, el concepto ODR ha sido generalmente aceptado en la academia internacional, foros, debates, literatura académica y organismos internacionales, como un concepto que engloba “la aplicación de las tecnologías de la información y comunicación a un proceso alternativo de solución de conflictos, cuyo objetivo consiste en ayudar a facilitar las comunicaciones del proceso y producir la solución de un conflicto de forma satisfactoria para ambas partes” (Amada, Arley Orduña, 2021, p. 76).

Kersten y Hsiangchu (2007, p. 555) exponen la evolución y tipos de negociación electrónica que han surgido desde la década de los setenta; realizan una categorización para comprender la composición y arquitectura del diseño de *software* dedicados a la función de la negociación y mediación electrónica. De esta manera nos ofrecen una clasificación de los sistemas electrónicos en: a) pasivos, b) activos, c) proactivos.

Los sistemas pasivos son herramientas que requieren que sus usuarios ejerzan un control total sobre sus acciones; la plataforma requiere que el usuario especifique requisitos, seleccione opciones y proporcione datos necesarios para que el sistema lleve a cabo sus tareas (E. Kersten y L. Hsiangchu, 2007, p. 544).

Los sistemas activos de facilitación-mediación ayudan a los usuarios en la formulación, evaluación y resolución de problemas difíciles, concesión de decisiones y la construcción de las ofertas, la evaluación del proceso y el acuerdo (E. Kersten y L. Hsiangchu, 2007, p. 544).

Los sistemas proactivos de intervención-mediación tienen las mismas capacidades de los sistemas activos de facilitación-mediación, y además son capaces de coordinar las actividades de los negociadores, la crítica de sus acciones y hacer sugerencias en cuanto a qué oferta se debe hacer o qué acuerdo debe ser aceptado, es decir, realizan una intervención proactiva (E. Kersten y L. Hsiangchu, 2007, p. 544).

Arley (2021, p. 102) realiza una síntesis en forma de cuadro para que sea más sencilla de comprender la relación entre la clasificación de los sistemas electrónicos y la clasificación del tipo de *software*, que hacen nuevamente Kersten y Hsiangchu; esto es: 1) negociaciones facilitadas por la computadora. (*computer-facilitated negotiations*). 2) soporte para las negociaciones por la computadora. (*computer-supported negotiations*). 3) negociaciones mediadas por la computadora (*computer-mediated negotiations*) (Amada, Arley Orduña, 2021, p. 102).

Ahora bien, el texto de la Iniciativa de ley en comento define a los mecanismos alternativos por medios electrónicos de la siguiente manera:

Artículo 3o. Glosario...

VIII. Mecanismos alternativos por medios electrónicos: procedimientos de mediación y conciliación ejecutados a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología” (Menchaca Salazar y otros, Iniciativa de Ley general de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, 2020).

En virtud de la base teórica expuesta, se propone la mejora de la definición en el siguiente sentido:

Artículo 3. Glosario ... VIII. Los mecanismos alternativos de solución de controversias en línea: son procedimientos de negociación, mediación y conciliación para resolver controversias mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnología de la información y las comunicaciones.

El texto propuesto añade “la negociación” como parte de un mecanismo alternativo que la misma Iniciativa (Menchaca Salazar y otros, Iniciativa de Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, 2020) incluye en el artículo 30. como parte del glosario y dedica el artículo 32 a definirla.⁷ Por otro lado, cuando se hace referencia a los medios tecnológicos se opta hacerlo en términos generales, con la finalidad de no limitar los avances tecnológicos, y por tanto las mejoras de las plataformas que se desarrollen para tales fines.

b) Bases generales

El artículo 53 establece las bases generales, el texto a la letra dice:

“Artículo 53. Bases generales. A petición de la parte se podrá hacer uso de procedimientos de mecanismos alternativos ejecutados en línea a través de medios digitales, con la ayuda de plataformas para la transmisión electrónica, en tiempo real, de datos, imagen y voz.” (Menchaca Salazar y otros, Iniciativa de Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, 2020).

La petición de parte del inicio del procedimiento que se enuncia en el primer enunciado del párrafo, cuando dice: “A petición de la parte se podrá hacer uso de procedimientos de mecanismos alternativos ejecutados en línea”; es correcto al manifestar uno de los principios de voluntariedad en el ejercicio de los MASC/ADR⁸ o una RED/ODR.⁹

El segundo enunciado del párrafo describe el modo de ejecución del procedimiento MASC; esto es, “en línea”. Ahora bien, aquí conviene hacer un alto para precisar el significado del término “en línea”. Por éste debe entenderse el medio de transmisión de información a través de “Internet”; es decir, “Red Informática Mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación” (RAE, 2021).

Una vez entendido el concepto anterior, podemos apreciar que se utiliza el complemento: “a través de medios digitales” seguido de “con la ayuda de plataformas”; la conjunción de ambos enunciados resulta reiterativa y sin sentido, debido a la siguiente explicación.

El concepto “medios digitales” debería ser eliminado del texto, pues se refiere al *software* o canal de comunicación mediante el cual el usuario verá la información”, es decir; la plataforma que proporciona el servicio de solución de conflictos en línea.

Las plataformas digitales son un sistema que permite la ejecución de diversas aplicaciones bajo un mismo entorno, dando a los usuarios la posibilidad de acceder a ellas a través de Internet; que en el caso de los servicios ODR son de diversos tipos, entre ellos negociación asistida o automatizada, *software* de gestión de mediación, conciliación o arbitraje.

Por otro lado, el término “plataformas” es el comúnmente aceptado por las Normas Técnicas de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, organismo que emitió las normas técnicas para los ODR en comercio.

Estas plataformas pueden ser públicas o privadas, destinadas exclusivamente al servicio ODR (como puede ser el caso al que se intentará referir esta ley), o bien pertenecer a un nicho de mercado, como fue el caso de empresas dedicadas al comercio electrónico que se vieron obligadas de forma práctica a ofrecer el servicio ODR con la finalidad de mantener al cliente en la experiencia de usuario (Amazon, Mercado Libre, Uber, eBay, etcétera).

Volvemos al texto del artículo cuando dice: “a través de medios digitales, con la ayuda de plataformas para la transmisión electrónica, en tiempo real, de datos, imagen y voz”. Debemos clarificar que el concepto “medios digitales” presupone el uso de “plataformas”. Por tanto, sería más correcto utilizar el término general “plataformas electrónicas que asistan en la transmisión electrónica de datos”; independientemente del tipo de datos, ya sea imagen o voz como enuncia el final del párrafo. De lo contrario, el enunciado se convierte en limitativo, ya que la transmisión de datos también puede ser sincrónica o asincrónica y no necesariamente en tiempo real o en línea; además de que en lo futuro se podrán transmitir otro tipo de datos como imágenes 3D (tridimensionales).

Por ello se recomienda transformar el texto del artículo 53 en un artículo nuevo (artículo 55) para que primero se establezca una base de conceptos y después, en otro artículo, se especifique sobre la petición de parte y la transmisión de datos. El nuevo texto propuesto para el artículo 53 tiene por objetivo exponer claramente conceptos que serían de ayuda a quienes estuvieren a cargo de los desarrollos de las plataformas en los tribunales públicos. Así los nuevos artículos propuestos quedarían de la siguiente manera:

Artículo 53: Bases generales

Los mecanismos alternativos de solución de controversias en línea abarcan una amplia gama de enfoques y formas; por ejemplo: la negociación, la mediación, la conciliación y otros; incluidos los procesos híbridos que puedan llegar a existir con elementos tanto en línea como fuera de línea o con asistencia de otras tecnologías.

Estos mecanismos forman parte del término Resolución electrónica de disputas, cuyo acrónimo será adoptado por esta ley para su fácil identificación (RED). En los siguientes párrafos se definirán conceptos básicos para comprender las buenas prácticas de su ejecución:

1. Servicios RED: actividad ofertada de forma pública o privada de los procedimientos de negociación, mediación y conciliación; incluidos los procesos híbridos que puedan llegar a existir con elementos tanto en línea como fuera de línea o con asistencia de otras tecnologías.
2. Plataforma RED: es el sistema electrónico para generar, expedir, recibir, archivar, intercambiar o tramitar procedimientos de negociación, mediación o conciliación con elementos tanto en línea como

fuera de línea o con asistencia de otras tecnologías.

3. Administrador de servicios RED: es la entidad que administre y coordine procedimientos RED o una plataforma RED.
4. Proveedor RED: es la entidad que se ocupe del desarrollo tecnológico de la plataforma RED. El administrador y el proveedor de servicios RED puede ser la misma entidad o diferente.

Artículo 55. Petición de inicio de procedimiento

A petición de la parte se podrá hacer uso de procedimientos de mecanismos alternativos ejecutados en línea a través plataformas electrónicas que asistan en la transmisión electrónica de datos.

El primer párrafo del nuevo texto que aquí se propone para el artículo 53 se basa en las Notas Técnicas de la Comisión de Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 2017) aprobadas en 2016 por los países que formaron parte de la Comisión, incluyendo la delegación mexicana. El texto es claro, amplio y redactado en sentido general previendo la atemporalidad de los avances de las tecnologías de la información y comunicación (TIC's). Se puede considerar suficiente y entonces para permitir el desarrollo y aplicación de TIC'S al campo de la solución alternativa de conflictos en México en el presente y futuro.

El segundo párrafo del nuevo texto del artículo 53 tiene por objetivo asociar el concepto adoptado por la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Línea asociado a su similar "*Online Dispute Resolution*" pero en su acrónimo en español "Resolución electrónica de disputas", que ha sido aceptado en la literatura académica y legislaciones internacionales, el cual proporciona una base teórica para conceptualizar definiciones de términos y principios tecnológicos aplicables.

Las definiciones enunciadas en los numerales 1, 2 ,3 y 4 tienen por objetivo identificar el lenguaje propio de la materia al referirse a los elementos que desarrollan, administran y componen una ODR o Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en línea. El texto se basa en los trabajos de las Discusiones del Grupo de trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 2014).

c) Principios

La experiencia de algunos códigos de ética o principios ODR en el mundo permiten recomendar que en esta Iniciativa de ley debiera considerarse incluir un artículo que contenga los principios los cuales se guiarán o desarrollarán los proveedores ODR. De esta manera, se podrá establecer una estructura de fundamentos que permitan libre desarrollo de *software*.

Esta estructura tiene por objetivo que existan criterios claros para desarrollar un método de observación mediante el cual se verifique que las plataformas cumplen con mínimos requisitos para el desempeño de su tarea, la cual se debe realizar por un ente neutral, como es la Unidad de Apoyo al Sistema de Justicia de la Secretaría de Gobernación.

A continuación, expondremos el texto propuesto para un artículo 54:

Artículo 54. Principios.

Los principios en que se funda cualquier sistema ODR o mecanismo alternativo de solución de controversias en línea comprenden la equidad, la transparencia, el respeto de las garantías procesales y la rendición de cuentas.

La vía ODR debe ser una vía sencilla, rápida y eficiente para utilizarse en el “mundo real”, y no debería entrañar gastos, demoras ni cargas desproporcionadas en relación con el valor económico del objeto del conflicto o litigio.

Las plataformas que provean el servicio ODR deberán desarrollarse con base en los Principios fundamentales de los MASC contenidos en el artículo 7o. de esta ley; aunado a lo anterior deberán guiarse por principios enfocados en el carácter tecnológico, que son enunciativos más no limitativos en los siguientes párrafos:

1. Accesibilidad tecnológica: el diseño de la plataforma tecnológica debe ser amigable, de fácil uso y lectura, inteligible, simple y asequible, incluyendo el fácil uso para personas con debilidad visual y auditiva. Se aconseja prever la traducción a otras lenguas dependiendo de la competencia y jurisdicción en la que se pretende opere la plataforma.
2. Neutralidad tecnológica: la plataforma debe ser justa e imparcial, incluyendo el diseño de algoritmos en caso de haberlos.
3. Efectividad tecnológica: se recomienda involucrar a los usuarios en el diseño y pruebas de uso de las plataformas; además la tecnología debería buscar ser adaptable e implementarse por fases y someterse a procesos de evaluación.
4. Seguridad tecnológica y protección datos personales: el sistema ODR diseñado debe ser consistente, seguro y confiable, debe asegurar que todos los datos ingresados a un portal serán resguardados y no utilizados ni comercializados para otros fines.
5. Consentimiento tecnológico: el sistema ODR debería basarse en el consentimiento explícito e informado de las partes
6. Gratuidad: el uso y servicio de la plataforma debe ser gratuita si pertenece al sector público.
7. Publicidad: se sugiere que de acuerdo con la materia y ámbito en que opere la plataforma, ésta publicite el sentido de los acuerdos logrados con la finalidad de motivar el desarrollo de buenas prácticas recíprocas y sin dar a conocer los datos personales de las partes.
8. Efectividad: la plataforma debe asegurar el cumplimiento de los Acuerdos a través de la ejecución de tribunales nacionales
9. Velo de la ignorancia: el diseño y desarrollo de la plataforma debe guiarse por el supuesto de que todos estén desprovistos de información.
10. Transparencia:
 - a) Es conveniente que se dé a conocer toda relación que pueda existir entre el administrador ODR y un determinado proveedor ODR, para que los usuarios del

servicio estén informados de cualquier posible conflicto de intereses.

b) El administrador ODR puede considerar conveniente publicar estadísticas o datos anonimizados sobre los resultados de la solución de controversias en línea para que las partes puedan evaluar sus antecedentes generales, en consonancia con los principios de confidencialidad aplicables.

c) Toda la información pertinente debería estar disponible en el sitio web del administrador ODR, presentada de un modo sencillo y accesible para los usuarios.

11. Independencia: es conveniente que los administradores ODR desarrollados para el ámbito privado adopten un código de ética para sus terceros neutrales, a fin de orientarlos en relación con los conflictos de intereses y otras normas.

12. Especialización: el administrador ODR puede considerar conveniente aplicar políticas integrales que rijan la selección y la capacitación de los terceros neutrales.

13. Proporcionalidad: en caso de que el conflicto se dé entre partes de una relación que por su naturaleza es desigual, la plataforma incentivará la igualdad y empoderamiento de las partes.

14. Necesidades: el diseño de proceso de solución de conflictos en línea debe motivar el descubrimiento de las necesidades de las partes, para ayudarlos a construir soluciones creativas.

15. Aceptación voluntaria: las decisiones deben implementarse sin mano dura, manipulación o coerción para que sean consideradas justas.

La redacción del primero y segundo párrafos del texto se desarrolla a partir de la declaración que hacen las Notas Técnicas de la Comisión de Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 2017) para clarificar el concepto “principios” en el que estipula: “los principios en que se funda cualquier sistema ODR comprenden la equidad, la transparencia, el respeto de las garantías procesales y la rendición de cuentas” y de la ODR debería ser una vía sencilla, rápida y eficiente para que pudiera utilizarse en el “mundo real”, y no debería entrañar gastos, demoras “ni cargas desproporcionadas en relación con el valor económico del objeto del litigio”.

Los incisos del 10. al 15 constituyen una serie de principios resultado de estudios de filosofía jurídica y derecho comparado de Arley, así como del actual estudio de diversos investigadores en el mundo que categorizan principios para el diseño de plataformas ODR a través del ODR *Project* del *Center of Technology for Dispute Resolution*.

d) Oferta de servicios en línea.

El artículo 54 de la Iniciativa de ley en comento, describe la oferta de servicios de la siguiente manera:

Artículo 54. Oferta de servicios en línea.

Estos servicios podrán ofrecerse por los programas públicos y organizacionales de mecanismos alternativos o por facilitadores privados, siendo obligatorios para los centros de justicia alternativa y estarán sujetos a las mismas reglas del procedimiento ordinario (Menchaca Salazar y otros, Iniciativa de Ley general de mecanismos alternativos de solución de controversias, 2020).

Cuando el enunciado del texto original establece que los servicios en línea podrán ofrecerse por el concepto “programas públicos y organizacionales de mecanismos alternativos” y al mismo tiempo “por facilitadores privados”, deja en un estado de incompreensión ¿quién estará a cargo del servicio de una ODR?; es decir, ¿el proveedor será público o privado? Entonces, estaríamos ante la posibilidad de plataformas privadas, y la pregunta correspondiente sería ¿cómo se aseguraría que la plataforma sea justa, neutral, segura, eficaz, gratuita?, etcétera.

Aunado a lo anterior, cuando el texto dice “Estos servicios podrán ofrecerse por los programas públicos y organizacionales de mecanismos alternativos o por facilitadores privados” se está dejando la idea de que el facilitador privado es un proveedor ODR, lo cual es insostenible, a que el facilitador privado es un usuario de una plataforma, ya sea pública o privada.

Este artículo en su forma original requiere una aclaración conceptual sobre los siguientes conceptos: ODR/RED y servidores o proveedores ODR/RED, los cuales pueden ser públicos o privados. Al no hacer esto, el texto crea confusión. De ahí deriva la necesidad de aclarar los conceptos básicos generales en la nueva propuesta de texto del artículo 53.

Es importante recalcar que la actividad de un proveedor ODR/RED conlleva responsabilidades; por ejemplo, protección y almacenamiento de datos e información, diseño del proceso ODR, garantía de seguridad, garantizar el diseño tecnológico y procesal de acuerdo con principios de naturaleza de la materia de que se trate, así como los principios de los MASC y los principios ODR/RED; además de considerar principios de naturaleza tecnológica; por ejemplo, neutralidad, imparcialidad y eficacia tecnológica, tal como se describen en la propuesta del nuevo texto del artículo 54.

Debido a lo anterior es insostenible que el facilitador, quien en realidad es un usuario más de la plataforma, fuera responsable por las obligaciones del administrador y proveedor de servicios ODR/RED.

Estos servidores ODR (administrador y proveedor que puede ser el mismo) deben ser regulados o guiados por normas técnicas o normas secundarias que contengan principios y estándares que no están reflejados en el texto original de la Iniciativa y requieren de su propia instrumentación, por lo cual se nutrió el artículo 53 y se diseñó el nuevo artículo 54 para dar un fundamento a lo anterior.

Todas las anteriores son razones por las cuales se propone el texto de un nuevo artículo 56 que describa la oferta de servicios en línea. De la siguiente manera:

Artículo 56. Oferta de servicios en línea.

Estos servicios podrán ofrecerse por los administradores y proveedores de servicios RED públicos o privados, los cuales deberán sujetarse a normas técnicas que establezcan directrices de principios y estándares comunes para su desarrollo y operación.

Los Centros de Justicia Alternativa deben ofrecer el servicio en línea de forma obligatoria y estarán sujetos a las mismas reglas del procedimiento ordinario.

e) Colaboración interinstitucional

A continuación, se procederá a exponer el texto de la Iniciativa para comentarlo y realizar recomendaciones.

Artículo 57. Colaboración interinstitucional. Los Centros de Justicia Alternativa y los programas públicos en general, deberán colaborar entre sí, a efecto de llevar a cabo las acciones que permitan la realización de los procedimientos en línea, lo que comprende, de manera enunciativa más no limitativa, notificar y entrevistar a las partes, ayudar a establecer los enlaces electrónicos y coordinar agendas con las partes y las personas facilitadoras (Menchaca Salazar y otros, Iniciativa de Ley general de mecanismos alternativos de solución de controversias, 2020).

El artículo 57 del texto de la Iniciativa es claro respecto al objetivo, es decir, la “colaboración institucional”. La primera parte del enunciado es apropiado al establecer que los centros de justicia alternativa y los programas públicos en general deberán colaborar entre sí, con la finalidad de llevar a cabo las acciones que permitan los procedimientos en línea.

Se recalca que “comprende de manera enunciativa más no limitativa” las acciones procedimentales; es decir, notificar y entrevistar a las partes, ayudar a establecer los enlaces electrónicos y coordinar agendas con las partes y las personas facilitadoras.

Sin embargo, el artículo en el marco de todo el texto de la iniciativa carece de principios y estándares comunes sobre estos procedimientos en línea, así como del desarrollo de diversos sistemas y cómo debería comprenderse la validación y certeza de notificaciones, entrevistas y demás etapas procesales por vía electrónica.

Asimismo, no se toma en cuenta que la solución de conflictos en línea no sólo puede ejercerse a través de *software* de gestión o plataformas de intermediación, en donde requiere intervención humana de un facilitador (como se pretende sea en materia pública). También se pueden implementar desarrollos tecnológicos a través de negociación asistida con apoyo de *chatbots*, cuyo objetivo es dotar de información y acceso a justicia masiva e individualizada.

Por tanto, se sugiere que se preserve el texto, pero que en la Iniciativa se proponga un grupo de expertos para desarrollar las directrices técnicas que contengan principios y estándares para el desarrollo de plataformas ODR.

En este sentido, se recomienda un artículo final, el artículo 58, el cual reflejaría la intención de dotar a un organismo ya existente con facultades de observación sobre el desarrollo e implementación de este tipo de plataformas. El texto que se propone sería el siguiente:

Artículo 58. Observación. La Secretaría de Gobernación a través de la Unidad de Apoyo al Sistema de Justicia observará la implementación y calidad de las plataformas RED, con la finalidad de ayudar a los administradores y proveedores RED a asegurarse de la calidad de su servicio, diseño de plataforma y cumplimiento de requisitos mínimos.

El texto de este nuevo artículo es fundamental para dar vida a una entidad que observe, califique y emita recomendaciones a los administradores y proveedores ODR/RED, con la finalidad

de velar por el desarrollo de plataformas justas que cumplan con el mínimo de requisitos necesarios para proveer el servicio de formas accesible, asequible, fácil y rápido, gratuito en los servicios ODR públicos y no excesivamente oneroso y desproporcionado en los servicios ODR privados.

f) Directrices técnicas que contengan principios y estándares comunes para el desarrollo de plataformas ODR/RED

Las notas técnicas sugeridas a lo largo de este artículo se pueden desarrollar posteriormente como una serie de principios y estándares técnicos que de forma general sirvan de guía para el desarrollo de plataformas (públicas y privadas), así como de la aplicación de tecnologías (inteligencia artificial, *blockchain*, etcétera) y responsabilidades de los servidores ODR/RED encargados de prestar los servicios de solución de conflictos.

A través de este lineamiento no se buscaría la sobre regulación, sino por el contrario se trata de dar claridad a una materia técnica y tecnológica que es desconocida en su mayoría por el gremio de abogados y de impartición de justicia, debido a su condición como conocimiento de frontera.

g) Actualización 2023

El 24 de enero de 2023 es presentada una nueva Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Expide la Ley General Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, por la senadora Olga Sánchez del Partido Morena, a través de la cual se presenta un modelo MASC en donde se propone un tipo de justicia escalonada que incluye la negociación, mediación, conciliación y arbitraje público (artículo 40, fracción IV).

Además, establece una nueva figura denominada “evaluación neutral”, la cual se caracteriza por ser un procedimiento escrito mediante el cual un tercero, experto e independiente, es facultado para ponderar la validez de las respectivas posiciones de las partes y sugerirles recomendaciones para llegar a un acuerdo (artículo 63 64 y 65).

El análisis detallado del nuevo sistema que se propone en esta iniciativa requeriría un artículo propio que analice: 1) los pormenores sobre la centralización de los mecanismos alternativos; 2) la justicia escalonada que propone a partir de los datos duros que arroja el sistema actual; 3) la obligatoriedad o no de los MASC; 4) la certificación centralizada de los facilitadores; 5) la fe pública que dota a los mediadores, entre otros temas. Sin embargo, el presente documento se ceñirá a los artículos 66, 67 y 68 que conforman el capítulo III titulado “Medios electrónicos a través del uso de la información y comunicación”.

Esta nueva propuesta recupera algunos enunciados de la propuesta de Menchaca y otros. El texto del artículo 53 del senador Menchaca se conserva y se convierte en el primer párrafo del artículo 66 que a la letra dice:

Artículo 66. Bases generales. A petición de la parte se podrá hacer uso de procedimientos de mecanismos alternativos ejecutados en línea a través de medios digitales, con la ayuda de plataformas para la transmisión electrónica, en tiempo real, de datos, imagen y voz (Olga Sánchez Cordero, 2023).

Por lo tanto, en cuanto a la sugerencia que se hace en los párrafos previos de este documento sobre redactar un nuevo artículo que clarifique las bases generales a través de conceptos generales y establezca principios para el desarrollo de las diversas plataformas para la solución de conflictos en línea, se preserva.

Por otro lado, el artículo 66 de la propuesta de Sánchez Cordero continúa con un segundo párrafo a través del cual establece la obligación de que “los convenios deberán constar en una video grabación, la cual será conducida de manera sincrónica por la persona intermediaria”. Además, señala oportunamente los requisitos que deben constar en la videograbación. Es recomendable que este párrafo segundo y sus numerales conforman un artículo diferente, con el número 66 bis.

El artículo 67 de la propuesta de Sánchez Cordero cambia el título del artículo 54, oferta de servicio por “servicios de mecanismos alternativos a través del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación”, pero conserva el sentido del primer párrafo cuando dice:

Artículo 67. Servicios de mecanismos alternativos a través del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Estos servicios podrán ofrecerse por los programas públicos y organizacionales de mecanismos alternativos o por facilitadores privados, siendo obligatorios para el Centro de Nacional y Centros de Mecanismos alternativos de Solución de Controversias de las entidades federativas y estarán sujetos a las mismas reglas del procedimiento ordinario (Olga Sánchez Cordero, 2023).

Lo que hace que se mantenga el mismo debate y propuesta que en la Iniciativa de Menchaca Salazar y otros, respecto a aclarar la responsabilidad de los desarrolladores de las plataformas, así como la necesidad de desarrollar principios y estándares comunes para la operación de las plataformas. Especialmente proteger a los neutrales privados que no están a cargo del funcionamiento de las plataformas. En este sentido, se mantiene la propuesta presentada anteriormente en un nuevo artículo 67 en la Iniciativa de Sánchez Cordero:

Artículo 67. Servicios de mecanismos alternativos a través del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Estos servicios podrán ofrecerse por los administradores y proveedores de servicios RED públicos o privados, los cuales deberán sujetarse a normas técnicas que establezcan directrices de principios y estándares comunes para su desarrollo y operación.

Los centros de justicia alternativa deben ofrecer el servicio en línea de forma obligatoria y estarán sujetos a las mismas reglas del procedimiento ordinario.

El artículo 67 de la iniciativa de Sánchez Cordero continúa con un segundo y tercer párrafo de los cuales el segundo es afortunado al establecer que “quienes ofrezcan los procedimientos electrónicos deberán contar con la infraestructura y los requerimientos técnicos”; pero el tercer párrafo es desafortunado en mencionar al facilitador privado como responsable de que la plataforma tenga un buen funcionamiento, ya que el mediador es un usuario más de la plataforma no un proveedor del servicio. De ahí la importancia de los textos que se proponen en este documento para aclarar los conceptos generales.

El artículo 68 de la iniciativa de Sánchez Cordero sobre colaboración interinstitucional conserva el espíritu de la Iniciativa de Menchaca Salazar y otros cuando dice:

Artículo 68. Colaboración interinstitucional. El Centro de Nacional y Centros de Mecanismos alternativos de Solución de Controversias de las entidades federativas y los programas públicos en general, deberán colaborar entre sí, a efecto de llevar a cabo las acciones que permitan la realización de los procedimientos en línea, lo que comprende, de manera enunciativa más no limitativa, notificar y sesionar con las partes, ayudar a establecer los enlaces electrónicos y coordinar agendas con las partes y las personas intermediarias (Olga Sánchez Cordero, 2023).

Por lo tanto, se mantiene la observación hecha en el presente texto sobre la pregunta, ¿quién verificará y cómo se aseguraría que la plataforma sea justa, neutral, segura, eficaz, gratuita?, etcétera. Así como la necesidad de establecer un grupo de trabajo u organismo que se encargue del desarrollo de estándares comunes, manuales de buenas prácticas y códigos de ética para los desarrolladores de plataformas. Ello se debería ver expresado en un nuevo artículo, en este caso el artículo 69 o 68 bis con el siguiente texto:

Artículo 69. Observación. (Nombre el organismo) observará la implementación y calidad de las plataformas RED, con la finalidad de ayudar a los administradores y proveedores RED a asegurarse de la calidad de su servicio, diseño de plataforma y cumplimiento de requisitos mínimos.

Como ya se mencionó, esta propuesta es fundamental para velar por el desarrollo de plataformas justas que cumplan con el mínimo de requisitos necesarios para proveer el servicio de formas accesible, asequible, fácil y rápida, gratuita en los servicios ODR públicos y no excesivamente onerosas y desproporcionadas en los servicios ODR privados.

De igual manera se sostiene que la iniciativa de Sánchez Cordero requiere establecer directrices técnicas que contengan principios y estándares comunes para el desarrollo de plataformas ODR/RED, necesarias para dar claridad a una materia técnica y tecnológica.

IV. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente artículo se ha mostrado la necesidad y experiencia en otras latitudes del mundo de manejar estas temáticas con base en principios que logren perdurar en el tiempo y sobrevivir a los desarrollos y transformaciones tecnológicas presentes y futuras.

En el desarrollo del texto se ha propuesto que dichas aclaraciones conceptuales y establecimiento de principios se reflejen en un nuevo artículo 50. en la

Iniciativa Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General Orgánica del Poder Judicial de la Federación y se expide la Ley para la Reglamentación del Expediente Judicial Electrónico y, en Materia de Reducción de Uso de Papel Físico, de forma tal que armonice con la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Adiciona un nuevo párrafo cuarto y se recorren los subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de impartición de justicia digital.

De la misma manera se sugiere que se establezca como efecto reflejo de manera concordante en la iniciativa proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias capítulo III. de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Línea de Menchaca Salazar y otros.

O bien en la reciente

Iniciativa de Proyecto de Decreto por el que se Expide la Ley General Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias de la senadora Sánchez Cordero.

En la iniciativa de Menchaca Salazar y otros, se sugiere que para la implementación se considere una redacción completamente nueva para el artículo 53, además de nuevos artículos como el 55, 57 y 58.

En los artículos 57 y 58 se recomienda especial motivación para la creación de grupos de trabajo de expertos para el desarrollo de políticas, directrices y/o estándares comunes para el desarrollo e implementación de plataformas de solución de conflictos en línea, así como un grupo de observación.

Para la iniciativa de Sánchez Cordero se sugiere la misma propuesta de redacción de nuevos artículos, pero con un numeral diferente (66 bis, 67, 68 bis y 69).

Considero oportuno que con un enfoque de complejidad ambas propuestas (grupo de expertos y observación) se retomen con la finalidad de abonar de forma positiva y cuidadosa al desarrollo de una justicia digital en ciernes en México, que se busca perdure y se transforme con el tiempo ayudándose de las presentes y futuras herramientas tecnológicas. Ello con la finalidad de comenzar el diseño de un sistema de justicia digital eficaz.

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- ARLEY ORDUÑA, A. (2020). *Resolución electrónica de disputas (Online Dispute Resolution) en el comercio electrónico transfronterizo B2C en la Región de América del Norte*, UNAM. Posgrado en Derecho, 604.
- ARLEY ORDUÑA, A. (2021) *Resolución electrónica de disputas: acceso a justicia digital*, Tirant Blanch. 536.
- ARNOLD CATHALIFAUD, M. y OSORIO, F. (1998). Introducción a los conceptos básicos de la teoría general de sistemas, *Cinta de Moebio*, 3, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2.
- CÁCERES, E. (2018). *Complejidad y derecho (Un ensayo de constructivismo jurídico institucional con base en la teoría de los sistemas complejos)*, Congreso del Posgrado en derecho, <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congfilodere/ponencias/EnriqueCaceresNieto.pdf>
- KATSH, E. y RABINOVICH-EINY, O. (2012). Technology and the Future of Dispute Systems Design, *Harvard Negotiation Law Review*, 17, 151.
- KERSTEN GREGORY, E. y HSIANGCHU, L. (2007). Negotiation Support and E-negotiation Systems: An Overview, *Springer Science, Business Media B.V.*, Publicado online: 10 October J. (Molson School of Business and InterNegResearch Centre, Concordia University, Montreal, PQ, Canada, College of Management, National Sun Yat-sen University, Kaohsiung, Taiwan). 555.
- MORIN, E. (1998). Epistemología de la complejidad. En FRIED, D. (compiladora) *Nuevos paradigmas: cultura y subjetividad*. Buenos Aires: Paidós.
- RECASÉNS SICHES, LUIS. (1998). *Filosofía del derecho*. México: Porrúa.

Iniciativas de Ley, Normativas.

A/CN.9/WG.III/WP.133 (2015). Solución de controversias en línea en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico: proyecto de reglamento. 31, período de sesiones, 9-13 de febrero de 2015, Nueva York.
https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/online_dispute

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (2017). Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea, Naciones Unidas, Nueva York.
https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/odr/V1700385_Spanish_Technical_Notes_on_ODR.pdf
fecha de consulta el 22 de junio de 2022

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias en Línea), (2014). 300. período de sesiones Viena, 20 a 24 de octubre. <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.130>, fecha de consulta el 23 junio de 2022.

Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza. Última reforma publicada en el periódico oficial: 26 de junio de 2020. ley publicada en el periódico oficial, el 19 de febrero de 1918.
https://congresocoahuila.gob.mx/transparencia/03/leyes_coahuila/coa01.pdf.

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias por la Senadora de Olga Sánchez Cordero del Grupo parlamentario del Movimiento de Regeneración Nacional (Morena).
https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/132036, fecha de consulta 20 de febrero de 2023

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un nuevo párrafo cuarto y se recorren los subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de impartición de justicia digital. Presentada por el Senador Ricardo Monreal Ávila el 8 de julio de 2020. *Gaceta del Senado*. p. 9.
https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/111741, fecha de consulta 10 de junio de 2022.

Iniciativa Proyecto de decreto por el que se expide la Ley General Orgánica del Poder Judicial de la Federación y se expide la Ley para la Reglamentación del Expediente Judicial Electrónico y, en Materia de Reducción de Uso de Papel Físico. Presentada por la Senadora Olga Sánchez Cordero, *Gaceta del Senado*. 20 de abril de 2022,
https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/125471, fecha de consulta 10 de junio de 2022.

Iniciativa Proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Presentada por las senadoras y los senadores grupo parlamentario de Morena, y grupo parlamentario del Partido Encuentro Social, *Gaceta del Senado*.
https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/110202, fecha de consulta 11 de septiembre de 2020.

Diccionarios y sitios *web*

¿Sabes cuántos mexicanos viven en el extranjero?, Secretaría de Relaciones Exteriores, Gobierno Mexicano.
<https://www.gob.mx/sre/articulos/sabes-cuantos-mexicanos-viven-en-el-extranjero>, fecha de consulta 18 febrero de 2023.

Diccionario de la lengua española, Real Academia de la Lengua Española,
<https://dle.rae.es/digital?m=form671>

Diccionario de la lengua española, Real Academia de la Lengua Española.
<https://dle.rae.es/electr%C3%B3nico?m=form672>

Diccionario Real Academia Española (2021), <https://dle.rae.es/internet>, fecha de consulta 10. de julio de 2022.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2021), <https://dle.rae.es/sistema?m=form>, fecha de consulta 17 de febrero de 2023.

Diccionario de la lengua española, Real Academia de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/virtual?m=form>

Estadísticas

Instituto Nacional. INEGI (2020). *Población Total. Censo poblacional 2020* <https://www.inegi.org.mx/temas/estructura/>, fecha de consulta 18 de febrero 2023.

*Especialista en justicia digital.

¹ El concepto justicia digital, habrá que abordarlo primeramente desde su composición terminológica: justicia” y “digital”. El concepto “Justicia” a través del estudio filosófico y jurídico se ha dividido en dos grandes acepciones: la primera, como una concepción universal y la segunda, como una concepción jurídica. En la primera se conceptualiza a la justicia como una virtud universal; mientras que, en la segunda, la “justicia” es un criterio ideal del derecho.

Dice Recaséns Siches en su obra *Filosofía del derecho*, que todas las escuelas “convergen en que la idea de justicia se sostiene en la equidad, proporcionalidad” Recaséns Siches, Luis (1998). *Filosofía del derecho*. México, Porrúa, p. 481. Se puede partir de la premisa de Siches para comprender el sentido que buscaría la justicia digital. El término “digital” es definido lingüísticamente como “referente a un dispositivo o sistema: Que crea, presenta, transporta o almacena información mediante la combinación de bits”. “Digital”, *Diccionario de la Lengua española*, Real Academia de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/digital?m=form> 671.

El concepto presenta las cualidades que permiten hacer alusión a la composición de un software y resulta más adecuado que el término “electrónico”, el cual hace referencia solamente a los componentes físicos, es decir, “que funciona mediante la electrónica” cuya definición haría referencia al “hardware”, *Diccionario de la Lengua española*, Real Academia de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/electr%C3%B3nico?m=form> 672.

Mientras que el término “virtual” se refiere a: “1) Que tiene virtud para producir un efecto, aunque no lo produce de presente, frecuentemente en oposición a efectivo o real. 2) Que tiene existencia aparente y no real”. *Diccionario de la Lengua española*, Real Academia de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/virtual?m=form>.

Por lo que esta última definición resaltaría las cualidades del espacio- tiempo de una representación objetiva. De lo anterior, se deduce que el término más apropiado para reflejar el objetivo de desarrollar sistemas “software” que apoyen el sistema de impartición de justicia, es el término “digital”. Sin embargo, los términos “electrónico” y “virtual” pueden ser utilizados como sinónimos, dados sus significantes de uso coloquial. Esta “justicia digital” puede abordarse de acuerdo con mi observación desde dos enfoques: el primero, el de ponderación de derechos en el ambiente digital; es decir, la labor perteneciente a los jueces, y segundo, el de la elaboración y desarrollo de procesos jurisdiccionales y no jurisdiccionales en un ambiente electrónico. En México el término ha sido adoptado en la reforma al artículo 154 de la Constitución del Estado de Coahuila, del 26 de abril de 2013, mediante la cual incorporó una garantía de acceso a la tutela judicial efectiva, en donde el procedimiento judicial podría tramitarse a través de un sistema de justicia digital confiable.

Constitución política del Estado de Coahuila de Zaragoza. Última reforma publicada en el periódico oficial: 26 de junio de 2020. ley publicada en el periódico oficial, el 19 de febrero de 1918. https://congresocoahuila.gob.mx/transparencia/03/leyes_coahuila/coa01.pdf.

² Algunos de los tribunales electrónicos (TE) con mayores avances son, por ejemplo: el TE del Estado de México, que en 2018 hizo su propia plataforma electrónica de recepción, tramitación, desahogo de audiencias y emisión de sentencia, así como de mediación en línea. Otras experiencias de procesos electrónicos y reformas en sus códigos de procedimientos civiles son el Tribunal Electrónico de Chihuahua con su expediente virtual y el Tribunal Electrónico de Nuevo León con un sistema cerrado de tramitación en línea. El Tribunal Superior de Justicia de la CDMX ha realizado un sistema de gestión electrónica para tramitación de asuntos denominado SICOR. En el Estado de Nuevo León, el Código de Procedimientos Civiles establece esta figura jurídica en su artículo 44 del título especial, en la cual se define al Tribunal Virtual como: “el sistema de procesamiento de información, electrónico o virtual, que permite la substanciación de asuntos jurisdiccionales ante el Poder Judicial del Estado; conforme a los lineamientos de operación establecidos en el segundo título especial del libro séptimo de este Código”. Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, última reforma publicada en el periódico oficial de 8 de enero de 2018. http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/codigos/codigo_de_procedimientos_civiles_del_estado_de_nuevo_leon.

³ “Proyecto de artículo 2o. (Definiciones). A los efectos del presente Reglamento: ODR. 1) Por ‘ODR’ se entenderá la solución de controversias en línea, que constituye un mecanismo para resolver controversias facilitado mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnología de la información y las comunicaciones”. A/CN.9/WG.III/WP.133 - Solución de controversias en línea en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico: proyecto de reglamento. 31o. período de sesiones, 9 al 13 de febrero de 2015, Nueva York. https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/online_dispute. Fecha de consulta: 14 de febrero 2023

⁴ “Proyecto de artículo 2 (Definiciones). A los efectos del presente Reglamento: ODR. 2. Por ‘administrador de servicios ODR’ se entenderá la entidad [especificada en la cláusula sobre solución de controversias] que administre y coordine procedimientos ODR de conformidad con el presente Reglamento, incluso, cuando proceda, administrando una plataforma ODR. Idem

3. Por ‘plataforma ODR’ se entenderá un sistema creado para generar, expedir, recibir, archivar, intercambiar o tramitar de otro modo comunicaciones de conformidad con el presente Reglamento.” Idem.

⁵ Idem.

⁶ El Instituto de los Mexicanos en el Exterior registra que 11, 913,989 mexicanos viven fuera de México; el 97.79% radica en los Estados Unidos de América. ¿Sabes cuántos mexicanos viven en el extranjero?, Secretaría de Relaciones Exteriores, Gobierno Mexicano. <https://www.gob.mx/sre/articulos/sabes-cuantos-mexicanos-viven-en-el-extranjero>, fecha de consulta 18 febrero 2023.

⁷ TÍTULO TERCERO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN. CAPÍTULO I. NEGOCIACIÓN. Artículo 32. Negociación. La Negociación es el acto por virtud del cual las partes, sin intermediarios, solucionan un conflicto. Si este está sujeto a la decisión de una autoridad jurisdiccional, deberá contener los requisitos que la ley que le resulte aplicable establezca, y deberá ser sometido a su aprobación para que adquiera firmeza o bien, la categoría de cosa juzgada, según corresponda. Iniciativa Proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Presentada por las senadoras y los senadores Julio Menchaca Salazar y otros, Gaceta del Senado. https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/110202, fecha de consulta 11 de septiembre 2020.

⁸ Mecanismos alternativos de solución de controversias en español. Usualmente conocido en inglés como Alternative Dispute Resolution.

⁹ Resolución electrónica de disputas, Solución alternativa de conflictos en línea, son sinónimos comúnmente utilizados, mejor conocidos en la academia en idioma inglés como Online Dispute Resolution.



DOI: 10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18088

Recibido el 7 de junio de 2022

Aprobado el 20 de diciembre de 2022

EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO: UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

EUTHANASIA AND ASSISTED SUICIDE: A COMPARATIVE LAW ANALYSIS

Esteban BURITICÁ-ARANGO*

ORCID: 0000-0003-3399-6361

Juan Guillermo AGÓN-LÓPEZ**

ORCID: 0000-0002-2335-4739

Resumen:

Este artículo compara los desarrollos legislativos y jurisprudenciales que han conducido a la legalización y regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en trece países. Inicialmente, explica la naturaleza, características e implicaciones éticas y jurídicas de la eutanasia y el suicidio asistido. Luego, analiza los criterios de elegibilidad de los pacientes, relacionados con la naturaleza de la enfermedad (terminal, incurable o curable), la edad (niños o adultos) y la nacionalidad (nacionales, residentes o extranjeros). Finalmente, analiza las características de la normativa sobre la eutanasia y el suicidio asistido (despenalización o regulación), así como la naturaleza (constitucional o legal) del derecho a la asistencia médica para morir.

Palabras clave:

Abstract:

The article compares the legislative and jurisprudential decisions that have legalized or regulated euthanasia and assisted suicide in thirteen countries. It explains the nature, characteristics, and ethical-legal implications of euthanasia and assisted suicide. Then, it analyzes the eligibility criteria of the patients, related to the nature of the disease (terminal, incurable or curable), age (children or adults), and nationality (nationals or foreigners). Finally, it analyzes the characteristics of the regulations on euthanasia and assisted suicide (decriminalization or regulation), as well as the nature of the right to medical assistance in dying (constitutional or legal).

Keywords:

Eutanasia, suicidio asistido, derecho a la muerte digna, enfermedad, derecho comparado. *Euthanasia, assisted suicide, right to a dignified death, disease, comparative law.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto general de eutanasia y suicidio asistido.* III. *Eutanasia activa, eutanasia pasiva y suicidio asistido en el derecho comparado.* IV. *Condiciones para acceder a la eutanasia activa o al suicidio asistido.* V. *¿Existe un derecho a la eutanasia y el suicidio asistido?* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INT D UCCIÓN

Los sufrimientos intensos producidos por condiciones médicas incurables o intratables, agravados a veces por intervenciones médicas largas y debilitantes, motivan a muchas personas a solicitar ayuda para morir. En la mayoría de los países, sin embargo, la eutanasia y el suicidio asistido —como alternativas a los cuidados paliativos, la muerte dolorosa o el “suicidio crudo”— aún son prácticas prohibidas y criminalizadas. La imposición de penas sigue estando respaldada por creencias tradicionales sobre la santidad de la vida y la protección de personas vulnerables, en contraste con creencias basadas en la autonomía personal, la privacidad, la solidaridad y la prohibición de tratos inhumanos, que abogan por la despenalización. Hasta junio de 2022 solo trece países han decidido, pese a las controversias, legalizar formas más o menos amplias de eutanasia y suicidio asistido, en una tendencia que se ha consolidado en años recientes: seis países a han aprobado en los últimos cinco años y otros proyectan hacerlo a mediano plazo¹ (véase tabla 1).

La normativa que legaliza la eutanasia o el suicidio asistido suele regular, entre otros, los criterios de elegibilidad de los pacientes, el procedimiento de asistencia para morir y la responsabilidad de quien asiste la muerte. Sin embargo, el lenguaje suele variar significativamente en cada país. Rótulos generales como “suicidio médicamente asistido (PAS)” o “muerte digna (DWD)” en Estados Unidos, “muerte médicamente asistida (PAD)” en Europa, “asistencia médica para morir (MAiD)” en Canadá, “muerte asistida voluntaria (VAD)” en Australia, “ayuda activa para morir” en Alemania, “elección del final de la vida” en Nueva Zelanda y “muerte digna” en Colombia, son usados para aludir a prácticas con naturaleza y alcances éticos y jurídicos muy distintos (Sarah Mroz *et al.* 2021, p. 3541). *En particular, las exigencias sobre la naturaleza de las condiciones médicas, la edad y la nacionalidad de los pacientes hacen que la eutanasia y el suicidio asistido sean mucho más accesibles en algunos países que en otros. Además, la forma como la eutanasia o el suicidio asistido son legalizados, mediante leyes o decisiones judiciales, hace que su naturaleza jurídica sea distinta: algunas ocasiones son concebidos como derechos de rango legal o constitucional, y en otras como simples excepciones a la responsabilidad penal.*

Este trabajo pretende contrastar los desarrollos legislativos y jurisprudenciales que han conducido a la legalización y regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en trece países. Inicialmente, explica las diferencias entre eutanasia y suicidio asistido, así como su desarrollo legal o jurisprudencial en cada país. Luego, analiza los criterios de elegibilidad vigentes, relacionados con la naturaleza de la enfermedad, la edad y la nacionalidad de los pacientes. Finalmente, estudia la naturaleza constitucional o legal del derecho a la eutanasia y al suicidio asistido. Para el análisis han

sido seleccionados los países que, hasta junio de 2022, han aprobado la eutanasia o el suicidio asistido a través de decisiones legislativas o judiciales, a nivel nacional o regional (véase tabla 1). Dado que en once estados de Estados Unidos² y seis de Australia³ han sido aprobados el suicidio asistido o la eutanasia, se han incluido, por razones de espacio, solo algunos de sus territorios.

El análisis toma como fuentes principales de información la legislación y la jurisprudencia sobre la muerte asistida en cada país. Con base en estas fuentes, busca identificar diferencias y similitudes entre las normas e instituciones jurídicas relevantes, con base en criterios comunes, como la naturaleza de la enfermedad o la edad de los pacientes. Para evitar las distorsiones o vacíos de un enfoque centrado únicamente en el texto normativo (*law in the book*), *el artículo también acude a fuentes doctrinarias, relacionadas con cada país, que permiten clarificar el alcance real de las normas e instituciones sujetas a comparación (law in the action) (Lucio Pegoraro et al., 2005, p. 52).*

II. CONCEPTO GENERAL DE EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO

En el debate ético, médico y jurídico contemporáneo existe un relativo consenso sobre las características básicas de los procedimientos de muerte asistida.⁴ Son, en general, procedimientos indoloros que causan la muerte a una persona, a petición suya, para evitar intensos sufrimientos causados por enfermedades o lesiones incurables o intratables (Cancino-Merentes, 2022, p. 17). Para que un procedimiento sea eutanásico es necesario, por tanto, que cumpla al menos cinco condiciones: 1) muerte del paciente, 2) consentimiento informado, 3) móvil altruista, 4) enfermedad o lesión que produzca un sufrimiento insoportable y 5) técnica indolora. A su vez, dependiendo de los elementos causal e intencional involucrados en la producción de la muerte, la literatura ha distinguido la eutanasia pasiva, la eutanasia activa y el suicidio asistido.⁵ En la eutanasia pasiva, el médico omite deliberadamente, por solicitud del paciente, los tratamientos para curar o aliviar la enfermedad o la lesión terminal. Así, la muerte es causada directamente por la enfermedad y no por el médico, quien tampoco busca la muerte, aunque sabe que se producirá. En la eutanasia activa, la muerte es producida deliberadamente por un tercero, usualmente el médico, mediante el suministro de sustancias letales. En el suicidio asistido la muerte es producida directa y autónomamente por el paciente, mediante la ingestión de sustancias letales, con la ayuda deliberada de un tercero.

La forma como se produce la muerte y la intención de quien la asiste, en cada caso, hacen que la eutanasia activa, la eutanasia pasiva y el suicidio asistido tengan un grado de reproche ético distinto (González de la Vega, 2018, p. 105). Por lo general, el reproche es menor para la eutanasia pasiva, dado que la muerte no es causada ni querida por el médico. En cambio, es mayor para el suicidio asistido, dado que la acción del médico, aunque no produce directamente la muerte, incide deliberadamente en ella. Y es aún mayor para la eutanasia activa, dado que el médico produce directa y deliberadamente la muerte. En varios países las normas que penalizan, legalizan o regulan la eutanasia y el suicidio asistido terminan reflejando las creencias sobre su grado de reproche ético. Mientras que la eutanasia pasiva es legal en casi todos los países del mundo, el suicidio asistido lo es únicamente en trece y la eutanasia activa en ocho (véase tabla 1). Incluso, las razones esgrimidas por jueces y legisladores⁶ para permitir la eutanasia pasiva, pero no el suicidio asistido (o para permitir

el suicidio asistido, pero no la eutanasia activa), están basadas en su similitud con el homicidio, que las hace —se dice— éticamente reprochables.

III. EUTANASIA PASIVA, EUTANASIA ACTIVA Y SUICIDIO ASISTIDO EN EL DEPARTAMENTO DE CALIFORNIA

La eutanasia pasiva es aceptada actualmente a nivel global. En la mayoría de los países ha sido adoptada sin mayores sobresaltos como parte del derecho de los pacientes a decidir de forma libre e informada a cuáles tratamientos médicos someterse. En Suiza, por ejemplo, el derecho a rechazar los tratamientos médicos forma parte de los derechos a la libertad personal y la integridad física, previstos en la Constitución Federal (artículo 10.2). En España, la ley señala que “todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento” (Ley 41/2002, artículo 2.4). En Colombia, igualmente, la eutanasia pasiva forma parte del derecho del paciente a rechazar los tratamientos médicos (Ley 23/1981, artículos 1o. y 15). En Austria, el Código Civil señala que “un adulto capaz de tomar decisiones autónomas puede dar su consentimiento para recibir tratamiento médico” (artículo 252). En Canadá, la Corte Suprema ha sostenido que, “según el *common law*, el médico no tiene más remedio que aceptar las instrucciones del paciente para suspender el tratamiento” (*Rodríguez v. British Columbia*). En Bélgica la ley señala que, “excepto en caso de emergencia, se requiere el consentimiento libre e informado del paciente para todos los exámenes o tratamientos” (*Loi relative aux soins palliatifs*, artículo 7o.). En Montana, la ley sobre los derechos de los enfermos terminales señala que una persona puede “ejecutar en cualquier momento una declaración que rija la retención o retiro del tratamiento de soporte vital” (*Montana Rights of the Terminally Ill Act*, 50-9-103). Disposiciones similares existen en los demás países analizados (véase tabla 1).

Tabla 1

Legalización de la eutanasia pasiva, la eutanasia activa y el suicidio asistido (junio de 2022)

País	Eutanasia pasiva	Suicidio asistido	Eutanasia activa
Suiza	✓ Bundesverfassung (artículo 10.2) ⁷ Zivilgesetzbuch (art. 28.2)	✓ Strafgesetzbuch, 1937 (art. 115)	X Strafgesetzbuch, 1937 (art. 114)
Colombia	✓ Ley 23 de 1981 (arts. 1 y 15) / Ley 1733 de 2014 (art. 1o.)	✓ Sentencia C-164/2022	✓ Sentencia C-239/1997
Bélgica	✓	✓	✓

	Loi relative aux soins palliatifs, 14 juin 2002 (art. 7o.)	Loi relative à l'euthanasie, 28 mai 2002	Loi relative à l'euthanasie, 28 mai 2002 (art. 2)
Países Bajos	✓ Código Civil (art. 450)	✓ Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, 2002 (art. 2.1.f)	✓ Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, 2002 (art. 2.1.f)
Luxemburgo	✓ Loi relative aux soins palliatifs, à la directive anticipée et à l'accompagnement en fin de vie (art. 4)	✓ Loi du sur l'euthanasie et l'assistance au suicide (art. 1o., inc. 2)	✓ Loi du sur l'euthanasie et l'assistance au suicide (art. 1o., inc. 1)
Canadá	✓ Rodríguez v. British Columbia	✓ Bill C-14, 2016 / Criminal Code, sec. 241.1(b)	✓ Bill C-14, 2016 / Código Penal, sec. 241.1(a)
España	✓ Ley 41/2002 (art. 2.4)	✓ Ley Orgánica 3/2021 (art. 3.g.2)	✓ Ley Orgánica 3/2021 (art. 3.g.1)
Italia	✓ Legge 219/2017 (art. 1.5)	✓ Sentenza 242/ 2019	X Sentenza 242/ 2019
Austria	✓ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (§252)	✓ Sterbeverfügungsgesetz (artículo 1)	X Strafgesetzbuch (art. 77)
Alemania	✓ BGH, Beschluss vom 8. Februar 2017 XII ZB 604/15	✓ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/	X Strafgesetzbuch (art. 216)

Estados Unidos	✓ Cruzan v. Director, Missouri Department of Health	X Washington v. Glucksberg / Vacco v. Quill	X Washington v. Glucksberg / Vacco v. Quill
Oregón Estados Unidos	✓ Cruzan v. Director, Missouri Department of Health	✓ The Oregon Death with Dignity Act, 1994, (§1.01.11 y §3.·1.1(l))	X The Oregon Death with Dignity Act, 1994, (§3.14.)
Montana Estados Unidos	✓ Montana Rights of the Terminally Ill Act (50-9-103)	✓ Baxter v. Montana, 2009.	X Montana Code (45-5-103 y 50-9-205(7))
Victoria Australia	✓ Medical Treatment Act 1988 (part. 2)	✓ Voluntary Assisted Dying Act 2017, part. 4, sec. 45.	✓ Voluntary Assisted Dying Act 2017, part 4, sec., 46.
Nueva Zelanda	✓ Code of Health and Disability Services Consumers' Rights (Sec 7(7))	✓ End of Life Choice Act 2019, part. 1, sec. 4(b)	✓ End of Life Choice Act 2019, part. 1, sec. 4(a)

Fuente: Elaboración propia.

El suicidio asistido, por su parte, ha sido legalizado en un menor número de países. El primero fue Suiza, cuyo Código Penal sanciona solo la ayuda o inducción al suicidio cuando se comete “por motivos egoístas” y no por motivos altruistas (artículo 115).⁸ En el estado de Oregón, los pacientes pueden “obtener una receta de medicamentos para poner fin a su vida de una manera humana y digna” (*Oregon Death with Dignity Act*, artículo §1.·1.11). En Países Bajos está permitido “ayudar intencionalmente en el suicidio de otra persona” (*Wet toetsing levensbeëindiging*, artículo 1.b). En Bélgica la ley no consagró expresamente el suicidio asistido, pero hoy es ampliamente practicado.⁹ En Luxemburgo está permitido que el “médico ayude intencionadamente a otra persona a suicidarse o facilite a otra persona los medios para hacerlo” (*Loi relative à l'euthanasie*, artículo 1.2). En Canadá está permitida “la prescripción o suministro por parte de un médico o enfermero practicante de una sustancia a una persona, a petición de ésta, para que pueda autoadministrarse la sustancia y, al hacerlo, causar su propia muerte” (Criminal Code, sección 241.1(b)). De forma similar, en España la ley permite el “suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de

manera que ésta se la pueda auto administrar” (Ley Orgánica 3/2021, artículo 3.g.2). En el estado de Victoria, la ley permite “prescribir y suministrar a la persona la sustancia para la muerte voluntaria” (*Voluntary Assisted Dying Act 2017, parte 4, sección 45*). Y en Nueva Zelanda, la ley permite suministrar “medicamentos para aliviar su sufrimiento, acelerando la muerte” (*End of Life Choice Act 2019, parte 1, sección 4(b)*).

Por su parte, en Alemania, Italia, Montana y Colombia, los jueces han decidido recientemente legalizar el suicidio asistido. El Tribunal Constitucional alemán, por ejemplo, sostiene que está permitido “acercarse a los demás, buscando su ayuda y aceptando la ayuda que le ofrecen en el ejercicio de su propia libertad... [incluso para] quitarse la vida” (BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347). A su vez, el Tribunal Constitucional italiano sostiene que, en ciertos casos, está permitido “facilitar la ejecución de la intención suicida, de forma autónoma y libre” (sentenza 242/2019). Por su parte, la Corte Suprema de Montana, aludiendo la responsabilidad penal, sostuvo que “el consentimiento del paciente con una enfermedad terminal a la ayuda del médico para morir constituye una defensa legal contra un cargo de homicidio” (Baxter v. Montana, 2009). La Corte Constitucional colombiana sostuvo recientemente que las personas pueden “dar por terminada su vida con pleno consentimiento y libre de presiones de terceros, sin que el Estado pueda afirmar un deber de preservación de la vida a toda costa” (sentencia C-164/2022).

La eutanasia activa, finalmente, también ha sido aceptada por un puñado de países. La Corte Constitucional colombiana la despenalizó en 1997, restringiendo el tipo penal de homicidio por piedad (sentencia C-239/1997). En Países Bajos la ley permite realizar al médico “una declaración escrita que contiene una solicitud de terminación de la vida” (*Wet toetsing levensbeëindiging, 2002 (artículo 2.1.f)*). En Bélgica la ley permite “poner fin intencionalmente a la vida por alguien que no sea el interesado, a petición de este último”. En Luxemburgo la ley permite “poner intencionalmente fin a la vida de una persona a petición expresa y voluntaria de ésta” (*Loi du sur l’euthanasie, artículo 1. 2*). En Canadá el Bill C-14 estableció como una de las modalidades de la asistencia en la muerte “la administración por un médico o enfermero practicante de una sustancia a una persona, a petición suya, que causa su muerte” (Sección 241.1(a)). En España la Ley Orgánica 3/2021 establece que la ayuda para morir puede prestarse mediante “la administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente” (artículo 3.g.2). En Victoria y Nueva Zelanda existen disposiciones similares (*Voluntary Assisted Dying Act, parte 4, sección 46; End of Life Choice Act, parte 1, Sección 4(a)*).

En los próximos apartados, el artículo se enfocará exclusivamente en la eutanasia activa y el suicidio asistido.

IV. C NDICI NE A A ACCEDE A LA EUTANA IA ACTIVA AL UICIDI A I TID

Tabla 2

Criterios de elegibilidad de los pacientes

País	Enfermedad				Menores de edad	Extranjeros
	Curable	Incurable				
		Física no terminal	Física terminal	Mental		
Suiza	X Por las asociaciones por el derecho a morir	✓ Strafgesetzbuch 1937 (art. 114)	✓ Strafgesetzbuch 1937 (art. 114)	✓ Urteil BGE 133 I 58 S. 59	X Por las asociaciones por el derecho a morir	✓ No prohibido
Países Bajos	X Wetboek van Strafrecht (Artículo 293)	✓ Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, 2002, (art. 2)	✓ Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, 2002 (art. 2)	✓ Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, 2002 (art. 2)	✓ 12-18 años. Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, 2002 (arts. 2.3 y 2.4)	✓ Sin prohibición
Bélgica	X Loi relative à l'euthanasie, 28 mai 2002 (artículo 2)	✓ Loi relative à l'euthanasie, 28 mai 2002 (art. 2)	✓ Loi relative à l'euthanasie, 28 mai 2002 (art. 2)	✓ Loi relative à l'euthanasie, 28 mai 2002 (art. 2)	✓ 0-18 años. Loi relative aux soins palliatifs, 14 juin 2002 (art. 2)	✓ Sin prohibición
Luxemburgo	X Loi sur l'euthanasie et l'assistance au suicide (artículo 2.1 (3))	✓ Loi sur l'euthanasie et l'assistance au suicide (art. 2.1 (3))	✓ Loi sur l'euthanasie et l'assistance au suicide (art. 2.1 (3))	✓ Loi sur l'euthanasie et l'assistance au suicide (art. 2.1 (3))	X Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide, art. 2.1(1)	✓ Sin prohibición
Canadá	X Criminal Code (Sección 241)	✓ Bill C-7, 2021 (Sección 241.2 (1))	✓ Bill C-14, 2016 (Sección 241.2 (1))	X Bill C-7, 2021 (241.2(2.1))	X Bill C-14 (Sección 241.2(1)(b))	X Bill C-14, 2016 (Sección 241.2)
Colombia	X Código Penal (arts. 106 y 107)	✓ Sentencia C-233 de 2021	✓ Sentencia C-239/1997	✓ Sentencia c-233 de 2021	✓ 6-18 años Resolución 825 de 2014 / Sentencia T544 de 2018	X Resolución 971 de 2021 (art. 2)

Italia	X Sentenza 242 2019	X Sentenza 242 2019	✓ Sentenza 242 2019	X Sentenza 242 2019	X Sentenza 242/2019	Sin prohibición
Austria	X Strafgesetzbuch (artículo 78(2)1)	✓ Sterbeverfügungsgesetz (art. 1o., §6(3)2)	✓ Sterbeverfügungsgesetz (art. 1o., §6(3)1)	✓ Sterbeverfügungsgesetz (art. 1o., §6(3)2)	✓ Sterbeverfügungsgesetz 1o., §6 (1)	X Sterbeverfügungsgesetz (art. 1o., §1 (2))
Alemania	✓ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020	✓ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020	✓ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020	✓ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020	✓ (BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020)	Sin prohibición
España	X Código Penal (artículo 143)	✓ Ley Orgánica 3/2021 (art. 3.b)	✓ Ley Orgánica 3/2021 (art. 3.c)	✓ Ley Orgánica 3/2021 (art. 3.b)	X (Ley Orgánica 3/2021, art. 5.1.a)	X Ley Orgánica 3/2021 (art. 5.1)
Estados Unidos	X Washington v. Glucksberg	X Washington v. Glucksberg	X Washington v. Glucksberg	X Washington v. Glucksberg	X Washington v. Glucksberg	No aplica
Oregón Estados Unidos	X The Oregon Death with Dignity Act, 1994 (§1.01(1))	X The Oregon Death with Dignity Act, 1994 (§1.1(1))	✓ The Oregon Death with Dignity Act (1994, §1.1(1))	X The Oregon Death with Dignity Act (1994, §1.1(1))	X The Oregon Death with Dignity Act, 1994 (§1.1(1) y §2.1)	X The Oregon Death with Dignity Act, 1994 (§2.01. y §3.1)
Montana Estados Unidos	X Baxter v. Montana, 2009	X Baxter v. Montana, 2009	✓ Baxter v. Montana, 2009	X Baxter v. Montana, 2009	X Baxter v. Montana, 2009	X Baxter v. Montana, 2009
Victoria Australia	X Voluntary Assisted Dying Act 2017 (Part 2, Sec. 9, (1)(d)(ii) y (iii))	X Voluntary Assisted Dying Act 2017 (Part 2, Sec. 9, (1)(d)(ii) y (iii))	✓ Voluntary Assisted Dying Act 2017 (Part 2, Sec. 9(2)).	X Voluntary Assisted Dying Act 2017 (Part 2, Sec. 9(2)).	X Voluntary Assisted Dying Act 2017 (Part 2, Sec. 9(a))	X Voluntary Assisted Dying Act 2017 (Part 2, Sección 9(b))
Nueva Zelanda	X End of Life Choice Act 2019 (Part 1, Sección 5(c))	X End of Life Choice Act 2019 (Part 1, Sec. 5(c))	✓ End of Life Choice Act 2019, Part 1 (Sec. 5(c))	X End of Life Choice Act 2019 (Part 1, Sec. 5(c))	X End of Life Choice Act 2019 (Part 1, Sec. 5(1) (a))	X End of Life Choice Act 2019 (Part 1, Sec. 5(1) (c))

Fuente: Elaboración propia

1. Enfermedad terminal, fase terminal y pronóstico de vida

Todos países analizados permiten que los enfermos terminales¹⁰ accedan a la eutanasia o el suicidio asistido; sin embargo, Italia, Oregón, Victoria y Nueva Zelanda exigen que la enfermedad terminal cumpla requisitos adicionales.

Italia es sin duda el país con las condiciones más restringidas para la realización del suicidio asistido. La Corte Constitucional, mediante sentencia 242/2019, no solo exige que la persona padezca una enfermedad incurable (*irreversible*), sino también que sea “mantenida con vida por tratamientos de soporte vital”, como la nutrición, la hidratación y la respiración artificiales. De esta manera, las condiciones para acceder al suicidio asistido son equiparables a condiciones típicas para practicar la eutanasia pasiva. La Corte consideró que solo de esta manera se puede garantizar a los pacientes conectados a mecanismos de soporte vital una alternativa a los cuidados paliativos o a la eutanasia pasiva, que pueden retrasar la muerte y producir, en el proceso, intensos sufrimientos.¹¹

De forma similar, el estado de Oregón exige no sólo que la enfermedad sea terminal, sino también que “produzca la muerte dentro de los seis meses siguientes” (§1.01(12)). El estado de Victoria exige, por su parte, que la enfermedad “cause la muerte en semanas o meses, sin exceder los seis meses”, a menos que se trate de una condición médica neurodegenerativa, en cuyo caso la enfermedad debe “causar la muerte en semanas o meses, sin exceder los 12 meses” (part 2, sección 9, (4)). En Nueva Zelanda la ley exige que la persona “sufra de una enfermedad terminal que probablemente concluya con su vida dentro de los 6 meses” y que se encuentre en “un estado avanzado de disminución irreversible de la capacidad física” (parte 1, sección 5(c) y (d)).¹²

2. Enfermedades mentales y enfermedades físicas no terminales

Algunos países han permitido la eutanasia a causa de condiciones médicas no terminales, incluidas las enfermedades y trastornos psiquiátricos. En Austria la ley cubre a las personas que “padecen una enfermedad grave de larga duración, con síntomas persistentes, cuyas consecuencias perjudican permanentemente todo el estilo de vida del afectado” (artículo 1o., § 6(3)). En España la ley exige, en general, que la persona tenga un padecimiento grave, crónico e imposibilitante que afecte directamente la autonomía, las actividades diarias y la capacidad de relación del paciente, sin posibilidades de mejora o curación” (artículo 3.b). En Colombia la Corte Constitucional permitió

recientemente la eutanasia para pacientes que padecen “un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable” (sentencia C-233/2021). En Bélgica la ley alude a un “sufrimiento físico o mental” insoportable e incurable (artículo 3o.). Aunque no señala textualmente que la enfermedad deba ser mental, actualmente son comunes los pacientes psiquiátricos sin afecciones físicas.¹³ En Países Bajos la ley no distingue entre enfermedades terminales y no terminales, ni entre enfermedades físicas y mentales, por lo que se asume que ambas están contempladas. En Luxemburgo están protegidas las personas que, a causa de una lesión o una enfermedad no especificada (física o mental), se encuentren en una situación médica “sin salida” (*sans issue*), “incurable” o “irreversible” que les produce sufrimiento físico o psíquico constante, insoportable y sin perspectiva de mejora (artículo 2.1 (3)).¹⁴ En Suiza pese a que no existe legislación expresa, es común que las asociaciones por el derecho a morir asistan —con el aval de la Corte Suprema—¹⁵ el suicidio de personas con trastornos psiquiátricos.

Canadá es el único país que restringe la naturaleza incurable de la enfermedad a las enfermedades físicas. El Bill C-14 (2016), ratificado recientemente por el Bill C-7 (2021), señaló que “una enfermedad mental no se considera una enfermedad, padecimiento o discapacidad” que dé lugar a la aplicación de la asistencia médica para morir (sección 2.1) (Martha Cancino, 2022, p. 70). Sin embargo, el Bill C-7 dejó abierta la posibilidad de que, a más tardar en 2023, las personas con enfermedades mentales de base puedan acceder a la eutanasia (sección 5(1)).

Ahora bien, la naturaleza incurable de la enfermedad o condición médica es concebida de formas muy distintas en cada país. De hecho, a través de los años, el requisito se ha flexibilizado bastante, para incluir progresivamente patologías que pueden tener en la literatura médica probabilidades más o menos altas de curación o mejora. En Bélgica, por ejemplo, ha sido aplicada la eutanasia y el suicidio asistido a pacientes con padecimientos somáticos como la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob, la enfermedad de Huntington, Alzheimer, el cáncer en etapa temprana, e incluso ceguera (Etienne Montero, 2017, p. 34; Lars Mehlum, 2020, p. 5). De igual manera, en el noveno reporte de la Comisión Federal para el Control y la Evaluación de la Eutanasia de Bélgica (2020), fueron reportados 57 procedimientos entre 2018 y 2019, equivalentes al 1.1% del total, en los que las enfermedades de base fueron catalogadas como trastornos psiquiátricos, que incluyen “trastornos de la personalidad, depresión, estrés postraumático, esquizofrenia y autismo”, y trastornos cognitivos, que incluyen “diferentes formas de demencia como la enfermedad de Alzheimer, demencia vascular y demencia con cuerpos de Lewy” (2020, p. 4). Patrones similares existen en Países Bajos, cuyos comités regionales de revisión de eutanasia reportaron en 2019, entre otros, pacientes con demencia en etapa temprana, trastorno de estrés postraumático, trastorno límite de la personalidad, autismo y trastorno obsesivo compulsivo. A la luz de estas prácticas, la exigencia de incurabilidad termina siendo bastante subjetiva. En Bélgica, por ejemplo, la incurabilidad depende en gran medida de la disposición del paciente de someterse a un tratamiento:

...la noción de “trastorno incurable” parece menos objetiva de lo que podría pensarse a primera vista... El paciente puede rechazar un tratamiento con el resultado de que su trastorno se vuelve “incurable”. El único requisito objetivo de la Ley —de una condición grave e incurable causada por accidente o enfermedad— podría, de esta manera, en efecto, ser creado por el paciente. (Herman Nys, 2017, p. 17)

Por supuesto, son bastante comunes las críticas a la flexibilización del requisito de incurabilidad para las enfermedades mentales. Muchos médicos consideran que los trastornos psiquiátricos, incluso los más profundos, pueden ser tratados exitosamente. Para Lars Mehlum *et al.* (2020, p. 5), “en la mayoría de los casos, incluso las tendencias suicidas graves y el comportamiento autodestructivo pueden tratarse y se puede ayudar a las personas a recuperarse”. La evidencia médica reciente sobre los tratamientos psiquiátricos en adultos y adolescentes parece apoyar este punto de vista (Keith Hawton *et al.* (2016) y Catherine Glenn *et al.* (2019)). La misma crítica suele recaer sobre la flexibilización de las condiciones psicológicas para expresar el consentimiento informado o para considerar el sufrimiento psicológico como “insostenible”. Según Lars Mehlum *et al.* el deseo de morir “puede ser un síntoma del trastorno y en realidad puede transmitir varios otros mensajes posibles, que tienen más que ver con que el paciente se sienta abandonado, desilusionado o enojado” (2020, p. 6). Por esta razón, entre otras, varios países han optado por prohibir expresamente la eutanasia no solo cuando la enfermedad psiquiátrica es la enfermedad de base, sino también cuando puede viciar el consentimiento informado.¹⁶

3. Enfermedades curables

Alemania destaca por haber suprimido recientemente todos los requisitos relacionados con la condición médica de la persona para practicar legalmente el suicidio asistido. En realidad, el país no prohibió legalmente el suicidio asistido entre 1871 y 2015, cuando era una práctica casi inexistente y los “médicos tenían una postura de mucho repudio hacia el asunto debido a su *ethos y regulaciones profesionales*” (Urban Wiesing, 2021, p. 1). Fue en 2015, como reacción a la llegada de varias asociaciones por el derecho a morir con dignidad, que el Código Penal acogió nuevas disposiciones que sancionaban a quienes, sin ser familiares del paciente, practicaran profesionalmente el suicidio asistido. Sin embargo, en 2020, el Tribunal Constitucional anuló las nuevas disposiciones por ser inconstitucionales. A diferencia de otros tribunales extranjeros, el Tribunal no restringió el tipo de circunstancias en las cuáles podría practicarse el suicidio asistido. Por el contrario, señaló expresamente que no es necesario justificar el deseo de morir con base en enfermedades terminales o incurables:

El derecho a determinar la propia vida, que forma parte del ámbito más íntimo de la autodeterminación de un individuo, no se limita en particular a las enfermedades graves o incurables, ni se aplica solo en determinadas etapas de la vida o enfermedad... La decisión de poner fin a la propia vida, tomada sobre la base de la responsabilidad personal, no requiere explicación ni justificación alguna...

La sentencia del Tribunal Constitucional ha suscitado un profundo debate sobre las condiciones bajo las cuales el Estado puede permitir el suicidio asistido sin sustraerse de la obligación de proteger la vida y, en especial, de prevenir el suicidio. En especial, el debate es álgido en temas como el suicidio asistido para menores de edad y comunidades vulnerables, como las personas con discapacidad (Wiesing, 2021 y Jörg Fegert *et al.* 2021)

4. Eutanasia pediátrica

La eutanasia y el suicidio asistido para menores de edad solo está legalizada actualmente en Bélgica, Países Bajos, Colombia y, más vagamente, en Alemania. Bélgica permitió en 2014 la

eutanasia a los menores no emancipados, en condiciones diferentes a las que aplicaban, desde 2002, para los mayores y los menores emancipados. Específicamente, la ley exige 1) el consentimiento escrito de los padres y del menor (Ley del 24 de febrero de 2014; artículo 2.f), 2) un diagnóstico de enfermedad o lesión terminal con corta esperanza de vida (artículo 2.C); 3) el sufrimiento físico insoportable (artículo 2.C); y 4) el concepto de un profesional en psiquiatría pediátrica o psicología que “asegure la capacidad de discernimiento del menor” (artículo 2o.). En otros casos, cuando la enfermedad es simplemente incurable (no terminal) o el sufrimiento es psíquico, la eutanasia pediátrica no está permitida: “el sufrimiento mental por sí solo nunca es una condición suficiente en este escenario” (Herman Nys, 2017, p. 19).

Por su parte, Países Bajos legalizó la eutanasia para menores entre 12 y 18 años de edad desde 2002. En general, la ley exige 1) el consentimiento del menor, y 2) la convicción médica de que el menor tiene “una comprensión razonable de sus intereses” (Ley del 28 de mayo de 2002, artículo 2.3 y 2.4). Además, cuando el menor tiene entre 16 y 18 años, es necesario que 3) los padres o tutores sean involucrados en el proceso, pero no es necesario su consentimiento. Por el contrario, cuando el menor tiene entre 12 y 16 años, es necesario que concurren el consentimiento del menor y de los padres (artículo 2.3 y 2.4). A diferencia de lo que ocurre en Bélgica, la ley no restringe el tipo de enfermedad o sufrimiento exigidos para la eutanasia pediátrica, son aplicables las mismas reglas vigentes para los adultos. Aunque actualmente hay proyectos para legalizar la eutanasia pediátrica entre los 0 y los 12 años, aún no existe una ley que lo reglamente.

Finalmente, Colombia despenalizó la eutanasia para menores de edad en 2017 (sentencia T-544/2017). Según la Corte Constitucional, el derecho a la dignidad humana “obliga a reconocer la titularidad del derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes”; sin embargo, los requisitos sobre el consentimiento son diferentes a los que aplican para los adultos. Cuando el menor tiene entre 14 y 18 años basta el consentimiento informado del menor, pero cuando tiene entre 6 y 14 años debe concurrir el consentimiento de los padres (resolución 825/2018, artículo 10). Además, para menores entre 6 y 12 años se exige una definición de psiquiatría infantil que verifique “un desarrollo neurocognitivo y psicológico excepcional” y “un concepto de muerte propia como irreversible e inexorable” (resolución 825/2018, artículo 9o.).

Alemania es nuevamente un caso especial. El Tribunal Constitucional solo señaló, como regla general, que “el derecho a determinar la propia vida está garantizado en todas las etapas de la vida”, pero no especificó expresamente cómo debería, las circunstancias bajo las cuales el derecho al suicidio asistido protege a los niños y adolescentes. Desde entonces, el alcance de la decisión de la Corte ha sido ampliamente debatido. Algunos académicos consideran que la interpretación de la decisión de la Corte debe restringirse para que el suicidio asistido sea aplicable solo a los adultos,¹⁷ mientras que otros consideran que sí puede proteger, al menos en ciertos casos, a niños y adolescentes.¹⁸ Hasta que no se expida una regulación, sin embargo, el debate continuará.

En los demás países analizados, la eutanasia a menores de edad está prohibida. En España la Ley Orgánica 3/2021 exige “tener mayoría de edad” (5.1.a). En el mismo sentido, Luxemburgo exige que el paciente sea “un adulto capaz y consciente en el momento de su solicitud” (artículo 2.1). En Canadá uno de los requisitos para acceder a la eutanasia es tener “al menos 18 años de edad y

capacidad de tomar decisiones con respecto a la salud” (241.2.(1)(b)). En Italia la Corte Constitucional exigió “ser capaz de tomar decisiones libres e informadas”, lo que excluye a los menores de edad.¹⁹ En Austria el artículo 78(2) del Código Penal señala expresamente que incurre en el delito de “participación en el suicidio” quien “asiste físicamente a un menor para suicidarse”. En Victoria para practicarse la eutanasia o el suicidio asistido, “la persona debe tener 18 años o más”. En Suiza la ley no establece edad mínima, pero todas las organizaciones por el derecho a morir requieren que la persona sea un “adulto con buen juicio” (Sarah Mroz *et al.* 2021, p. 3547; Sigrid Dierickx *et al.* 2020). En Nueva Zelanda, se exige que el paciente “tenga 18 o más años”.

5. Nacionalidad

En la mayoría de los países analizados la eutanasia y el suicidio asistido no son accesibles a los extranjeros que no posean residencia legal. En Austria solo los nacionales y los residentes permanentes pueden acceder al suicidio asistido (artículo 10., §1 (2)). En Victoria se exige, además de la ciudadanía o la residencia permanente, “haber sido residente habitual en Victoria durante al menos 12 meses” antes de la solicitud (parte 2, sección 9 (b)). En Nueva Zelanda es necesario ser ciudadano o residente permanente (parte 1, sección 5(1)(c)). En Colombia es necesario ser nacional o “contar con domicilio ininterrumpido en el territorio colombiano de un año” (artículo 20.). En Canadá la ley exige que las personas sean elegibles para recibir servicios de salud financiados por el Estado, por lo que es necesario “cualquier periodo mínimo aplicable de residencia o periodo de espera” (sección 241.2). En España es necesario “tener la nacionalidad española” o residencia legal “superior a doce meses” (artículo 5.1(a)).

En los demás países analizados no existen prohibiciones expresas para practicar la eutanasia o el suicidio asistido a extranjeros; sin embargo, en algunos países son frecuentes. En Suiza, por ejemplo, es un fenómeno generalizado: “aproximadamente entre 150 y 200 personas de otros países viajan a Suiza cada año para acceder al suicidio asistido por un médico, una práctica conocida como turismo suicida” (Sarah Mroz, 2021, p. 3550). En Bélgica, por su parte, la Comisión Federal de Control y Evaluación sobre la Eutanasia reporta en sus informes periódicos la realización de eutanasia a extranjeros (2020). En Países Bajos, donde no existen reportes consolidados sobre la nacionalidad de los pacientes, la práctica es, al menos, jurídicamente posible (Alexander Safyan, 2011, p. 307).

V. EXISTE UN DEBATE A LA EUTANASIA Y AL SUICIDIO ASISTIDO ?

La normativa que regula la eutanasia o el suicidio asistido tiene estructuras muy distintas en todos los países analizados. A grandes rasgos, es posible hacer al menos dos clasificaciones. Por una parte, algunos países regulan la eutanasia o el suicidio asistido a través de estatutos exhaustivos sobre las condiciones del paciente y los procedimientos de asistencia médica, mientras que otros los despenalizan restringiendo algunos tipos penales. Por otra parte, algunos países reconocen el acceso a la eutanasia o el suicidio asistido como un derecho constitucional o legal, mientras que otros los conciben como conductas no punibles.

1. Despenalización vs. regulación

La mayoría de los países analizados cuentan con regulaciones más o menos exhaustivas sobre las condiciones médicas de los pacientes, los procedimientos de diagnóstico, los protocolos para la prestación de la asistencia médica y las obligaciones de los servicios sanitarios. En casi todos, los estatutos han sido expedidos por el legislativo, excepto en Colombia, donde fueron expedidos por el Ministerio de Salud.²⁰ Otros países, sin embargo, cuentan solo con disposiciones legales o jurisprudenciales que legalizan ciertas formas de eutanasia o suicidio asistido, o atribuyen derechos y responsabilidades a los médicos, pero dejan sin regulación aspectos importantes. En algunos casos, la ausencia de regulación es consecuencia de la despenalización judicial. En Alemania e Italia, por ejemplo, los tribunales invalidaron las normas penales que sancionaban la eutanasia y el suicidio asistido, pero el legislador aún no los ha reglamentado. En países como Colombia, Canadá y Austria, donde la despenalización fue judicial (en 1997, 2015 y 2020), la regulación ha sido expedida con posterioridad (en 2015, 2016 y 2021).

Suiza, sin embargo, es un caso especial. Aunque despenalizó el suicidio asistido por vía legislativa en 1937,²¹ ha mantenido la práctica sujeta a los reglamentos éticos y técnicos de los profesionales médicos y las asociaciones defensoras del derecho a morir (Samia Hurst y Alex Mauron, 2016, p. 1; Guillod y Schmidt, 2005). En la práctica, las mismas asociaciones diseñan los requisitos, procedimientos y responsabilidades, dentro de los escasos límites fijados por el Código Penal.²² Por supuesto, la ausencia de regulación genera dificultades en la práctica. Recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la escasa legislación sobre el suicidio asistido en Suiza violaba el derecho fundamental a la privacidad de las personas (Gross v. Switzerland).²³

2. Derecho vs. No derecho

La legalización o regulación de la eutanasia y el suicidio asistido no implica necesariamente un derecho legal o constitucional a practicarlos. En algunos países son simplemente conductas despenalizadas. En Suiza, por ejemplo, el suicidio asistido es una conducta atípica. La legislación penal no lo contempla, pero tampoco existe una pretensión para exigir del Estado la prestación médica. Algo similar ocurre en el estado de Oregón, que permite a los proveedores de servicios médicos negarse a asistir el suicidio (127.885 §4. · 1(4)).

En otros países, en cambio, se reconoce el derecho a la eutanasia o el suicidio asistido como parte del derecho a la muerte digna. Colombia fue sin duda el primer país en reconocer la eutanasia como un derecho fundamental. La Corte Constitucional señaló que la penalización es incompatible con los derechos a la dignidad humana, a la autonomía personal y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (integridad personal). La prohibición de la eutanasia, según la Corte, “equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta, sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral” (sentencia C-239/1997). Correlativamente, el Estado tiene la obligación de proporcionar todos los servicios médicos relacionados con la eutanasia, a través del sistema público de salud.²⁴ Recientemente, la Corte esgrimió argumentos similares sobre el suicidio asistido (sentencia C-164/2022).

Igualmente, durante los últimos años, en otros países, los jueces han señalado, con algunos matices, que el suicidio asistido está protegido por derechos fundamentales.

En 2015 la Corte Suprema de Canadá declaró parcialmente inconstitucional el artículo 241.2 del Código Penal, que establecía pena de prisión para quienes ayudaran “a una persona a morir por suicidio”, así como el artículo 14, según el cual “nadie tiene derecho a consentir que se le inflija la muerte” (Carter v. Canada). En particular, la Corte sostuvo que la norma violaba los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de pacientes que manifestaban libremente su deseo de morir para poner fin a sufrimientos insoportables causados por condiciones médicas graves e incurables.²⁵ Según la Corte, la prohibición absoluta del suicidio asistido vulnera el derecho a la vida, porque incita a los enfermos terminales, en especial los que padecen enfermedades degenerativas, a suicidarse de manera prematura, antes de que físicamente les sea imposible. Aunque no existe un derecho a la muerte digna, implícito en el derecho a la vida, el Estado debe suprimir factores que ponen en riesgo la vida de las personas. Además, la Corte sostuvo que la prohibición absoluta del suicidio asistido vulnera los derechos a la libertad y la seguridad, dado que “interfiere con su capacidad para tomar decisiones sobre su integridad física y atención médica” (Carter v. Canada).

De forma similar, en 2019, la Corte Constitucional italiana declaró inaplicable parcialmente el artículo 580 del Código Penal, que sanciona la ayuda al suicidio. Según la Corte, el artículo no puede aplicarse a personas que facilitan el suicidio de pacientes que cumplen las condiciones fijadas en la misma sentencia. El artículo vulnera los derechos del paciente a la personalidad del paciente (artículo 2o.), a la autonomía para rechazar tratamientos médicos (artículo 32, inciso 2), y a la libertad personal de quien, asistiendo un suicidio, podría verse sujeto a una pena (artículo 13). Sin embargo, la Corte también negó que la penalización del suicidio asistido fuese contraria al derecho a la vida (artículo 2o.). Sostuvo que “del derecho a la vida, garantizado por el artículo 2o., no puede derivarse el derecho a renunciar a vivir” pues la vida “es un requisito indispensable para el ejercicio de todos los demás derechos”. También sostuvo que la penalización no es contraria a los derechos a la autodeterminación (artículos 2o. y 13, inc. 1) y a la privacidad (artículo 8o. CEDH), dado que cumple un fin legítimo: garantizar la vida de las personas “más débiles y vulnerables, que el sistema penal pretende proteger de una elección extrema e irreparable, como es la del suicidio”.

También en 2018, el Tribunal Constitucional austriaco declaró parcialmente inconstitucional el artículo 78 del Código Penal, que sancionaba a quien “ayudara a otro a suicidarse”. Según el Tribunal, el suicidio asistido está amparado por el derecho a la autodeterminación, que “incluye tanto el derecho a configurar la propia vida como el derecho a una muerte digna” (artículos 8o., CEDH (derecho a la privacidad), 2o., CEDH (derecho a la vida) y 13, CEDH (derecho a la igualdad)). Particularmente, el Tribunal sostuvo que el derecho a la vida no obliga a protegerla contra las decisiones autónomas e informadas que toman las personas sobre cuándo y cómo morir dignamente. Aunque el Estado sí tiene la obligación de proteger la vida de las personas vulnerables que pueden tomar decisiones viciadas sobre el fin de su propia vida, no puede prohibir completamente la asistencia al suicidio. De igual manera, el Tribunal Constitucional reconoció que, en una época de creciente complejidad médica y mayor esperanza de vida, no es coherente con el derecho a la privacidad obligar a las personas “en la vejez o en situaciones de debilidad física o psíquica avanzada” a seguir viviendo. Finalmente, sostuvo que el derecho a la autodeterminación

implica no solo el derecho a decidir cuándo y cómo morir, en especial el derecho al suicidio, sino también el derecho a recibir ayuda o asistencia de terceros. En 2021 el Parlamento reguló el suicidio asistido, en desarrollo de la sentencia del Tribunal.

En Alemania el Tribunal Constitucional anuló en 2020 el artículo 217 del Código Penal, que sancionaba la prestación de servicios profesionales de asistencia al suicidio. Aunque el artículo permitía la asistencia al suicidio cuando era llevada a cabo por un pariente o una persona cercana, el tribunal concluyó que era inconstitucional prohibir la asistencia médica profesional. Sostuvo que las personas tienen derecho al suicidio y a recibir asistencia en el suicidio, como parte de los derechos fundamentales a la personalidad y a la dignidad humana (Ley Fundamental, artículos. 1o. (1) y 2o. (1)).²⁶ Más aún, señaló que los derechos a la dignidad y la personalidad facultan a cada individuo a poner fin a su vida “según sus propios deseos”, por lo que basta su voluntad libre e informada para hacer efectivo el derecho al suicidio, en general, y a obtener asistencia de un tercero en el suicidio, en particular. En este sentido, según el Tribunal, la misma Constitución prohíbe que la ley imponga requisitos que obstruyan el ejercicio de la autonomía, como los relacionados con la naturaleza y evolución de la enfermedad: “la permisibilidad de la asistencia para el suicidio no puede estar vinculado a criterios sustantivos, por ejemplo, al requerir un diagnóstico de enfermedad incurable o terminal”.²⁷

A diferencia de estos países, en Estados Unidos el reconocimiento de la eutanasia y el suicidio asistido como derechos constitucionales ha enfrentado hasta hoy barreras insuperables. La Corte Suprema ha reconocido que la eutanasia pasiva está amparada por la cláusula del debido proceso de la decimocuarta enmienda, en especial por el derecho a la “protección de la libertad” (*protected liberty interest*);²⁸ sin embargo, también ha sostenido que la Constitución no concede a las personas un derecho a la muerte asistida. En particular, la penalización del suicidio asistido no transgrede las cláusulas del debido proceso y la protección igualitaria de la décimo cuarta enmienda. Según la Corte, la tradición jurídica “angloamericana” ha “castigado o desaprobado” históricamente el suicidio asistido, por lo que nunca ha reconocido el derecho a la muerte asistida.²⁹ Además, las diferencias que existen entre la eutanasia pasiva y el suicidio asistido relacionadas con los mecanismos causales e intencionales hacen que el trato diferenciado que hacen las leyes a ambas prácticas sea “importante”, “lógico” y “racional”.³⁰ La Corte concluyó que la sanción al suicidio asistido puede justificarse sobre fines legítimos como la prevención del suicidio, el resguardo de la profesión médica y la protección de las “personas vulnerables contra la indiferencia, los prejuicios y la presión psicológica y financiera para acabar con sus vidas”.

En algunos estados como Montana y Nuevo México, las cortes también han debatido ampliamente la naturaleza constitucional del suicidio asistido. En 2008 la Corte del Primer Distrito de Montana sostuvo que el suicidio médicamente asistido forma parte de los derechos a la privacidad individual (en especial la autonomía personal) y la dignidad humana, previstos en la constitución del Estado.³¹ Sin embargo, la Corte Suprema de Montana sostuvo posteriormente que el suicidio asistido de pacientes terminales está amparado no tanto por la constitución del Estado, sino por la legislación, en especial por la Terminally Ill Act (1987) y la sección 45-2-211 del constitución del estado (*Baxter v. Montana ADV-07 781, 18 2008*). Pocos años después, en el estado

de Nuevo México, la Cuarta Corte de Distrito sostuvo que la penalización del médico que asiste la muerte de un enfermo terminal era contraria a los derechos a la vida, la libertad y la felicidad, previstos en la constitución del Estado (artículo 2o., par. 4).³² Paradójicamente, dos años más tarde, la Corte Suprema de Nuevo México decidió que la penalización del suicidio asistido no es contraria a la constitución del Estado.³³

Finalmente, la Corte Europea de Derechos Humanos también ha sostenido que la prohibición y penalización del suicidio asistido no vulnera necesariamente los derechos previstos en la Convención. En *Pretty v. United Kingdom*, la Corte sostuvo que el artículo 8o. CEDH, sobre el derecho a la vida, “no puede, sin una distorsión del lenguaje, interpretarse como que confiere el derecho diametralmente opuesto, a saber, el derecho a morir”. Además, la penalización del suicidio asistido no constituye un trato inhumano y degradante (artículo 3o.), ni atenta contra los derechos a la igualdad (artículo 14 CEDH) y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9o. CEDH). Aunque el derecho a la autonomía personal, implícito en el derecho a la privacidad (artículo 8o. CEDH), implica respetar “la forma como [la demandante] elige pasar los momentos finales de su vida”, la Corte manifiesta no estar “preparada” para sostener que la prohibición del suicidio asistido “constituye una injerencia en su derecho al respeto de la vida privada”. Por el contrario, “la injerencia puede justificarse como “necesaria en una sociedad democrática” para la protección de los derechos de los demás”. Posteriormente, en *Hass v. Switzerland*, la Corte reconoció que “los Estados disfrutaban de un considerable margen de apreciación en este ámbito”, por lo que pueden prohibir totalmente el suicidio asistido.

VI. C NCLU I NE

Este artículo ha analizado la normativa que regula la muerte asistida en trece países. Ha mostrado que la naturaleza y características de la eutanasia y el suicidio asistido, así como los grados de reproche ético y jurídico de los que son susceptibles, aún inciden en el enfoque punitivo de la legislación. Además, ha mostrado que las exigencias relacionadas con naturaleza de la enfermedad (terminal, incurable o curable), la edad (niños o adultos) y la nacionalidad (nacionales o extranjeros) son considerablemente distintas en cada jurisdicción, aunque se han flexibilizado durante los últimos años. Finalmente, ha mostrado que la normativa sobre la muerte asistida puede tener naturaleza y enfoques distintos. Mientras algunos países han adoptado estatutos más o menos exhaustivos, otros se han limitado —a causa de decisiones judiciales o actitudes adversas a la regulación— a la mera despenalización. También, mientras algunos países reconocen un derecho subjetivo (legal o constitucional) a la muerte asistida, otros simplemente se abstienen de sancionarla.

El análisis permite ver, al menos en parte, la complejidad jurídica de un fenómeno con profundas implicaciones éticas; sin embargo, también muestra un creciente consenso que parece conducir, por el camino correcto, a la despenalización de la muerte asistida en los países occidentales. Como han sostenido varios tribunales, no es posible respetar la integridad, autonomía y dignidad de una persona cuando la legislación castiga a quienes contribuyen a aliviar sus sufrimientos intratables, a través de una muerte consciente y deseada. Un Estado que honre la dignidad humana debe reconocer que las personas tienen derecho a decidir, al menos en algunos

casos, cuándo y cómo morir. Por supuesto, las condiciones en las cuales surge este derecho y las prestaciones que exige del Estado o los particulares no pueden considerarse universales. Los derechos e intereses que involucra la muerte asistida (vida, dignidad, autonomía, integridad) solo pueden ser optimizados mediante diseños normativos e institucionales que tomen en cuenta las características del ordenamiento jurídico, la cultura, las capacidades del sistema de salud, la regulación de la profesión médica, entre otros. En este sentido, no parece adecuado defender a partir de experiencias locales un modelo ideal de derecho a la muerte asistida. Sin duda, las discusiones sobre la legalización de la muerte asistida a nivel global, en especial en América Latina, deberán tomar en cuenta, con criterios éticos y técnicos, las ventajas y desventajas de cada modelo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CANCINO MERENTES, MARTHA EDITH *et al.* (2022). *Final de la vida. Serie Enseñanza transversal en bioética y bioderecho: Cuadernillos Digitales de Casos, IIJ. 2022.*
- CLIMENT GALLARD, JORGE ANTONIO (2018). LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DE LA PROPIA VIDA. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8, 124-137.
- COMMISSION FÉDÉRALE DE CONTRÔLE ET D'ÉVALUATION DE L'EUTHANASIE -BELGIUM (2020). *Neuvième rapport aux Chambres législatives. Bruselas, Service Public Federal Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement.*
- DELBON, PAOLA, MAGHIN, FRANCESCA Y CONTI, ADELAIDE (2019). MEDICALLY ASSISTED SUICIDE IN ITALY: THE RECENT JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT. *La Clinica Terapeutica*, 172 (3), 193-196. <https://doi.org/10.7417/CT.2021.2312>
- DIERICKX, SIGRID *et al.* (2020). *Commonalities and Differences in Legal Euthanasia and Physician-Assisted Suicide in Three Countries: a Population-Level Comparison. International journal of public health*, 65 (1), 65-73.
- FEGERT, JÖRG, KOCH, MICHAEL Y PLENER, PAUL (2021). FÜR DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT IST SUIZID EIN AKT DER SELBSTBESTIMMUNG. GILT DAS AUCH FÜR KINDER UND JUGENDLICHE? EN *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (07.03.2021). <https://www.faz.net/aktuell/politik/assistierter-suizid-auch-ein-recht-fuer-kinder-und-jugendliche-17231054.html>
- GLENN, CATHERINE R. *et al.* (2019). EVIDENCE BASE UPDATE OF PSYCHOSOCIAL TREATMENTS FOR SELF-INJURIOUS THOUGHTS AND BEHAVIORS IN YOUTH. *Journal of Clinical Child and Adolescent Psychology, Division 53, 48 (3)*, 357-392.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, GERALDINA (2018). MUERTE DIGNA. ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE DOS SENTENCIAS SOBRE EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO. EN CAPDEVIELLE, P., FIGUEROA MEJÍA, G. A. Y MEDINA ARELLANO, M. (COORDS.). *Bioética y decisiones judiciales. México: UNAM.*
- GUILLOD, OLIVER Y SCHMIDT, ALINE (2005). ASSISTED SUICIDE UNDER SWISS LAW. *European Journal of Health Law*, 12, 25-38.
- HAWTON, KEITH *et al.* (2016). *Psychosocial Interventions Following Self-Harm in Adults: a Systematic Review and Meta-Analysis. The Lancet. Psychiatry*, 3 (8), 740-750.
- HURST, SAMIA A. Y MAURON, ALEX (2017). ASSISTED SUICIDE IN SWITZERLAND. CLARIFYING LIBERTIES AND CLAIMS. *Bioethics*, 31 (3), 199-208. <https://doi.org/10.1111/bioe.12304>
- MARTÍNEZ NAVARRO, JUAN ALEJANDRO (2018). EL DERECHO A LA EUTANASIA. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 102, 97-133.

- MEHLUM, LARS, SCHMAHL, CHRISTIAN, BERENS, ANN *et al.* (2020). *Euthanasia and Assisted Suicide in Patients with Personality Disorders: a Review of Current Practice and Challenges*. *Bord Personal Disord Emot Dysregul*, 7 (15). <https://doi.org/10.1186/s40479-020-00131-9>
- MONTERO, ETIENNE (2017). THE BELGIAN EXPERIENCE OF EUTHANASIA SINCE ITS LEGAL IMPLEMENTATION. EN JONES, D. GASTMANS, C. Y MACKELLAR, C. (EDS.), *Euthanasia and Assisted Suicide: Lessons from Belgium*, Cambridge Bioethics and Law, Cambridge: Cambridge University Press.
- MROZ, SARAH *et al.* (2021). *Assisted Dying Around the World: A Status Quaestionis*. *Annals of Palliative Medicine*, 10 (3), 3540-3553. <https://doi.org/10.21037/apm-20-637>
- NYS, HERMAN (2017). A DISCUSSION OF THE LEGAL RULES ON EUTHANASIA IN BELGIUM BRIEFLY COMPARED WITH THE RULES IN LUXEMBOURG AND THE NETHERLANDS. EN JONES, D., GASTMANS, C. Y MACKELLAR, C. (EDS.), *Euthanasia and Assisted Suicide: Lessons from Belgium* Cambridge Bioethics and Law, Cambridge, 7-25.
- PEGORARO, LUCIO Y RINELLA, ANGELO (2006). *Introducción al derecho comparado*. México: UNAM.
- OVALLE GÓMEZ, CONSTANZA (2019). APORÍAS ENTRE PLURALISMO Y JUSTICIA EN LA LEGALIZACIÓN DE LA EUTANASIA EN COLOMBIA. *Revista Colombiana de Bioética*, 14 (1), 27-51.
- SAFYAN, ALEXANDER (2011). A CALL FOR INTERNATIONAL REGULATION OF THE THRIVING “INDUSTRY” OF DEATH TOURISM. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 33 (2), 287-319.
- SVENSON, ARTHUR (2017). PHYSICIAN-ASSISTED DYING AND THE LAW IN THE UNITED STATES: A PERSPECTIVE ON THREE PROSPECTIVE FUTURES. EN CHOLBI, M. J. (ED.). *Euthanasia and Assisted Suicide*. *Global Views on Choosing to End Life* Santa Bárbara: Praeger, 3-28.
- TURILLAZZI, EMANUELA, MAIESE, A., FRATI, P. *et al.* (2021). *Physician–Patient Relationship, Assisted Suicide and the Italian Constitutional Court*. *Bioethical Inquiry*, 18, 671-681. <https://doi.org/10.1007/s11673-021-10136-w>
- VERHOFSTADT, MONICA, THIENPONT, LIEVE, Y PETERS, GEJALT-JORN (2017). WHEN UNBEARABLE SUFFERING INCITES PSYCHIATRIC PATIENTS TO REQUEST EUTHANASIA: QUALITATIVE STUDY. *The British Journal of Psychiatry: The Journal of Mental Science*, 2, 238-245. <https://doi.org/10.1192/bjp.bp.117.199331>
- WIESING, URBAN (2021). THE JUDGMENT OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT REGARDING ASSISTED SUICIDE: A TEMPLATE FOR PLURALISTIC STATES? *J Med Ethics*, 0, 1–5.

LEGISLACIÓN CITADA

Australia (Victoria)

Voluntary Assisted Dying Act 2017. No. 61 of 2017.

Medical Treatment Act 1988

Austria:

Sterbeverfügungsgesetz, BGB I 242/2021. (Ley sobre el consentimiento informado para la muerte)

Bélgica:

Loi relative à l'euthanasie, 28 Mai 2022 (Ley sobre la Eutanasia)

Canadá:

Bill C-14, 2016

Bill C-7, 2021

Criminal Code

Colombia:

Ley 23 de 1981

Resolución 1216/2015

Resolución 825/2018

Resolución 971/2021

España:

Ley Orgánica 3/2021

Ley 41/2002

Italia:

Legge 219/2017 (Ley 2019/2017)

Codice Penale (Código Penal)

Luxemburgo:

Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide (Ley sobre la eutanasia y el suicidio asistido)

Loi du 16 mars 2009 relative aux soins palliatifs, à la directive anticipée et à l'accompagnement en fin de vie et modifiant (Ley sobre los cuidados paliativos, la directiva anticipada y el acompañamiento en el fin de la vida).

Montana (EE.UU.)

The Oregon Death with Dignity Act, 1994.

Nueva Zelanda:

Code of Health and Disability Services Consumers' Rights (1996).

End of Life Choice Act 2019.

Países Bajos:

Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, 2002 (Ley sobre terminación de la vida a petición y suicidio asistido).

Wetboek van Strafrecht (Código Penal).

Burgerlijk Wetboek Boek (Código Civil).

Suiza:

Strafgesetzbuch (Código Penal)

Zivilgesetzbuch (Código Civil)

Bundesverfassung (Constitución Federal)

JURISPRUDENCIA CITADA

ALEMANIA:

BVERFG, URTEIL DES ZWEITEN SENATS VOM 26. FEBRUAR 2020 - 2 BVR 2347/ 15, 2 BVR 2527/16, 2 BVR 2354/16, 2 BVR 1593/16, 2 BVR 1261/16, 2 BVR 651/16 - RN. (1 - 343)

BGH, BESCHLUSS VOM 8. FEBRUAR 2017 XII ZB 604/15

AUSTRIA

G 139/2019-71 11. DEZEMBER 2020.

CANADÁ:

RODRÍGUEZ V. BRITISH COLUMBIA (AG), [1993] 3 SCR 519

CARTER V. CANADA (AG), 2015 SCC 5

COLOMBIA:

SENTENCIA C-239/1997

SENTENCIA T-544 DE 2018

SENTENCIA C-233/2021

SENTENCIA C-164/2022

ESTADOS UNIDOS:

CRUZAN V. DIRECTOR, MISSOURI DEPARTMENT OF HEALTH, 497 U.S. 261 (1990)

IN RE QUINLAN (70 N.J. 10, 355 A.2D 647 (NJ 1976))

WASHINGTON V. GLUCKSBERG, 521 U.S. 702 (1997)

VACCO V. QUILL, 521 U.S. 793 (1997)

BAXTER V. MONTANA, 224 P.3D 1211 (MONT. 2009)

BAXTER V. MONTANA ADV-07 781, 18 2008

MORRIS V. BRANDENBURG, CASE NO. D-202-CV 2012-2909, 12–13 (2014).

MORRIS V. BRANDENBURG, CASE NO. S-1-SC-35478, 2 (2016)

ITALIA:

SENTENZA 242/2019

SUIZA:

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

PRETTY V. UNITED KINGDOM - 2346/02, 44 §2, TEDH 2002

HASS V. SWITZERLAND - 31322/07, 44 §2, TEDH 2011

GROSS V. SWITZERLAND - 67810/10, 44 §2, TEDH 2013

* Profesor de derecho constitucional de la Universidad de San Buenaventura Medellín, master en derecho constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España). Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy de la Universidad de Génova (Italia). Candidato a doctor en filosofía de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: esteban.buriticaa@gmail.com.

** Profesor titular de la Universidad de San Buenaventura Medellín. Doctor en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca, master en derecho médica y bioética de la Universidad de Granada.

¹ Por ejemplo, existen proyectos actualmente en Portugal, Chile, Irlanda, México, Argentina, entre otros.

² En orden cronológico: Oregón (1994), Montana (2008), Washington (2008), Vermont (2013), California (2016), Colorado (2016), Distrito de Columbia (2016), Hawaii (2018), Maine (2019), Nueva Jersey (2019) y Nuevo México (2021). La Corte Suprema de Estados Unidos ha señalado que el derecho a la muerte asistida no está consagrado en la Constitución, pero cada estado o el gobierno federal pueden reconocerlo (Vacco v. Quill). Véase Arthur Svenson (2017).

³ En orden cronológico, Victoria (2019), Australia Occidental (2019), Tasmania (2021), Australia Meridional (2021), Queensland (2021) y Nueva Gales del Sur (2022). Como la regulación de la eutanasia no está explícitamente prevista en la sección 51 de la Constitución australiana, el Parlamento Federal no está facultado para regularla.

⁴ Véase Sarah Mroz *et al.* (2021, p. 3541), Herman Nys (2017); Ovalle Gómez (2019); Martha Cancino Merentes (2022, p. 17).

⁵ Véase Sarah Mroz *et al.* (2021, p. 3541) y Herman Nys (2017). Una clasificación que contempla factores distintos, como la voluntad del paciente y la finalidad, es desarrollada por Juan Alejandro Martínez (2018, p. 112).

⁶ Por ejemplo, en Canadá es el argumento central en el caso Rodríguez v. British Columbia (AG), [1993] 3 SCR 519. También en Estados Unidos es el argumento central en los casos Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997) y Vacco v. Quill, 521 U.S. 793 (1997).

⁷ La mayoría de doctrinantes en Suiza consideran que tanto la eutanasia pasiva como la eutanasia activa indirecta son legales. Véase Guillod y Schmidt (2005, p. 26).

⁸ Véase Samia Hurst y Alex Mauron (2017, p. 4.) y Guillod y Schmidt (2005).

⁹ El artículo 2o. de la ley alude solo a la eutanasia activa. Aunque las razones para omitir el suicidio asistido fueron diversas y han sido rechazados varios proyectos de ley para incluirlo, la Comisión de Control y Evaluación sobre la Eutanasia ha considerado que el suicidio asistido “cae dentro del alcance de la ley, tal como está redactada actualmente, según la cual el médico tiene el control del proceso de morir hasta el final, independientemente de los medios” (FCECE, Primer Reporte, 2004, p. 24 y Herman Nys, 2017, p. 10).

¹⁰ Sobre las dificultades para definir normativamente la terminabilidad de la enfermedad, véase Cancino-Merentes *et al.* (2022, p. 25).

¹¹ Como señalan Paola Delbon *et al.* (2019, p. 194). “en tales situaciones, la asistencia de terceros para acabar con la vida de una persona puede ser la única forma de que los pacientes escapen de ser mantenidos con vida artificialmente, lo que las personas no quieren y tienen derecho a rechazar”.

¹² Una exigencia similar existió en Colombia hasta 2021 para la eutanasia activa (sentencia C-239/1997 y resolución 1216/2015, artículo 2o.).

¹³ Como señala Herman Nys. (2017, p. 17) la falta de distinción legal entre enfermedad física y mental “ha llevado recientemente a la aceptación relativamente común de la eutanasia a pedido de pacientes psiquiátricos”.

¹⁴ Véase Monica Verhofstadt *et al.* (2017, p. 238).

¹⁵ El Tribunal Federal sostuvo que “un médico tiene derecho, en el contexto de las normas profesionales reconocidas, a prescribir pentobarbital sódico con fines suicidas, siempre que se cumplan las condiciones para hacerlo” (sentencia 2A.48/2006 / 2A.66/2006).

¹⁶ En el estado de Oregón, está expresamente prohibida la eutanasia a pacientes cuyos desórdenes psiquiátricos o psicológicos pueden causar un consentimiento viciado (§3.03). Prohibiciones similares existen en Victoria (part 2.9 (2)) y Nueva Zelanda (part 1, sección 5 (2)(a))

¹⁷ Por ejemplo, Jörg Fegert *et al.* (2021, s/p): “si siempre asumimos que los niños son automáticamente incluidos y considerados cuando se trata de derechos humanos universales [como el derecho al suicidio asistido], somos víctimas de falacias y podemos cometer errores de gran alcance”.

- ¹⁸ Por ejemplo, Wiesing (2021, p. 2) considera que, conforme a la sentencia de la Corte, “el permiso se aplica en todas las fases y situaciones de la vida, siempre que una persona tenga la edad y la capacidad de dar su consentimiento”.
- ¹⁹ Así lo consideran Emanuela Turillazzi *et al.* (2021, p. 676) a partir del análisis de la sentencia de la Corte Constitucional italiana: “Un requisito previo es la capacidad y plena autonomía de decisión del paciente. Esto excluye la posibilidad de que la solicitud de suicidio asistido pueda provenir de un menor (menor de dieciocho años) o de un paciente incompetente a través de un sustituto o un fideicomisario”.
- ²⁰ Se trata de las resoluciones 1216 de 2015, 825 de 2018 y 971 de 2021 del Ministerio de Salud.
- ²¹ Sin embargo, como señala Guilloud y Schidt (2005, p. 29), en Suiza, “la discusión [que condujo a la despenalización] no contemplaba el suicidio asistido desde una perspectiva médica. Por el contrario, se inspiró en historias románticas sobre personas que se suicidan en defensa de su propio honor o el de su familia y sobre suicidios cometidos por amantes rechazados”.
- ²² Como señalan Samia Hurst y Alex Mauron (2017, p. 5), en Suiza “el marco normativo es una cuestión de costumbre informal más que de derecho positivo. Por ejemplo, existe un acuerdo implícito de que las autoridades o el personal médico no deben prevenir activamente el suicidio asistido, a menos que exista la presunción de una violación flagrante de las normas legales o reglamentarias, o de las normas informales establecidas por las asociaciones por el derecho a morir”.
- ²³ Un análisis de la sentencia del TEDH es realizada por Jorge Antonio Climent (2018, p. 135).
- ²⁴ Un análisis crítico sobre los fundamentos constitucionales de la muerte asistida en Colombia es desarrollado por Geraldine Gonzáles de la Vega (2018).
- ²⁵ En 1993 la Corte Suprema ya se había pronunciado sobre la constitucionalidad de la prohibición del asistido en Rodríguez v. British Columbia, declarando que el artículo 241.2 no violaba derechos fundamentales.
- ²⁶ En palabras de la Corte, “La protección otorgada por los derechos fundamentales también comprende la libertad de buscar y, si se ofrece, hacer uso de la asistencia brindada por terceros para este fin [el suicidio]” (BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020).
- ²⁷ Al respecto, véase Wiesing (2021, p. 2).
- ²⁸ Según la Corte, “la Constitución de los Estados Unidos otorgaría a una persona competente el derecho constitucionalmente protegido de rechazar la hidratación y nutrición vitales” (Cruzan v. Director, Missouri Department of Health). A nivel estatal, la Corte Suprema de Nueva Jersey, en el caso *In re Quinlan* (70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (NJ 1976)).
- ²⁹ *Washington v. Glucksburg*, 521 U.S. 702 (1997).
- ³⁰ *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997): “cuando un paciente rechaza un tratamiento médico de soporte vital, muere a causa de una enfermedad o patología mortal subyacente; pero si un paciente ingiere un medicamento letal prescrito por un médico, ese medicamento lo mata”
- ³¹ En palabras de la Corte, “los derechos constitucionales de Montana a la privacidad individual y la dignidad humana, en conjunto, abarcan el derecho de un paciente terminal competente a morir con dignidad” (*Baxter v. Montana* ADV-07 781, 18 2008).
- ³² En palabras de la Corte, la penalización del suicidio asistido viola el “derecho fundamental a elegir la ayuda para morir de conformidad con la garantía de la Constitución de Nuevo México para proteger la vida, la libertad y la búsqueda y obtención de la felicidad” (*Morris v. Brandenburg*, Case No. D-202-CV 2012-2909, 12–13, 2014).
- ³³ *Morris v. Brandenburg*, Case No. S-1-SC-35478, 2 (2016).



DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18089](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18089)

Recibido el 24 de agosto de 2022

Aprobado el 23 de enero de 2023

ANIMALI, SENZIENZA E SPECISMO NELLA DISCIPLINA GIURIDICA SOVRANAZIONALE EUROPEA

ANIMALS, SENTIENCE AND SPECIESISM IN THE EUROPEAN SUPRANATIONAL LEGAL FRAMEWORK

Paolo DONADONI*

ORCID: [0000-0002-4140-8833](https://orcid.org/0000-0002-4140-8833)

Ripreso:

L'analisi delle fonti sovranazionali europee, Unione europea e Consiglio d'Europa, mostra che il concetto di animale viene articolato su una pluralità di categorie giuridiche che richiedono di necessità di ricorrere al plurale: non esiste "l'animale", come categoria unitaria e compatta, bensì "gli animali", ognuno con sue specifiche caratteristiche, destinatari di volta in volta, di peculiari discipline e tutele. Nel corso del tempo si ravvisa l'emergere della consapevolezza, mutuata dall'incremento delle conoscenze scientifiche, della capacità di alcuni animali di provare piacere, dolore, paura, angoscia, etcétera, caratteristiche che ne fanno "esseri senzienti" e richiedono una crescita di attenzione e di tutela. Il quadro complessivo, tuttavia, risulta ancora talora ambiguo e comunque in progressiva evoluzione. L'Unione

Abstract:

The analysis of European supranational sources, the European Union and the Council of Europe, shows that the concept of animal is articulated on a plurality of legal categories that require the need to use the plural: there is no "animal", as unitary and compact category, but rather "animals", each with its own specific characteristics, recipients from time to time, of particular disciplines and protections. Over time we can see the emergence of awareness, borrowed from the increase in scientific knowledge, of the ability of some animals to feel pleasure, pain, fear, anguish, etcetera characteristics that make them "sentient beings" and require a growth of attention and protection. The overall picture, however, is still sometimes ambiguous and in any case in progressive evolution. The European Union has planned to prepare a new and

europea ha previsto di predisporre una nuova e coordinata disciplina della materia entro la fine del 2023.

coordinated discipline on the subject by the end of 2023.

Parole chiave:

Animali, diritto, Unione europea, Consiglio d'Europa, esseri senzienti, benessere animale.

Keywords:

Animals, law, the European Union, the Council of Europe, sentient beings, animal welfare.

SOMMARIO: I. Premessa. II. L'Europa. III. Considerazioni finali. IV. Bibliografia.

I. PREMESSA

Il concetto di animale è oggetto di una costante messa in discussione e rielaborazione nel continente europeo, sull'impulso del movimentismo animalista e delle teorie che fondano la rilevanza della "questione animale" in ambito filosofico e giuridico, in particolare aprendo ad ipotesi di ampliamento della soggettività oltre l'*humanum*. Ciò ha portato a differenze radicali nell'impronta dei singoli ordinamenti, come mostrano gli studi comparativistici¹ (la riforma più recente riguarda l'Italia che, mediante la L. cost. 1/2022, ha modificato i *Principi fondamentali* della Carta costituzionale introducendo all'articolo 9 una «riserva di legge» per la disciplina di regolamentazione e tutela degli animali),² ma anche – *prima facie* – ad un percorso di progressivo affinamento della disciplina da parte degli organi sovranazionali.³

In questo quadro generale, con il presente scritto si vuole tracciare il profilo della vigente disciplina europea, con riferimento all'Unione Europea e al Consiglio d'Europa, e far emergere alcune considerazioni di analisi del processo in corso.⁴

II. L'EUROPA

In Europa, a livello sovranazionale, previo un cenno alla *Dichiarazione universale dei diritti degli animali* della Lega Internazionale dei Diritti dell'Animale proclamata a Parigi presso la sede Unesco nel 1978⁵ (nel preambolo afferma che «ogni animale ha dei diritti» e all'articolo 14 precisa che «devono essere difesi dalla legge come i diritti dell'uomo»; mentre all'articolo 6 lett. A definisce l'animale «compagno» del suo padrone umano e ne sancisce il «diritto ad una durata della vita conforme alla sua naturale longevità»), sotto profilo del diritto positivo comunitario distinguiamo – nella gerarchia delle fonti – tra fonti pattizie (*infra* II.1.), di diritto derivato primario (*infra* II.2.) e secondario (*infra* II.3.).

1. Unione europea: Trattati

Nel diritto dell'Unione europea, i Trattati istitutivi costituiscono fonti primarie cui il diritto derivato adottato dalle Istituzioni deve necessariamente conformarsi e dare attuazione. Già il Protocollo sulla protezione e il benessere degli animali,⁶ allegato al Trattato di Amsterdam del 2

ottobre 1997,⁷ ratificato in Italia con L. 209/1998,⁸ poi abrogato e recuperato nell'articolo 6-ter del TFUE, parlava già di animali come sensibili e senzienti e invitava a tenere conto del loro benessere.

Successivamente⁹ il Trattato di Funzionamento dell'Unione europea-T.F.U.E.,¹⁰ come modificato dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007¹¹ (ratificato in Italia con L. 130/2008),¹² menziona gli animali in due disposizioni normative: l'articolo 13 recita che «l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti»¹³ (da notare che siamo nella Parte I, «Principi», Titolo II, «Disposizioni di applicazione generale» il che —secondo autorevole dottrina— «assegna al *benessere animale* la connotazione di principio guida»),¹⁴ e l'articolo 36 riporta invece divieti e restrizioni giustificati da, all'interno di una elencazione più ampia, motivi di «tutela della salute pubblica e della vita delle persone e degli animali».¹⁵

2. Unione europea: Regolamenti e Direttive

Quanto invece alle fonti di diritto derivato dell'Unione europea (fonti secondarie, subordinate ai Trattati), possiamo rilevare i regolamenti (atti giuridici vincolanti, direttamente applicabili negli Stati membri) e le direttive (atti giuridici che stabiliscono obiettivi che gli Stati membri debbono raggiungere ma che necessitano —di regola, salvo poche e tassative eccezioni— di previ atti di recepimento da parte degli Stati membri). Per il tema che qui importa, elenchiamo i seguenti documenti:

- il Regolamento CE n. 1/2005,¹⁶ nel preambolo, al considerando 5 prevede di «creare condizioni più rigorose per evitare dolore e sofferenza, al fine di salvaguardare il benessere e la salute degli animali durante e dopo il trasporto» e, al considerando 13, da atto che «lo scarico e il successivo carico degli animali potrebbe costituire un motivo di stress per questi ultimi»;

La concreta applicazione di questo regolamento, tuttavia, è risultata molto problematica.¹⁷

- Il Regolamento CE n. 1523/2007,¹⁸ nel preambolo, al considerando 1 recita «nella percezione dei cittadini dell'Unione Europea, cani e gatti sono considerati animali da compagnia, per cui non è accettabile usare le loro pellicce e i prodotti che le contengono», sicché all'articolo 3 stabilisce che «sono vietate la commercializzazione, l'importazione nella comunità e l'esportazione fuori della comunità di pellicce di cane e di gatto e di prodotti che le contengono».
- Il Regolamento CE n. 1099/2009¹⁹, nel preambolo, al considerando 2 riconosce che «l'abbattimento degli animali può provocare dolore, ansia, paura o sofferenze di altro tipo agli animali anche nelle migliori condizioni tecniche» e all'articolo 3 c. 1 prescrive che «durante l'abbattimento e le operazioni correlate sono risparmiati agli animali dolori, ansia o sofferenze evitabili» e, a tal fine, prevede —nel prosieguo del medesimo articolo— che gli animali «a) ricevano conforto fisico e protezione, in particolare tenendoli puliti e in

condizioni termiche adeguate ed evitando loro cadute o scivolamenti; b) siano protetti da ferite; c) siano trattati e custoditi tenendo conto del loro comportamento normale; d) non mostrino segni di dolore o paura evitabili o comportamenti anomali; e) non soffrano per la mancanza prolungata di cibo o acqua; f) non siano costretti all'interazione evitabile con altri animali che potrebbe avere effetti dannosi per il loro benessere».

- Il Regolamento CE n. 1223/2009²⁰ all'articolo 18 (rubricato: «sperimentazione animale») sancisce i seguenti divieti: «a) l'immissione sul mercato dei prodotti cosmetici la cui formulazione finale sia stata oggetto, allo scopo di conformarsi alle disposizioni del presente regolamento, di una sperimentazione animale con un metodo diverso da un metodo alternativo dopo che un tale metodo alternativo sia stato convalidato e adottato a livello comunitario, tenendo debitamente conto dello sviluppo della convalida in seno all'OCSE; b) l'immissione sul mercato dei prodotti cosmetici contenenti ingredienti o combinazioni di ingredienti che siano stati oggetto, allo scopo di conformarsi alle disposizioni del presente regolamento, di una sperimentazione animale con un metodo diverso da un metodo alternativo dopo che un tale metodo alternativo sia stato convalidato e adottato a livello comunitario, tenendo debitamente conto dello sviluppo della convalida in seno all'OCSE; c) la realizzazione, all'interno della Comunità, di sperimentazioni animali relative a prodotti cosmetici finiti, allo scopo di conformarsi alle disposizioni del presente regolamento; d) la realizzazione, all'interno della Comunità, di sperimentazioni animali relative a ingredienti o combinazioni di ingredienti allo scopo di conformarsi alle disposizioni del presente regolamento, dopo la data in cui dette sperimentazioni vanno sostituite da uno o più metodi alternativi convalidati».
- Quanto agli animali da compagnia, sono in vigore il Regolamento CE n. 576/2013,²¹ che stabilisce la disciplina per i movimenti degli animali da compagnia a scopi di polizia sanitaria per la tutela della salute pubblica e animale, e il Regolamento CE n. 577/2013.²²
- Nel Regolamento CE n. 625/2017,²³ Il pericolo, che nel precedente Regolamento CE n. 178/2002, veniva riferito esclusivamente alla salute umana, viene invece definito come «qualsiasi agente o condizione avente potenziali effetti nocivi sulla salute umana, animale o vegetale, sul benessere degli animali o sull'ambiente». Un cambiamento radicale.²⁴ D'altronde nel Considerando 1 il Regolamento premette che «il trattato sul funzionamento dell'Unione europea (T.F.U.E.) stabilisce che nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle attività dell'Unione sia garantito un elevato livello di protezione della salute umana e animale nonché dell'ambiente», e nel Considerando 7 afferma che «l'articolo 13 T.F.U.E. riconosce che gli animali sono esseri senzienti. La legislazione dell'Unione in materia di benessere degli animali impone a proprietari e detentori di animali e alle autorità competenti di rispettare gli obblighi in materia di benessere degli animali al fine di garantire loro un trattamento umano e di evitare di cagionare loro dolore e sofferenze inutili. Tali norme sono basate su prove scientifiche e possono migliorare la qualità e la sicurezza degli alimenti di origine animale».

- La Direttiva 98/58/CE del 20 luglio 1998,²⁵ prevede che «gli Stati membri provvedono affinché i proprietari o i custodi [n.d.r. degli allevamenti] adottino le misure adeguate per garantire il benessere dei propri animali e per far sì che a detti animali non vengano provocati dolori, sofferenze o lesioni inutili» (articolo 3), nell'Allegato si prevede che «gli animali malati o feriti devono ricevere immediatamente un trattamento appropriato» (n. 4), «la libertà di movimento propria dell'animale, in funzione della sua specie e secondo l'esperienza acquisita e le conoscenze scientifiche, non deve essere limitata in modo tale da causargli inutili sofferenze o lesioni. Allorché è continuamente o regolarmente legato, incatenato o trattenuto, l'animale deve poter disporre di uno spazio adeguato alle sue esigenze fisiologiche ed etologiche, secondo l'esperienza acquisita e le conoscenze scientifiche» (n. 7), «la circolazione dell'aria, la quantità di polvere, la temperatura, l'umidità relativa dell'aria e le concentrazioni di gas devono essere mantenute entro limiti non dannosi per gli animali» (n. 10), «gli animali custoditi nei fabbricati non devono essere tenuti costantemente al buio o esposti ad illuminazione artificiale senza un adeguato periodo di riposo. Se la luce naturale disponibile è insufficiente a soddisfare le esigenze comportamentali e fisiologiche degli animali, occorre provvedere ad una adeguata illuminazione artificiale» (n. 11), «nessun animale deve essere custodito in un allevamento se non sia ragionevole attendersi, in base al suo genotipo o fenotipo, che ciò possa avvenire senza effetti negativi sulla sua salute o sul suo benessere» (n. 21). Queste e altre misure mirano a garantire una qualità della vivibilità dell'ambiente per gli animali.
- La Direttiva 2010/63/UE del 22 settembre 2010²⁶ sembra essere l'unica al mondo che si pone come obiettivo finale la piena sostituzione dell'uso degli animali a fini scientifici.²⁷ Nelle premesse si rileva che «sono disponibili nuove conoscenze scientifiche per quanto riguarda i fattori che influenzano il benessere degli animali e la capacità degli animali di percepire ed esprimere dolore, sofferenza, angoscia e danni duraturi. È pertanto necessario migliorare il benessere degli animali utilizzati nelle procedure scientifiche innalzando le norme minime per la loro protezione in linea con i più recenti sviluppi scientifici» (n. 6), «la presente direttiva dovrebbe riguardare anche le forme fetali di mammiferi, in quanto vi sono prove scientifiche che dimostrano che tali forme nell'ultimo terzo del periodo del loro sviluppo sono a maggior rischio di provare dolore, sofferenza e angoscia, che possono anche influire negativamente sul loro successivo sviluppo. Le prove scientifiche dimostrano inoltre che le procedure eseguite su forme embrionali e fetali in una fase iniziale dello sviluppo potrebbero provocare dolore, sofferenza, angoscia o danni duraturi» (n. 9), «gli animali hanno un valore intrinseco che deve essere rispettato. Vi sono anche le preoccupazioni etiche del pubblico in generale per quanto riguarda l'uso degli animali nelle procedure. Pertanto, gli animali dovrebbero sempre essere trattati come creature senzienti e il loro uso nelle procedure dovrebbe essere limitato alle aree che possono in ultima analisi giovare alla salute umana o animale o all'ambiente. L'uso di animali a fini scientifici o educativi dovrebbe pertanto essere preso in considerazione solo qualora non sia disponibile un'alternativa non animale» (n. 12), «l'uso di metodi inappropriati per uccidere un animale può causare dolore, angoscia e sofferenza significativi all'animale» (n. 15), «per migliorare la trasparenza, facilitare

l'autorizzazione del progetto e fornire strumenti per monitorare la conformità, è opportuno introdurre una classificazione di gravità delle procedure sulla base dei livelli stimati di dolore, sofferenza, angoscia e danno duraturo inflitto agli animali» (n. 22), «da un punto di vista etico, ci dovrebbe essere un limite massimo di dolore, sofferenza e angoscia al di sopra del quale gli animali non dovrebbero essere sottoposti nelle procedure scientifiche. A tal fine, dovrebbe essere vietata l'esecuzione di procedure che provocano forti dolori, sofferenze o angoscia, che possono essere di lunga durata e non possono essere migliorate» (n. 23), «per garantire il monitoraggio continuo delle esigenze in materia di benessere degli animali, dovrebbero essere disponibili in ogni momento cure veterinarie adeguate e un membro del personale dovrebbe essere responsabile della cura e del benessere degli animali in ogni stabilimento» (n. 26), «nella detenzione, nell'allevamento e nell'uso degli animali si dovrebbe attribuire la massima priorità a considerazioni relative al benessere degli animali» (articolo 31).

Segue il testo vero e proprio della Direttiva la quale sancisce che «gli Stati membri provvedono affinché, ove possibile, al posto di una procedura sia utilizzato un metodo o una strategia di sperimentazione scientificamente soddisfacente che non comporti l'uso di animali vivi [...] Gli Stati membri assicurano il perfezionamento dell'allevamento, dell'alloggio e delle cure, nonché dei metodi utilizzati nelle procedure, eliminando o riducendo al minimo ogni possibile dolore, sofferenza, angoscia o danno duraturo agli animali» (articolo 3), «Gli Stati membri provvedono affinché gli animali siano abbattuti con il minimo dolore, sofferenza e angoscia» (articolo 6 c. 1), «Gli Stati membri provvedono affinché, a meno che ciò non sia inappropriato, le procedure siano eseguite in anestesia generale o locale e che sia utilizzata l'analgesia o un altro metodo appropriato per garantire che il dolore, la sofferenza e l'angoscia siano ridotti al minimo. Le procedure che comportano lesioni gravi che possono causare forti dolori non devono essere eseguite senza anestesia» (articolo 14 c. 1).

Quanto all'applicazione delle direttive in tema di tutela degli animali merita una menzione la decisione della Corte di Giustizia UE 21.5.1996, C-5/94,²⁸ che ha sancito – con riferimento ad una fattispecie di trasporto di ovini vivi dalla Gran Bretagna alla Spagna – l'impossibilità di un controllo reciproco tra Stati sulla corretta applicazione delle direttive di armonizzazione in quanto «deve regnare fra gli Stati membri una fiducia reciproca per quanto concerne i controlli effettuati sul rispettivo territorio». Il che, ovviamente, determina una riduzione delle concrete possibilità di tutela degli animali. L'articolo 36 del Trattato T.F.U.E. non può «giustificare una limitazione delle esportazioni di merci in un altro Stato membro». In via interpretativa, pertanto, la logica del mercato e della circolazione delle merci prevale sul controllo per la tutela degli animali.

3. Unione europea: Risoluzioni

Rileva, infine, nel diritto derivato dell'Unione europea, la parte relativa a decisioni, raccomandazioni, pareri, risoluzioni, etcétera.²⁹ A questo riguardo citiamo – in via esemplificativa – la Risoluzione³⁰ del 3 maggio 2018³¹ del Parlamento Europeo che, «Considerando che l'Unione si è impegnata a promuovere il benessere degli animali, proteggendo nel contempo la salute umana e l'ambiente» (considerando D), «considerando che, secondo l'indagine Eurobarometro n.

442 del marzo 2016,³² l'89% dei cittadini dell'Unione concorda nel ritenere che l'UE dovrebbe fare di più per promuovere una maggiore consapevolezza dell'importanza del benessere degli animali a livello internazionale, e il 90% dei cittadini dell'Unione concorda nel ritenere che è importante fissare norme elevate di benessere degli animali che siano riconosciute in tutto il mondo» (considerando J), «considerando che l'Unione dovrebbe impegnarsi maggiormente per integrare la promozione di elevati standard di benessere animale nell'ambito delle sue relazioni esterne» (considerando P), conclude così: «sollecita l'introduzione a livello mondiale, sulla base del modello del regolamento sui cosmetici, di un divieto sulla sperimentazione animale nel settore dei cosmetici e di un divieto sul commercio internazionale di ingredienti e prodotti cosmetici sperimentati sugli animali, che entrino in vigore prima del 2023».³³

4. Consiglio d'Europa: Convenzioni

A questo punto differenziamo tra Unione Europea e Consiglio d'Europa. Quest'ultimo, infatti, non fa parte dell'Unione Europea, ma è un'organizzazione internazionale autonoma (nata nel 1949, attualmente composta da 46 membri, con sede a Strasburgo). Anche se gli Stati membri dell'Unione europea sono tutti membri del Consiglio d'Europa, le due organizzazioni sono totalmente distinte: l'Unione Europea, infatti, ha i propri Consiglio Europeo³⁴ e Consiglio dei ministri dell'Unione Europea,³⁵ distinti tra di loro ed estranei al Consiglio d'Europa.

Il Consiglio d'Europa³⁶ è un'organizzazione internazionale che promuove Convenzioni a cui gli Stati membri possono o meno aderire,³⁷ e rappresenta un riferimento sovranazionale oramai consolidato. Come vedremo nelle considerazioni conclusive, mediante un raffronto su circostanze specifiche, la sua disciplina presenta peraltro molti punti di contatto o di affinità con quella dell'Unione Europea. Verifichiamo ora i documenti più significativi rispetto al nostro tema.

- Nella *Convenzione europea sulla protezione degli animali nel trasporto internazionale* del 13 dicembre 1968³⁸ (Trattato n. 65, ratificato in Italia con L. 222/1973)³⁹ in premessa il Consiglio afferma di essere animato «dal desiderio di evitare, per quanto possibile, qualsiasi sofferenza agli animali trasportati». La Convenzione richiede agli Stati di adottare «le necessarie misure affinché agli animali sia evitata o anche ridotta al minimo qualsiasi sofferenza» (articolo 1 c. 4), prevede che «prima di caricarli per un trasporto internazionale, gli animali devono essere ispezionati da un veterinario autorizzato del paese esportatore che riscontra la loro idoneità al trasporto» (articolo 3 c. 1), stabilisce che «gli animali che devono partorire nel periodo di trasporto o che hanno partorito meno di 48 ore prima dello stesso non devono essere considerati idonei al trasporto» (articolo 4), prevede che «il veterinario autorizzato del paese esportatore, del paese di transito o del paese importatore possono prescrivere un periodo di riposo, nel luogo che egli designa, durante cui agli animali saranno date le cure necessarie» (all'articolo 5), stabilisce che «gli animali devono disporre di uno spazio sufficiente e devono, salvo speciali indicazioni contrarie, potersi coricare» (articolo 6). Gli imballaggi per il trasporto degli animali devono «garantire la sicurezza degli animali» (articolo 6 c. 3), «durante il trasporto, gli animali devono essere abbeverati e ricevere un'alimentazione adeguata ad intervalli regolari» (articolo 6 c. 4), «gli animali non devono

essere sollevati per la testa, le corna o le zampe, durante le operazioni di carico o di scarico» (articolo 8), per i trasporti lunghi di uccelli e conigli domestici «vanno messe a disposizione degli animali una nutrizione adeguata e, ove occorra, dell'acqua, in quantità sufficienti» (articolo 39 c. 3).

- La *Convenzione europea sulla protezione degli animali negli allevamenti* del 10 marzo 1976⁴⁰ (Trattato n. 87, ratificato in Italia con L. 623/1985)⁴¹ si ispira a «principi di protezione degli animali» (articolo 2) a partire dal fatto che «ogni animale deve beneficiare di un alloggio, di un'alimentazione e delle cure che – tenuto conto della sua specie e del suo grado di sviluppo, d'adattamento e di addomesticamento – sono appropriate ai suoi bisogni fisiologici e etologici, conformemente all'esperienza acquisita e alle conoscenze scientifiche» (articolo 3), prevede «la libertà di movimento propria dell'animale, tenuto conto della sua specie e conformemente all'esperienza acquisita e alle conoscenze scientifiche, non deve essere intralciata in modo da causargli sofferenze o danni inutili» (articolo 4 c. 1), che «l'illuminazione, la temperatura, il grado di umidità, la circolazione dell'aria, l'aerazione dell'alloggio dell'animale e le altre condizioni ambiente come la concentrazione dei gas o l'intensità del rumore devono –tenuto conto della sua specie, del suo grado di sviluppo, d'adattamento e di addomesticamento– essere appropriate ai suoi bisogni fisiologici e etologici, conformemente alle esperienze acquisite e alle conoscenze scientifiche» (articolo 5), che «nessun animale deve essere nutrito in modo da causargli sofferenze o danni inutili e la sua alimentazione non deve contenere sostanze che possano causargli sofferenze o danni inutili» (articolo 6), stabilisce che «la condizione e lo stato di salute dell'animale devono essere oggetto di un'ispezione approfondita ad intervalli sufficienti per evitargli sofferenze inutili, ossia almeno una volta il giorno nel caso di animali custoditi in sistemi moderni di allevamento intensivo. Gli impianti tecnici nei sistemi moderni di allevamento intensivo devono essere oggetto, almeno una volta al giorno, di un'ispezione approfondita e qualsiasi difetto constatato deve essere eliminato nei termini più brevi. Quando un difetto non può essere eliminato immediatamente, devono essere subito prese le misure temporanee necessarie per preservare il benessere degli animali» (articolo 7).
- La *Convenzione europea sulla protezione degli animali da macello* del 10 maggio 1979⁴² (Trattato n. 102,⁴³ ratificato in Italia con L. 623/1985),⁴⁴ nelle premesse recita: «tenuto conto dell'opportunità di assicurare la protezione degli animali destinati all'abbattimento», e «tenuto conto che i metodi di abbattimento che risparmiano nei limiti del possibile agli animali sofferenze e dolori devono avere un'applicazione uniforme nei rispettivi Paesi». Nell'articolato si legge che nell'attivazione dei mattatoi ci si deve muovere «al fine di evitare, nella massima misura possibile, di provocare eccitazioni, dolori o sofferenze agli animali» (articolo 2 c. 3) e che «ciascuna Parte contraente vigila per risparmiare agli animali abbattuti nei mattatoi o fuori di essi qualsiasi dolore o sofferenze evitabili» (articolo 2 c. 4). Infatti, «è proibito schiacciare, torcere, spezzare la coda degli animali o colpirli agli occhi. I colpi inferti senza criterio, in particolare i calci, sono proibiti» (articolo 5 c. 2); «le condizioni e lo stato di

salute degli animali devono costituire l'oggetto di un'ispezione da eseguirsi almeno due volte al giorno, mattina e sera» (articolo 9 c. 1).

- La *Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia* del 13 novembre 1987⁴⁵ (Trattato n. 125, ratificato in Italia con L. 201/2010),⁴⁶ nel Preambolo recita: «Riconoscendo che l'uomo ha l'obbligo morale di rispettare tutte le creature viventi e in considerazione dei particolari vincoli esistenti tra l'uomo e gli animali da compagnia; Considerando l'importanza degli animali da compagnia a causa del contributo che essi forniscono alla qualità della vita e dunque il loro valore per la società [...] Considerando che una norma fondamentale comune di comportamento e di prassi che porti ad una condotta responsabile da parte dei proprietari degli animali da compagnia sia un obiettivo non solo auspicabile ma anche realistico» e «nessuno causerà inutilmente dolori, sofferenze o angosce ad un animale da compagnia. Nessuno deve abbandonare un animale da compagnia» (articolo 3), «Ogni persona che tenga un animale da compagnia o che abbia accettato di occuparsene sarà responsabile della sua salute e del suo benessere. Ogni persona che tenga un animale da compagnia o se ne occupi, deve provvedere alla sua collocazione e fornirgli cure e attenzione, tenendo conto dei suoi bisogni etologici secondo la sua specie e la sua razza ed in particolare: a) rifornirlo in quantità sufficiente di cibo e di acqua di sua convenienza; b) procurargli adeguate possibilità di esercizio; c) prendere tutti i ragionevoli provvedimenti per impedire che fugga» (articolo 4), quanto all'addestramento «nessun animale da compagnia deve essere addestrato con metodi che possono danneggiare la sua salute ed il suo benessere, in particolare costringendo l'animale ad oltrepassare le sue capacità o la sua forza naturale, o utilizzando mezzi artificiali che causano ferite o dolori, sofferenze ed angosce inutili» (articolo 7), «gli interventi chirurgici destinati a modificare l'aspetto di un animale da compagnia, o finalizzati ad altri scopi non curativi debbono essere vietati, in particolare: a) il taglio della coda; b) il taglio delle orecchie; c) la recisione delle corde vocali; d) l'esportazione delle unghie e dei denti» (articolo 10), prevede infine che «solo un veterinario o altra persona competente deve procedere all'uccisione di un animale da compagnia, tranne che in casi di urgenza per porre fine alle sofferenze di un animale e qualora non si possa ottenere rapidamente l'assistenza di un veterinario o di altra persona competente, o in ogni altro caso di emergenza configurato dalla legislazione nazionale. Ogni uccisione deve essere effettuata con il minimo di sofferenze fisiche e morali in considerazione delle circostanze. Il metodo prescelto, tranne che in casi di urgenza, deve: a) sia indurre una perdita di coscienza immediata e successivamente la morte; b) sia iniziare con la somministrazione di un'anestesia generale profonda seguita da un procedimento che arrechi la morte in maniera certa. La persona responsabile dell'uccisione deve accertarsi della morte dell'animale prima di eliminarne la spoglia».⁴⁷

III. CONSIDERAZIONI FINALI

Vediamo quali elementi possiamo porre in luce, in via di prima e sommaria riflessione, per un'analisi della disciplina riportata.

Anzitutto, una considerazione preliminare. Con riferimento all'Unione Europea, vero è che «la Comunità nasceva come ente posto a tutela del mercato, sicché è inevitabile che quelli che sono stati storicamente soggetti passivi delle attività economiche, quali gli animali, entrino nella considerazione del diritto europeo quasi esclusivamente per la loro valenza economica negli scambi». ⁴⁸ Ad es., il benessere animale —a livello comunitario— non era, in principio (e in parte è così ancora oggi, in un quadro generale di ambivalenza, come approfondiremo nel seguito), un fine in sé, centrato a vantaggio dell'animale medesimo, ma risultava strumentale a obiettivi umani. ⁴⁹ Ma nel panorama globale, l'Europa si è comunque fatta progressivamente portatrice di uno spirito di maggiore sensibilità e tutela verso gli animali, compresa la valorizzazione del loro benessere (al punto che oggi, secondo alcuni autori, la prospettiva è mutata). ⁵⁰

Anzi, proprio il vocabolo «benessere», affiancandosi ai temi tradizionali della salvaguardia delle specie e della protezione della salute, individua un ambito di tutela che si è recentemente consolidato. Seppure a livello giuridico internazionale risulti ancora dotato di «fonti [...] frammentarie e sparute», ⁵¹ in ambito europeo —invece— il quadro si presenta più definito e tutelante. ⁵² Non possiamo non rilevare, tuttavia, come la prospettiva che orienta il benessere animale sia di matrice antropocentrica. ⁵³

A riguardo di questo tema possiamo svolgere due considerazioni sui profili di novità che presenta oggi il concetto di benessere a livello sovranazionale.

Alla luce della Decisione 25.11.2013 dell'Organizzazione Mondiale del Commercio ⁵⁴ e della sostanziale conferma dell'Organo di appello con la Decisione del 22.5.2014, ⁵⁵ «ora è acclarato che la protezione del benessere animale per ragioni morali può costituire un motivo legittimo di restrizione del commercio internazionale» ⁵⁶: è stato infatti confermato che l'adozione del Regolamento CE 1007/2009, ⁵⁷ contestata da Canada e Norvegia, doveva ritenersi giustificata sulla base della protezione della moralità pubblica (poiché —come recita il considerando 1— le foche «sono esseri senzienti che possono provare dolore, angoscia, paura e altre forme di sofferenza»).

Possiamo inoltre ritenere, alla luce di alcune decisioni della Corte di Giustizia U.E. (in particolare, cfr. 28.10.2021, C-357/20) ⁵⁸ che il parametro della tutela del benessere animale rappresenti oramai un «canone decisorio di portata generale», ⁵⁹ non legato al singolo esemplare ma alla conservazione degli equilibri di specie nell'utilizzo delle risorse naturali.

In secondo luogo, i brani citati estrapolati dal contesto possono apparire di una incisività eccessiva rispetto alla loro reale portata se contestualizzati nel tenore complessivo dei testi normativi in cui sono incorniciati da precisazioni e deroghe che ne mitigano l'impatto. Anzi, che talvolta stravolgono completamente quello che può essere il significato apparente degli estratti, esplicitando come l'obiettivo non sia (o non sia soltanto) il benessere animale in sé, per l'appunto, ma come piuttosto detto benessere risulti asservito ai traguardi del mercato e della sicurezza alimentare umana (ossia risulti obiettivo secondario funzionale ad altri obiettivi primari). ⁶⁰

Ciò a partire dall'articolo 13 del T.F.U.E. che abbiamo citato nell'estratto significativo «l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere

degli animali in quanto esseri senzienti», ma che, se completiamo la citazione, prosegue dicendo: «rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale». Par chiaro l'esito riduttivo sulla tutela per il benessere animale.

Ma l'esempio magistrale si rinviene nell'estratto del Regolamento n. 1099/2009 del Consiglio dell'Unione Europea quando al considerando 2 rileva che «l'abbattimento degli animali può provocare dolore, ansia, paura o sofferenze di altro tipo agli animali» e, al successivo considerando 4, nell'affermare che «il benessere animale è un valore condiviso nella comunità», specifica tuttavia che «la protezione degli animali durante la macellazione o l'abbattimento è una questione di interesse pubblico che incide sull'atteggiamento del consumatore nei confronti dei prodotti agricoli. Una migliore protezione degli animali durante la macellazione contribuisce inoltre a migliorare la qualità della carne e indirettamente produce un impatto positivo sulla sicurezza del lavoro nei macelli». Ovviamente, dalla lettura d'insieme, risulta totalmente travisata la prospettiva che, deduttivamente, potremmo leggere isolando ed estrapolando il considerando 2 o la sola prima parte del considerando 4. Solo la visione d'insieme, la lettura integrale, ci restituisce il dato reale.

Un precedente del medesimo tenore lo ritroviamo anche presso il Consiglio d'Europa. Nella *Convenzione europea sulla protezione degli animali da macello* del 10 maggio 1979, infatti, si legge «tenuto conto che i metodi di abbattimento che risparmiano nei limiti del possibile agli animali sofferenze e dolori devono avere un'applicazione uniforme nei rispettivi Paesi», ma il paragrafo successivo recita: «tenuto conto che la paura, la tensione, i dolori e le sofferenze di un animale al momento dell'abbattimento rischiano di influenzare la qualità della carne».

Quindi, sotto questo profilo, Unione Europea e Consiglio d'Europa paiono muoversi allineati negli obiettivi.

Si può altresì notare come di frequente i sostantivi espressivi di una condizione negativa cagionata agli animali (es. «dolore», «sofferenza», «lesioni») risultino aggettivati in modo da limitare la portata dei divieti di tutela.

In via esemplificativa presso l'Unione Europea: dolori, sofferenze e lesioni non devono essere «inutili» (Direttiva 98/58/CE del 20 luglio 1998 –quindi sono ammissibili se utili?); dolori, ansia e sofferenze non devono essere «evitabili» (Regolamento CE n. 1099/2009 –quindi sono ammissibili se inevitabili?); il danno indotto nell'allevamento degli animali per sperimentazione scientifica non deve essere «duraturo» (Direttiva 2010/63/UE del 22 settembre 2010– quindi è ammissibile il danno temporaneo?) e parimenti si possono provocare «lesioni gravi» purché la procedura sia praticata in «anestesia».

Anche presso il Consiglio d'Europa valgono le medesime considerazioni. Negli allevamenti sofferenze e danni non devono essere «inutili» (*Convenzione europea sulla protezione degli animali negli allevamenti* del 10 marzo 1976, Trattato n. 87 –quindi sono ammissibili se utili?); i metodi di abbattimento degli animali da macello devono risparmiare sofferenze e dolori «nei

limiti del possibile» e non devono essere imposti dolori o sofferenze «evitabili» (*Convenzione europea sulla protezione degli animali da macello* del 10 maggio 1979, Trattato n. 102 –quindi sono ammissibili se inevitabili?); l’addestramento degli animali da compagnia non deve cagionare ferite, dolori, sofferenze, angosce «inutili» (*Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia* del 13 novembre 1987, Trattato n. 125– quindi sono ammissibili se utili?).

Anche questo orientamento linguistico (che, ovviamente, risponde ad una precisa intenzionalità) provoca una riduzione della portata di tutela delle disposizioni e trova consonanza nei documenti di Unione Europea e Consiglio d’Europa.

Compare di frequente, inoltre, come motore che aziona l’intervento di disciplina comunitaria, la «preoccupazione pubblica»,⁶¹ ossia il riscontro della sensibilità dei cittadini che fa da puntiglio per l’Unione Europea. Quindi, ci si pone in un’ottica sociologica: se un tema è importante per le persone, se emerge che viene avvertito come prioritario dalla rilevazione dei dati socio-culturali, allora va affrontato. Per non lasciare spazi di *deregulation* e per pacificare le apprensioni dei cittadini.

A tal riguardo occorre tenere conto che di frequente l’opinione pubblica viene «fortemente condizionata da ragioni di natura emotiva»,⁶² più che dai reali dati scientifici sulle conoscenze che abbiamo con riguardo alle singole specie animali.

Pare tuttavia che la preoccupazione dell’Unione Europea non sia sovrapponibile a quella dei cittadini. Mentre questi ultimi ispirano le loro aspettative –potremmo dire– alla dignità degli animali,⁶³ per impedire, ad es., l’inflizione di una sofferenza a esseri viventi in grado di provarla, l’Unione Europea pare maggiormente propensa a sedare tale preoccupazione ma per perseguire altri obiettivi: quelli del mercato alimentare. Sicurezza e benessere degli animali e della loro qualità di vita, sono di frequente finalizzati al buon funzionamento del mercato.

Infine, è usuale che il dettato preveda una clausola di chiusura in cui si afferma che gli Stati possono applicare disposizioni più severe, ponendo pertanto la disciplina comunitaria come base, ossia limite minimo di tutela.⁶⁴ Come se l’Europa si ponesse quale minimo comune denominatore e lasciasse ai singoli Stati il ruolo di avanguardia, di apripista. L’Unione Europea e il Consiglio d’Europa vogliono essere un punto di equilibrio. O, forse, vuole anche spronare i singoli Stati, affinché siano direttamente loro a farsi portatori di uno sviluppo di queste sensibilità diffuse.

Aggiungo una considerazione ulteriore, che mi pare centrale. Emerge l’insostenibilità di un concetto unitario di “animale”, quale categoria generale e astratta rispetto ad una realtà concreta fatta di differenze empiriche. Le disposizioni normative sovranazionali, se mai ve ne fosse stato bisogno, smascherano la pluralità del vivente. Non esiste l’animale, vocabolo unitario e onnicomprensivo, ma tante diverse specie animali con proprie caratteristiche ed esigenze di tutela. Quando si parla di «animale» si intende sempre una specifica categoria di animali, non “l’animale” in sé. Gli esempi possibili sono moltissimi.⁶⁵

Ma, a ben vedere, non è la specie in sé a fare la differenza,⁶⁶ in base alle reali caratteristiche dell'animale, ma piuttosto la categoria giuridica in cui detta specie risulta inserita.⁶⁷ E questa classificazione può tenere conto anche della “percezione” della cittadinanza, quindi non di un dato scientifico biologico ma di un formante culturale e sociologico (es. leggasi al considerando 1 del Regolamento CE n. 1523/2007 ove si afferma che «nella percezione dei cittadini dell'Unione europea, cani e gatti sono considerati animali da compagnia, per cui non è accettabile...»).

Gli animali, infatti, vengono tutelati come specie proprio in base alla disciplina normativa — per categorie giuridiche (quindi convenzionali)— che li differenzia gli uni dagli altri. Ad es., con riferimento alla normativa italiana (ma vale parimenti per la disciplina sovranazionale a cui gli ordinamenti dei singoli stati si ispirano e si conformano): cani e gatti quali «animali d'affezione»,⁶⁸ galline ovaiole — *Gallus gallus*,⁶⁹ e suini⁷⁰ quali «animali d'allevamento»; lupo — *Canis lupus*, e orso— *Ursus arctos*, quali «animali selvatici».⁷¹

Al punto che l'Unione Europea ha previsto protezioni particolari per alcune specie animali (cfr., ad es., il Regolamento CE n. 1007/2009 per le foche, poi riformato dal Regolamento CE n. 1775/2015).⁷²

Nella normativa sovranazionale si trovano quindi tracce di «specismo infranimale».⁷³ Ciò accade, ad es., in tema di sperimentazione animale con la differenziazione prevista per i primati (Direttiva n. 2010/63/UE⁷⁴ che, al considerando 17, stabilisce che il loro utilizzo possa venire giustificato solo ed esclusivamente per scopi di conservazione della specie o per ricerca biomedica su malattie umani invalidanti o mortali). Anche la scissione tra specie animali oggetto di caccia e specie escluse, quindi oggetto di protezione (cfr., ad es., Direttiva 79/409/CE⁷⁵ del Consiglio UE e Direttiva 92/43/CE⁷⁶ del Consiglio UE, i due pilastri della disciplina comunitaria in materia), determina il medesimo risultato: alcune specie godono di un livello di protezione superiore, altre non vedono salvaguardato neppure il loro diritto fondamentale alla vita.

Vi è poi la possibilità, prevista dalla stessa Unione Europea, di un trattamento differente delle medesime specie animali a seconda dello stato membro in cui ci si trova ad operare. Accade così, ad es., per la macellazione rituale poiché la regola generale è la deroga all'obbligo di stordimento, ma una sentenza della Corte di Giustizia UE⁷⁷ ha sancito il diritto, nel rispetto del principio di sussidiarietà, di adottare norme nazionali (nel caso di specie lo aveva fatto la regione delle Fiandre in Belgio) che prevedano una protezione maggiore per gli animali, ad es. con l'obbligo di stordimento dell'animale anche in caso di macellazione rituale.⁷⁸

Si rileva, inoltre, come alcuni animali possano essere inquadrati in più categorie (ad es. i conigli),⁷⁹ determinando una difficoltà di coordinamento tra disciplina giuridica e realtà empirica.

Ancora: emerge la rilevanza assunta nel corso del tempo dalla senzienza, come criterio di discriminazione per la tutela giuridica. Se il dato scientifico conferma la capacità di una specie animale di provare —ad es.— percezioni / sensazioni, piacere o dolore, questo non può che incidere sulle valutazioni relative a forme di protezione e garanzia. Un concetto, tuttavia, quello di senzienza che ha vissuto, nel tempo — un iter di variazione molto significativo.⁸⁰

Interessante riscontrare il permanere —nei documenti sovranazionali ufficiali vigenti— della locuzione «animale da compagnia», diversamente da quanto sta accadendo in alcuni Stati europei in cui essa è stata sostituita da «animale d'affezione» (ad es. presso la normativa e la giurisprudenza italiane dell'ultimo decennio), atteso che compagnia e affezione non sono concetti intercambiabili poiché presentano un campo semantico affine ma non sovrapponibile.

A livello definitorio, poi, il Consiglio d'Europa per animale da compagnia «intende ogni animale tenuto, o destinato ad essere tenuto dall'uomo, in particolare presso il suo alloggio domestico, per suo diletto e compagnia» (*Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia* del 13 novembre 1987, Trattato n. 125).

L'Unione Europea, invece, ne propone una definizione più restrittiva e —nella comparazione tra i diversi documenti— non completamente omogenea. Animale da compagnia è «un animale di una specie elencata nell'allegato I»⁸¹ (Regolamento CE n. 576/2013, e parimenti il Regolamento 577/2013) e, successivamente, «delle specie elencate nell'allegato I, tenuto a fini privati non commerciali»⁸² (Regolamento CE n. 429/2016). I due elenchi, di cui ai relativi allegati, sono simili ma non identici. Nel Regolamento CE n. 1523/2007 si considerano invece quali animali da compagnia «cani e gatti».

L'estensione definitoria del concetto di «animale da compagnia» pare pertanto ancora necessitante di trovare una soluzione unanimemente condivisa.

Le precedenti considerazioni, tuttavia, non escludono che si possa percepire —in ambito sovranazionale europeo— una progressione nel tempo di attenzioni, cure e tutele verso gli animali. Il percorso che si legge tra le righe procede in questa direzione.

E, soprattutto, risulta pacifica la consapevolezza che gli animali —secondo il dato testuale del diritto sovranazionale europeo, con espressioni più volte ripetute nei vari documenti normativi (che qui riprendiamo e concentriamo in un impasto finale riassuntivo)— sono «esseri senzienti» dotati di «valore intrinseco che deve essere rispettato», possono infatti provare «stress», «dolore», «ansia», «paura», «angoscia» e «sofferenze fisiche e morali», e occorre averne «cura» per salvaguardare la loro «sicurezza», la loro «salute» e il loro «benessere» (addirittura si riconosce la senienza ai mammiferi in fase embrionale e fetale). A tal riguardo —riprendendo in sintesi il lessico dei documenti analizzati— vengono previste specifiche tutele, come vivere ed essere trasportati in condizioni appropriate ai loro «bisogni fisiologici ed etologici», in base al loro «genotipo o fenotipo», «tenuto conto della [...] specie, del [...] grado di sviluppo, d'adattamento e di addomesticamento» in base «all'esperienza acquisita e alle conoscenze scientifiche», quindi poter «disporre di uno spazio sufficiente», «potersi coricare», beneficiare di un «adeguato periodo di riposo», avere a disposizione una «nutrizione adeguata», «libertà di movimento». Vengono protetti nelle loro caratteristiche somatiche, proibendo —in via esemplificativa— di «schiacciare, torcere, spezzare la coda», inoltre è fatto divieto del «taglio delle orecchie», della «recisione delle corde vocali», della rimozione «delle unghie e dei denti». Occorre, infine, considerare i «particolari vincoli esistenti tra l'uomo e gli animali da compagnia», per la cui

soppressione —ad es.— è previsto di indurre nell'animale la «perdita di coscienza» e di somministrargli una «anestesia generale».

Peraltro il dibattito filosofico-giuridico, e parimenti gli sviluppi socio-culturali, paiono talmente avanzati da richiedere una revisione complessiva della normativa sovranazionale europea, di talché molti auspici muovono in questa direzione. Al punto che la Commissione dell'Unione Europea ha posto in agenda l'obiettivo di redigere una nuova disciplina coordinata in tema di animali entro la fine del 2023. Nel centro del mirino sono posti, in particolare, alcuni obiettivi, tra cui: la possibilità di un ampliamento delle specie tutelate, includendo animali oggi non ricompresi nel perimetro normativo (ad es. mucche, tacchini, conigli, oche, anatre...); la possibilità di porre divieto all'uso di gabbie negli allevamenti europei,⁸³ la possibilità di abolire pratiche di stordimento che inducono sofferenza negli animali (es. la stordimento dei polli con bagnamento elettrificato); la possibilità di imporre criteri di maggiore trasparenza per l'etichettatura degli animali.⁸⁴

L'analisi d'insieme formulata in questo scritto, pertanto, questo quadro riepilogativo, potrebbe presto diventare un museo d'ombre, con scopi rammemorativi: non punto d'arrivo ma di partenza.

IV. BIBLIOGRAFIA:

- ALBISINNI, Ferdinando (2021). *Esseri senzienti, animali ed umani: nuovi paradigmi e nuovi protagonisti. Tre sentenze in cammino*, in “Rivista di diritto alimentare”, n. 3, 9-25.
- ALBISINNI, Ferdinando (2018). *Il regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa e globalizzazione*, in “Rivista di diritto alimentare”, n. 1, 11-36.
- CAFFO, Leonardo (2016). *Il maiale non fa la rivoluzione*, Casale Monferrato, Sonda.
- CELENTANO, Francesco Emanuele (2021). *Benessere animale, scienza e diritto nella prospettiva internazionale ed europea*, in “Rivista di diritto alimentare”, n. 3, 79-88.
- FRANCAVILLA, Domenico (2012), *Comparare il diritto degli animali*, in CASTIGNONE, S., LOMBARDI VALLAURI, L. (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano Giuffrè, vol. V—*La questione animale*, 823-868.
- GARATTI, Francesca (2014), *La questione animale e le funzioni della responsabilità civile*, in “Contratto e impresa”, n. 2, 735-806.
- GAVINELLI, Andrea (2012), *Il benessere animale: una scelta europea*, in CASTIGNONE, S., LOMBARDI VALLAURI, L. (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano Giuffrè, vol. V, *La questione animale*, 817-822.
- LOTTINI, Micaela (2017). *La tutela degli animali d'affezione tra diritto italiano ed europeo*, in “Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente”, n. 1, 104-120.
- MASSA, Fabio (2012). *D.U.D.A. e diritto internazionale degli animali*, in Bassoli, E. (a cura di), *Animali da compagnia: tutele —diritti— responsabilità*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 35-47.
- MERLI, Paola (2020), *Si dice che, quando abbaia, non è un affetto risarcibile*, in “Danno e responsabilità”, n. 5, 666-672.

- MUCCI, Federica (2022). *La tutela degli animali tra diritto europeo, internazionale e costituzionale*, in “rivista.eurojus.it”, n. 1, 258-273.
- PARINI, Giorgia Anna (2012), *Morte dell'animale d'affezione e tutela risarcitoria: è ancora uno scontro tra diritto e sentimento?*, in “Nuova giurisprudenza civile commentata”, p. II, 603-615.
- PASQUI, Ilaria (2012). *Maltrattamenti su animali*, in BASSOLI, E. (a cura di), *Animali da compagnia: tutele –diritti– responsabilità*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, p. 139-176.
- PISANÒ, Attilio (2012). *Diritti deumanizzati*, Milano, Giuffrè.
- PITTALIS, Margherita (2022), *Diritto degli esseri animali. Lezioni e commenti*, Roma, Cacucci.
- SALA, Marianna. (2014). *Gli animali domestici nel condominio dopo la riforma*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli.
- SPOTO, Giuseppe. (2018). *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, in “Cultura e diritti”, n. 1/2, 61-78.
- TALLACCHINI, Mariachiara. (2021). *Il sentire animale tra scienze, valori e policies europee*, in “Rivista di diritto alimentare”, n. 3, 26-32.
- TRAISCI, Francesco Paolo. (2021). *Specismo ed antispecismo nella tutela degli animali. Gli animali sono o non sono tutti uguali dinanzi alla legge?*, in “Rivista di diritto alimentare”, n. 3, 44-50.
- TRAISCI, Francesco Paolo e FONTANAROSA, F. (2020). *“I diritti degli animali: da oggetti di consumo agroalimentare a soggetti giuridici con diritti propri”*, Atti del XXV Colloquio dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, Parma 23-25 maggio 2019, Roma, 2020, p. 853 e ss., e su <http://romatrepress.uniroma3.it/libro/cibo-e-diritto-una-prospettiva-comparata-volume-2/>.
- VISTOSI, Andrea (2012). *La tutela degli animali nell'ordinamento europeo*, in Bassoli, E. (a cura di), *Animali da compagnia: tutele –diritti– responsabilità*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 49-73.

* Dottore di ricerca in Bioetica, Università degli Studi di Genova. Avvocato presso la Corte d'Appello di Genova. Recapito: Piazza Mazzini n. 46, 16038 Santa Margherita Ligure (Genova-Italia), e mail: donadoni@comunessml.it. Ringrazio Andrea Fusaro, Ilaria Queirolo e Stefano Dominelli dell'Università di Genova per la lettura di una prima versione di questo scritto e per i loro preziosi suggerimenti.

¹ Cfr., ad es., Margherita Pittalis, 2022, pp. 17-20; Francesca Garatti, 2014, pp. 748-752; Attilio Pisanò, 2012, pp. 80-83; Domenico Francavilla, 2012, pp. 823-868.

² L. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente, in “Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”, Roma, 22 febbraio 2022, n. 44.

³ Per una prima lettura sul tema, cfr.: Micaela Lottini, 2017, pp. 107-111; Fabio Massa, 2012), pp. 35-47; Francesco Paolo Traisci e Fontanarosa, 2020, pp. 861-863; Andrea Vistosi, 2012, pp. 49-73.

⁴ La traduzione italiana dei testi citati dell'Unione Europea è tratta, per lo più, dal sito <https://eur-lex.europa.eu>, fatte salve minime variazioni che ho talora apportato per raffinare l'esito linguistico, mentre quella dei testi citati del Consiglio d'Europa è tratta, per lo più, dalle pubblicazioni della Cancelleria Federale della Svizzera.

⁵ Reperibile in www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_205_2_file.pdf.

⁶ Per un commento, cfr. Fabio Massa, 2012, pp. 43-45.

⁷ Trattato di Amsterdam del 2.10.1997, entrato in vigore il 1.5.1999, in “Official Journal of the European Union”, 11.10.1997, C 340/01.

⁸ L. 16.6.1998 n. 209, Ratifica ed esecuzione del trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee ed alcuni atti connessi, con allegato e protocolli, fatto ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, in “Gazzetta Ufficiale della

- ⁹ Rileva la continuità tra i due Trattati, con rafforzamento della tutela, ad es., Giorgia Anna Parini, 2012, p. 606.
- ¹⁰ Trattato di Funzionamento dell’Unione Europea (modificato da ultimo dal Trattato di Lisbona in data 1.12.2009 in cui è entrato in vigore), la cui versione consolidata è stata pubblicata in “Official Journal of the European Union”, 26.10.2012, C 326/54 (e si può reperire all’indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:FULL:IT:PDF>).
- ¹¹ Trattato di Lisbona del 13.12.2007 (composto dal Trattato dell’Unione Europea – TUE, e dal Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea – TFUE), entrato in vigore il 1.12.2009, in “Official Journal of the European Union”, 17.12.2007, C 306/01.
- ¹² L. 2.8.2008 n. 130, *Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007*, in “Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”, Roma, 8.8.2008, n. 185, suppl. ord. n. 188.
- ¹³ In un commento all’articolo si legge: «tale qualificazione determina anche un impegno degli Stati membri sulla tutela degli animali e sulle relative politiche» (Fabio Massa, 2012, p. 45). Si legge in Trib. Novara, sent. n. 191/2020, in *Cassazione.net.*: «Questa norma reca un inequivocabile segnale di come il diritto positivo sia pervenuto ad elevare il legame tra uomo e animale d’affezione da una prospettiva tendenzialmente unilaterale, quale rapporto tra proprietario e *res*, ad una più complessa relazione biunivoca, dove il flusso di affetto e collaborazione è reciprocamente rilevante». La portata di questa disposizione normativa non va tuttavia esagerata. Cfr., ad es., Andrea Vistosi, 2012, p. 57: «la disposizione contenuta nell’articolo 13 costituisce molto più un vincolo programmatico allo sviluppo delle politiche europee che non un riconoscimento universale delle prerogative animali, come diversamente ha fatto la convenzione di Strasburgo del 1987». È stato anche notato che «l’articolo 13 TFUE considera indistintamente gli animali in quanto esseri senzienti ed impone ai propri organi, ma anche a quelli degli Stati membri, di tenere in adeguata considerazione il loro benessere» (Francesco Paolo Traisci, 2021, p. 48).
- ¹⁴ Così ad es. Ferdinando Albisinni, 2021, pp. 14. Ciò risulta confermato dalla decisione della Corte di Giustizia UE 17.3.2021, C-900/19, che nella motivazione richiama l’articolo 13 TFUE per interpretare la Direttiva 2009/147/CE, entrata in vigore in precedenza al TFUE, quindi riconoscendogli il ruolo di principio informatore dell’intera legislazione vigente.
- ¹⁵ Il dato testuale sembrerebbe esprimere – *prima facie* – una equiparazione tra i beni giuridici richiamati.
- ¹⁶ Regolamento CE n. 1/2005 del Consiglio dell’Unione Europea, del 22.12.2004, *sulla protezione degli animali durante il trasporto e le operazioni correlate che modifica le direttive 64/432/CEE e 93/119/CE e il regolamento (CE) n. 1255/97*, in “Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea”, 5.1.2005, L 3/11.
- ¹⁷ Nell’aprile 2021, il Committee of Inquiry on the Protection of Animals during Transport (Commissione d’inchiesta sulla protezione degli animali durante il trasporto – ANIT), ha denunciato la *mancata applicazione delle normative sulla protezione animale durante il trasporto* dichiarandola inaccettabile e chiedendo azioni concrete per la rettifica del problema, comprese procedure di infrazione nei confronti degli Stati membri che omettano l’applicazione delle norme UE in vigore.
- ¹⁸ Regolamento CE n. 1523/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’Unione Europea, dell’11.12.2007, *che vieta la commercializzazione, l’importazione nella Comunità e l’esportazione fuori della Comunità di pellicce di cane e di gatto e di prodotti che le contengono*, in “Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea”, 27.12.2007, L 343/1.
- ¹⁹ Regolamento CE n. 1099/2009 del Consiglio dell’Unione Europea, del 24.9.2009, *sulla protezione degli animali durante l’abbattimento*, in “Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea”, 18.11.2009, L 303/1.
- ²⁰ Regolamento CE n. 1223/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’Unione Europea, del 30.11.2009, *sui prodotti cosmetici*, in “Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea”, 22.12.2009, L 342/59.
- ²¹ Regolamento CE n. 576/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’Unione Europea, del 12.6.2013, *sui movimenti a carattere non commerciale di animali da compagnia*, in “Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea”, 28.6.2013, L 178/1.
- ²² Regolamento CE n. 577/2013 della Commissione, del 28.6.2013, *sul modello dei documenti di identificazione per la circolazione non commerciale di cani, gatti e furetti, sulla redazione di elenchi di territori e paesi terzi e sui requisiti di formato, layout e lingua delle dichiarazioni attestanti il rispetto di alcune condizioni previste dal regolamento (UE) n. 576/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio*, in “Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea”, 28.6.2013, L 178.
- ²³ Regolamento CE n. 625/2017 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’Unione Europea, del 15.3.2017, *relativo ai controlli ufficiali e alle altre attività ufficiali effettuati per garantire l’applicazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi, delle norme sulla salute e sul benessere degli animali, sulla sanità delle piante nonché sui prodotti fitosanitari*, in “Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea”, 7.4.2017, L95/1. Per una analisi del Regolamento cfr., ad es., Ferdinando Albisinni, 2018, p. 11.
- ²⁴ Leggasi ad es.: «i beni così tutelati, e fra questi il *benessere animale*, sono oggetto di dichiarata attenzione e tutela *per sé*, prescindendo dal riferimento al sentimento umano» (Ferdinando Albisinni, 2021, p. 16, corsivi sull’originale).
- ²⁵ Consiglio dell’Unione Europea, Direttiva 98/58/CE del 20.7.1998, *riguardante la protezione degli animali negli allevamenti*, in “Official Journal of the European Communities”, 8.8.1998, n. L221.
- ²⁶ Parlamento Europeo e Consiglio dell’Unione Europea, Direttiva 2010/63/UE del 22.9.2010, *sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici*, in “Official Journal of the European Communities”, 20.10.2010, L 276/33. Recepita in Italia con D.Lgs. 4.3.2014, n. 26, *Attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici*, in “Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”, Roma, 14.3.2014, n. 61, Serie Generale.

- ²⁷ Così si legge in https://ec.europa.eu/environment/chemicals/lab_animals/index_en.htm.
- ²⁸ Corte di Giustizia UE 21.5.1996, C-5/94, reperibile in <https://eur-lex.europa.eu>. Si legge nel dispositivo della sentenza: «Il diritto comunitario osta a che uno Stato membro invochi l'articolo 36 del Trattato CE per giustificare una limitazione delle esportazioni di merci in un altro Stato membro, basandosi sul solo motivo che, a parere del primo Stato, il secondo non rispetta le prescrizioni di una direttiva comunitaria di armonizzazione che persegue l'obiettivo che il ricorso all'articolo 36 tenderebbe a tutelare, ma che non prevede procedure di controllo dell'applicazione di tali prescrizioni né sanzioni in caso di violazione delle stesse».
- ²⁹ Per una lettura sul tema, cfr. Micaela Lottini, 2017, pp. 107-111; Francesco Paolo Traisci e F. Fontanarosa, 2020, in particolare pp. 861-863.
- ³⁰ Allo strumento della Risoluzione possiamo riconoscere il valore di “invito” del Parlamento Europeo rivolto a specifici destinatari affinché si attivi per raggiungere un certo risultato ritenuto importante.
- ³¹ Parlamento Europeo, Risoluzione del 3.5.2018 *su un divieto globale per porre fine alla sperimentazione animale nel settore dei cosmetici* (2017/2922 – RSP), in “Official Journal of the European Union”, 6.2.2020, C 41/45.
- ³² Il Parlamento Europeo si è mosso sulla scorta del pensiero dei cittadini: Nel Report n. 442 di Eurobarometro del marzo 2016 si legge: «Una maggioranza relativa degli intervistati dell'UE ritiene che il benessere degli animali si riferisca al “dovere di rispettare tutti gli animali” (46%) e, in secondo luogo, a “riguardare il modo in cui vengono trattati gli animali d'allevamento, fornendo loro una migliore qualità di vita” (40%). Più di nove intervistati su dieci dell'UE ritengono importante proteggere il benessere degli animali d'allevamento (94%). Gli intervistati dell'UE ritengono ampiamente che ci dovrebbe essere una legge dell'UE che imponga a chiunque utilizzi animali a fini commerciali di prendersi cura di loro (89%). Inoltre, la maggioranza relativa degli europei ritiene che la legge debba essere decisa congiuntamente tra l'UE e il livello nazionale (49%) e non una decisione presa dalla sola UE (19%). Più della metà di tutti gli europei è disposta a pagare di più per prodotti provenienti da sistemi di produzione rispettosi del benessere degli animali (59%). Più di un terzo degli intervistati (35%) è disposto a pagare fino al 5% in più, mentre solo una piccola minoranza (3%) è disposta a pagare più del 20%. Tuttavia, più di un terzo dei cittadini dell'UE (35%) non è disposto a pagare di più. La maggioranza assoluta (52%) degli europei cerca le etichette di identificazione favorevoli al benessere degli animali quando acquista i prodotti. Nel complesso, gli intervistati dell'UE attualmente non ritengono che ci sia una scelta sufficiente di prodotti alimentari rispettosi del benessere degli animali nei negozi e nei supermercati (47%). Ciò rappresenta un aumento di 9 punti percentuali rispetto all'indagine speciale Eurobarometro del 2006. Gli intervistati dell'UE attualmente non ritengono che ci sia una scelta sufficiente di prodotti alimentari rispettosi del benessere degli animali nei negozi e nei supermercati (47%). Ciò rappresenta un aumento di 9 punti percentuali rispetto all'indagine speciale Eurobarometro del 2006. Gli intervistati dell'UE attualmente non ritengono che ci sia una scelta sufficiente di prodotti alimentari rispettosi del benessere degli animali nei negozi e nei supermercati (47%). Ciò rappresenta un aumento di 9 punti percentuali rispetto all'indagine speciale Eurobarometro del 2006» (in <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2096>).
- ³³ Nel corpo della Risoluzione si legge anche che il Parlamento Europeo: «3. Ritiene che lo storico divieto dell'UE sulla sperimentazione animale nel settore dei prodotti cosmetici abbia inviato un forte segnale a livello mondiale sul valore che l'UE conferisce alla protezione degli animali e abbia dimostrato con successo che l'eliminazione progressiva della sperimentazione animale nel settore dei prodotti cosmetici è possibile; 4. Ricorda che è stata fatta una scelta politica in Europa per applicare il divieto a prescindere dalla totale disponibilità di metodi alternativi alla sperimentazione animale; ritiene che tale esempio dimostri che l'assenza di alternative alla sperimentazione animale per alcuni parametri non costituisca un'argomentazione contro l'imposizione di un divieto globale sulla sperimentazione animale nel settore dei prodotti cosmetici; 5. Ribadisce che la sperimentazione animale non può più essere giustificata per quanto concerne i cosmetici e chiede alle autorità pubbliche europee e nazionali di sostenere l'opposizione del pubblico rispetto a tali test nel settore dei cosmetici e di appoggiare lo sviluppo di metodi di sperimentazione innovativi e umani».
- ³⁴ Il Consiglio Europeo, che è organo di indirizzo che stabilisce le priorità e traccia le linee generali dell'Unione Europea, è composto dai capi di stato e di governo degli Stati membri dell'Unione Europea (attualmente 28).
- ³⁵ Il Consiglio dell'Unione Europea, che è uno dei due rami legislativi dell'Unione Europea, è composto dai ministri di tutti gli Stati membri dell'unione Europea.
- ³⁶ Il Consiglio d'Europa «ha avuto un ruolo essenziale nella formazione di una regolamentazione vincolante, e per alcuni versi incisiva, in materia di benessere animale» (così Francesco Emanuele Celentano, 2021, p. 82).
- ³⁷ Le Convenzioni del Consiglio d'Europa vengono aperte alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa che possono ratificarle o accettarle. Ogni Convenzione entra in vigore 6 mesi dopo la data in cui è stato depositato il quarto strumento di ratificazione o di accettazione. Dopo l'entrata in vigore della Convenzione, può essere invitato anche qualsiasi Stato non membro del Consiglio d'Europa ad aderire alla Convenzione.
- ³⁸ Consiglio d'Europa, *Convenzione europea sulla protezione degli animali nel trasporto internazionale*, STE n. 065, del 13.12.1968, entrata in vigore il 20.02.1971.
- ³⁹ L. 12.4.1973 n. 222, *Ratifica ed esecuzione della convenzione europea sulla protezione degli animali nei trasporti internazionali, adottata a Parigi il 13 dicembre 1968*. in “Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”, Roma, 23.5.1973, n. 132.
- ⁴⁰ Consiglio d'Europa, *Convenzione europea sulla protezione degli animali negli allevamenti*, STE n. 087, del 10.3.1976, entrata in vigore il 10.9.1978.
- ⁴¹ L. 14.10.1985 n. 623, *Ratifica ed esecuzione delle convenzioni sulla protezione degli animali negli allevamenti e sulla protezione degli animali da macello, adottate a Strasburgo rispettivamente il 10 marzo 1976 e il 10 maggio 1979*, in “Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”, Roma, 12.11.1985, n. 266.
- ⁴² Consiglio d'Europa, *Convenzione europea sulla protezione degli animali da macello*, STE n. 102, del 10.5.1979, entrata in vigore il 11.6.1982.

- ⁴³ Il Trattato muove da «una visione pragmaticamente attuale» che lo rende, «sia pur risalente, un indispensabile punto di riferimento per la regolamentazione di settore, oltre che un potenziale modello per possibili sviluppi normativi in senso universale» (Francesco Emanuele Celentano, 2021, p. 83).
- ⁴⁴ L. 14.10.1985 n. 623, *Ratifica ed esecuzione delle convenzioni sulla protezione degli animali negli allevamenti e sulla protezione degli animali da macello, adottate a Strasburgo rispettivamente il 10 marzo 1976 e il 10 maggio 1979*, in “Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”, Roma, 12.11.1985, n. 266.
- ⁴⁵ Consiglio d’Europa, *Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia* del STE n. 125, del 13.11.1987, entrata in vigore il 1.5.1992.
- ⁴⁶ L. 4.11.2010 n. 201, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, fatta a Strasburgo il 13 novembre 1987, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno*, in “Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”, Roma, 3.12.2010, n. 283. Stante quanto già disposto dalla L. 189/2004, la legge di ratifica è intervenuta soltanto sul trattamento sanzionatorio (così Ilaria Pasqui, 2012, p. 163).
- ⁴⁷ Cfr. Marianna Sala, 2014, p. 25.
- ⁴⁸ Andrea Vistosi, 2012, p. 73.
- ⁴⁹ Leggasi: «appare evidente che il fine ultimo del benessere animale, dalla prospettiva internazionale, sia quello di favorire una produzione di alimenti più sani, garantendo controlli il più possibile similari in termini di criteri durante tutte le fasi della filiera produttiva» (Francesco Emanuele Celentano, 2021, p. 81, che però poi indica l’Europa come eccezione in cui si ravvisa la crescita di uno spirito di tutela).
- ⁵⁰ Leggasi, ad es.: «Alle sue origini la nozione di benessere [...] era giustificata dalle finalità economico-commerciali e di sicurezza sanitaria che rendono “inadeguato” per il mercato e per la ricerca un animale stressato e maltrattato. Questa giustificazione strumentale è stata però largamente superata» (Mariachiara Tallacchini, 2021, p. 27).
- ⁵¹ Così Federica Mucci, 2022, 261.
- ⁵² «Nell’Unione europea il ruolo degli animali e la loro protezione è visto come complementare per il raggiungimento di altri obiettivi di interesse sociale, come la sicurezza e la qualità dei prodotti alimentari, la salvaguardia e la protezione dell’ambiente e la sostenibilità» (Andrea Gavinelli, 2012, p. 817), il quale riconosce comunque «l’importante ruolo del legislatore europeo nel favorire le politiche di benessere degli animali e garantirne l’applicazione» (pp. 820 y 821). Meno ottimistica la posizione di Paola Merli che ritiene l’attenzione all’*animal welfar* da parte dell’Unione Europea mossa «più dal timore di distorsioni concorrenziali e dalla premura per la sicurezza alimentare, contro il pericolo di zoonosi, che non da un’autentica premura per il mondo animale» (Paola Merli, 2020, pp. 666-667).
- ⁵³ Materialmente impossibile dare una lettura dei documenti internazionali in chiave di tutela dei diritti degli animali, secondo —ad es—. Federica Mucci, dovendo necessariamente ricorrere ad un inquadramento antropocentrico che si rivolge alla protezione di interessi pubblicistici umani (cfr. Federica Mucci, 2022, in particolare pp. 267-269).
- ⁵⁴ World Trade Organization (OMC—Organizzazione Mondiale del Commercio), *European Communities—Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/R e WT/DS401/R, *Reports of the Panel*, 25.11.2013 (reperibile in https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/400_401r_e.pdf).
- ⁵⁵ World Trade Organization (OMC – Organizzazione Mondiale del Commercio), *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R e WT/DS401/AB/R, *Reports of the Appellate Body*, 22.5.2014 (reperibile in <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/400ABR.pdf&Open=True>).
- ⁵⁶ Federica Mucci, 2022, p. 265.
- ⁵⁷ Regolamento CE n. 1007/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16.9.2009, *sul commercio dei prodotti derivati dalla foca*, in “Official Journal of the European Union”, 31.10.2009, L 286/36.
- ⁵⁸ Reperibile all’indirizzo www.ambientediritto.it/giurisprudenza/corte-di-giustizia-ue-sez-2-28-ottobre-2021-sentenza-c%E2%80%9191357-20/, che ha sancito che la tutela «si estende anche ai siti di riproduzione che non sono più occupati, laddove esistano probabilità sufficientemente elevate che detta specie animale vi faccia ritorno».
- ⁵⁹ Così Ferdinando Albinetti, 2021, p. 22.
- ⁶⁰ Con riferimento al Consiglio d’Europa, ad es., cfr. Attilio Pisanò, 2012, p. 83: «la tutela degli interessi degli animali non è sempre l’unico fine perseguito».
- ⁶¹ Ad es., *ex multis*, Parlamento Europeo e Consiglio dell’Unione Europea, Direttiva 2010/63/UE del 22.9.2010 (al n. 26), *cit.*
- ⁶² Così Federica Mucci, 2022, p. 260, che menziona in via esemplificativa il caso della caccia ai mammiferi marini.
- ⁶³ Emblematici i dati che emergono dal Report n. 442 di Eurobarometro del marzo 2016 (citato per esteso nella nota 28) da cui risulta che più di nove intervistati su dieci dell’UE ritengono importante proteggere il benessere degli animali d’allevamento (94%) e comunque richiedono di assicurare loro rispetto e qualità della vita.
- ⁶⁴ Un esempio per l’Unione Europea: articolo 14 della Direttiva 79/409/CE (leggasi: «Gli Stati membri possono prendere misure di protezione più rigorose di quelle previste dalla presente direttiva»). Un esempio per il Consiglio d’Europa: articolo 2 comma 2 della *Convenzione europea*

sulla protezione degli animali da macello del 10 maggio 1979 – Trattato n. 102 (leggasi: «Nessuna disposizione della presente Convenzione potrà limitare la facoltà delle Parti contraenti di adottare misure più severe che mirino alla protezione degli animali»).

- ⁶⁵ Per una analisi ricostruttiva dettagliata, cfr. Francesco Paolo Traisci, 2021, in particolare alle pp. 44-50.
- ⁶⁶ Cfr. Giuseppe Spoto, 2018, p. 67: secondo cui il legislatore «sembrerebbe prevedere forme differenti di tutela a seconda delle categorie di animali, con differenziazioni perfino all'interno di una stessa specie tra le diverse razze, in relazione alla presunta maggiore pericolosità o comunque minore "vicinanza" all'uomo».
- ⁶⁷ Il che ci porta a distinguere tra «animali di serie A [...] e bestie di serie B» (così Leonardo Caffo, 2016, p. 19).
- ⁶⁸ L'articolo 2 della L. 14.08.1991 n. 281, *Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo*, in "Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana", Roma, 30.8.1991, n. 203, parla specificamente di cani e gatti.
- ⁶⁹ Cfr., ad es., articolo 1 lett. C del D.Lgs. 29.7.2003, n. 267, *Attuazione della direttiva 1999/74/CE e della direttiva 2002/4/CE, per la protezione delle galline ovaiole e la registrazione dei relativi stabilimenti di allevamento*, in "Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana", Roma, 20.9.2003, n. 219.
- ⁷⁰ Cfr., ad es., gli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 7.7.2011, n. 122, *Attuazione della direttiva 2008/120/CE che stabilisce le norme minime per la protezione dei suini*, in "Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana", Roma, 2.8.2011, n. 178.
- ⁷¹ Gli animali selvatici sono individuati dall'articolo 2 della L. 11.2.1992, n. 157, *Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio*, in "Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana", Roma, 25.2.1992, n. 46, Suppl. ord. n. 41.
- ⁷² Regolamento CE n. 1775/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6.10.2015 *che modifica il regolamento (CE) n. 1007/2009 sul commercio dei prodotti derivati dalla foca e che abroga il regolamento (UE) n. 737/2010 della Commissione*, in "Official Journal of the European Union", 7.10.2015, L 262/1.
- ⁷³ Espressione mutuata da cfr. Francesco Paolo Traisci, 2021, pp. 42-52.
- ⁷⁴ Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea, Direttiva 2010/63/UE del 22.9.2010, cit.
- ⁷⁵ Consiglio dell'Unione Europea, Direttiva 79/409/CE del 2.4.1979, *concernente la conservazione degli uccelli selvatici*, in "Official Journal of the European Communities", 25.4.1979, n. L103/1.
- ⁷⁶ Consiglio dell'Unione Europea, Direttiva 92/43/CE del 21.5.1992, *relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche*, in "Official Journal of the European Communities", 22.7.1992, n. L206.
- ⁷⁷ Corte di Giustizia UE, sentenza 17.12.2020, C-336/19, reperibile in <https://www.ambientedititto.it/giurisprudenza/corte-di-giustizia-ue-grande-sezione-17-dicembre-2020-sentenza-n-c%E2%80%991336-19/>.
- ⁷⁸ Per una analisi di questa decisione della Corte di Giustizia UE, cfr. ad es. Ferdinando Albisinni, 2021, in particolare pp. 17-19.
- ⁷⁹ Così Mariachiara Tallacchini, 2021, p. 29.
- ⁸⁰ Sul punto, cfr. ad es. Federica Mucci, 2022, p. 260: «l'opinione umana su quali individui siano senzienti è variata molto con il passare del tempo, per ricomprendere dapprima tutti gli esseri umani invece che solo una parte di essi, poi certi mammiferi tenuti per compagnia, quindi certi animali che sembravano simili agli umani, come le scimmie, poi i grandi mammiferi, poi tutti i mammiferi, poi tutti gli animali a sangue caldo, poi tutti i vertebrati e infine anche alcuni invertebrati».
- ⁸¹ Allegato I, parte A: Cani – *Canis lupus familiaris*, Gatti – *Felis silvestris catus*, Furetti – *Mustela putorius furo*; parte B: «Invertebrati [escluse le api e i bombi contemplati dall'articolo 8 della direttiva 92/65/CEE e i molluschi e i crostacei di cui, rispettivamente, all'articolo 3, paragrafo 1, lettera e), punto ii), e lettera e), punto iii), della direttiva 2006/88/CE]. Animali acquatici ornamentali quali definiti all'articolo 3, lettera k), della direttiva 2006/88/CE ed esclusi dall'ambito di applicazione di tale direttiva dal suo articolo 2, paragrafo 1, lettera a). Anfibi Rettili Uccelli: esemplari di specie avicole diverse da quelle di cui all'articolo 2 della direttiva 2009/158/CE. Mammiferi: roditori e conigli diversi da quelli destinati alla produzione alimentare e definiti «lagomorfi» nell'allegato I del regolamento (CE) n. 853/2004».
- ⁸² La parte A dell'Allegato I riprende quella di cui alla nota precedente, mentre la parte B recita: «Invertebrati (eccetto api, molluschi appartenenti al *Phylum Mollusca* e crostacei appartenenti al *Subphylum Crustacea*) Animali acquatici ornamentali Anfibi Rettili Volatili: esemplari di specie avicole diverse da polli, tacchini, faraone, oche, anatre, quaglie, piccioni, fagiani, pernici e ratiti (*Ratitae*). Mammiferi: roditori e conigli diversi da quelli destinati alla produzione alimentare.»
- ⁸³ A questo riguardo la campagna *End The Cage Age – Basta animali in gabbia*, cui hanno partecipato circa 170 ONG europee, ha raggiunto il risultato record di oltre 1 milione e 400 mila firme raccolte presso i cittadini europei.
- ⁸⁴ Questi obiettivi —per l'appunto— sono stati oggetto, nel corso degli anni, di specifiche campagne da parte delle organizzazioni della società civile impegnate per la protezione degli animali, quindi rispondono alla sensibilità maturata presso la cittadinanza europea.



DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18090](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18090)

Recibido el 10 de junio de 2022
Aprobado el 2 de enero de 2023

NO..., SÍ..., MÁS BIEN, DEPENDE. CLAROSCUROS DE LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EUROPEA EN CONTEXTO LABORAL

NO..., YES..., RATHER, IT DEPENDS. CHIAROSCUROS OF POSITIVE ACTIONS IN THE EUROPEAN COMMUNITY JURISPRUDENCE IN LABOR CONTEXT

Aída FIGUEROA BELLO*

ORCID: 0000-0002-2699-642X

Resumen:

En el contexto europeo, las acciones positivas han configurado estrategias claramente polémicas, no exentas de notables dificultades, y el plano jurisprudencial no ha resultado ser la excepción. El Tribunal de Justicia comunitario ha sentado sus posturas, en la mayoría de los casos, rechazándolas con una rotunda negativa (Kalanke), para después imprimir una cierta flexibilidad (Marschall y posteriores sentencias), pero resolviendo con marcada agudeza y rigor jurídico en cuanto a los elementos condicionantes para que, tales medidas de igualdad sustancial puedan ser legitimadas y aplicadas. De ahí que, justamente estos dos casos, hayan marcado el parteaguas para considerar un antes y un después en materia de acciones positivas en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres en el contexto comunitario europeo. Los fallos

Abstract:

In the European context, positive actions have established clearly controversial strategies and notable difficulties and its jurisprudence is no exception. The European Court of Justice has established its verdicts, in most cases, on a determined rejection (Kalanke), but has then established a certain flexibility (Marschall and subsequent judgments). The ECJ has ruled with a marked sharpness and legal rigor regarding its constituting elements so that measures of substantial equality can be legitimized and applied. It is precisely these two cases which have marked a turning point and determine a before and after regarding positive actions and gender equality in the European Union. The jurisprudential rulings of the ECJ, contemplate as the only foundation, the recognition of formal equality, with liberal features of justice, and characterize an

jurisprudenciales del Tribunal de Justicia comunitario contemplan como único fundamento, el reconocimiento de la igualdad formal, con rasgos liberales de justicia, y caracterizan una diversidad interpretativa llena de vaivenes interpretativos, siguiendo un patrón europeo. Cabe mencionar que todos los asuntos se inscriben en la dinámica laboral propiamente dicha, tal peculiaridad no resulta sorprendente, atendiendo al origen de este derecho y principio fundamental de igualdad de trato entre mujeres y hombres, definiendo así, el TJ sus líneas jurisprudenciales, siendo éste, el eje conductor de sus resoluciones.

interpretive diversity full of interpretive fluctuations, following a European pattern. It is important to notice that all the cases are part of a labor environment, which is not surprising, as this is the origin of the equality between men and women, and it was the ECJ, the driving force behind its most important resolutions.

Palabras clave:

Tribunal de Justicia, acción positiva, igualdad sustancial, jurisprudencia en materia de igualdad entre mujeres y hombres, Unión Europea.

Keywords:

European Court of Justice, positive action, substantial equality, jurisprudence on equality between women and men, European Union.

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Kalanke: el inicio de un sinuoso camino en materia de igualdad sustancial. Marschall: un tanto despejado pero condicionado*. III. *La sentencia Badeck: ¡La tercera es la vencida!: evidente consolidación de las medidas de acción positiva*. IV. *Abrahamsson y Lommers: medidas de acción positiva en el entorno universitario laboral*. V. *Sentencia Briheche: no todo lo que brilla es oro*. VI. *Roca Álvarez y Maïstrellis: corresponsabilidad es la clave*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El objetivo principal de este trabajo es el estudio de las sentencias más relevantes que, en materia de acciones positivas laborales, el órgano jurisdiccional de la Unión Europea ha emitido, el Tribunal de Justicia (TJCE, TJ o bien, TJUE) —también conocido como Tribunal de Luxemburgo, aludiendo a su sede en esa ciudad europea— atendiendo al carácter evolutivo del proceso de construcción europea, e intentado evidenciar los claroscuros que, tanto sus decisiones, como sus razonamientos, han resultado determinantes para declarar la legitimidad y, por tanto, su debida aplicación de tales medidas preferentes en el ámbito jurídico de la integración europea. Dicho sea de paso, aun en el contexto europeo, han resultado estrategias claramente polémicas, sin estar exentas de notables resistencias. Sentando posturas que, en un primer momento, son a todas luces rechazadas, con una rotunda negativa (*Kalanke*), para después imprimir una cierta flexibilidad (*Marschall* y posteriores sentencias), pero resolviendo con marcada agudeza y rigor jurídico, en cuanto a los elementos y criterios condicionantes, para que puedan ser contempladas y aprobadas. De ahí que justamente

estos dos casos hayan sido el parteaguas para considerar *un antes y un después* en materia de acciones positivas en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres en el contexto comunitario europeo. Cabe mencionar que todos los asuntos se inscriben en la dinámica laboral propiamente dicha: tal peculiaridad no resulta sorprendente, atendiendo al origen de este derecho y principio fundamental de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Para el logro de los objetivos señalados, en primer lugar hemos llevado a cabo la búsqueda y la respectiva selección de las sentencias aquí analizadas, en el recopilatorio jurisprudencial digitalizado de la Unión Europea *CURIA*, mismo que integra y compila su *Corpus iuris interpretatio* desde 1958 a nuestros días, marcándonos la pauta, la materia laboral, entorno que por excelencia ha tenido el protagonismo en el derecho fundamental en comento. En este mismo sentido, el presente trabajo cuenta con una metodología basada en un modelo analítico e interpretativo mediante el cual podremos identificar las posturas jurisprudenciales que dicho órgano jurisdiccional ha contemplado en sus pronunciamientos, cuáles han sido sus líneas interpretativas y argumentativas, qué criterios ha definido en cuanto a su legitimidad, su significado y alcance de las mismas, así como también los aspectos esenciales y característicos de cada uno de los asuntos planteados al Tribunal comunitario. Los casos que conforman las unidades de análisis de nuestro estudio son emblemáticos en la materia que nos ocupa, son las sentencias: *Kalanke*, *Marschall*, *Badeck*, *Abrahamsson*, *Lommers*, *Brichehe*, *Roca Álvarez* y *Maïstrellis*. Estas dos últimas sentencias en estricto sentido, más que acciones positivas, evidencian en gran medida, el doble filo de las medidas proteccionistas de la mujer, al reforzar los patrones socioculturales femeninos y masculinos. Decisiones todas que patentizan la complejidad que suponen este tipo de instrumentos de igualdad sustancial. No resulta sorprendente que los asuntos que analizaremos atienden, por un lado, al aspecto laboral, concretamente, al acceso del trabajo y a la promoción profesional, y por otra parte, a las condiciones de trabajo, particularmente respecto al permiso parental. Lo que una vez más revela el origen de la *cuestión social* de la igualdad entre mujeres y hombres. En tal sentido, baste recordar las emblemáticas sentencias *Defrenne I* (TJCE, 80/70), *Defrenne II* (TJCE, 43/75), y *Defrenne III* (TJCE, 149/77), con las cuales el Tribunal de Luxemburgo sentaría el origen y desarrollo de dicho derecho fundamental en la Europa comunitaria.

Si se parte de tales premisas resulta más que evidente que el derecho de igualdad y la prohibición de discriminación representa uno de los valores fundamentales de la Europa unida, en sus denominados *Tratados fundacionales* (derecho originario), así como también en la normativa de *derecho derivado*, conformada por las directivas comunitarias, jurisprudencia del TJUE, acuerdos, resoluciones, entre otros documentos jurídicos. Plasma en primera instancia el postulado de igualdad formal jurídica, para poco a poco ir transitando a una igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, esto es, una igualdad sustancial y material, y que para su logro, las acciones positivas representan, sin duda alguna, un instrumento de gran valía, cuyo fundamento jurídico dispone que, “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales” (Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea [TFUE], 15/3/2022, artículo 157; Tratado de la Comunidad Europea [TCE], 15/3/2022, artículo 141). De igual modo expresa, “La

igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.” (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [CDFUE], 15/3/2022, artículo 23). Por su parte, también se disponía su base jurídica, expresando que, “La presente directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1o.” (Directiva 76/207 del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo [DE], 18/3/2022, artículo 2o.), normativa que con posterioridad será modificada por la Directiva 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de septiembre de 2002.

Si bien estas medidas gozan de regulación normativa y legitimidad jurídica en los tratados comunitarios y en las directivas europeas —aunque tímida y limitadamente, dejando a discrecionalidad de los Estados miembros, su aplicación— será a través de la labor pretoriana del Tribunal de Luxemburgo, que de manera paulatina dichas estrategias puedan integrar un marco jurídico, brindándoles la debida legitimación en el contexto nacional de los países miembros de la Unión, sin estar exentas, como lo veremos, del cumplimiento de requisitos y condicionantes para que así sea.

De ahí que para abordar el tema de las acciones positivas resulte pertinente señalar que, desde el punto de vista conceptual, en la doctrina tales medidas han sido analizadas y estudiadas ampliamente. Por tanto, para efectos del estudio que nos ocupa, consideramos que bastará señalar que son instrumentos y herramientas para promover una mayor igualdad real, y remediar las desigualdades estructurales que históricamente han sido determinantes por razón de sexo, raza, color, etnia, religión, discapacidad u otras características, siendo insuficiente una igualdad meramente formal y jurídica (Marina Kapsar, 2021, p. 254). Particularmente para el presente trabajo, podríamos considerar que constituyen mecanismos para promover la igualdad de las mujeres en el empleo, debiendo necesariamente integrar toda una estrategia de igualdad de género (Christopher McCrudden, 2019, p. 6).

Ya adentrándonos en materia, en el ámbito jurisprudencial es necesario destacar el papel que la Corte comunitaria ha tenido en el desarrollo del principio de la igualdad de trato, mediante la interpretación y aplicación de la normativa comunitaria, de la que se han derivado importantes controversias. Se debieron resolver algunas sentencias en materia de igualdad entre mujeres y hombres, emitiendo así, sus posturas y criterios interpretativos en casos relacionados con la promoción del empleo en la administración pública, así como respecto al permiso parental. Concretamente, pronunciándose en relación con la interpretación de los artículos 2.1 y 2.4 de la Directiva 76/207, antes citada, y que justamente es la normativa que de manera puntual las consagra, misma que con posterioridad será objeto de modificación, en razón de la Directiva 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de septiembre de 2002, y ésta, a su vez, será derogada por la Directiva 78/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres

y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Cabe aclarar que estas dos últimas directivas europeas suponen aspectos que exceden nuestro propósito central en este trabajo; sin embargo, de ser necesario, haremos las debidas referencias en su justa proporción temática.

II. KALANKE: EL INICIO DE UN SINUOSO CAMINO EN MATERIA DE IGUALDAD SUSTANCIAL. MARSCHALL: UN TANTO DESPEJADO PERO CONDICIONADO

De forma preliminar resulta interesante mencionar que en el ámbito europeo han sido Alemania y los países nórdicos los que en mayor número han desarrollado este tipo de medidas, principalmente en el terreno de la contratación laboral, otorgando preferencia a la candidata femenina respecto al candidato varón, en aras de conseguir una igualdad real y efectiva.

De ahí que al enfocarnos en el estudio de las acciones positivas resulta imprescindible referirnos al contenido de los artículos 2.1 y 2.4 de la Directiva europea 76/204/CEE, normativa que marcará el punto central para nuestro análisis de las sentencias aquí estudiadas. Por tanto, debemos señalar que el concepto del principio de igualdad de trato se define como “...la ausencia de toda discriminación por razón de sexo bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar” (DE, 18/3/2022, artículo 2.1). Por lo que corresponde a las acciones positivas, resulta un tanto curioso que dicha normativa —sin nombrarlas como tal— disponga que “la presente directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1o.” (DE, 18/3/2022, artículo 2.4). Y que, a nivel de técnica legislativa y con cierta suspicacia, diríamos que *ese detalle*, da cuenta de la apertura jurídica de tales medidas en contexto comunitario europeo (José García, 2002, p. 131).

En tal sentido, resultan de obligada referencia dos sentencias en particular, que marcarían la pauta en la tarea interpretativa del TJUE. Nos referimos al asunto *Kalanke* (TJCE, C-450/93) y al caso *Marschall* (TJCE, C-409/95). Ambas resoluciones judiciales relativas a la interpretación de los artículos 2.1 y 2.4 de la Directiva 76/207. Si bien en ambas sentencias se alude a la igualdad de trato entre mujeres y hombres —particularmente enfocada a otorgar preferencia a candidatas femeninas, en igualdad de capacitación con respecto a candidatos masculinos en el proceso de promoción profesional— los fallos también representan dos posiciones distintas en la línea interpretativa del TJ. En la primera (*Kalanke*), la Corte comunitaria se inclina por garantizar una igualdad formal, mientras que en la segunda (*Marschall*), pareciera que establece como vertiente interpretativa el principio de igualdad sustancial entre mujeres y hombres, pronunciamiento que resultaría decisivo para la aplicación de tales estrategias como instrumentos de igualdad real y efectiva. Veamos a detalle estos aspectos.

Transcurría la mitad de la década de los noventa cuando al Tribunal comunitario se le presenta lo que supondría el primer asunto en materia de acciones positivas, y que bien podríamos estimar, *una oportunidad de oro* para avanzar progresivamente en el logro de la igualdad sustancial, coyuntura que como constataremos, fue desaprovechada. Los efectos que provocó tal postura

jurisprudencial fueron contundentes, generando en su momento, una ola de críticas y debates de diversa índole (Samantha Moore, 1996; Beatriz Quintanilla, 1996; Lucía Ruano, 1995); las voces disidentes no se hicieron esperar ante tal decisión controversial; incluso la Comisión Europea se pronunció al respecto, mediante una Comunicación (COM (96) 88 final), documento en que afirmaba su legitimidad e invitaba a los países miembros a implementarlas, asentando que la no discriminación por razón de sexo constituía un derecho fundamental, un principio del derecho comunitario y, a la vez, un objetivo prioritario de la Unión Europea.

Pues bien, en esta sentencia la cuestión jurídica que se plantea es si una normativa alemana, concretamente la *Landesgleichstellungsgesetz* (Ley en lo concerniente a la igualdad entre mujeres y hombres en la función pública) del *Freie Hansestadt Bremen* (Land alemán de Bremen), resultaba compatible con el derecho comunitario, normativa nacional mediante la cual se disponía que en caso de igual capacitación de dos candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción, se conceda preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando como tal situación cuando las mujeres no superen la mitad de los puestos de distinta categoría y niveles previstos en la clasificación profesional de la entidad pública. Derivaron así, dos materias planteadas al TJ relativas a la aplicación de los artículos 2.1 y 2.4 de la *Directiva 76/207/CEE* y relacionadas con el artículo 4o. de la *Landesgleichstellungsgesetz* (Ley en lo concerniente a la igualdad entre mujeres y hombres en la función pública de Bremen).

Los hechos significativos que dieron origen a la sentencia en análisis son los siguientes. El señor Eckhard Kalanke, quien era candidato a ocupar un puesto de *Referatsleiter beim Grünflächenamt der Stadt Bremen* (jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen), mismo empleo al que aspiraba la señora Heike Glißmann, también candidata; ambos con *Berufsbezeichnung Höherer Landschaftsingenieur* (título profesional de ingeniería superior paisajista), y también ambos con labores en la misma área: el primero desde 1973 y la segunda desde 1975; con la misma cualificación profesional y desempeño como técnicos de planificación de jardines. Habiéndose sometido con anterioridad a un Comité de Conciliación, éste declara que, si bien los dos candidatos contaban con la misma cualificación profesional, dicho órgano decide otorgar la preferencia a ocupar la plaza vacante a la señora. Glißmann, candidata del sexo femenino, con fundamento en el artículo 4o. de la Ley nacional mencionada, que expresaba lo siguiente, “1) Al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de juez, que no tenga fines de formación, se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas”, considerando que, “5) Existe infrarrepresentación de las mujeres cuando, en los distintos grados de salarios, sueldos y retribuciones de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos. También existirá cuando suceda lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama”.

Tal situación es sometida al Tribunal comunitario, que debía determinar si dicha norma nacional resultaba oponible a la Directiva europea en cuestión. En esta sentencia en particular, debemos destacar varios aspectos de enorme trascendencia. El primero de ellos —y quizá el de mayor gravedad— es referente a la gran ausencia de análisis y sobre todo, de argumentación interpretativa de la Corte comunitaria en su decisión (Ma. Belén Sánchez, 2003, pp. 123 y 124), esto

es, no estudia el fondo de la cuestión, y se limita meramente, a pronunciarse sobre los fines, y no los medios y formas expresados en el artículo 2.4 de la Directiva 76/207, cuando deben estimar la proporcionalidad de los requisitos exigidos en el artículo 40. de la Ley de Bremen, y sobre todo matizar el criterio de infrarrepresentación femenina. Así lo declara: “Ha de destacarse que esta disposición tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social.” (TJCE, *Kalanke*, C-450/93, apartado 18).

Se puede observar una línea interpretativa más que lineal y a todas luces restrictiva, y peor aún, sin mayores argumentos (María Ángeles Martín, 1998, p. 324), centrándose en los de carácter estrictamente formal, y qué decir en cuanto a su interpretación, claramente inexistente. Pues a pesar de que destaca la finalidad de toda acción positiva, paradójicamente declara que se trata de excepciones, y como tales —estima— se deben considerar de manera restrictiva. (TJCE, *Kalanke*, C-450/93, apartado 21).

Un segundo elemento que destacar es la notoria confusión y ambigüedad del órgano jurisdiccional con respecto a la normativa estatal en cuestión, dado que la misma, supone sí, un tratamiento desigual/preferencial a las mujeres, más no de manera automática (María Amparo Ballester, 1998, p. 749; María Vittoria Ballestrero, 1997; Estefanía Esparza, 2018; José Suay, 1985). Por consiguiente, resulta erróneo considerar su aplicación de forma incondicional o absoluta —esto es, como cuota rígida— puesto que deben atenderse dos condicionantes: la existencia de la infrarepresentación femenina, y la igual cualificación profesional de los candidatos de ambos sexos (Alfonso Ruiz, 1996, p. 135). Así lo declara: “Ahora bien, una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo.” (TJCE, *Kalanke*, C-450/93, apartado 16). El Tribunal comunitario emite una postura interpretativa jurisprudencial que se observa evidentemente restrictiva y limitada, en esencia, basada en el criterio de aplicación automática, absoluta e incondicional, y, por tanto, atendiendo únicamente al principio de igualdad formal, asumiendo una concepción parca y acotada de la igualdad, sin analizar la cuestión a fondo (Manuel Atienza, 1996, pp. 117 y 118).

Finalmente, un tercer argumento en lo concerniente a la violación del principio de igualdad de oportunidades, y relativa a la ley nacional en cuestión, declaran que,

Un sistema de dicha naturaleza, en la medida que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los niveles y grados de un servicio sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 de su artículo 2o. por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades. (TJCE, *Kalanke*, C-450/93, apartado 23).

En tal sentido, la Corte comunitaria interpreta de manera parcial la igualdad de oportunidades, estimándola sólo como punto de partida (María Vittoria Ballestrero, 2006, p. 96; Miguel Rodríguez, 1997, p. 103). Está claro que lleva a cabo criterios interpretativos que adolecen de una sólida fundamentación, y, sobre todo, limitados y lineales, resolviendo que la normativa nacional que

garantiza a las mujeres, una prioridad absoluta e incondicional en un nombramiento de promoción, sobrepasa los límites de la excepción relativa a la acción positiva (TJCE, *Kalanke*, C-450/93, apartado 24).

Un segundo caso emblemático en materia de acción positiva, es la sentencia *Marschall* (TJCE, C-409/95). El señor Helmutt Marschall laboraba como profesor titular en un centro educativo en la ciudad alemana de Schwerte, Renania del Norte-Westfalia, quien se presenta a un concurso para el puesto de *Qualifizierter Lehrer für die Sekundarstufe* (docente capacitado para la enseñanza secundaria de primer grado). Sin embargo, la *Bezirksregierung Arnsberg* (oficina de gobierno) le comunica su intención de reservar dicha plaza a una candidata, conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 25 de la *Beamtengesetz* (Ley de la Función Pública) del *Land de Nordheim-Westfalen*, que establecía tratamientos preferenciales —en los concursos de la promoción de la administración pública en el ámbito educativo— para mujeres, en igualdad de condiciones en cuanto a cualificación profesional y que se encontrasen infrarrepresentadas en el sector objeto de promoción laboral.

Ante tal hecho, el señor Marschall presenta una alegación a la misma oficina gubernamental, que fue desestimada debido a que, si bien ambos candidatos contaban con mismos méritos profesionales, la candidata debía ser promovida forzosamente, conforme a la normativa nacional citada, pues el número de mujeres era menor con respecto a los varones. Dadas tales circunstancias, el señor Marschall interpone un recurso ante el *Verwaltungsgericht Gelsenkirchen* (Tribunal Administrativo de la región) solicitándole su promoción laboral. Dicho órgano jurisdiccional consideró pertinente someter la cuestión ante la Corte comunitaria, planteándosele, de nueva cuenta, la misma cuestión interpretativa, al igual que en el caso *Kalanke*, relativa al apartado 1 y 4 del artículo 2o. de la Directiva 76/207, y que, como podremos constatar, da un *giro hermenéutico* (Carlo Gimeno y María Isabel Rofes, 1998, p. 231; Elisa Sierra, 2018, p. 59), respecto a su postura interpretativa, al resolver de forma más precisa los criterios que pueden tomarse en cuenta para analizar, si en este caso, la diferencia de trato estaría objetivamente justificada.

Resulta interesante señalar que tanto el caso *Marschall*, como la sentencia *Kalanke*, se refieren a la promoción laboral. Es más, el TJ se pronunciaría en términos similares, pero no iguales, es decir, retomando los mínimos argumentos declarados en el asunto *Kalanke*, pero esta vez —sentencia *Marschall*— fijando matices y criterios de puntual trascendencia. Uno de ellos, con respecto a la posibilidad que el candidato varón, cuente con elementos que resulten determinantes para ser preferido en los puestos laborales, a lo que el TJ denominaría *cláusula de apertura*. (TJCE, *Marschall*, C-409/95, apartado 24). Criterio jurisprudencial que definirá el inicio de una interesante evolución jurisprudencial en materia de acciones positivas, al asumir primero una línea interpretativa claramente restrictiva, examinada en el caso *Kalanke* (Rafael Sastre, 2004, p. 16); en el asunto *Marschall* postula claroscuros en cuanto a la legitimidad de tales estrategias, advirtiendo requisitos y condicionamientos concretos. Esto es, *flexibilizando* o *atenuando* (Walter Oppenheimer, 1997) la preferencia automática de las candidatas femeninas, siempre y cuando se tomen en consideración aquellos motivos que pudiesen favorecer al candidato masculino. En tal sentido, se puede percibir al TJ con una mayor sensibilidad social, tomando en consideración la existencia de patrones socioculturales que, en gran medida, determinan el predominio de

situaciones de hecho en la estructura social europea, generando tratamientos discriminatorios (TJCE, *Marschall*, C-409/95, apartado 26).

Sin embargo, tal consideración no determinará su fallo, ya que si bien admite la compatibilidad de estas medidas con el derecho comunitario, también enuncia matices en su pronunciamiento interpretativo, pues “...esta norma nacional que favorece especialmente a las candidatas femeninas no puede garantizar a las mujeres la preferencia absoluta e incondicional en una promoción sin sobrepasar los límites de la excepción establecida en esta disposición (sentencia Kalanke, antes citada, apartados 21 y 22). (TJCE, *Marschall*, C-409/95, apartado 32).

En este mismo sentido, el Tribunal *reconoce* que la mera igualdad formal no necesariamente supone la eliminación de discriminaciones, sino que se requieren medidas dirigidas a la efectiva igualdad de oportunidades, y acepta las *bondades* y *virtudes* de tales estrategias, que *podrán* ser implementadas de forma automática: cuando predomine una infrarrepresentación femenina, y en caso de igualdad de méritos de ambos candidatos.

En comparación al asunto *Kalanke*, en el fallo *Marschall*, el TJ emitiría una mayor argumentación interpretativa, al reconocer la legitimidad de las acciones preferentes a las candidatas femeninas (Miguel Rodríguez-Piñero, 1996, p. 7), concibiendo la denominada *clausura de apertura* (Rafael Palomino, 2008, p. 498), y aplicando a manera de excepción, la preferencia de la mujer, si concurren circunstancias, motivos o criterios específicos en el candidato masculino que determinasen su preferencia. (TJCE, *Marschall*, C-409/95, apartado 33).

Si bien tal pronunciamiento muestra una línea interpretativa favorable, con respecto a las medidas de acción positiva, mantiene una concepción básica de la igualdad de trato de corte estrictamente formal, y que le impide asumir una visión de apertura, sustancial para contemplar una igualdad material y efectiva.

III. LA SENTENCIA BADECK: ¡LA TERCERA ES LA VENCIDA!: EVIDENTE CONSOLIDACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Un tercer asunto es el caso *Badeck* (TJCE, C-158/97), en el cual el TJ emitiría su fallo estableciendo de manera explícita los condicionamientos necesarios para considerar si una normativa nacional es compatible a lo dispuesto por la Directiva 76/207.

En esta sentencia también se plantea la validez de medidas de promoción de la mujer relacionadas al acceso a puestos de trabajo, acceso a la formación, y a las entrevistas de trabajo, debiendo el Tribunal comunitario examinar la interpretación del apartado 1o. y 4o. de la Directiva 76/207, con respecto a la *Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und zum Abbau von Diskriminierung von Frauen in der öffentlichen Verwaltung* (Ley alemana del Land de Hesse sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres), normativa que postulaba la eliminación de la discriminación de las mujeres en la administración pública, cuya inconstitucionalidad sería planteada por diversos diputados del Parlamento alemán, sujeta a un procedimiento de control de legalidad, por considerar algunos de sus preceptos contrarios a la Constitución estatal de Hesse.

Es de llamar la atención este caso en particular, puesto que representará la primera sentencia que el Tribunal comunitario examinaría —una vez entrado en vigor el Tratado de Ámsterdam— y consagrará la plena validez de las medidas de acción positiva (Heike Dieball, 2000, p. 264). Pues bien, este asunto se origina a raíz del *Normenkontrollverfahren* (procedimiento de control de legalidad) de la *Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung* (Ley del Land de Hesse sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la administración pública), a instancia del señor Georg Badeck —normativa cuya finalidad correspondía a lograr la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a cargos públicos mediante la adopción de planes de promoción relativos a las condiciones de acceso, de trabajo y de carrera de la mujer— quien consideró que dicho plan de promoción laboral le suponía tratamientos discriminatorios. Examinemos sus elementos interpretativos más significativos.

El criterio interpretativo que declara el TJ es relativo al establecimiento de ciertos requisitos a los que se deben ajustar aquellos tratamientos que concedan preferencia a mujeres en los sectores en los que se encuentren infrarrepresentadas, condicionamientos que determinarán su adecuación al derecho comunitario, reafirmando así los fallos expresados en las dos sentencias anteriores: *Kalanke* y *Marschall*.

Pues bien, el primero de ellos concierne al lineamiento ya expresado en la sentencia *Kalanke*, relativo a la inadmisibilidad de aquel sistema de medidas que otorguen, de forma automática, absoluta e incondicional, tratamientos preferentes a las candidatas femeninas, con respecto a candidatos masculinos con igual capacitación. Un segundo condicionamiento —expresado en el fallo *Marschall*— y que se refiere a que las candidaturas deberán ser estimadas de forma objetiva, tomando en consideración las situaciones particulares de índole personal de los candidatos. De esta manera, la Corte de Justicia integra estos dos criterios interpretativos. (TJCE, *Badeck*, C-158/97, apartado 23). Por consiguiente, el TJ asume una postura reiterativa en cuanto a su matiz interpretativo declarado en las dos sentencias previas —*Kalanke* y *Marschall*— insistiendo su negativa respecto al sistema que establezca cuotas de forma rígida, es decir, medidas que dispongan prioridad absoluta y automática a las mujeres (Ilaria Viarengo, 2001, p. 65), en aquellos sectores en los que se encuentren infrarrepresentadas. De tal manera que el TJ retomaría el camino andado (Ascensión Elvira, 2002, p. 72), especialmente la línea interpretativa examinada en la sentencia *Marschall*, tomando como elemento crucial la denominada *cláusula de apertura*, al mismo tiempo que cuestionaría cinco sistemas particulares contemplados en la legislación local germana, para dar acceso equitativo a los puestos de servicio público: cuota de resultado flexible, cuota académica de resultado flexible, cuota estricta de formación, cuota de entrevista y, por último, cuota para entidades colectivas.

De tal suerte, la Corte comunitaria considera tres criterios puntuales en su posición interpretativa: El primero de ellos es relacionado con la forma de la medida dispuesta en la Ley nacional, optando por una cuota de resultado flexible, atendiendo a las características y circunstancias específicas del sector o ámbito en el que se pretende aplicar la acción positiva, esto es, sin uniformidad ni automatismo, sino cuando la infrarrepresentación opere como indicio de la existencia de una situación que resulte desfavorable para las mujeres. (TJCE, *Badeck*, C-158/97,

apartado 28). No cabe duda que el TJ niega el carácter automático del sistema de cuota de resultado flexible, que cuando los candidatos tengan la misma cualificación, se deba preferir a la candidata mujer (*Marschall*) rechazando la forma rígida, automática y cerrada del régimen de cuotas cuestión muy diversa a las cuotas de resultado flexible, al considerarlo un sistema lícito, aun y cuando llegue a afectar el resultado (Miguel Rodríguez-Piñero, 1997, p 108).

Una segunda cuestión es referente al respeto del principio del mérito, esto es, la valoración de la aptitud, experiencia y cualificación profesional en relación con los requisitos y exigencias que se establecen en el puesto a desempeñar. Un tercer elemento es que a igual cualificación entre candidatos de uno u otro sexo, la aplicación de la medida de acción positiva estará condicionada a que no exista ningún motivo o rango jurídico superior, que cancele la preferencia en favor de la mujer para que se otorgue el puesto de trabajo, al candidato masculino. Conviene añadir que el término *rango superior jurídico* empleado por la Corte comunitaria, si bien imprime *novedad*, también genera ambigüedad, porque ni el propio órgano jurisdiccional emite interpretativamente su sentido, lo que supone, sí, una cuestión novedosa, pero a la vez, oscura, limitativa y restrictiva. Ello puede ser atenuado con lo expresado por el presidente del *Land* quien fundamenta este motivo en el Estado social y en la protección del matrimonio y de la familia (Peter A. Köhler, 2000; Amparo Merino, 2002; Elisa Sierra, 2000). Y que se refieren a aspectos de la realidad social que determinan la situación de evidentes desventajas y desigualdades para colectivos sociales (Kristina Küchhold, 2001, p. 119), entre los que se encuentran las mujeres. (TJCE, *Badeck*, C-158/97, apartado 34).

Otro de los aspectos en suma relevantes de esta sentencia, es la línea interpretativa de corte teleológica-extensiva desarrollada por el TJ, al considerar como uno de los objetivos fundamentales de la acción positiva, la reserva, no de puestos de trabajo, sino de plazas de formación profesional para las candidatas femeninas, en cuyas áreas persiste una infrarrepresentación femenina, y a igual cualificación profesional con respecto a los candidatos varones, planteándose la idoneidad, la capacidad y el desempeño profesional, como los principales criterios de selección (Steve Mazurana *et. al.*, 2002, p. 456). De ahí que estime tales medidas de acción positiva, compatibles con lo previsto en el artículo 2.4 de la Directiva 76/207. Así lo declara: “La disposición controvertida en el procedimiento principal se inserta en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades. Lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino plazas de formación profesional para obtener una cualificación con miras a un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública” (TJCE, *Badeck*, C-158/97, apartado 52). Así, el TJ declara la finalidad de la normativa germana: una mayor cualificación para acceder a puestos en la función estatal, apartado que ilustra otra de las directrices interpretativas del Tribunal —la de tipo genética— cuyo objetivo es lograr una mayor presencia femenina en puestos académicos de formación profesional.

Por tanto, en la sentencia *Badeck*, el Tribunal de Justicia se muestra evidentemente más receptivo a admitir las medidas de acción positiva, atendiendo los criterios puntuales expresados, marcos interpretativos que, sí o sí, sentarían nítidamente, un antes y un después, en el ámbito de formación y promoción laboral, al sentar su labor interpretativa extensiva y en clara congruencia con lo expresado por parte del legislador comunitario, en el artículo 141, apartado 4, del Tratado de Ámsterdam (Teresa Pérez del Río, 2005, p. 49), y con los diversos programas y estrategias comunitarias implementadas. Sin embargo, no deja de ser significativo que atendiendo los

razonamientos sentados en esta sentencia, niegue los criterios discriminatorios de selección, pronunciándose sólo de forma implícita, y no ya, de manera abierta y evidente (Ángel Arias, 2001, p. 50), lo que sin duda abonaría a la polémica visión y aplicación de las medidas de igualdad sustancial.

A pesar de lo anterior, sin duda alguna, el caso *Badeck* representaría el parteaguas en lo que se refiere a la visión interpretativa de evidente apertura en materia de acciones positivas, en obvia a sus específicas particularidades, sentando los alcances y límites de tales medidas. Aunque claro está, sin estar exenta de *posibles riesgos de confusión* (Linda Waddington y Mark Bell, 2011, p. 1512), expandiendo el carácter instrumental de tales medidas.

IV. ABRAHAMSSON Y LOMMERS: MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN EL ENTORNO UNIVERSITARIO LABORAL

Ahora bien, un cuarto asunto en el que el TJ debía pronunciarse respecto a la validez de las acciones positivas en el marco de la interpretación del artículo 2o., apartados 1 y 4, de la *Directiva 76/207/*, es la sentencia *Abrahamsson* (TJCE, C-407/1998), que surge a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el *Överklagandenämnden för Högskolan* (Comisión de Recursos de los Establecimientos de Enseñanza Superior), sobre un concurso universitario para acceder a una plaza docente en el área de las ciencias de la hidrosfera en la Universidad de Göteborg, y en el que se determinaría la compatibilidad del derecho comunitario respecto a la *jämställdhetslagen* (Ley nacional sueca sobre la igualdad entre los sexos). Normativa que establece, en el sector de la enseñanza superior, una discriminación positiva en la contratación en favor de candidatos que pertenezcan al sexo que esté infrarrepresentado, al contemplar en su numeral 3 que: “Al candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea las aptitudes suficientes... se le concederá la preferencia frente al candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado, si ello fuere necesario para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado”. Sin embargo, la limitación se expresa en los términos siguientes: “No obstante, se excluirá la discriminación positiva cuando la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos sea tan importante que de ella resultaría una vulneración de la exigencia de objetividad en el momento de la contratación”. Revisemos este asunto.

El caso se origina por la demanda interpuesta por el señora Abrahamsson y el señor Anderson —ambos candidatos a ocupar la vacante docente en la universidad sueca— a razón de la decisión de la autoridad universitaria en otorgar la plaza docente en disputa, a una tercera candidata, la señora Folvegist, al estimarse que, aun cuando existía diferencia de méritos en favor del señor Anderson, ello no resultaba suficiente para lesionar la condición de objetividad en la asignación de los puestos de trabajo, decisión que fue confirmada por el tribunal sueco, quien de acuerdo a las alegaciones expuestas por las partes, declarararía al señor Anderson como el candidato más competente. No obstante, el tribunal nacional expuso que el nombramiento de la señora Folvegist —al ser la candidata seleccionada— no suponía vulneración alguna del requisito de objetividad en la asignación de la plaza docente, aun y cuando contaba con méritos académicos menores para ello; elemento clave que como veremos, definirá la línea interpretativa del TJ para declarar la invalidez de dicha normativa sueca con respecto a la Directiva comunitaria 76/207. En tal sentido lo declara:

Por el contrario, según esta normativa, un candidato a un empleo en la función pública que pertenece al sexo infrarrepresentado y que posee la capacitación suficiente para dicho empleo debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado, si dicha medida fuere necesaria para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado (TJCE, *Abrahamsson*, C-407/1998, apartado 51).

Por tanto, el TJ considera que, en definitiva, se había concedido de manera automática la contratación docente a la señora Folgevist, sin haberse valorado objetivamente los méritos y cualidades profesionales de las y los candidatos, confirmando así las directrices hermenéuticas sentadas, tanto en el asunto *Marschall*, como en la sentencia *Badeck* (Encarnación Fernández, 2005; María Vittoria Ballestrero, 2006). A este respecto, el TJ asume una línea de interpretación evidentemente limitativa y restrictiva en cuanto a la aplicación de la acción positiva como instrumento o medio para otorgar y favorecer a una persona de un sexo en particular, sin la debida valoración objetiva. Así lo afirma:

De ello se deduce que la normativa controvertida en el litigio principal concede automáticamente la preferencia a los candidatos del sexo infrarrepresentado, siempre que estén suficientemente capacitados, con el único requisito de que la diferencia entre los méritos de los candidatos de cada uno de los sexos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos. (TJCE, *Abrahamsson*, C-407/1998, apartado 52).

En esencia, son dos los aspectos en los que el TJ centra su línea argumentativa. El primero, la preferencia automática a la señora Folgevist y, por consiguiente, la ausencia de valoración y examen objetivos de las condiciones y cualificaciones profesionales del conjunto de las y los candidatos, como criterios determinantes para la aplicación de las medidas de igualdad sustancial (Peter A. Khöler, 2000, p. 64). De modo que declara lo siguiente:

A este respecto, es importante destacar que el alcance de este requisito no se determina de forma precisa, de modo que la selección de un candidato, entre aquellos que tengan las capacitaciones suficientes, se basa, en definitiva, en el mero hecho de que pertenezca al sexo infrarrepresentado, incluso cuando los méritos del candidato así seleccionado sean inferiores a los de un candidato del sexo opuesto. Por añadidura, no se realiza un examen objetivo de las candidaturas que tenga en cuenta las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos. De ello se deduce que dicho método de selección no puede estar legitimado por el artículo 2o., apartado 4, de la Directiva. (TJCE, *Abrahamsson*, C-407/1998, apartado 53).

Un segundo elemento de su directriz interpretativa y argumentativa corresponde al método de selección, considerándolo desproporcionado con respecto a la finalidad u objetivo de tales instrumentos de igualdad material. (TJCE, *Abrahamsson*, C-407/1998, apartado 55). Sin la menor duda, y en comparativa a los criterios interpretativos trazados en el caso *Badeck*, resulta más que evidente que en esta sentencia, el TJ desarrollaría su labor interpretativa bajo las mismas líneas hermenéuticas, pero emitiendo su fallo en sentido negativo, quién a manera de *vaivenes hermenéuticos*, declararía incompatible con el derecho comunitario, la ley sueca que permite el acceso femenino con menos cualificación (El País, 2000). Definitivamente, este asunto supone un punto de inflexión y de desconcierto, en el que el TJ soslaya el objetivo central de toda medida de acción positiva —lograr la igualdad material entre mujeres y hombres— al interpretar, bajo una tesitura claramente positivista, y teniendo como eje rector de su directriz jurisprudencial, la exigencia de objetividad en la selección de las aptitudes de las personas candidatas al puesto vacante, al estimar que se otorgó la plaza vacante de manera absolutamente arbitraria (Paul Hodapp

et al. 2002, p. 38; Steve Mazurana *et al.* 2002, p. 453), elemento interpretativo que soporta la línea sustancial de argumentación jurisprudencial.

Otro caso que resulta igualmente destacable es el asunto *Lommers* (TJCE, C-476/99), en el que el TJ sentaría las bases interpretativas en materia de condiciones de trabajo, estimándolas como tal, la prestación del servicio de guarderías, como se establece en el contenido normativo de la Directiva 76/207, para así favorecer el desarrollo profesional de las mujeres. Revisemos algunos de sus aspectos más relevantes.

Este asunto se origina por la solicitud presentada por el señor Lommers —quien laboraba en el *Ministerie van Landbouw Natuurbeheer en Visserij* (Ministerio de Agricultura, del Patrimonio Natural y Pesca) en Países Bajos, y cuya esposa desempeñaba una actividad laboral para otro empleador— y que consistía en la reserva de una plaza en una guardería para su hijo, que estaba próximo a nacer, petición que le fue denegada, en razón de que la institución sólo contemplaba el acceso de tales servicios para funcionarios en casos de emergencia, fundamentada en la circular núm. P 93-7841 adoptada el 15 de noviembre de 1993. Y en ella se disponía para su personal femenino, un determinado número de plazas de guardería, de las que algunas, correspondían a un servicio proporcionado por el propio Ministerio. Así lo disponía: “Los servicios de guarda de hijos están reservados, en principio, exclusivamente al personal femenino del Ministerio, salvo en caso de urgencia, que corresponderá apreciar al director”.

Ante esta desestimación, el señor Lommers acudió a otra instancia, la *Commissie Gelijke Behandeling* (Comisión de Igualdad de Trato), solicitándole se pronunciara sobre la postura expresada por el Ministerio referido y la *Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen* (Ley relativa a la igualdad de trato entre mujeres y hombres) en cuyo artículo 10. expresaba que, “En el servicio público, la autoridad competente no podrá hacer distinciones entre hombres y mujeres...— entre otros supuestos—, en las condiciones de trabajo...”; sin embargo, en su numeral 50. disponía que, “Se podrán establecer excepciones a los artículos 10. , 20. , 30. y 40., cuando la distinción que se efectúe tenga por objeto situar a las mujeres en una posición privilegiada con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de hecho y guarde una relación razonable con la finalidad y el objetivo que se pretende alcanzar”.

En vista de la sentencia del 8 de octubre de 1996, expresada por el *Arrondissementsrechtbank te 's- Gravenhage* (Tribunal de Distrito en La Haya, Países Bajos), a través de la cual desestimaba el recurso interpuesto por el señor Lommers, quien habiendo transcurrido un mes presentó recurso de apelación contra tal sentencia, al *Centrale Raad van Beroep* (Junta Central de Apelación) alegando una evidente exclusión para resultar beneficiario de dicha medida, argumento que el órgano jurisdiccional nacional planteó al Tribunal de Luxemburgo, debiendo pronunciarse respecto a resolver si resulta oponible —a lo previsto en el artículo 20., apartados 10., y 40., de la Directiva 76/207— una normativa establecida por un empleador, que reserva exclusivamente a las trabajadoras las plazas de guardería subvencionadas por él, de las que un trabajador únicamente puede disfrutar si se encuentra en una situación de urgencia, cuya apreciación corresponde al empleador.

Una primera acotación significativa de este fallo, es en cuanto a la línea interpretativa de corte extensiva que desarrolla el TJ, contemplando el servicio de guarderías subvencionadas por el empleador, inserto en el concepto de condiciones de trabajo (TJCE, *Lommers*, C-476/99, apartado 26).

Un segundo aspecto es referente al ámbito que aborda este caso, y que en materia de igualdad entre mujeres y hombres, se ha configurado como un factor determinante: la conciliación de la vida familiar y laboral, temática en la que la gran mayoría de los casos, las mujeres han sido quienes se ven obligadas a compaginar ambos espacios. Hay que señalar que, a primera vista, se pudiera estimar que los pronunciamientos del TJ contribuyen y legitiman el reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres, al contemplar la preferencia en el goce de este servicio, a las trabajadoras; sin embargo, el TJ declara que

...una medida como la controvertida en el litigio principal tiene, ante todo, un carácter práctico. En efecto, la puesta a disposición de plazas de guardería permite que el trabajador no tenga que afrontar las incertidumbres y las dificultades que caracterizan la búsqueda de una guardería para su hijo que resulte al mismo tiempo adecuada y asequible. Así pues, una medida de esta índole tiene como objeto y como efecto principales, particularmente en un contexto caracterizado por una oferta insuficiente de plazas de guardería, facilitar el ejercicio de la actividad profesional de los trabajadores afectados. (TJCE, *Lommers*, C-476/99, apartado 29).

Por consiguiente, el Tribunal de Luxemburgo tomará como un primer elemento sustancial para emitir su criterio interpretativo, la persistente infrarrepresentación femenina en el Ministerio de Agricultura, ya no solo en un sector específico, sino también en áreas de mayor jerarquía laboral. Por lo que, a su criterio, resulta compatible la aplicación de medidas de acción positiva, con el objeto de paliar los efectos discriminatorios que resultan de una situación de desventaja de las mujeres, respecto a las condiciones laborales, quienes ante las dificultades de búsqueda de servicios de guardería, se ven obligadas a renunciar a su empleo. De igual modo, destaca una de las características principales de las medidas de acción positiva, que en principio y en apariencia, suponen un tratamiento desigual, dirigidas al fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Un segundo elemento, en suma relevante y en el que perfilará su argumentación interpretativa —a nuestro criterio, de manera por demás sólida y contundente—, es lo relativo a la existencia de una mayor demanda de servicios de guardería, frente a la oferta limitada de las mismas, interpretando que la reserva de plaza de guardería resulta en favor de las mujeres trabajadoras, y si bien constituye una distinción de trato basada en el sexo, debe cumplir una serie de requisitos que definan su adecuación a la normativa comunitaria como una excepción a un derecho fundamental conforme a lo dispuesto por la Directiva 76/207. Así lo manifiesta:

En el presente asunto, es necesario tener en cuenta, no obstante, la circunstancia de que en el contexto de una oferta insuficiente, como ha quedado señalado anteriormente el número de plazas de guardería disponibles en virtud de la medida controvertida en el litigio principal es, en sí mismo, limitado y que existen listas de espera para las funcionarias del Ministerio de Agricultura, de modo que ni siquiera estas *últimas* están seguras de poder obtener una plaza. (TJCE, *Lommers*, C-476-99, apartado 33).

En este mismo sentido, el TJ asume la oferta insuficiente de plazas para acceder al servicio de guardería, como un obstáculo para las mujeres trabajadoras del Ministerio estatal. Por tanto,

podemos identificar una segunda línea interpretativa del TJ en clave teleológica, al afirmar que la medida nacional en cuestión, si bien pudiese perpetuar y generar el reparto de obligaciones de forma tradicional y desigualitario entre mujeres y hombres —al excluir a los padres funcionarios del goce de esta prerrogativa— ésta tiene como objetivo central el goce de determinadas condiciones de trabajo dirigidas a favorecer el desarrollo de las carreras profesionales de las mujeres trabajadoras.

Del mismo modo, el TJ considera un elemento de *rango jurídico superior*, el cuidado y la atención a los hijos pequeños como un factor legítimo (*Marschall, Badeck*), que a manera de *resquicio*, rompe el carácter automático de la medida en favor de las mujeres trabajadoras, debiéndose estimar aspectos personales con miras a la vigencia de un Estado social de derecho (Amparo Merino, 2002, p. 118; Elisa Sierra, 2018, p. 60), medidas que deberán estar objetivamente justificadas por una finalidad legítima, así como también observándose si los medios resultan ser los adecuados y necesarios.

Aunado a lo anterior, el TJ lleva a cabo un *matiz* interpretativo al declarar que la medida en cuestión no supone la exclusión total de los funcionarios en el goce del servicio de guardería, sino que corresponderá al empleador apreciar sus solicitudes en el caso de urgencia (Gianni Arrigo y Guiseppe Casale, 2017, p. 252), estimando como tal, aquellos supuestos en los que de manera exclusiva corresponda a los funcionarios masculinos el cuidado y la educación de sus hijos (TJCE, *Lommers*, C-476/99, apartado 45). Esquema interpretativo que dota al empleador de una gran discrecionalidad (Amparo Merino, 2002, pp. 123-126), al ser quien estimará el curso de las solicitudes de aquellos funcionarios masculinos que pretendan acceder a una plaza de servicio de guardería.

V. SENTENCIA BRIHECHE: NO TODO LO QUE BRILLA ES ORO

Un caso no menos interesante es el asunto *Briheche* (TJCE, C-319/03), en el que de nueva cuenta se plantea la validez de una normativa nacional mediante la cual se reservan a las viudas que no se hayan vuelto a casar, la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público, con respecto a la interpretación de la Directiva europea en estudio.

La sentencia se origina por la controversia planteada entre el señor Serge Briheche, —de 48 años, viudo, sin haber contraído segundas nupcias, con un hijo a su cuidado, y candidato a superar varias oposiciones (procesos de selección para el acceso a la función pública)— y el *Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale y Ministre de la Justice* (Ministro del Interior, Ministro de Educación Nacional y el Ministro de Justicia de la administración pública francesa) para un puesto de trabajo como auxiliar o secretario administrativo, procesos administrativos en los que le fueron denegadas sus solicitudes, atendiendo a que superaba la edad de 45 años. Dicha circunstancia constituye el punto medular del litigio, límite que de acuerdo a la *loi n° 2001-397, du 9 mai 2001, relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes* (Ley núm. 2001-397, del 9 de mayo de 2001, relativa a la igualdad profesional entre mujeres y hombres), en cuyo artículo 34 se incluía a los hombres solteros con al menos un hijo a cargo que se vean en la necesidad de trabajar, como beneficiarios de la supresión de los límites de edad para el acceso al empleo en el sector público. Ante varios recursos denegados presentados por el señor Briheche, el Tribunal

Administrativo de París decidió suspender el procedimiento y plantear la cuestión prejudicial al TJ. Exploremos los aspectos más destacados de este asunto.

Un primer apunte de esta sentencia es que el TJ fijará como directriz interpretativa inicial que se trata de un supuesto de discriminación directa por razón de sexo (Fernando Castillo de la Torre, 2005, p. 359; Ma. José Dilla 2005, p. 43; Teresa Pérez del Río, 2005, p. 165; Miquel Porret, 2010, p. 7), derivada de una medida, que se estima como acción positiva —por lo menos en primera instancia, por la normativa francesa— pero *a los ojos* de la Corte comunitaria, supondría un trato preferencial para las mujeres de manera automática. Así lo expresa:

Una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé, en materia de admisión a oposiciones externas convocadas para la selección de funcionarios, la exención del límite de edad para las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, entraña una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 3o., apartado 1, de la Directiva, en perjuicio de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación. (TJCE, *Briheche*, C-319/03, apartado 20).

Como tal, es recogido por el TJ, que expresamente rechaza tales medidas, puesto que suponen una discriminación directa por razón de sexo, al excluir de dicha normativa a los viudos. De acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, tal medida nacional supone una prioridad absoluta e incondicional en favor de las mujeres, desproporcionada con el objetivo que se pretende (Cristina Córdoba, 2005, p. 35). De este modo lo declara:

Una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas en los sectores de la función pública debe considerarse compatible con el derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de marzo 2000, *Badeck* y otros, C-158/97, Rec. p. I-1875, apartado 23). (TJCE, *Briheche*, C-319/03, apartado 23).

No cabe duda que observamos a un TJ fijar su línea jurisprudencial restrictiva y acentuadamente reiterativa, emitiendo su postura mediante un *reforzamiento hermenéutico* fundamentado en los criterios emitidos en asuntos previos (*Kalanke, Marschall, Lommers* y *Badeck*); esto es, basa su argumento interpretativo en el principio de igualdad formal, y omite desarrollar una labor interpretativa sustancial, limitándose a plasmar su directriz interpretativa en el principio de proporcionalidad. (TJCE, *Briheche*, C-319/03, apartado 24).

De ahí que el marco interpretativo del TJ se centró fundamentalmente en el debido cumplimiento del principio de proporcionalidad, que toda medida de acción positiva debe atender (Uladzislau Belavusau y Kristin Henrard, 2019, p. 633; Teresa Pérez del Río y María Zambonino, 2008, p. 54) orientadas a garantizar un justo equilibrio entre los objetivos y beneficios que se pretenden lograr, al suprimir una situación discriminatoria, con los medios e instrumentos empleados para conseguir tales fines (Jean-Louis Clergerie, 2005, p. 348; Christopher McCrudden, 2019, p. 47). Y que sin duda, implica una evidente subordinación del derecho individual a no ser discriminado, con miras a la igualdad material entre los grupos sociales menos representados. (TJCE, *Briheche*, C-319/03, apartado 28).

Resulta evidente que en esta sentencia el TJ reitera sus líneas y orientaciones interpretativas, declaradas en los asuntos Marschall, Badeck y Lommers, al expresar que toda excepción al principio general de igualdad de trato, debe estar supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos, que aun siendo aparentemente discriminatorias, el objetivo fundamental de tales medidas se dirige a eliminar o aminorar las desigualdades de hecho que existen en la realidad social (Kalanke, Marschall, Abrahamsson).

VI. ROCA ÁLVAREZ Y MAÏSTRELLIS: CORRESPONSABILIDAD ES LA CLAVE

Ahora bien, uno de los aspectos que sin duda trastoca el entorno laboral —concretamente en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, al modificar la carga horaria laboral— es el ámbito de la conciliación de las cargas familiares y laborales, en particular, al permiso de lactancia, también conocido como permiso parental. En tal sentido, el TJ ha tenido oportunidad de pronunciarse concretamente en dos asuntos: *Roca Álvarez* (TJUE, C-104/09) y *Maïstrellis* (TJUE, C-222/14).

El caso *Roca Álvarez* (TJUE, C-104/09) es un litigio judicial originado en España, en el que el TJ resolvería respecto a si la exclusión del derecho de permiso de lactancia para el padre trabajador por cuenta ajena se oponía a la normativa expresada en los artículos 20. y 50. de la anterior Directiva 76/207/CEE en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el entorno laboral, actual Directiva 2006/54. Justamente, resulta interesante, dada la postura jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, a todas luces de avanzada (Leone Candida, 2010, p. 515; Anne Flindall, 2010, p. 349), fijando planteamientos distintos y resolviendo otorgar el permiso parental a un progenitor masculino (Laura Capuccio, 2011, p. 167). A este respecto, es importante señalar que en el conjunto de las normativas nacionales, se contemplan diferentes modalidades de aplicación del permiso parental (María Amparo Ballester, 2017-II, p. 81); en España es el denominado permiso de lactancia y que solo se otorgaba a las madres trabajadoras por cuenta ajena. Revisemos sus pormenores.

El señor Pedro Roca laboraba para la empresa *Sesa Start España ETT, S. A.*, donde solicitó se le reconociera dicho permiso, en su calidad de progenitor, petición que le fue denegada, argumentando que su esposa era trabajadora por cuenta propia. Ante tal circunstancia, acudió al Tribunal Superior de Justicia de Galicia para recusar tal posición; que ratificada la negativa a concederle el permiso, aludiendo a que éste correspondía sólo a las madres trabajadoras de cuenta ajena.

Un primer aspecto a señalar es que el TJ declara que la medida que niega al señor Roca Álvarez, a disfrutar del permiso de lactancia, supone una discriminación directa por motivos de sexo (TJCE, C-104/09, apartado 25; María Amparo Ballester, 2016, p. 80; 2017-II, p. 73; José Carlos Fernández, 2010, p. 3). Un segundo aspecto es que, si bien es cierto, la finalidad original de tal permiso correspondió el conceder a la madre un tiempo que le facilitara atender la alimentación natural de su hijo. Tal medida ha experimentado una evolución, contemplándose así tanto la modalidad natural como artificial (Olga Fotinopoulou, 2010-II, p. 127 y ss.): está última se traduce en un mero tiempo de cuidado de los hijos por parte del padre (TJUE, C-104/09, apartado 28). Esta postura jurisprudencial neutraliza tal responsabilidad familiar (José Fernando Lousada, 2010, p.

12), y por ende, contribuye a la eliminación de los estereotipos tradicionales de roles femeninos y masculinos. (TJUE, C-104/09, apartado 29).

Asimismo, el Tribunal de Luxemburgo da a conocer los peligros que conllevan las políticas y normativas internas en materia de conciliación, fomentando y perpetuando los roles masculinos y femeninos en el cuidado de los hijos (Juan Gorelli, 2019, p. 874; Nuria Reche, 2014, p. 230 y ss). De tal manera, declara el derecho a disfrutar del permiso de lactancia de manera indistinta, postulando criterios interpretativos de corte progresista, ya que “...el padre como la madre pueden asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo. Parece pues que ese permiso se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño. Por tanto, no puede considerarse que permita asegurar la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo (TJUE, C-104/09, apartado 31).

Ciertamente, este asunto ha supuesto enorme trascendencia, tanto a nivel jurídico español, como en clave comunitaria; verdaderamente un nuevo punto de inflexión en materia de efectiva corresponsabilidad de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores autónomos (Mercedes López, 2021, p. 116 y ss.), cuyas líneas interpretativas derivaron en cambios normativos en la materia, aunque aún insuficientes, dada la complejidad de la temática, particularmente en el caso español (María Amparo Ballester, 2012, p. 58; Yolanda Maneiro, 2013, p. 215 y ss.).

Una segunda sentencia, también paradigmática, al hilo jurisprudencial similar a la anterior, es el asunto *Maïstrellis* (TJUE, C-222/14), que igualmente supera la perspectiva clásica de la conciliación en responsabilidades familiares y laborales, y en el que el TJ debía resolver si otorgar preferencia a la madre trabajadora en el disfrute del permiso parental, se oponía a lo dispuesto en la Directiva de permisos parentales, en ese entonces, Directiva 96/34, sustituida en la actualidad por la Directiva 2010/18/CEE, del 8 de marzo, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental. Revisemos sus aspectos más llamativos.

Este asunto surge a raíz de la solicitud que el señor Maïstrellis —quien se desempeñaba como funcionario (juez) en el *Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthropon Dikaiomaton* (Ministerio de Justicia, Transparencia y Derechos Humanos) de Grecia— presenta a este órgano, relativa a un permiso parental remunerado de nueve meses por el nacimiento de su hijo, estando su esposa desempleada. La petición le fue denegada, argumentando que de acuerdo con el artículo 44, apartado 21, de la Ley General del Poder Judicial griego, sólo las juezas que fueran madres podrían obtener dicho permiso parental. Ante tal circunstancia, el señor Maïstrellis presenta un recurso ante el *Symvoulío tis Epikrateias* (Consejo de Estado), que resuelve que efectivamente, le asistía su derecho a disfrutar de dicho permiso; sin embargo, de nueva cuenta el Ministerio desestima su solicitud, declarando que le resultaba aplicable el artículo 53, apartado 3, párrafo tercero, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, según el cual no le asistía el derecho a concederle tal permiso, pues su esposa se encontraba desempleada, salvo que ésta se encontrase incapacitada o con enfermedad grave (TJUE, C-222/14, apartado 15). Ante ello, el *Symvoulío tis Epikrateias* (Consejo de Estado) plantea la controversia al TJ.

Un primer elemento a destacar es que el Tribunal comunitario resuelve interpretando que tal negativa supone una evidente discriminación directa (Cristina Carletti y Mariella Pagliuca, 2020, p. 102; Alexandre Pazos, 2022, p. 187; Patricia Prieto, 2021, p. 127), y por tanto, contraría al Acuerdo Marco, pues una madre trabajadora podría disfrutar del permiso parental; sin embargo, en el caso del trabajador, la esposa de éste debía contar con un empleo. (TJUE, C-222/14, apartado 44).

Ahora bien, cabe mencionar que, aunado a la diversidad normativa que en sí prevalece al seno de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados comunitarios en materia de permiso parental, resulta llamativa la concepción tradicional que aún persiste —de la conciliación familiar y laboral, especialmente en países que integran la zona mediterránea— caracterizada justamente por un mayor determinismo social, en cuanto al reparto de responsabilidades familiares y laborales. Precisamente este asunto es claro ejemplo de ello, al condicionar el disfrute del permiso parental, atendiendo a la situación laboral de la esposa. En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo declara que,

De ello resulta que, de conformidad con el derecho nacional, las madres que tienen la condición de funcionarias siempre pueden disfrutar del permiso parental, mientras que los padres que tienen la misma condición sólo pueden disfrutar de dicho permiso en el caso de que la madre ejerza una actividad laboral o profesional. Así pues, la condición de progenitor no es suficiente para que los funcionarios se beneficien de tal permiso, mientras sí lo es en el caso de las mujeres que tienen idéntica condición (véase, por analogía, la sentencia Roca Álvarez, C-104/09, EU:C:2010:561, apartado 23). (TJUE, C-222/14, apartado 49).

Sin duda, este asunto resulta paradigmático porque las categorías y líneas jurisprudenciales marcan una clara tendencia progresista y a todas luces, en perspectiva de género, al igual que los criterios hermenéuticos desarrollados por el TJ en clave teleológica, que consolidan el objetivo fundamental del permiso parental —facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y, familiares de los padres que trabajan (TJUE, C-222/14, apartado 38)— confirmando el carácter personal e individual de dicho permiso con respecto a cada uno de los progenitores (TJUE, C-222/14, apartado 33), así como también su naturaleza neutral, (TJUE, C-222/14, apartado 48) al desvirtuar su esencia, estableciendo preferencias femeninas en el disfrute de los permisos parentales, cuando se trate de cuidado de los hijos, sin reconocerse en igualdad de condiciones para los hombres (María Amparo Ballester, 2017-II, p. 81). Además, si acaso esta sentencia se pudiera considerar un asunto en materia de acción positiva (José Fernando Lousada, 2019, p. 42), atendiendo a las peculiaridades y matices que estas medidas suponen, y sobre todo, al velo que la mayoría de las medidas protectoras —o que intentan serlo (Jaime Cabeza, 2018, p. 688)— de las mujeres, hay que decirlo, con un giro hermenéutico magistral, el Tribunal de Luxemburgo interpreta que la normativa griega en cuestión supone, sustancialmente, una medida discriminatoria de índole estereotipo, clásica y evidente digamos, una discriminación directa por razón de sexo. (TJUE, C-222/14, apartado 51).

Finalmente, no cabe duda que la categoría interpretativa que de manera central define las directrices interpretativas del TJ, es el cuidado de los hijos como aspecto fundamental del permiso parental, brindándole como principal característica, su neutralidad. En definitiva, estas dos últimas

sentencias marcan una pauta que, sin duda alguna, brindará un aire fresco en materia interpretativa, a la transversalidad de la perspectiva de género en el entorno comunitario europeo.

VII. CONCLUSIONES

Las acciones positivas, desde un plano jurisprudencial en clave comunitaria europea, son consideradas una excepción al principio de igualdad de trato, y cuya esencia es lograr la anhelada igualdad sustancial, orientada a la eliminación de las desigualdades de hecho, que impiden una efectiva igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito de la realidad social. Tales medidas se admiten condicionadas a observar los principios de flexibilidad, proporcionalidad y apertura, requisitos que en última instancia garantizarán su legitimidad como instrumentos de igualdad.

De tal modo, en la evolución de la jurisprudencia comunitaria europea, podemos distinguir una primera fase (*Kalanke*), en la que el TJ se pronunció abierta y negativamente, llevando a cabo una interpretación puramente formal del principio de igualdad, y rechazando aquellas medidas que de manera absoluta e incondicional, otorgaban tratamientos preferentes al sexo menos representado. Una segunda fase (*Marschall*), al sentar criterios interpretativos con un mayor matiz interpretativo, concretamente, *la cláusula de apertura*, como requisito de legitimidad. Con posterioridad, postula el requisito de que no concurren motivos de *rango jurídico superior* (*Badeck*), declarando que en los supuestos en que se otorgase preferencia en favor de las mujeres, la normativa debía garantizar que las candidaturas sean estimadas de manera objetiva, y a su vez, debiendo atender a las circunstancias particulares de naturaleza personal de cada uno de los candidatos. Finalmente, se explicita el condicionamiento de apreciar objetivamente las candidaturas y las circunstancias particulares de cada uno de los candidatos (*Abrahamsson*), criterios interpretativos reiterados (*Lommers, Briheche*).

Por su parte, en *Roca Álvarez* supera la tradicional titularidad exclusiva o preferentemente del permiso parental, atribuida a la madre trabajadora, resolviendo su disfrute indistintamente a hombres y mujeres, y combatiendo los determinismos sociales incompatibles hoy por hoy, sentando la urgente y necesaria corresponsabilidad en el efectivo reparto de cargas familiares y laborales (Yolanda Maneiro, 2013, p. 221). En *Maïstrellis* sienta criterios hermenéuticos de enorme peso jurisprudencial, al declarar el permiso de lactancia como condición de trabajo, destacando su carácter individual, intransferible y neutral (Eugenia Caracciolo, 2020, p. 73; Jesús María Chamorro, 2016, p. 138; Nuria Nieves, 2017, p. 101).

Podemos concluir afirmando que las posturas del TJ en lo tocante a acciones positivas en materia de igualdad real entre mujeres y hombres, perfilan una serie de condicionamientos y requisitos determinantes para legitimarlas y validarlas, desde una visión interpretativa, pero también, en su ámbito material. Al mismo tiempo que caracterizan una diversidad interpretativa plagada de *vaivenes* interpretativos, siguiendo un *patrón europeo* (Christian Dadomo y Noëlle N. R. Quéniwet, 2020, p. 145), rasgo que indudablemente abona, a la ya, de por sí, compleja visión, y sobre todo, aceptación de tales instrumentos de igualdad material, por parte de la Corte comunitaria. En este sentido, se torna más que imperativo *juzgar con ojos de mujer* (Mercedes Llorente, 2021, p. 78),

dada la esencia axiológica y teleológica de dichos instrumentos: favorecer a las mujeres con miras a la igualdad material. No se trata de un privilegio que suponga favorecer a unas y perjudicar a otros, sino alcanzar una igualdad real en la dimensión social de la Europa comunitaria.

No nos queda la menor duda que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la senda de la igualdad material entre mujeres y hombres de la Unión Europea, va marcando —como en la música— el compás, con sus criterios hermenéuticos, en *el ritmo* de la perspectiva de género, en ocasiones avanzando y retrocediendo a la vez, algunas veces con criterios y matices paradójicos, otros con sus claros oscuros interpretativos, todo ello da cuenta de la infinita casuística que suponen los casos reales que el Tribunal de Luxemburgo ha de interpretar, y como dice la canción *...caminante no hay camino, se hace camino al andar*.

VIII. REFERENCIAS

1. Libros y artículos

- ARIAS, Ángel (2001). La sentencia “Badeck” en el proceso de consolidación de las medidas de acción positiva. Comentario a la Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2000, Asunto C-158/97. *Noticias de la Unión Europea*, 195, 49-54.
- ARRIGO, Gianni y CASALE, Giuseppe (2017), *International Labour Law Handbook: From A to Z*. Giappichelli Editore.
- ATIENZA, Manuel (1996). Un comentario al caso Kalanke. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 19(6), 111-122, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10466/1/doxa19_06.pdf
- BALLESTER, María Amparo (1998). Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa. (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall). *Relaciones laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 725-751.
- BALLESTER, María Amparo (2012). La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria, *Lan Harremanak- Revista de Relaciones Laborales*, 25, 53-72.
- BALLESTER, María Amparo (2016). El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea, *Lex Social*, 6(1), 77-93, https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1656/1334
- BALLESTER, María Amparo (2017). La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea 1/de 26 de abril de 2017, *Lan Harremanak- Revista de Relaciones Laborales*, 38, 67-92. https://ojs.ehu.es/index.php/Lan_Harremanak/article/view/18893
- Ballestrero, María Vittoria (1997). A proposito di azioni positive. II. L’eguaglianza del signor Marschall. *Ragion Pratica*, 8, 97-108.
- BALLESTRERO, María Vittoria (2006). Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 59-76. <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2006.29.03>
- BELAVUSAU, Uladzislau y HENRARD, Kristin (2019). A bird’s eye view on EU anti-discrimination law: The impact of the 2000 equality directives. *German Law Journal*, 20, 614-636. <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/DBE7FE0BA2BD43816A0BEE38A7451E9D/S2071832219000531a.pdf/a-birds-eye-view-on-eu-anti-discrimination-law-the-impact-of-the-2000-equality-directives.pdf>

- BELL, Mark y WADDINGTON, Lisa (2011). Exploring the boundaries of positive action under EU law: A search for conceptual clarity. *Common Market Law Review*, 48(5), 1503-1526. DOI: [10.54648/cola2011059](https://doi.org/10.54648/cola2011059).
- BUSBY, Nicole y JAMES, Grace (2015). Regulating working families in the European Union: a history of disjointed strategies. *Journal of Social Welfare and Family Law*, 37, 3, 295-308. <http://dx.doi.org/10.1080/09649069.2015.1081217>
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2018). Igualdad efectiva de mujeres y hombres en la negociación colectiva. EN VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN y GARCÍA CAMPÁ, Santiago (dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la LO 3/2007*. Pamplona: Aranzadi.
- CAMPOAMOR, Ramón de. (1846). Las dos linternas. Poema de la obra Las Doloras. <https://body-knows.blogspot.com/2018/08/las-dos-linternas.html>
- CAPUCCIO, Laura (2011). Corte di giustizia: la non discriminazione in base al sesso e l'efficacia orizzontale delle direttive, *Quaderni Costituzionali*, 165-168.
- CARACCILO DI TORELLA, Eugenia (2020). One More Step Along the Way: The 2019 Work Life Balance Directive. *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 3, 70-81. <https://doi.org/10.4000/rdctss.803>
- CARLETTI, Cristina y PAGLIUCA, Mariella (2020). *Parità ed empowerment di genere: strumenti giuridici, programmi e politiche internazionali, regionali e nazionali*. Roma. TrE-Press.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando (2005). Crónica de jurisprudencia septiembre-diciembre 2004. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 9(20), 343-377.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María (2016). El permiso de lactancia como un derecho individual del funcionario y la consiguiente intrascendencia de la situación laboral del otro progenitor a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 24 de septiembre de 2015 y del caso Maïstrellis, C-222/14. *Actualidad administrativa*, 3, 33-38.
- CLERGERIE, Jean-Louis (2005). Discriminations positives et égalité de traitement. *Recueil Dalloz*, 5, 347-349.
- CLERGERIE, Jean-Louis (2005). Sentencia del TJCE, Sala Segunda de 30 de septiembre de 2004, asunto 319/03 Briheche, sobre las medidas de acción positiva y su compatibilidad con el derecho comunitario. *Revista de Derecho Social*, 32, 139-148.
- CÓRDOBA, Cristina (2004). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala segunda) de 30 de septiembre de 2004: Serge Briheche contra Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation Nationale y Ministre de la Justice. Petición de decisión prejudicial: Tribunal Administratif de Paris-Francia. Política social-igualdad de trato entre hombres y mujeres (...). *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, 18, 34-37.
- DADOMO, Christian y QUÉNIVET, Noëlle N. R. (2020). *European Union Law*, 3a. ed. Hall & Stott.
- DIEBALL, Heike (2000). Die Europäisierung des deutschen Arbeitsrechts und der geschlechterspezifische Gleichbehandlungsgrundsatz. *Arbeit und Recht*, 8(7), 263-264.
- DILLA, Ma. José (2005). Empleo público y acción positiva a favor de la mujer: límites. *Actualidad Laboral*, 1, 45-59.
- El País*. El Tribunal de la UE rechaza que la mujer tenga preferencia para la función pública. Declarada ilegal la ley sueca que permite el acceso femenino con menos cualificación (2000). https://elpais.com/diario/2000/07/07/sociedad/962920810_850215.html

- ELVIRA, Ascensión (2002). En torno a la jurisprudencia europea sobre la igualdad entre hombres y mujeres. En GARCÍA, Andrés y LOMBARDO, Emanuela (coords.), *Género y derechos humanos*, Zaragoza: Mira Editores.
- ESPARZA, Estefanía (2018). *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (2010). Discriminación no justificada basada en el sexo: el caso de la lactante autónoma ante el Tribunal de Justicia, *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (Diario)*.
- FERNÁNDEZ, Encarnación (2005). La jurisprudencia del Tribunal y la Directiva 2002/73/CE sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres. En VILATA, Salvador (ed.), *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del derecho*. Valencia: Universidad de Valencia.
- FLINDALL, Anne (2010). In the Spirit of Equality: Breastfeeding Leave for Men. *European Law Reporter*, 11.
- GARCÍA, José (2002). El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo (pp. 309-338). En Varios autores. *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GIMENO, Carlo y ROFES, María Isabel (1998). Crónica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: sentencia de 4 de noviembre de 1997, Parfums Christian Dior c. Evora, As. C-337/95 - Sentencia de 11 de noviembre de 1997, Marschall, As. C-409/95. *Cuadernos europeos de Deusto*, 18.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (2019). La conciliación desde la perspectiva del tiempo de trabajo en España: son malos tiempos para conciliar. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 273, 857-891. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.273-2.68633>
- HODAPP, Paul *et al.* (2002). Positive Action and European Union Law in the Year 2000. *Annual Survey of International & Comparative Law*, 8(1).
- KAPSAR, Marina (2021). Affirmative Action in the United States and Positive Action in the EU and Austria – A comparison. *Austrian Law Journal*, 2(5).
- KHÖLER, Peter A. (2000). Promotion of Equal Opportunities Between the Sexes, Selection of the Best, Merit System. Notes on ECJ Decision of 28 March 2000 Badeck *et. al.* v. Hessischer Ministerpräsident and 6 July 2000, Abrahamsson v. Fogelqvist. *The European Legal Forum*, 1(138).
- KÜCHHOLD, Kristina (2001). European development. Badeck - the third German reference on positive action. *Industrial Law Journal*, 30(1). <https://swab.zlibcdn.com/dtoken/65509e58c79e2a36edb460e5e0db4e6d>
- LEONE, Candida (2010). Towards a More Shared Parenthood? The Case of Roca Álvarez in Context, *European Labour Law Journal*, 1(4).
- LLORENTE, Mercedes (2021). *Justicia con perspectiva de género: el nuevo paradigma en la lucha contra la violencia de género*. Navarra: Aranzadi.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (2021). Las brechas retributivas derivadas del ejercicio de derechos de conciliación. En RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma y MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora Ma. (Dirs.) *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Barcelona: Bosch. <https://books.google.com.mx/books?id=vkduEAAAQBAJ&pg=PA117&dq=asunto+Roca+Alvarez&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjoserl6o37AhUSmGoFHVpnC-MQ6AF6BAGDEAI#v=onepage&q=asunto%20Roca%20Alvarez&f=false>

- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2010). El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez), *Diario La Ley* (7536).
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2019). Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 4(2), 39-49. <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4764>
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (2013). La titularidad indiferente del permiso de lactancia; el caso Roca Álvarez. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 213-228. https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/20366/2013_RMESS_Maneiro_Titularidad.;sequence=1&isAllowed=y
- MARTÍN, María Ángeles (1998). Medidas de tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia «Marschall». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18, 53, 313-336. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79614.pdf>
- MAZURANA, Steve et. al. (2002). “Badeck / Abrahamsson v. Fogelqvist / Schnorbus v. Land Hessen. *The American Journal of International Law*, 96(2), 453-460. <https://o-www-jstor-org.biblioteca-ils.tec.mx/stable/2693940?seq=1>
- MCCRUDEEN, Christopher (2019). Gender-Based Positive Action in Employment in Europe: A Comparative Analysis of Legal and Policy Approaches in the EU and EEA. *A Social Report*, European Unión. Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/271e827b-0435-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>
- MERINO, Amparo (2002). Las medidas de acción positiva en las condiciones de trabajo (Comentario a la STJCE, de 19 de marzo de 2002, Asunto C-476/99). *Revista de Derecho Social*, 19, 205-228.
- MOORE, Samantha (1996). Social Policy.- Nothing Positive from the Court of Justice. *European Law Review*.
- NIEVES NIETO, Nuria (2017). La conciliación de la vida laboral y familiar en el Derecho de la Unión Europea. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 133, 75-114. <https://presidencia.gva.es/documents/166658342/166725721/Ejemplar+133/31f85c66-cf37-4e67-9a12-e69ff66cof1f>
- OPPENHEIMER, Walter (1997, noviembre 11). El Tribunal Europeo declara legal la discriminación positiva de la mujer. Ante igual mérito, sólo en ciertos casos se beneficiará al hombre. *El País*. https://elpais.com/diario/1997/11/12/sociedad/879289210_850215.html
- PALOMINO, Rafael (2008). La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa. *Anuario de Derechos Humanos*, 9, 479-500. <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0808110479A/2071>
- PAZOS PÉREZ, Alexandre (2021). *Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital*. Madrid: Aranzadi/Civitas.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa (2005). Comentario a la Sentencia del TJCE -Sala segunda de 30 de septiembre de 2004, Asunto 319/03 Briheche, sobre las medidas de acción positiva y su compatibilidad con el Derecho Comunitario. *Revista de Derecho Social*, 32, 143-170.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa y ZAMBONINO, María (2008). La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de cláusulas sociales de género en la contratación de las administraciones públicas. *Revista de Derecho Social*, 43, 31-59.

- PORRET, Miquel (2010). La discriminación laboral y la gestión de la diversidad de los recursos humanos. *Revista Técnico Laboral*, 32(126), pp. 513-568.
- PRIETO PADÍN, Patricia (2021). *Excedencias familiares y trabajo*. Pamplona: Aranzadi.
- QUINTANILLA, Beatriz (1996). La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso 'Kalanke versus Glissmann'. *Actualidad Laboral*, 5, 145-159.
- RECHE TELLO, Nuria (2014). Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 24, 221-261.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (1996). Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación de los resultados. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 3-12.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (1997). Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marschall del TJCE. *Relaciones Laborales*, 22, 102-109.
- RUANO, Lucía (1995). Acciones positivas y discriminación positiva. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 227.
- RUÍZ, Alfonso (1996). La discriminación inversa y el caso Kalanke. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19(7), 123-140. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10467/1/doxa19_07.pdf
- SÁNCHEZ, Ma. Belén (2003). La política comunitaria contra la discriminación de la mujer en el trabajo. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- SASTRE, Rafael (2004). La acción positiva para las mujeres en el derecho comunitario. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 6, 47-68.
- SIERRA, Elisa (2000). Las medidas de acción positiva en la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Comentario a la STJUE de 28 de marzo de 2000, caso Badeck., *Revista de Derecho Social*, 12, 121-136.
- SIERRA, Elisa (2018). La discriminación de género en la relación laboral: igualdad formal, igualdad material y acción positiva. *Foro. Revista de Derecho*, 29, 49-64. <https://doi.org/10.32719/26312484.2018.29.3>
- SUAY, José (1985). *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- VIARENGO, Ilaria (2001). Principio di non discriminazione e azioni positive nel diritto comunitario: La Corte di giustizia supera l'indirizzo Kalanke? *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 37(1), 57-70.
- WADDINGTON, Linda y BELL, Mark (2011). Exploring the boundaries of positive action under EU law: A search for conceptual clarity. *Common Market Law Review*, 48(5), 1503-1526. https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/72537687/waddington_2011_exploring_t
- Normativa y documentación europea
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 15/3/2022. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, Eckhard Kalanke/Freie Hansestadt Bremen, (11/2/2022). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0088&from=EN>

Directiva 76/207 de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. (12/2/2022). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31976Lo207&from=ES>

Directiva 96/34 del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. <https://www.boe.es/doue/1996/145/L00004-00009.pdf>

Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE. <https://www.boe.es/doue/2010/068/L00013-00020.pdf>

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 15/3/202. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=es>.

Tratado de la Comunidad Europea, 15/3/2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11957E>

3. Jurisprudencia del TJUE

Asunto Kalanke C-450/93 (1995). Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 17 de octubre de 1995. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0450&from=LT>

Asunto Marschall C-409/95 (1997). Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 1 de noviembre. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0409&from=ES>

Asunto Badeck C-158/97 (2000). Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 28 de marzo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0158&from=RO>

Asunto Abrahamsson C-407/98 (2000). Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 6 de julio de 2000. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0407&from=NL>

Asunto Lommers C-476/99 (2002). Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 19 de marzo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0476&from=EN>

Asunto Briheche C-319/03 (2004). Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencia de 30 de septiembre. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0319&from=ES>

Asunto Roca Álvarez C-104/09 (2010). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 30 de septiembre de 2010. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83738&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=517850>

Asunto Maïstrellis C-222/14 (2015). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de julio de 2015. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165905&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=298411>

* Profesora e investigadora nacional en la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México. Correo electrónico: aida.figueroabl@uanl.edu.mx.



DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18091](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18091)

Recibido el 12 de septiembre de 2022
Aprobado el 23 de enero de 2023

LA IMPLEMENTACIÓN DEL PILAR III DE LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER EN VENEZUELA

THE IMPLEMENTATION OF PILLAR III OF THE RESPONSIBILITY TO PROTECT IN VENEZUELA

Hilda Adriana A. JIMÉNEZ GARCÍA*

ORCID: 0000-0001-7393-2528

Resumen:

Los debates sobre la implementación del Pilar III de la RdeP ha girado en torno al uso de la fuerza, invisibilizando las medidas políticas, económicas y legales que diferentes actores internacionales pueden adoptar para detener la comisión de atrocidades masivas. En este sentido, el presente artículo tiene como objetivos: 1) analizar los antecedentes, el surgimiento y vinculación del principio de la RdeP con el uso de la fuerza; 2) estudiar las medidas que se pueden adoptar bajo el Pilar III de este principio; 3) profundizar sobre la comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela, y 4) destacar las medidas adoptadas por diferentes actores internacionales en dicho país. Finalmente, se incluyen algunas reflexiones a manera de conclusiones.

Palabras clave:

Abstract:

The debates on implementing Pillar III of the R2P have revolved around the use of force, making invisible the political, economic, and legal measures that different international actors can adopt to stop the commission of mass atrocities. In this sense, this article aims to: 1. To analyze the backgrounds, the emergence and linkage of the principle of R2P with the use of force; 2. Study the measures that can be adopted under Pillar III of this principle; 3. Deepen the commission of crimes against humanity in Venezuela; and 4. Highlight the measures adopted by different international actors in that country. Finally, some reflections are included as conclusions.

Keywords:

Responsabilidad de Proteger, Venezuela, *Responsibility to Protect, Venezuela, crimes against humanity, Use of force, Economic, political, and legal measures.* crímenes de lesa humanidad, uso de la fuerza, medidas económicas, políticas y legales.

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Desgaste de las intervenciones humanitarias y nacimiento de la responsabilidad de proteger.* III. *Medidas en el ámbito de la responsabilidad de proteger.* IV. *Crímenes de lesa humanidad en Venezuela.* V. *Medidas económicas, políticas y legales en el caso de Venezuela.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

El 24 de octubre de 2005 la responsabilidad de proteger (RdeP) se consolidó en la estructura normativa de *Soft Law* de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) mediante la resolución A/RES/60/1 de la Asamblea General, denominada “Documento final de la Cumbre Mundial 2005”, en sus párrafos 138 y 139. Dicha resolución no define la RdeP, su alcance o su instrumentación. Adicionalmente, en la literatura no existe unanimidad al respecto, ya que diversos autores se refieren a la RdeP como norma emergente, doctrina, principio, herramienta de coordinación o compromiso político. No obstante lo anterior, se puede decir que la RdeP “es el reconocimiento de los Estados, de su deber primario de proteger a su propia población frente al genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes de lesa humanidad” (María Cecilia Añaños, 2009).

La RdeP establece un mecanismo de respuesta a la comisión de atrocidades masivas basado en tres pilares. Pilar I: la prevención que incluye la incitación a su comisión y la adopción de todas las medidas necesarias y apropiadas; pilar II: el apoyo subsidiario de la comunidad internacional en la obligación primaria del Estado de prevenir y generar capacidades de alerta temprana; y pilar III: la comunidad internacional, por medio de la ONU, tiene la responsabilidad de adoptar todas las medidas contempladas en los capítulos VI, VII y VIII de la Carta de la ONU, incluyendo el uso de la fuerza como último recurso y previa autorización del Consejo de Seguridad.

No obstante, más allá de los esfuerzos realizados por la ONU, las controversias sobre la instrumentación de la RdeP se han vinculado fuertemente al uso de la fuerza y han invisibilizado otras acciones que se pueden adoptar para detener los crímenes atroces, como son medidas —tanto cooperativas como coercitivas— en materia económica, política, militar y legal.

Al revisar la literatura existente sobre la RdeP, se observa que desde las primeras discusiones en la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (ICISS por sus siglas en inglés) los principios de soberanía estatal e intervención armada fueron objeto de controversia. En este sentido, la RdeP —interpretada por sus defensores— implica una nueva concepción de soberanía, que incluye el respeto a la soberanía de los Estados y el respeto a los derechos humanos de sus poblaciones. En este grupo de pensadores predomina la idea de soberanía como la obligación de los Estados de defender y proteger a su población.

En otros estudios se encontraron detractores que temen que la RdeP sirva a intereses neocoloniales como mecanismo para la consecución de las agendas occidentales. Éstos la consideran

como una nueva doctrina internacional creada para justificar el uso de la fuerza, como otra manera de llamar a las desprestigiadas intervenciones humanitarias.

Esta corriente insiste en la reivindicación del concepto tradicional de soberanía, ya que éste proporcionaba una protección parcial ante las potencias. En este sentido, autores como Ramesh Thakur (2016) o Thomas G. Weiss (2009) destacan los intereses estratégicos y geopolíticos — internacionales, regionales y nacionales— de las potencias en su instrumentación.

A estas discusiones se han incorporado otros elementos como consecuencia de las primeras acciones bélicas realizadas bajo la RdeP como la noción de proporcionalidad en el uso de la fuerza y la necesidad de establecer criterios previos a la toma de decisiones. Lo anterior derivado fundamentalmente del caso de Libia (2011).

A nivel regional se identifican diferentes posturas sobre la RdeP, basadas en contextos políticos, económicos, sociales y, sobre todo, principios ideológicos. La región constituye un crisol en el que conviven tres posturas, dos con una posición clara y definida, la bolivariana y la interamericana, y una tercera ecléctica, que toma elementos de las dos primeras.

La postura bolivariana, donde se ubica a Bolivia, Cuba, Nicaragua y Venezuela, considera la RdeP como una confabulación imperialista, utilizada por las grandes potencias, en particular por los Estados Unidos, para intervenir en los países más débiles, una suerte de versión remozada de la Doctrina Monroe (Sandro Adams, 2012), por lo que rechaza cualquier tipo de intervención extranjera.

La postura interamericana se encuentra integrada por la mayoría de los gobiernos latinoamericanos, como Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Perú y Uruguay. Estos impulsan la RdeP sin dejar de defender el principio de no intervención.

La postura ecléctica abarca a los Estados defensores de los derechos humanos, pero que no tienen una clara aceptación de la RdeP, por ejemplo, Brasil. Este país no está plenamente de acuerdo con la RdeP, por ello impulsó la doctrina de la responsabilidad al proteger o responsabilidad mientras se protege y la existencia de criterios previamente establecidos, fundamentalmente si está en juego una intervención militar.

Como se observa, el problema es que las controversias en cuanto a la instrumentación de la RdeP han girado en torno al uso de la fuerza, a pesar de que ésta no es la única medida que se puede implementar bajo este principio; de hecho, es el último recurso. Como hipótesis sostengo que los debates —al concentrarse en el empleo de la fuerza— invisibilizan la adopción de medidas políticas, económicas y legales, que diferentes actores internacionales utilizan para detener la comisión de atrocidades masivas en el marco del pilar III de la RdeP.

Por lo anterior, los objetivos de este artículo son: 1) analizar los antecedentes, surgimiento y vinculación del principio de la RdeP con el uso de la fuerza; 2) estudiar las medidas que se pueden adoptar bajo el pilar III de estos principios; 3) profundizar sobre la comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela; y 4) Destacar las medidas adoptadas por diferentes actores internacionales en dicho país.

Para comprobar la hipótesis, llevé a cabo una investigación documental, tanto para examinar diversos instrumentos jurídicos internacionales de *Hard Law* y de *Soft Law*, como para recabar evidencia empírica sobre las medidas adoptadas en el caso de estudio.

II. DESGASTE DE LAS INTERVENCIONES HUMANITARIAS Y NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

Después de la devastación en la Primera Guerra Mundial, se creó la Liga de las Naciones al amparo de la Conferencia de París de 1919; sin embargo, ésta fracasó con el estallido de la Segunda Guerra Mundial, por lo que al finalizar este conflicto internacional “se buscó diseñar un nuevo orden internacional que garantizara la paz y prohibiera el uso de la fuerza: nació así la ONU” (Chelsea O’Donnell, 2014, p. 559). Estos hechos marcaron un cambio en las estructuras, creencias y entendimientos intersubjetivos de los diversos actores de las relaciones internacionales. Dicha transformación se vio reflejada en el marco jurídico de la nueva organización.

Los Estados fundadores incluyeron dos excepciones a la prohibición del uso de la fuerza: la legítima defensa individual y colectiva (Carta de la Organización de las Naciones Unidas [ONU], 12/04/2022, artículo 51) y las resoluciones del Consejo de Seguridad (Carta de la ONU, 12/04/2022, artículo 42) con el voto aprobatorio de los cinco miembros permanentes (Estados Unidos de América, Francia, República de China —luego convertida en República Popular China—, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas —posteriormente Federación de Rusia— y Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

Con base en este sistema jurídico internacional y cobijado por la segunda excepción mencionada, el Consejo de Seguridad aprobó diversas intervenciones humanitarias fundadas en el deber de injerencia, es decir, en la firme convicción de que la comunidad internacional no puede permanecer inactiva cuando un gran número de seres humanos se encuentran sufriendo (Montaña Franco, 1993).

Así pues, en la práctica —de 1945 a 1990—, la referencia a las intervenciones humanitarias como mecanismo que facultaba a la comunidad internacional a ayudar a la población de los Estados fue casi nula. Este periodo “se caracterizó por las serias diferencias entre los grandes bloques ideológicos-militares, lo que frecuentemente se tradujo en el derecho de veto y la parálisis del Consejo de Seguridad” (Pinar Gözen, 2013, p. 23).

Fue en el escenario de la Posguerra Fría y desde principios de la década de los noventa, que se registró un inusitado incremento de intervenciones humanitarias, debido a la proliferación de emergencias complejas, caracterizadas por violaciones masivas a los derechos humanos en contextos de conflicto civil y del desmoronamiento del Estado (Conor Foley, 2021).

Las intervenciones se enfrentaron a conflictos que pusieron a prueba las capacidades de la ONU para prevenir y detener la comisión de atrocidades masivas y consolidar la paz (Silvia A. Perazzo, 2011). Así pues, los Estados pusieron mayor atención a su definición, naturaleza, condiciones de despliegue y mandato, pero sobre todo a su legalidad y conveniencia (Silvia A.

Perazzo, 2011), ya que la instrumentación de éstas generó un gran descontento en parte de la opinión pública internacional.

Se alzaron voces señalando que la ONU no intervenía lo suficiente; por el contrario, se escucharon críticas sosteniendo que lo hacía con demasiada frecuencia. En este sentido, las intervenciones humanitarias fueron perdiendo fuerza y prestigio. Se consideró que dichas intervenciones eran meras excusas para que las grandes potencias atropellaran a pequeños Estados, manipulando la retórica del humanismo y de los derechos humanos (Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados [ICISS], 2001).

Sin embargo, dos casos particularmente trajeron reclamos a la ONU: el genocidio de Ruanda de 1994 y el genocidio étnico de Srebrenica de 1995. En ambos casos estaba presente la ONU mediante la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Ruanda y la Misión de Paz de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas.

A lo anterior se le sumaron las críticas a la intervención de la Organización del Tratado del Atlántico Norte en Kosovo (1999), la cual no contó con la autorización del Consejo de Seguridad. Lo anterior desgastó la credibilidad ofrecida por las intervenciones humanitarias y generó importantes discusiones sobre la ausencia de un régimen legal específico para limitar el uso de la fuerza.

En este sentido, las intervenciones dejaron de contar con el apoyo de la comunidad internacional; sin embargo, el desafío de los crímenes atroces en contra de la población civil seguía vigente. Por lo tanto, dentro de la ONU se buscó cambiar el lenguaje y la maquinaria jurídica a fin de generar un nuevo mecanismo que permitiera prevenir y poner fin a las violaciones graves y masivas a los derechos humanos al interior de los Estados.

Fue Kofi Annan, entonces secretario general, que planteó —en su Informe del Milenio (2000)— que si la intervención humanitaria era un ataque inaceptable a la soberanía, entonces ¿cómo deberíamos responder a una Ruanda, a una Srebrenica?, ¿a violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que afectan cada precepto común de la humanidad? (Gareth Evans, 2004).

En consecuencia, en el Informe del Grupo sobre Operaciones de la Paz de la ONU de 2000 o Informe Brahimi —coordinado por Lakhdar Brahimi, presidente del Grupo, y adoptado mediante la resolución conjunta de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad A/RES/55/305-S/RES/809 (2000)— se plantearon dos iniciativas: 1) crear una Comisión de Seguridad Humana, y 2) crear una Comisión sobre Intervención y Soberanía de los Estados.

La primera debía desarrollar el concepto de seguridad humana a partir de la protección de las libertades vitales de las personas y proponer una serie de herramientas y programas de acción para proteger y potenciar las capacidades de los individuos. La segunda debía analizar la intervención humanitaria, enfatizando la responsabilidad de la comunidad internacional frente a poblaciones que estuvieran viviendo violaciones masivas a los derechos humanos (Leyla Carrillo, 2017).

Más adelante, a principios del 2000 los funcionarios de asuntos exteriores canadienses —Don Hubert, Heidi Hulan y Jill Sinclair— impulsaron la creación de la ICISS, cuyo objetivo principal fue

conciliar la necesidad de realizar intervenciones armadas para proteger a las poblaciones vulnerables con el principio de la soberanía estatal.

El trabajo de la Comisión se basó en la noción de que los Estados no están dispuestos o no pueden proteger a sus ciudadanos de violaciones graves a los derechos humanos, por lo que el principio de no intervención debía ceder espacio a la responsabilidad de amparar a la población por parte de la ONU (Jennifer Welsh *et al.*, 2002).

La ICISS presentó en 2001 el “Reporte de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados” y su volumen complementario. Este informe pretendía escapar de la lógica irresoluble de soberanía *versus* derechos humanos, al limitar el derecho de intervención. Así, la Comisión se enfocó en la protección de las personas con extrema necesidad y en las responsabilidades de varios actores para garantizar tal protección (Alex J. Bellamy, 2008).

En el informe se incluía la responsabilidad de reconstruir, esto es, ofrecer —particularmente después de una intervención militar— asistencia para la recuperación, la reconstrucción y la reconciliación, eliminando las causas del daño que la intervención pretendía atajar o evitar. Además, el informe incorporaba las definiciones de los cuatro crímenes que debía proteger la RdeP, siendo estas mucho más amplias que las adoptadas en el Estatuto de Roma de 1998. Asimismo, el informe abarcaba un marco regulatorio respecto a la intervención militar: 1) criterio mínimo (causa justa); 2) principios precautorios (intención correcta, último recurso, medios proporcionales y posibilidades razonables), y principios operacionales.

En consecuencia, la ICISS proporcionó los fundamentos intelectuales para la RdeP, gracias a sus esfuerzos para ampliar el significado de la soberanía e identificar un espectro de acciones para abordar el desafío de crímenes atroces, que iban desde la prevención hasta la reconstrucción posterior al conflicto (Emily Paddon y Jennifer Welsh, 2019).

Tres años después del informe de ICISS de 2001, se aprobó por la Asamblea General — mediante la resolución A/RES/59/565 del 2 de diciembre de 2004— el Informe del Grupo de expertos de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, titulado “Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos”. En dicho informe se señaló (párrafo 29 sobre “Soberanía y responsabilidad”) que los Estados, al suscribir la Carta de la ONU, no solo se beneficiaban de los privilegios de la soberanía, sino que asumían también sus responsabilidades (Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU], 2004).

En 2005 se adoptó el Informe del secretario general —mediante la resolución A/RES/59/2005 — denominado “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos”, en el que se hace referencia a la RdeP (párrafo 132). En dicho informe se reafirmó la necesidad de que los Estados rindieran cuentas ante su ciudadanía y ante los demás gobiernos, del respeto a la dignidad de las personas (AGNU, 2005a).

En ese mismo año, el 24 de octubre de 2005, la RdeP se consolidó e institucionalizó en el ámbito de la ONU, mediante la resolución A/RES/60/1 de la Asamblea General, llamada

“Documento Final de la Cumbre Mundial 2005” (párrafos 138 y 139) y “aprobada por unanimidad por los 191 jefes de Estado y de Gobierno” (Hugo I. Llanos, 2012, p. 130).

Cabe mencionar que el documento adoptado con base en esta premisa no es vinculante (Élodie Brun y Marie-Francoise Valette, 2016), sino que toma fuerza jurídica en aplicación de la propia Carta de la ONU, específicamente de sus capítulos VI, VII y VIII. Es importante señalar que se adoptó una versión más restrictiva que la propuesta en el Informe de ICISS de 2001; sin embargo, la aprobación de dicha resolución no fue sencilla, algunos Estados expresaron escepticismo o franca oposición a la RdeP, derivado de la posibilidad de adoptar medidas que impliquen el uso de la fuerza.

Estados como Argelia, Cuba, Irán, Pakistán, Venezuela y Zimbabue buscaron evitar el establecimiento de la RdeP en la resolución A/RES/60/1, al considerar que permitía a las organizaciones regionales y a las organizaciones internacionales interferir en los asuntos internos de los Estados.

De la misma manera, Estados como China, Filipinas, India y Rusia expresaron su escepticismo hacia la intervención armada como solución para detener la comisión de atrocidades masivas, aunque ello no necesariamente significó un rechazo al propósito fundamental de la RdeP: la prevención y detención de atrocidades masivas (Alex J. Bellamy, 2009).

No obstante, la RdeP recibió el apoyo tanto de países del Norte como del Sur, entre ellos: Argentina, Chile, Guatemala, México, Sudáfrica (Ricardo Arredondo, 2011), Canadá, Corea del Sur, Japón, así como de varios Estados Africanos y de la Unión Europea.

La adopción de la RdeP en el seno de la Asamblea General da cuenta de la emergencia de un nuevo consenso (Alex J. Bellamy, 2006), que refleja la convicción general de que los casos de violaciones graves a derechos humanos ya no deben tener lugar (Lisa-Marie Komp, 2013). Asimismo, representa uno de los mayores logros de las últimas décadas y un importante aporte en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (Hugo I. Llanos, 2012).

III. MEDIDAS EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

La adopción de la RdeP trajo como consecuencia el establecimiento de quiénes y en qué medida tienen la responsabilidad de prevenir y, en tal caso, detener las atrocidades masivas. Así pues, la RdeP a través de sus tres pilares compromete a diferentes actores en distintos niveles; sin embargo, para nuestro estudio únicamente profundizaremos en el pilar III.

Dicho pilar establece la responsabilidad de la comunidad internacional de tomar medidas oportunas y decisivas a través de medios diplomáticos, humanitarios y pacíficos y —en caso de que los medios pacíficos demostraron ser inadecuados y las autoridades nacionales manifiestamente no protegen a sus poblaciones— hacer uso de mecanismos más contundentes como el uso de la fuerza (Alex J. Bellamy, 2015).

Dichas medidas encuentran un fundamento jurídico vinculante en la Carta de la ONU. Aun cuando la RdeP no aparece textualmente en dicho tratado, este principio adquiere fuerza normativa ligada a la propia Carta, específicamente a los capítulos VI, “Arreglo pacífico de controversias”; VII, “Acción en caso de amenazas a la paz”; y VIII, “Acuerdos regionales” (AGNU, 2005b). En este sentido, todas las medidas adoptadas tienen como base y límite la Carta de la ONU y son tan diversas que se pueden adecuar a las características de cada situación particular (AGNU y al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas [CSNU], 2012).

Estas medidas pueden incluir una variedad de herramientas establecidas en los tres capítulos mencionados: políticas, económicas, jurídicas y militares, tanto cooperativas —que apelan a incentivos positivos a fin de que los perpetradores cambien su actuar— como coercitivas —que recurren al uso de la presión, o la amenaza y, teniendo como último recurso, al uso de la fuerza—. Sin intención de realizar una lista exhaustiva, se mencionan las siguientes:

- a) Medidas políticas: incluyen medidas cooperativas como negociación, investigación, mediación, conciliación (AGNU y CSNU, 2012), diplomacia preventiva, diálogo, misiones políticas, misiones de campo o *IN SITU*, misiones de constatación y apoyo a la promoción de los derechos humanos. También, medidas coercitivas como las amenazas o aplicación de sanciones políticas o diplomáticas, la condena unilateral o multilateral, los BOICOTS culturales o deportivos, la proscripción de individuos o de algún Estado de organizaciones internacionales —regionales o de carácter universal— o de grupos políticos.
- b) Medidas económicas: incorporan acciones cooperativas como el levantamiento de sanciones o embargos, el alivio de deudas o ayuda económica, el financiamiento, la inversión u otros incentivos comerciales. También, coercitivas como las sanciones económicas específicas, los embargos comerciales, los decomisos y la reducción o la suspensión de ayuda.
- c) Medidas legales: comprenden medidas cooperativas, como el monitoreo de cumplimiento de normas y leyes, las ofertas de amnistía, el arbitraje, el arreglo judicial (AGNU y CSNU, 2012) y referencias al sistema jurídico internacional vigente. Además de coercitivas como las investigaciones de derechos humanos, las amenazas de enjuiciamiento penal o el llevar ante la Corte Penal Internacional y el ejercicio de la jurisdicción universal.
- d) Medidas militares: abarcan medidas cooperativas, la ayuda y el entrenamiento militar, el fomento de confianza y la seguridad, las garantías de seguridad, la protección para los civiles, el despliegue consensual y preventivo. Como medidas coercitivas encierra los movimientos y las comunicaciones restringidas, mayor presencia militar en la región, la amenaza del uso de la fuerza y uso de la fuerza —como último recurso— en una intervención bélica no consentida.

Esta gama de acciones no debe sujetarse a procedimientos arbitrarios, secuenciales o graduados en los que *prime* la forma sobre el fondo y el proceso sobre los resultados (AGNU, 2009); es decir, no existe jerarquía entre estas medidas, ni un orden gradual, sino que se aplicarán de conformidad al caso concreto; la única indicación es que el empleo de la fuerza sea el último recurso y pueden ser implementadas por diferentes actores, dentro y fuera de la ONU.

Por lo anterior, la Asamblea General puede ejercer funciones en materia de la paz y la seguridad internacionales cuando, por el veto en el Consejo de Seguridad, este órgano no logre adoptar una resolución. En este sentido, en caso de comisión de atrocidades masivas, la Asamblea General puede considerar acciones de conformidad con la resolución A/RES/377(V) de 1950, titulada “Unión Pro Paz”, aunque éstas no tendrán fuerza jurídica obligatoria (AGNU, 2009).

Por otro lado, a partir de 2009 el secretario general —a través de sus informes— ha realizado importantes esfuerzos para conceptualizar, esclarecer y refinar los alcances de la RdeP a fin de hacerla operacional, dando a conocer los retos en su implementación y sus avances desde su adopción en la Cumbre Mundial de 2005 (Nicole B. Galindo, 2014).

Respecto al Consejo de Seguridad, cuenta con facultades para mantener la paz y la seguridad internacionales de conformidad con el artículo 24 de la Carta de la ONU y puede aprobar resoluciones que incluyan medidas específicas para casos concretos donde existan evidencias de la comisión de atrocidades masivas, mediante resoluciones vinculantes para los Estados parte de la organización (Carta de la ONU, 13/04/2022, artículo 25).

Es el Consejo de Seguridad quien debe considerar si las violaciones graves a los derechos humanos constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales, si es aplicable el capítulo VII y qué medidas se deben adoptar para abordar una situación (Lisa-Marie Komp, 2013). Las medidas que puede adoptar incluyen organizar visitas o misiones para observar la evolución de los acontecimientos en determinados lugares (Carta de la ONU, 14/03/2022, artículo 34); iniciar una denuncia universal y pública para llevar a los responsables de crímenes atroces ante la Corte Penal Internacional de conformidad con el artículo 13, inciso b, del Estatuto de Roma 1998 (Maartje Weerdesteijn y Barbora Holá, 2020); instar a las partes a tomar medidas provisionales de acuerdo con el artículo 40 de la Carta; realizar recomendaciones de conformidad con el artículo 39 de la Carta; examinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, realizar recomendaciones y adoptar medidas que no impliquen el uso de la fuerza de conformidad con el artículo 41 de la Carta, como interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radiográficas y otros medios de comunicación, la ruptura de relaciones diplomáticas (Carta de la ONU, 15/03/2022, artículo 41), congelación de activos financieros del gobierno y de miembros particulares de un régimen, imposición de prohibiciones para viajar, suspensión de créditos, ayudas y préstamos, control de la disponibilidad de bienes suntuarios, armas y materiales conexos y productos de gran valor (AGNU y CSNU, 2012).

Si el Consejo de Seguridad considerará que los medios pacíficos fuesen inadecuados, podrá recurrir a medidas coercitivas que impliquen el uso de la fuerza, de acuerdo con el artículo 42 de la Carta de la ONU (Lisa-Marie Komp, 2013), a través de las fuerzas aéreas, navales o terrestres. Dichas acciones podrán incluir demostraciones, bloqueos y operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de miembros de la ONU (Federico Supervielle, 2019).

También, el Consejo de Seguridad podría desplegar fuerzas multinacionales para establecer zonas de seguridad, imponer zonas de prohibición de vuelos y establecer presencia militar en la tierra y en el mar con propósitos de protección o disuasión (AGNU y CSNU, 2012). La Carta de la

ONU (artículo 43) prevé el establecimiento de una fuerza militar permanente a disposición del Consejo de Seguridad.

Asimismo, para llevar a cabo acciones bajo la RdeP se requiere el voto a favor de nueve miembros, incluidos los votos afirmativos de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. En otros términos, que los miembros permanentes no hagan uso de su derecho de veto. Sin embargo, puede haber abstenciones de alguno de ellos, lo cual puede permitir la adopción de las resoluciones (Carta de la ONU, 16/03/2022, artículo 27), como fue el caso de Libia, donde China y Rusia hicieron uso de la abstención constructiva y permitieron la aprobación de resolución S/RES/1973 y el uso de la fuerza en dicho país.

Por otro lado, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU se ha referido a la responsabilidad de los Estados de proteger a sus poblaciones, por ejemplo, en sus resoluciones sobre Libia y Siria. También, ha realizado investigaciones en diversos Estados en los cuales puede haber comisión de atrocidades masivas.

Adicionalmente, puede nombrar a relatores especiales o expertos independientes que asesoran a este órgano colectivo sobre una situación específica; determinar si un Estado parte de la ONU está infringiendo normas de derecho internacional de los derechos humanos y establecer diálogo con el Estado en donde se estén cometiendo crímenes atroces (AGNU y CSNU, 2012).

Además, la RdeP asigna a las organizaciones regionales un papel importante respecto a las medidas establecidas en el pilar III, ya que las organizaciones regionales cuentan con facultades, en virtud del capítulo VIII de la Carta, mediante las cuales pueden adoptar acciones —dentro de sus competencias y jurisdicción— que tengan que ver con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (ICISS, 2001).

Las organizaciones regionales podrán aplicar medidas coercitivas bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, no pudiendo adoptar éstas sin el consentimiento de dicho órgano y con la obligación de mantener a éste informado de las actividades emprendidas (Carta de la ONU, 15/03/2022, artículos 53 y 54).

Es relevante destacar que las acciones de las organizaciones regionales no se limitan a las medidas coercitivas, ni deben verse como una condición previa para la eventual intervención militar por parte del Consejo de Seguridad (Hugo I. Llanos, 2012), ya que —aunque no lo estipula el capítulo VIII— es fundamental la cooperación entre la ONU y las organizaciones regionales en materia de prevención (Pilar I y II) y protección (Pilar III) (AGNU Y CSNU, 2011). Estas organizaciones —debido a su proximidad geográfica— pueden monitorear contextos de riesgo y violaciones graves a derechos humanos (Hugo I. Llanos, 2012) y realizar informes que son considerados por el Consejo de Seguridad para tomar acciones; determinar los hechos, realizar buenos oficios, mediar para la solución pacífica de conflictos, suspender la condición de miembros a países donde se están cometiendo atrocidades masivas, y en general todos los mecanismos previstos en los capítulos VI y VIII de la Carta (AGNU Y CSNU, 2011).

Otro actor importante en la instrumentación de la RdeP es la Corte Penal Internacional — órgano jurisdiccional independiente, que no forma parte del sistema de la ONU—, cuya labor es fundamental tanto en la prevención (Pilares I y II) mediante la amenaza a los perpetradores de ser llevados ante ésta (Hilda Jiménez, 2021), como en los esfuerzos por fincar responsabilidad penal individual (Pilar III) (AGNU Y CSNU, 2011), así como poner fin a la impunidad de quienes cometen crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio o depuración étnica (AGNU y CSNU, 2012).

Aunado a lo anterior, los Estados pueden imponer medidas —de manera unilateral— a otros países bajo el amparo del artículo 52 inciso 2 de la Carta de la ONU, que insta a los Estados miembros a realizar todos los esfuerzos posibles para lograr un arreglo pacífico en controversias antes de llevar un caso ante el Consejo de Seguridad (Carta de la ONU, 16/03/2022, artículo 52).

Los Estados pueden impulsar acciones dentro de la RdeP a través de mecanismos pacíficos como las sanciones selectivas o discriminatorias, los condicionamientos impuestos a armas, límites al uso de mercenarios, restricciones financieras y de viajes (AGNU y CSNU, 2011). También, los Estados pueden adoptar las medidas establecidas en el artículo 33 de la Carta, tales como la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección (Carta de la ONU, 22/04/2022, artículo 33).

En cuanto al uso de medidas coercitivas, no se puede descartar la posibilidad de que un Estado o grupo de Estados se “vayan por la libre” en el ejercicio del uso de la fuerza sin autorización del Consejo de Seguridad, lo cual carecería de base jurídica dentro del derecho internacional público y se realizaría en contra de lo establecido en la Carta de la ONU (*hugo I. Llanos, 2012*).

IV. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN VENEZUELA

A partir del ascenso del Nicolás Maduro a la presidencia de la república en 2013, el gobierno se caracterizó por la acumulación de poder en el Ejecutivo, lo cual impactó en el deterioro de las garantías de los derechos humanos, permitiendo que el gobierno pudiera intimidar, censurar y enjuiciar a sus opositores. Lo anterior socavó la capacidad de los jueces de pronunciarse imparcialmente en casos políticos y obligó a periodistas y defensores de los derechos humanos a medir las posibles consecuencias de publicar información u opiniones críticas sobre el gobierno (Human Rights Watch [HRW], 2015).

Durante ese año se registraron violaciones a los derechos humanos, demandas del sector universitario, escasez y desabastecimiento de alimentos, de productos de higiene personal y de servicios básicos, se registraron saqueos y actos vandálicos en contra de centros de expedición de alimentos y locales comerciales (Observatorio Venezolano de Conflictividad Social [OVCS], 2013).

Para 2014 se acrecentó la inestabilidad social, siendo un periodo marcado por manifestaciones antigubernamentales generalizadas. Entre febrero y mayo de ese año se intensificó la represión de las protestas en respuesta a los altos niveles de inflación, la gran inseguridad y la escasez de

productos (Organización de Estados Americanos [OEA], 2020), lo anterior derivado de la caída de los precios del petróleo que afectó la economía venezolana.

En ese mismo periodo, el número de muertos causados por la represión de las movilizaciones —que se prolongaron durante más de tres meses— fue 43, según cifras oficiales (Patricia García, 2013). Durante 2014, según el Informe Anual del Ministerio Público de 2014, ingresaron a la Dirección de Protección de Derechos Fundamentales 8,049 casos de presuntas violaciones a los derechos humanos. No obstante, solo se realizaron 105 juicios, lo que representó el 1.3% de todos los juicios, en otras palabras, el 98.7% de los casos no llegó a fase de juicio (Coalición de ONG, 2015).

En 2015, aunque las protestas no fueron tan frecuentes como las de 2014, se contabilizaron 5.851 (OVCS, 2016). A ello se sumó el aumento de las huelgas y otro tipo de conflictos laborales, los cuales a menudo también involucraron a empleados del sector público (Raúl A. Sánchez, 2016). El Reporte Anual del Observatorio Venezolano de Violencia señaló que hubo casi 28,000 asesinatos, lo cual llevó la tasa de homicidios a —aproximadamente— 90 por cada 100,000 habitantes y situó a Venezuela como el país más violento del continente americano (Observatorio Venezolano de Violencia [OVV], 2015).

En ese año se crearon las Operaciones de Liberación del Pueblo integradas por fuerzas de seguridad militares, policiales, de la Guardia Nacional Bolivariana y de los servicios de inteligencia venezolana (HRW, 2016). Estas operaciones fueron implementadas en zonas populares de las urbes más importantes del país (Raúl A. Sánchez, 2016).

El reporte de Amnistía Internacional de 2015 señaló que, hasta junio de dicho año, se habían desarrollado más de 135 operaciones de este tipo, las cuales incluyeron redadas y otras formas de abusos policiales, tales como robo, hurto y posibles ejecuciones extrajudiciales. De igual modo, Amnistía Internacional reportó que en el marco de las Operaciones de Liberación del Pueblo, aproximadamente 90% de las 4,000 personas detenidas durante los primeros tres meses de los operativos fueron posteriormente liberadas sin cargos penales, lo cual permite suponer que una gran parte de estas detenciones fueron, en efecto, arbitrarias (Amnistía Internacional [AI], 2016).

Para 2016 aumentó el desabasto en supermercados, cadenas de farmacias y centros de acopio, por lo cual —desde enero de ese año— el gobierno venezolano anunció una serie de iniciativas destinadas a abordar la escasez. Estas iniciativas incluyeron medidas para aumentar la producción local de medicamentos, de insumos médicos y de alimentos críticos (HRW, 2016).

No obstante, en el marco de la crisis humanitaria, el 1 de mayo de 2017, a través del decreto presidencial número 2830, Maduro convocó a elecciones para el establecimiento de la Asamblea Nacional Constituyente, con la finalidad de redactar una nueva Constitución, que sustituiría a la de 1999, promovida por el entonces presidente Hugo Chávez (Albinson Linares, 2017). En respuesta, sectores opositores rechazaron su anuncio y expresaron su inconstitucionalidad.

Por lo que, el 16 de julio de ese año, la Mesa de Unidad Democrática, coalición que agrupa a varios de los partidos opositores del país, llamó a una consulta popular, cuyo resultado fue que 7,535,529 —del total de votantes—, aproximadamente 28 millones de venezolanos, rechazaron la

integración de la Asamblea Nacional Constituyente. El gobierno desconoció los resultados y el 30 de julio se realizaron elecciones para elegir a los 545 constituyentes. Ese mismo día se reportaron quince muertos a raíz de la realización de diversas protestas civiles. No obstante, el 4 de agosto se instaló la Asamblea y el 6 del mismo mes, un grupo de militares tomaron por asalto El Fuerte Paramacay, Municipio Naguanagua, del Estado de Carabobo.

Lo anterior irritó a la oposición y recrudeció las divisiones políticas. Los oponentes del gobierno denunciaron la falta de legitimidad democrática y la erosión en las estructuras del Estado: la existencia de una crisis política era evidente.

Para 2018 Venezuela se había transformado en un Estado con un proceso de desintegración acelerada de las estructuras estatales, donde reaparecieron enfermedades erradicadas, el hambre en el país era apremiante y los niveles de criminalidad eran los más altos de América Latina (El Cronista, 2019). Esta situación tan crítica fue “la causa fundamental por la que más de 4 millones de venezolanos han abandonado el país” (Cristhian Rojas *et al.*, 2021).

No obstante, el 20 de mayo de 2018 se realizaron elecciones presidenciales en las que resultó electo nuevamente Nicolás Maduro para el periodo presidencial 2019 a 2025. Este hecho fue desconocido por la oposición venezolana (International Crisis Group [ICG], 2020), por lo que Juan Guaidó, presidente de la Asamblea Nacional, asumió —en 2019— el cargo de presidente encargado, estableciéndose un doble Poder Ejecutivo en el país, lo cual generó más protestas y mayor violación de derechos humanos.

En este sentido, en 2019 la situación de derechos humanos en Venezuela era alarmante. En el país existía una violación —sistemática, directa e indirecta— de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, en un contexto de crisis política, económica, social y humanitaria (HRW, 2019).

Para 2020, cuando se declara oficialmente —en marzo— el arribo de la pandemia de SARS-CoV-2 a Venezuela:

los desarreglos de la economía, los servicios públicos y otros ámbitos de la gestión del Estado seguían deteriorándose y alcanzaban ya una situación catastrófica. Habían transcurrido ya siete años continuos de contracción de la producción. Al cierre de 2020, el achicamiento del Producto Interno Bruto con relación a 2013 llegaba al 80% (Margarita López, 2021).

A lo anterior, se sumó también el deterioro de la infraestructura de salud y de servicios público, generando la necesidad de la dirección del gasto público hacia estos sectores (Alberto G. Castellano, 2020). Desde los primeros casos de la enfermedad COVID-19, provocada por el virus SARS-CoV-2, el gobierno de Nicolás Maduro emitió el 13 de marzo de 2020, el decreto número 4.160 —Decreto de Emergencia Económica y Estado de Excepción— que contempló el “Estado de Alarma” para atender la emergencia sanitaria.

Esta medida se aplicó —en un primer momento— al Distrito Capital y seis de los veintitrés Estados. Ese decreto retiró del Legislativo —donde las fuerzas opositoras tenían mayoría— sus facultades en materia económica y de seguridad, para otorgarlos al Ejecutivo (Margarita López, 2021). Posteriormente, el gobierno extendió el confinamiento a todo el país y “se adoptaron medidas

como el cierre de escuelas, liceos, universidades, centros comerciales, estadios e iglesias, entre otros establecimientos. Solo permanecerían abiertos expendios de alimentos y medicinas” (Luis A. Hernández, 2021, p. 75).

El mismo día que se emitió el primer decreto sobre el COVID-19, el ministro de Relaciones Exteriores informó que los organismos de seguridad del Estado serían a ser controlados por las Fuerzas Armadas para dirigir un solo plan de emergencia. El ministro de Defensa también declaró que las Fuerzas Armadas controlarían el tránsito mientras la sociedad se acostumbraba al confinamiento. Así, la pandemia justificó la mayor militarización del país (Margarita López, 2021).

Asimismo, el gobierno implementó un seguimiento a la población mediante el Sistema Patria, recabando información sobre diversos aspectos de su vida, invadiendo la privacidad y ejerciendo control sobre la ciudadanía:

En estos tiempos de pandemia, el sistema solicita a los usuarios, a través de una encuesta, información referente a su historial médico, tipos de enfermedades que padece, los medicamentos que usa, hasta su estado psicológico frente al COVID-19. El ciudadano ofrece al gobierno un sistemático cuadro clínico y psicológico de su vida a cambio de obtener ayuda económica (Edixela Burgos, 2020).

La pandemia de SARS-CoV-2 fue utilizada por el gobierno de Nicolás Maduro para incrementar la represión política, exacerbando la emergencia sanitaria. En este sentido, el 2020 fue un año importante para la determinación de las violaciones masivas de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad en el Estado Venezolano.

Como se observa, es en el marco del agravamiento de la situación política, económica, social, migratoria, humanitaria y sanitaria del Estado venezolano que se llegó a la comisión de crímenes de lesa humanidad, entre los que se pueden mencionar los asesinatos que tuvieron lugar durante diversas protestas contra el gobierno —perpetrados por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado o los colectivos— ejecuciones extrajudiciales, detenciones arbitrarias, encarcelados u otras medidas severas de privación de libertad física, desde las elecciones presidenciales de 2013 (OEA, 2018) hasta 2022.

V. MEDIDAS ECONÓMICAS, POLÍTICAS Y LEGALES EN EL CASO DE VENEZUELA

En respuesta a la comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela, diversos actores internacionales impulsaron y adoptaron diversas medidas de la caja de herramientas de la RdeP para detener a los perpetradores. En este sentido, sin intención de ser exhaustiva, solo con el ánimo de comprobar mi hipótesis, en las siguientes líneas destaco algunas de las medidas políticas, legales y económicas que se han impuesto a Venezuela.

En el marco de la ONU se han promovido medidas políticas y legales cooperativas. El secretario general, Antonio Guterres —quien llegó al cargo en enero de 2017— impulsó como mecanismo de solución pacífica el diálogo político, realizó diversas declaraciones y apoyó —en 2017— una reunión exploratoria entre el oficialismo y la oposición efectuada en República Dominicana. Un año más

tarde, en 2018, estuvo atento al proceso electoral venezolano, siempre manteniendo una postura moderada (Élodi Brun, 2019).

Además, Guterres ofreció su colaboración como mediador —si, todas las partes en conflicto se lo solicitan— señalando que “la única vía para abordar la compleja situación que prevalece en Venezuela es el diálogo para la negociación, desde una perspectiva de respeto al derecho internacional y a los derechos humanos” (Secretaría de Relaciones Exteriores [SRE], 2019).

Por su parte, la alta comisionada en materia de derechos humanos, la antigua presidenta de Chile, Michelle Bachelet —quien asumió el cargo en 2018— por mandato del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, presentó un informe en 2019 denunciando la militarización de las instituciones estatales en la última década, señalando que:

tanto a fuerzas civiles como militares se les atribuye la responsabilidad de detenciones arbitrarias, malos tratos y torturas a críticos del Gobierno y a sus familiares, violencia sexual y de género perpetrada durante los periodos de detención y las visitas, y uso excesivo de la fuerza durante las manifestaciones (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH], 2018).

Por otro lado, el 27 de septiembre de 2019, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la resolución A/HRC/RES/42/25 que estableció la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Venezuela con el mandato —en un año— de investigar las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, cometidos en Venezuela desde 2014. En septiembre de 2020 la misión presentó su informe en el que reportó:

que tanto el gobierno, como los agentes estatales y los grupos que trabajaban con ellos han cometido violaciones flagrantes de los derechos humanos en ese país. El informe del grupo de expertos indicó que el presidente Nicolás Maduro y los ministros del Interior y de Defensa tenían conocimiento de los crímenes (Organización de las Naciones Unidas [ONU] News, 2020).

Respecto a la actuación del Consejo de Seguridad, ésta se encuentra dividida, lo cual ha dado como consecuencia el bloqueo de este órgano. Por un lado, el 28 de febrero de 2019 Estados Unidos —durante el mando del entonces presidente Donald Trump— presentó un proyecto de resolución en el que llamaba a la celebración de elecciones en Venezuela, reconocía al presidente de la Asamblea Nacional, Juan Guaidó, como presidente encargado del país y solicitaba que pudiera ingresar la ayuda humanitaria. Por otro lado, Rusia patrocinó otra propuesta, en la que abogaba por el diálogo entre el gobierno y la oposición venezolana mediante el Mecanismo de Montevideo, así como la entrada de ayuda humanitaria con base en los principios de humanidad, neutralidad, imparcialidad e independencia de la ONU (ONU News, 2019).

La propuesta estadounidense recibió nueve votos a favor, tres en contra, dos de ellos de Rusia y China, y tres abstenciones. En tanto que la propuesta de Rusia —auspiciada por el presidente Putin— obtuvo cuatro votos a favor, siete en contra y cuatro abstenciones. Estas posturas encontradas han limitado la actuación del Consejo de Seguridad, bloqueando toda la gama de medidas que puede adoptar en el marco de la Carta mediante los artículos 41 y 42.

A nivel regional, un actor fundamental que ha dado seguimiento puntual a la situación venezolana ha sido el Grupo de Lima. Este grupo informal, político y *ad hoc* nació el 8 de agosto de

2017, en Lima, Perú, con la reunión de cancilleres y representantes de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay y Perú, con el objetivo de generar un foro de diálogo, coordinación y concertación, con el fin de buscar soluciones para la restauración de la democracia en Venezuela.

El Grupo de Lima adoptó medidas políticas coercitivas, condenando —a través de diversas declaraciones— los crímenes de lesa humanidad cometidos en Venezuela. Asimismo, impulsó medidas legales coercitivas, llamando a generar alianzas

para incrementar la presión sobre el régimen de Maduro, promoviendo un mayor involucramiento de diferentes instancias y actores multilaterales de tipo extrarregional, con mayor capacidad de coerción, tales como la Corte Penal Internacional, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU e incluso el Consejo de Seguridad (Carlos A. Chaves y Catherine Ortiz, 2020, p. 185),

Así, el Grupo de Lima pasó de una diplomacia mediadora a una confrontacional; sin embargo, en todo momento se mantuvo en contra de una intervención militar.

A lo anterior se sumó la iniciativa de seis Estados americanos partes del Estatuto de Roma de 1998 (Argentina, Canadá, Colombia, Chile, Paraguay y Perú) que —el 27 de septiembre de 2018— llevaron ante el Fiscal de la Corte Penal Internacional el caso de Venezuela a fin de que iniciara una investigación por la comisión de crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en dicho Estado desde el 12 de febrero de 2014 (The Office of the Prosecutor, 2020). Lo anterior abonando a las medidas legales coercitivas impulsadas para detener los crímenes de lesa humanidad.

Al otro lado del mundo, la Unión Europea —mediante sus diversos órganos— ha impulsado e instrumentado diversas medidas políticas de cooperación, así como económicas coercitivas. Desde febrero de 2014 el Parlamento Europeo adoptó distintas resoluciones al denunciar y condenar los actos de violencia cometidos en Venezuela. Por lo anterior, durante 2014 y hasta 2020, el Parlamento Europeo emitió un total de once resoluciones que reflejaron la constante crítica al gobierno venezolano.

Por ejemplo, el 27 de febrero de 2014 el Parlamento Europeo aprobó una resolución donde condenó todos los actos de violencia y la trágica pérdida de vidas humanas durante las manifestaciones pacíficas del 12 de febrero de 2014 y solicitó aclaraciones sobre los fallecimientos registrados, con la finalidad de exigir responsabilidad de los autores de estos actos.

A lo anterior se sumaron las declaraciones de *Lady* PESC, Federica Mogherini —en ese entonces alta representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad— que, en septiembre de 2019, reconoció la crisis venezolana y rechazó enérgicamente el uso de la fuerza: “creemos que ante crisis como la de Venezuela no hay una solución militar, porque la única salida real de la crisis debe ser pacífica y democrática” (Enrique Serbeto, 2019).

Además de eso, Mogherini realizó una propuesta a la que se sumaron ocho países europeos (Alemania, España, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia) y tres países latinoamericanos (Costa Rica, Ecuador y Uruguay) lanzando —en 2019— un llamado para la creación del Grupo Internacional de Contacto con un plazo de noventa días para alcanzar una solución venezolana. Esta propuesta rápidamente ganó consenso y sumó un amplio apoyo

internacional, convirtiéndose en una “de las iniciativas más importantes de Federica Mogherini” (Geoff Ramsey y David Smilde, 2020, p. 11).

Este grupo tuvo su primera reunión de carácter multilateral sobre la crisis de Venezuela el 7 de febrero de 2019 en Montevideo, Uruguay, con el objetivo de “establecer las garantías necesarias para un proceso electoral creíble, en el marco temporal más inmediato posible, y permitir la entrega de asistencia humanitaria” (Geoff Ramsey y David Smilde, 2019). No obstante, cuando este grupo envió una misión técnica a Venezuela para proponer la organización de nuevas elecciones, ninguna de las dos partes estaba lista para llevar adelante esta encomienda.

Otro órgano que intervino fue el Consejo Europeo, quien también denunció la comisión de crímenes de lesa humanidad como medida política coercitiva y adoptó diversas sanciones económicas selectivas. Es el caso de la Decisión (PESC) 2017/2074 “Relativa a Medidas Restrictivas habida cuenta de la Situación en Venezuela” —del 13 de noviembre de 2017—, en la cual impuso “medidas restrictivas específicas a determinadas personas físicas y jurídicas responsables de graves violaciones o abusos de los derechos humanos o de actos de represión contra la sociedad civil y la oposición democrática”, así como “medidas restrictivas consistentes en la prohibición de exportar armas a Venezuela”, a fin de evitar actos violentos (Consejo Europeo [CE], 2017). Es importante señalar que el Consejo Europeo emitió —entre 2016 y 2019— ocho declaraciones sobre Venezuela, haciendo un llamado al diálogo (Anna Ayuso y Susanne Gratius, 2020).

Otro esfuerzo europeo fue la mediación de Noruega (medida política cooperativa), hecho que salió a la luz pública “a mediados de mayo cuando medios internacionales informaron que tanto el gobierno de Maduro como la oposición habían enviado representantes a Oslo, Noruega, para participar en negociaciones facilitadas por el gobierno noruego” (Geoff Ramsey y David Smilde, 2019, p. 11).

Sin embargo, esta mediación tuvo problemas en 2019, cuando Nicolás Maduro se retiró al argumentar la injerencia de los Estados Unidos, por el endurecimiento de las sanciones a Venezuela (Anna Ayuso y Susanne Gratius, 2020). Posteriormente, se retomaron las negociaciones en 2021, con sede en México, donde se llegó a dos acuerdos preliminares; sin embargo, éstas se suspendieron nuevamente —por parte del oficialismo— luego de que Cabo Verde extraditara al empresario colombiano Alex Saab a los Estados Unidos por cargos de lavado de dinero (Reuters, 2021).

Por otra parte, la postura de los Estados Unidos ha sido de rechazo al gobierno de Nicolás Maduro, adoptando medidas selectivas y económicas coercitivas. En diciembre de 2014, como una respuesta a lo que el Congreso estadounidense llamó “una escalada represiva”, este organismo emitió la ley: “Defensa a los derechos humanos y civiles de la sociedad venezolana”, con el objetivo de sancionar a quienes se vieron involucrados en la represión estatal a las protestas de 2014.

Ello implicó que el entonces presidente Obama bloqueara activos y prohibieron la entrada a los Estados Unidos de personas responsables de la erosión de las garantías de los derechos humanos, la persecución política y las limitaciones a la libertad de prensa (Manuel Sutherland, 2018). En agosto de 2017 el entonces presidente Trump emitió la Orden Ejecutiva (OE) 13,808, mediante la cual impuso sanciones financieras contra el gobierno de Venezuela. En ellas se prohibió que personas

estadounidenses —o relacionadas con los Estados Unidos— pudieran negociar o reestructurar bonos de PDVSA (Federal Register, 2017). Además, fue a partir de 2017 que el gobierno de los Estados Unidos impulsó sanciones económicas como resultado de la violación sistemática de derechos humanos por parte del régimen de Nicolás Maduro (Luis A. Hernández, 2021).

Es importante mencionar que los Estados Unidos, el secretario general de la OEA y Juan Guaidó —presidente encargado venezolano— pusieron sobre la mesa el uso de la fuerza armada como una posible respuesta a los crímenes de lesa humanidad en dicho país; no obstante, estos esfuerzos no prosperaron.

Desde 2017 el entonces presidente Trump planteó la posibilidad de una intervención militar instigada externamente para destituir al presidente en funciones (Julia Buxton, 2018). En septiembre de 2018 Trump volvió a reiterar esta postura al señalar que “Todas las opciones están sobre la mesa. Todas. Las fuertes y las no tan fuertes. Todas, y sabes a qué me refiero con fuertes” (Infobae, 2018).

En el mismo sentido, Luis Almagro, que —desde que asumió el cargo de secretario general de la OEA— se erigió como un feroz crítico del gobierno de Nicolás Maduro, señaló, en un comunicado de prensa denominado “La responsabilidad de proteger en las Américas” —del 21 de marzo de 2019—, que “la Responsabilidad para Proteger ha revivido en el derecho internacional, en todos los lugares del mundo, en América Latina, por la crisis de Venezuela. Esencialmente, porque ninguna situación de crímenes de atrocidad nos puede ser indiferente” (OEA, 2019).

De igual manera, Juan Guaidó —presidente encargado de Venezuela— ha solicitado en diversas ocasiones la instrumentación de la RdeP. Cabe destacar su discurso del 25 de septiembre de 2020 —paralelo a la sesión 75a. de la Asamblea General— en donde sostuvo: “Hoy les pido a todos los representantes de Estados miembros que asuman la responsabilidad de asistir al gobierno legítimo de Venezuela en su misión de proteger al pueblo venezolano, y considerar una estrategia que contemple escenarios luego de agotada la vía diplomática” (Ymarú Rojas, 2020).

VI. CONCLUSIONES

Es importante destacar que el Pilar III de la RdeP —a pesar de ser el más controvertido a nivel internacional— no lo es en el ámbito del derecho internacional, ya que no crea nuevas excepciones al uso de la fuerza, sino que organiza y da coherencia a las facultades consagradas en la Carta de la ONU —ya sea para sus órganos o para otros sujetos de la comunidad internacional— para adoptar todas las medidas a su alcance a fin de detener los crímenes atroces.

No obstante, el uso de la fuerza como una de las posibles medidas que puede utilizar la comunidad internacional para detener la comisión de atrocidades masivas ha tenido como consecuencia que —por lo general— los debates sobre la RdeP se centren en la acción bélica, invisibilizando otras medidas militares, políticas, económicas y legales, que se pueden adoptar bajo el paraguas del Pilar III de la RdeP.

No es difícil comprender que las controversias se concentren en dicho tema, ya que desde los antecedentes y el surgimiento de la RdeP, éste se encuentra vinculado a las intervenciones humanitarias de los noventa, así como a las discusiones sobre los principios de soberanía nacional y de no intervención. Sin embargo, el Pilar III va más allá de la acción militar y establece una gama de medidas —tanto cooperativas como coercitivas— para detener a los perpetradores de atrocidades masivas.

En el caso particular de Venezuela, se han llevado a cabo diversas medidas económicas, políticas y legales que se encuentran dentro de la caja de herramientas de la RdeP y que —en muchas ocasiones— han quedado invisibilizadas, generando la impresión de que no se está instrumentando ésta a pesar de los crímenes de lesa humanidad. No obstante que Venezuela ha sido objeto de mecanismos empleados desde la RdeP a través de los distintos actores que la instrumentan.

Desde grupos políticos *ad hoc*, como el Grupo de Lima, que ha procurado exhaustivamente el diálogo para la restauración de la democracia y el respeto a los derechos humanos, así como la implementación de medidas de carácter legal y político coercitivo; organizaciones regionales como la Unión Europea —que a través de sus diversos funcionarios e instituciones— han realizado denuncias e implementado sanciones económicas; organizaciones internacionales como la ONU —a través de la actuación de sus altos funcionarios—, han impulsado la solución pacífica; el Grupo Internacional de Contacto, que buscó solución a los crímenes del Estado venezolano; Noruega que mediante un mecanismo de mediación promovió negociaciones entre las partes en conflicto; hasta los Estados Unidos, que a través de sanciones económicas en contra de los perpetradores instigó un cambio en la conducta gubernamental venezolana.

En este sentido, el caso de Venezuela representa un ejemplo clave de cómo se instrumentan dichas acciones —tanto cooperativas como coercitivas—, para detener los distintos atentados a los derechos humanos que se efectúan en el país. Éstas, además, han representado de igual forma avances considerables para detener, desde las vías pacíficas y diplomáticas, los distintos actos criminales que se suscitan en la escena internacional.

Respecto al uso de la fuerza en Venezuela, es importante mencionar que el rechazo de las propuestas de resolución dentro del Consejo de Seguridad, reafirmaron desafortunadamente que “la actuación del Consejo de Seguridad siempre va a depender de los intereses de los miembros permanentes” (Micaela E. Rial y Emilia Westerfeld, 2018, p. 60). Esto hace altamente improbable que se logre un consenso, por lo cual seguiremos viendo la parálisis del Consejo de Seguridad.

Asimismo, esta incapacidad en la toma de decisiones por parte del Consejo no solo deja fuera las medidas que implican el uso de la fuerza —acción que bloquean Rusia y China en contra de la postura intervencionista de los Estados Unidos—, sino otras acciones para las cuales está facultado al amparo de la RdeP y de la Carta de la ONU.

VII. REFERENCIAS

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2018). *Human Rights Report 2018*. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHRreport2018.pdf>

- ADAMS, S. (2012). “América Latina y la Responsabilidad de Proteger”. *Perspectiva*, 28(1), 81-83.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2004). COOPERACIÓN ENTRE LAS NACIONES UNIDAS Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Resolución A/RES/58/318*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/No5/646/38/PDF/No564638.pdf?OpenElement>
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2005a). *Un concepto más amplio de la libertad: Desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*. *Resolución A/RES/59/2005*. <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/cpr-a-59-2005.php>
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2005b). DOCUMENTO FINAL DE LA CUMBRE MUNDIAL 2005. *Resolución A/RES/60/1* <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/pbc-ares601.php>
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2009). *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*. *Resolución A/RES/63/677*. <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F63%2F677&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS y CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2000). *Cartas idénticas de fecha 21 de agosto de 2000 dirigidas al presidente de la Asamblea General y al presidente del Consejo de Seguridad por el secretario general*. *Resolución A/RES/55/305-S/RES/809*. <https://www.refworld.org/es/pdfid/4a0809a62.pdf>
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS y CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2011). *El papel de los acuerdos regionales y subregionales en implementando la responsabilidad de proteger*. *A/RES/65/877-S/RES/393*. <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F65%2F877&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS y CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2012). *La responsabilidad de proteger: respuesta oportuna y decisiva*. *Resolución A/RES/66/874-S/RES/578*. <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F66%2F874&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2016). *Informe 2015/16 Amnistía Internacional: La situación de los derechos humanos en el mundo*. <https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/2552/2016/es/>
- Añaños, C. (2009). La “Responsabilidad de Proteger” en Naciones Unidas y la doctrina de la “Responsabilidad de Proteger”. *UNISCI DISCUSSION PAPERS*, 21, 164-192.
- ARREDONDO, R. (2011). La responsabilidad de proteger: De la noción a la acción. *Pensamiento Propio*, 29, 185-208.
- AYUSO, A. y GRATIUS, S. (2020). Sanciones como instrumento de coerción: ¿cuán similares son las políticas de Estados Unidos y la Unión Europea hacia Venezuela? *América Latina Hoy*, 85, 31-53. <https://doi.org/10.14201/alh.21989>
- BELLAMY, A. J. (2006). Whither the Responsibility to Protect? Humanitarian Intervention and the 2005 World Summit. *Ethics & International Affairs*, 20(2), 143-169. <https://doi.org/10.1111/j.1747-7093.2006.00012.x>
- Bellamy, A. J. (2008). The Responsibility to Protect and the Problem of Military intervention. *International Affairs*, 84(4), 615-639. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2346.2008.00729.x>
- Bellamy, A. J. (2009). Realizing the Responsibility to Protect. *International Studies Perspectives*, 10(2), 111-128. <https://doi.org/10.1111/j.1528-3585.2009.00365.x>
- Bellamy, A. J. (2015). A Chronic Protection Problem: The DPRK and the Responsibility to Protect. *International Affairs*, 91(2), 225-244. <https://doi.org/10.1111/1468-2346.12232>

- BRUN, É. (2019). Venezuela en la ONU: Diferentes respuestas ante la crisis. *Foreign Affairs: Latinoamérica*, 19(2), 75-83.
- BRUN, É. y VALETTE, M. F. (2016). Los fundamentos de la diversidad del Sur ante la intervención militar. *Foro Internacional*, 56(1), 120-164.
- BURGOS, E. (2020). Biopolítica, pandemia y autoritarismo en Venezuela. *Temas de Comunicación*, 1(40), 85-93. <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/temas/article/view/4601>
- Buxton, J. (2018). Venezuela: Deeper into the Abyss. *Revista de ciencia política (Santiago)*, 38(2), 409-428. <https://doi.org/10.4067/s0718-090x2018000200409>
- Carta de la Organización de las Naciones Unidas. 20/05/2022. <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>
- CARRILLO, L. (2017). *Metamorfosis de la intervención*. Edición Kindle.
- CASTELLANO, A. G. (2020). Efectos del COVID 19 en la colapsada economía venezolana del siglo XXI. *Revista Venezolana de Gerencia*, 774-774.
- CHAVES, C. A. y ORTIZ, C. (2020). La crisis política en Venezuela y el papel del Grupo de Lima: balance y desafíos de su acción diplomática. En ORTIZ, C. y VIEIRA, E. (eds.) *Nuevas propuestas de integración regional: tendencias y retos de transformación*. Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia. <https://doi.org/10.16925/9789587602036>
- Coalición de ONG. (2015). *Informe alternativo al cuarto informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela sobre el cumplimiento del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos al comité de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/VEN/INT_CCPR_CSS_VEN_2c
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Informe 2013*. Organización de los Estados Americanos. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/indice.asp>
- COMISIÓN INTERNACIONAL SOBRE INTERVENCIÓN Y SOBERANÍA DE LOS ESTADOS (2001). *The Responsibility to Protect*. <https://www.idrc.ca/sites/default/files/openebooks/960-7/index.html>
- Consejo Europeo (2017). *Medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Venezuela*. Decisión (PESC) 2017/2074. <http://data.europa.eu/eli/dec/2017/2074/oj/spa>
- EL CRONISTA (2019, enero 6). Venezuela, un estado fallido. *El Economista*. <https://www.economista.com.mx/internacionales/Venezuela-un-estado-fallido-20190106-0055.html>
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 20/04/2022. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Evans, G. (2004). The Responsibility to Protect: Rethinking Humanitarian Intervention. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 98(78-89).
- Federal Register*. (2017). *Imposing Additional Sanctions With Respect to the Situation in Venezuela*. <https://www.federalregister.gov/documents/2017/08/29/2017-18468/imposing-additional-sanctions-with-respect-to-the-situation-in-venezuela>
- FOLEY, C. (2021). La evolución de la legitimidad de las intervenciones humanitarias. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 10(19), 77-97. <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur19-esp-completa.pdf#page=77>
- FOWKS, J. y CASTRO M. (2018, septiembre 16). El Grupo de Lima rechaza cualquier intervención militar en Venezuela. *El País*.

https://elpais.com/internacional/2018/09/16/america/1537061395_976072.html

- GALINDO, B. N. (2014). *La doctrina de la responsabilidad de proteger y derechos humanos. Perspectivas sobre la intervención humanitaria y la prevención de graves crímenes*. Universidad San Francisco de Quito. <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/2983>
- García, P. (2013). *El proceso de paz en Côte d'Ivoire: Dificultades y perspectivas a futuro*. https://documentop.com/la-firma-del-acuerdo-de-ouagadougou-el-pasado-4-de-marzo-creo_5a02dccc1723dd297f887925.html (fecha de consulta: 11 de mayo de 2022)
- Gözen, P. (2013). Legitimacy, Legality and Lawfulness: Questioning Humanitarian Military Intervention in a Changing International Political Milieu. *Hacettepe Hukuk Fakultesi Dergisi*, 3(1), 9-30. https://www.academia.edu/4277325/Legitimacy_Legality_and_Lawfulness_Questioning_Humanitarian_Military_Intervention_in_a_Changing_International_Political_Milieu
- GRATIUS, S. y PUENTE, J. M. (2019). Las claves de la crisis venezolana. *Foreign Affairs Latinoamérica*, 19(2), 5-15.
- HERNÁNDEZ, L. A. (2021). Cosmopolítica, religiosidad y pandemia en Venezuela. *Religião & Sociedade*, 41, 75-92. <https://doi.org/10.1590/0100-85872021v41n2cap03>
- human Rights Watch (2015). *Informe Mundial 2014*. <https://www.hrw.org/es/world-report/2014/country-chapters/260110>
- Human Rights Watch (2016). *Informe Mundial 2016*. <https://www.hrw.org/es/world-report/2016/country-chapters/285040>
- Human Rights Watch (2019). *Informe Mundial 2019*. <https://www.hrw.org/es/world-report/2019/country-chapters/325542>
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP. (2020). ELECCIONES EN VENEZUELA: ¿QUÉ VIENE DESPUÉS DE LA BARRIDA DE MADURO? <https://www.crisisgroup.org/es/latin-america-caribbean/andes/venezuela/85-venezuela-what-lies-ahead-after-election-clinches-maduros-clean-sweep>
- INFOBAE (2018, septiembre 29). Donald Trump, sobre Venezuela: «Todas las opciones están sobre la mesa, las fuertes y las no tan fuertes». *Infobae*. <https://www.infobae.com/america/eeuu/2018/09/26/donald-trump-sobre-venezuela-todas-las-opciones-están-sobre-la-mesa-las-fuertes-y-las-no-tan-fuertes/>
- Jason, H. y Faidell, S. (2017, agosto 8). Venezuelan Protesters Endure Excessive Force, Other Rights Violations. CNN. <https://edition.cnn.com/2017/08/08/americas/venezuela-unrest/index.html>
- JIMÉNEZ, H. (2021). La Corte Penal Internacional y su conexión con la Responsabilidad de proteger. *Revista Gaceta Internacional*, 3(1), 223-230. <https://taus.org.pe/review/la-corte-penal-internacional-y-su-conexion-con-la-responsabilidad-de-proteger/?fbclid=IwAR3GPnYtzV2zDSMKMgDosEov5xC2vhIjYcF3GIWPPp2Ij6yRSSvuDyv6cEc>
- Komp, L. M. (2013). How the Responsibility to Protect Influences the Security Council's Powers, Limits and Dynamic. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 4, 315-353. <https://doi.org/10.1163/18781527-00402005>
- Linares, A. (2017, julio 16). Los venezolanos acudieron masivamente a votar contra la reforma constitucional. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2017/07/16/espanol/america-latina/los-venezolanos-acudieron-masivamente-a-votar-contrala-reforma-constitucional-que-impulsa-nicolas-maduro.html>
- LLANOS, H. I. (2012). La responsabilidad de proteger: El rol de la comunidad internacional. *Revista Tribuna Internacional*, 1(2), 129-139. <https://doi.org/10.5354/rti.v1i2.25651>

- López, M. (2021, octubre 25). Venezuela: pandemia en autoritarismo. TRÓPICO ABSOLUTO. <https://tropicoabsoluto.com/2021/10/25/venezuela-pandemia-en-autoritarismo/>
- Montaña, F. (1993). Los derechos humanos amenazados: El derecho/deber de injerencia. VLEX, 11, 505-522.
- O'Donnell, C. (2014). The Development of the Responsibility to Protect: An Examination of the Debate over the Legality of Humanitarian Intervention. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 24(3), 557-588. <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1409&context=djcil>
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2018). *Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela*. <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf>
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2019). La Responsabilidad de Proteger en las Américas. https://www.oas.org/es/acerca/discurso_secretario_general.asp?sCodigo=19-0011
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2020). *Informe Fomentando la impunidad: El impacto de la ausencia de una investigación de la fiscal de la corte penal internacional sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela*. <http://www.oas.org/documents/spa/press/Crimes-Against-Humanity-II-in-Venezuela-SPA.pdf>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS NEWS (2019, febrero 28). Venezuela: dos propuestas de resolución fracasan en el Consejo de Seguridad. *Noticias ONU*. <https://news.un.org/es/story/2019/02/1452042>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS NEWS (2020, septiembre 16). Venezuela: Misión de la ONU indica que las autoridades cometieron violaciones graves de los derechos humanos. *Noticias ONU*. <https://news.un.org/es/story/2020/09/1480562>
- Observatorio Venezolano de conflictividad Social (2013). INFORME CONFLICTIVIDAD SOCIAL EN VENEZUELA EN 2013. <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/informe-conflictividad-social-en-venezuela-en-2013>
- Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (2016). INFORME CONFLICTIVIDAD SOCIAL EN VENEZUELA EN 2016. Autor. <https://provea.org/actualidad/ovcs-conflictividad-social-en-venezuela-septiembre-de-2016/>
- OBSERVATORIO VENEZOLANO DE VIOLENCIA (2015). *Reporte Anual 2015*. <https://observatoriodeviolencia.org.ve/news/2015-tasa-de-homicidios-llego-a-90-por-cada-100-mil-habitantes/>
- Paddon, E. y Welsh, J. (2019). Close Cousins in Protection: The Evolution of Two Norms. *INTERNATIONAL AFFAIRS*, 95(3), 597-617. <https://doi.org/10.1093/ia/iiz054>
- PARLAMENTO EUROPEO (2014). RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE LA PERSECUCIÓN DE LA OPOSICIÓN DEMOCRÁTICA EN VENEZUELA. *Resolución 2014/2998 (RSP)*. <https://docplayer.es/110806972-Propuesta-de-resolucion-comun.html>
- PERAZZO, S. A. (2011). La neutralidad en las misiones de paz de las Naciones unidas: Un análisis a partir de los casos de Somalia y Rwanda. *Estudios de Asia y África*, XLVI(3), 559-588. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=58623586003>
- Peters, A. (2011). The Security Council's Responsibility to Protect. *International Organizations Law Review*, 8(1), 15-54. <https://doi.org/10.1163/157237411X584075>

- Philips, A. (2012, octubre 5). Gareth Evans on «Responsibility to Protect» after Libya. *Chatham House – International Affairs Think Tank*. <https://www.chathamhouse.org/publications/the-world-today/2012-10/gareth-evans-responsibility-protect-after-libya>
- Ramsey, G. y Smilde, D. (2019). El difícil camino hacia adelante: Venezuela y el grupo de contacto internacional. *Análisis Carolina*, (1). <https://www.fundacioncarolina.es/el-dificil-camino-hacia-adelante-venezuela-y-el-grupo-de-contacto-internacional/>
- RAMSEY, G. y SMILDE, D. (2020). *Los esfuerzos internacionales de construcción de la paz en el inextricable conflicto de Venezuela*. Fundación Carolina https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/01/DT_FC_25_es.pdf
- REUTERS (2021, octubre 16). Gobierno de Venezuela anuncia que suspende su participación en la mesa de negociación en México. *El Economista*. <https://www.economista.com.mx/internacionales/Gobierno-de-Venezuela-anuncia-que-suspende-su-participacion-en-la-mesa-de-negociacion-en-Mexico-20211016-0019.html>
- Rial, G. y Westerfeld, E. (2018). LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER Y EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS: UN ENFOQUE CONSTRUCTIVISTA. [Universidad ORT Uruguay]. <https://dspace.ort.edu.uy/bitstream/handle/20.500.11968/3851/Material%20completo.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>
- Rojas, C., Brañez A. y Taype A. (2021). Estudios publicados sobre el impacto en la salud de la migración venezolana. *ANALES DE LA FACULTAD DE MEDICINA*, 82(1), 87-89. <https://doi.org/10.15381/anales.v82i1.20100>
- ROJAS, Y. (2020, septiembre 24). Guaidó solicita a la ONU apoyo para proteger a Venezuela «de un régimen criminal». *ABC Internacional*. https://www.abc.es/internacional/abci-guaido-solicita-apoyo-para-protger-venezuela-regimen-criminal-202009241753_noticia.html
- SÁNCHEZ, R. A. (2016). Venezuela (2015): Un régimen híbrido en crisis. *Revista de Ciencia Política*, 36(1), 365-381. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2016000100016>
- SERBETO, E. (2019, febrero 25). La Unión Europea prefiere descartar el uso de la fuerza. *ABC Internacional*. https://www.abc.es/internacional/abci-pide-solucion-para-venezuela-excluya-fuerza-201902251418_noticia.html
- SERBIN, A. y SERBIN PONT, A. (2017). *Venezuela y la Responsabilidad de Proteger*. <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.36599.52647> (fecha de consulta: 20 de junio de 2022).
- SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES (2019, febrero 6). México, Uruguay y países de la Comunidad del Caribe presentan el Mecanismo de Montevideo. *Secretaría de Relaciones Exteriores*. <https://embamex.sre.gob.mx/francia/index.php/es/comunicados/678-mexico-uruguay-y-paises-de-la-comunidad-del-caribe-presentan-el-mecanismo-de-montevideo>
- SUPERVIELLE, F. (2019). Venezuela y la responsabilidad de proteger. *Boletín IEEE*, 14, 805-816.
- Sutherland, M. (2018). *Informe especial. Impacto y naturaleza real de las sanciones económicas impuestas a Venezuela*. Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos. <https://provea.org/wp-content/uploads/2019/05/SancionesSutherland-1.pdf>
- Thakur, R. (2016). The Responsibility to Protect at 15. *International Affairs*, 92(2), 415-434. <https://doi.org/10.1111/1468-2346.12557>
- The Office of the Prosecutor* (2020). *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020*. International Criminal Court. <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-ven-i-spa.pdf>
- WEERDESTELJN, M. y HOLÁ, B. (2020). “Tool in the R2P Toolbox”? Analysing the Role of the International Criminal Court in the Three Pillars of the Responsibility to Protect. *Criminal Law*

Forum, 31(3), 377-414. <https://doi.org/10.1007/s10609-020-09394-x>

Weiss, T. G. (2009). R2P after 9/11 and the World Summit. *Wisconsin International Law Journal*, 24, 741-760.

Welsh, J., Thielking, C. y Macfarlane, S. N. (2002). The Responsibility to Protect: Assessing the Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty. *International Journal*, 57(4), 489-512. <https://doi.org/10.1177/002070200205700401>

*Doctora en ciencias sociales y políticas, Centro de Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM. Correo electrónico: adriana.jimenez.garcia@politicas.unam.mx.



DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18093](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18093)

Recibido el 29 de agosto de 2022
Aprobado el 14 de febrero de 2023

EL RECURSO DE NULIDAD LABORAL DE LA CAUSAL DEL ARTÍCULO 478, LITERAL B), DEL CÓDIGO DEL TRABAJO CHILENO: REVISIÓN DE LAS LIMITANTES, UN DIAGNÓSTICO Y UNA MIRADA A SOLUCIONES*

THE ANNULMENT APPEAL UNDER ARTICLE 478, LITERAL B), OF THE CHILEAN EMPLOYMENT CODE: REVIEW OF THE LIMITATIONS, A DIAGNOSIS AND A LOOK AT SOLUTIONS

Diego PALOMO V.*
Jordi DELGADO C.**
Cristián CONTRERAS R.***

Resumen:

La restrictiva y formalista interpretación que las Cortes han dado al recurso de nulidad laboral en cuanto instrumento de control de lo decidido por un juez monocrático de primer grado, en los hechos ha tornado en incontables buena parte de las sentencias, con clara afectación no solo del reconocimiento que debe darse al derecho de acceso a un recurso previsto en la legislación ordinaria, sino que también de la interdicción del desborde de las atribuciones de un sentenciador solitario en el sentido que marcan los límites que imponen el respeto a las llamadas reglas de la sana crítica y el deber de motivación de los fallos. Partiendo de la necesaria superación del espejismo de la infalibilidad judicial, se revisan los criterios interpretativos excesivamente restrictivos y formalistas que se han

Abstract:

The restrictive and formalistic interpretation that the courts have given to the Employment Annulment Appeal as an instrument of control of what was decided by a first level monocratic judge, has, in fact, created a large portion of uncontrollable decisions, affecting not only of the right of access to an appeal remedy established in the ordinary legislation, but also to the prohibition of the overflow of the powers of a lone sentenced in the sense that they mark the limits imposed by respect for the so-called rules of healthy criticism and the duty to motivate failures. Starting by overcoming of the mirage of judicial infallibility, we hereby review the excessively restrictive and formalistic interpretative criteria found in a series of representative Courts of Appeal decisions, on hearing and deciding

instalado en una serie de cortes de apelaciones representativas, al momento de conocer y resolver respecto de los recursos de nulidad laboral, y se propone una salida diversa, equilibrada y proporcional a la que la praxis judicial ha instalado con la finalidad que la causal relativa a la sana crítica quede inoperante y reducida a un control vacío de contenido efectivo y formalista.

Employment Annulment Appeals. In this paper, we propose a diverse, balanced, and proportional solution to the one that the judicial praxis has established so the cause related to sound criticism stays inoperative and reduced to a formal control devoid of real content.

Palabras clave:

Derecho a los recursos, formalismo, recurso de nulidad.

Keywords:

Right to appeal, formalistic interpretation, appeal of annulment.

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema, hipótesis y objetivos.* II. *Desarrollo.* III. *Conclusiones.* IV. *Bibliografía citada.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El presente trabajo tiene por objetivo central revisar críticamente una tendencia jurisprudencial consolidada en las cortes chilenas en cuanto a la *ratio decidendi* empleada en el conocimiento y fallo de los recursos de nulidad en materia laboral en los que se ha invocado la causal contenida en el artículo 478, literal b), del Código del Trabajo Chileno, esto es, que la sentencia dictada por el juez de primer grado haya sido dictada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Esta tendencia interpretativa se encuentra fuertemente marcada por su rigidez y excesivo culto al formalismo jurídico, lo cual ha derivado a una serie de problemas relativos a las garantías mínimas de un procedimiento racional y justo, particularmente el derecho efectivo al recurso jurisdiccional y al deber de motivación de las sentencias.

La hipótesis es que la restrictiva y formalizada interpretación que las cortes de apelaciones han dado al recurso de nulidad en cuanto instrumento de control de lo decidido por los jueces de primer grado, en los hechos que se han tornado en argumentativamente infalibles la gran mayoría de las sentencias laborales, con seria afectación no solo del estándar que debe reconocerse al derecho al recurso como integrante del derecho al debido proceso, sino que con seria afectación de la interdicción del desborde de las atribuciones de este sentenciador solitario en el sentido que marcan los límites que imponen el respeto a las llamadas reglas de la sana crítica y el deber de fundamentación de los fallos.

Así, en este artículo se analiza el tan importante rol del juez del trabajo en el contexto de un procedimiento reformado, informado por los principios fundamentales de oralidad e inmediación y cómo éste, supeditado a la apreciación de la prueba rendida de conformidad a las reglas de la sana crítica, es “amo y señor” en lo que liga con acreditación de los hechos controvertidos sometidos a su decisión. Luego, cómo la labor de decidir es humana y por lo tanto falible y expuesta a errores, puede

conducir a sentencias injustas miradas desde el punto de vista de la justicia material y efectiva, que luego no son subsanadas por las cortes de apelaciones en razón de un examen extremadamente restrictivo de la causal contenida en la letra b del artículo 478 del Código del Trabajo, desechando la inmensa mayoría de los recursos de nulidad simplemente por no cumplir los altos estándares establecidos artificialmente por las mismas cortes.

Nuestro objetivo central consiste en revisar críticamente los criterios interpretativos que se han instalado en las cortes de apelaciones al momento de conocer y fallar respecto de los recursos de nulidad laboral y, a partir de ahí, proponer una fórmula general y lecturas interpretativas específicas que permitan superar la práctica judicial actual que ha terminado desfigurando o haciendo en buena medida ilusorio el deber de motivación y el derecho al recurso en el orden jurisdiccional laboral.

De este modo, se revisan los fundamentos esenciales de las reglas de la sana crítica, poniendo en entredicho los criterios que se aplican para determinar si, en la especie, efectivamente el sentenciador ha incurrido en una infracción manifiesta en la apreciación de la prueba rendida conforme a estas reglas.

Finalmente, se propone como solución a esta problemática un cambio de paradigma en el Poder Judicial, consistente en asumir que el juez de primer grado puede cometer errores de apreciación, más en un esquema de funcionamiento acelerado, marcado por las metas de gestión y con poderes o facultades procesales y materiales reforzadas, y bajo esa asunción flexibilizar los criterios de resolución de los recursos de nulidad, sin caer en el extremo opuesto del problema. Esto va aparejado con una necesaria capacitación e involucramiento de los operadores jurídicos, en orden a ser más autoexigentes con las técnicas de argumentación y enunciación de los yerros cometidos por los jueces del orden jurisdiccional laboral al ponderar las probanzas al alero de la fórmula de la sana crítica.

II. DESARROLLO

1. El punto de partida: de la confianza en los jueces al espejismo de la infalibilidad pueden existir un par de pasos

Con independencia de la valiosísima labor que cumplen los jueces¹ decidir (juzgar) es “lo más humano que tenemos” (Jordi Nieva, 2010a, p. 35). Un acto del intelecto solitario y muy complejo² donde intervienen diversos factores y condicionantes,³ tanto internos como externos (Richard Posner, 2011, pp. 143 y ss.) e implica desde luego asumir el riesgo del error (José Chaves, 2021, p. 97)⁴ que puede adoptar diversas manifestaciones,⁵ todavía más si se asume un modelo de justicia acelerada, por lo mismo más expuesta a generar errores, por lo que la cuestión del o los recursos disponibles es trascendental.⁶ Lo cierto es que es así, si se deja a un lado el espejismo de la infalibilidad judicial (José Chaves, 2021, p. 97) —con la consiguiente restricción excesiva implementada en la práctica en materia recursiva— que se ha ido instando implícitamente en el terreno de la justicia laboral reformada hace algunos años en Chile (que asume una nueva filosofía del proceso judicial, invirtiendo los cánones tradicionales, instalando un esquema bajo control jurisdiccional desde la fase inicial, a veces con acento fuertemente inquisitorio, operando a la baja la imparcialidad del juez) como si el factor humano no tuviese ningún rol que jugar (Andrés de la

Oliva, 2006, p. 255), y hubiésemos inventado un mecanismo perfecto cuyo eje central, el juez,⁷ en quien se deposita toda la confianza para buscar y determinar la verdad (que se asume como función de la prueba)⁸ pareciera tener carta blanca para actuar como si se tratase de un papel intervencionista⁹ (no pocas veces despotismo judicial),¹⁰ que no requiere y —hasta le estorban— los demás operadores, los abogados (Andrés de la Oliva, 2012, p. 264), los “caprichos de los litigantes”, ni de efectivos controles y limitaciones respecto a sus actuaciones, tanto horizontales como verticales, inherentes a las garantías procesales propias de las Constituciones de los Estados democráticos modernos. Lo anterior impone asegurar a todos los miembros de la comunidad un proceso que se desarrolle públicamente ante una autoridad competente, con igual tratamiento de las partes, para que puedan defender sus derechos en contradictorio que permita controlar la fiabilidad de la información que ingresa al juicio, con todos los medios disponibles y motivando sus resoluciones, todo dentro de un plazo razonable.¹¹

En otras palabras, como afirma Lorca Navarrete (2019) se ha olvidado la realidad sustantiva del proceso jurisdiccional en la medida en que este último se encuentra vinculado y comprometido por la realidad constitucional y con el sistema de garantías que esa realidad comporta. Se trata de una cuestión en extremo relevante y pone en conexión la función del juez y las garantías del proceso judicial, lo que exige una específica y ponderada atención, dejando a un lado los eslóganes que nada aportan a este ejercicio.

Pareciera que las ventajas asociadas a la oralidad,¹² que son muchas, varias reales,¹³ como por ejemplo instalar una justicia con rostro humano (Marcel Storme, Hélène Casman, 1978, p. 590), entre las que se cuenta la tantas veces citada intermediación judicial,¹⁴ han hecho desconocer o invisibilizar algunos problemas,¹⁵ como que el error está en la naturaleza misma del hombre, aun cuando el juez crea haber hecho todo lo que se podía para no equivocarse,¹⁶ además de olvidar “que el papel que se le ha dado a la dirección del proceso por parte del juez impone un desarrollo exigente y cuidadoso del caso en particular” (Juan Herrera, 2008, p. 185). “Las pasiones del alma turban los sentidos y producen impresiones tristes. Mienten y engañan a porfía” (Mario Oderigo, 1959, p. 46). El que resuelve es un ser humano “cargado de sentimientos” (Luis Muñoz, 2019, p. 20), a lo que se suman las consideraciones eficientistas¹⁷ que, sin desconocer la importancia de una dinámica y funcionamiento eficiente del proceso, se han apoderado del funcionamiento mismo del modelo por una implementación exacerbada de políticas de productividad¹⁸ y bajo la metodología de *law & economics* (o análisis económico del derecho),¹⁹ tanto en el primer grado jurisdiccional como en el segundo,²⁰ en una plataforma que asume la función jurisdiccional como recurso escaso (Álvaro Pérez, 2016, p. 1019), con el riesgo que supone la lógica del gerenciamiento de casos con un enfoque productivista y unidimensional de la eficiencia y sin la adecuada formación del factor humano, y en donde se asume, con ciertas dosis de ingenuidad o desconocimiento muchas veces —a la luz de lo que hemos expuesto hasta acá—, señalándose que el sistema de procesos por audiencia apareja la calidad de la decisión más elevada, y por lo mismo menos falible en primera instancia o grado, lo que deriva en fortalecer los procedimientos en primer grado o primera instancia limitando el acceso al segundo grado o segunda instancia. Desde luego estaríamos de acuerdo si atendiésemos solo a la teoría, a lo que se esperaba y al mundo idealmente previsto, pero la praxis judicial, por desgracia,

nos dice y muestra otra cosa,²¹ y nos recuerda de paso el peligro que entraña o supone no proteger con la misma intensidad el acceso a la jurisdicción y a las instancias y recursos, dado que toda pretensión —incluida la que corresponde a las impugnaciones— merece igual respeto tuitivo.

La pregunta obvia: ¿Y en que quedó el deber de motivación que se supone integra la noción misma de debido proceso,²² del derecho de defensa (Álex Carocca, 1997, p. 40; Flavia Carbonell y Raúl Letelier, 2020, p. 370),²³ del derecho a una prueba razonada,²⁴ y que debiese haberse reforzado con las reformas hacia los modelos predominantemente orales con el sistema de las reglas de la sana crítica?²⁵

Bien se ha planteado la siguiente reflexión: “¿la necesidad de una mayor eficiencia en la resolución de los conflictos justifica un relajamiento en el rigor de una motivación de una sentencia?” restringiéndose la defensa técnica y garantía constitucional del proceso justo (Juan Guayacán, 2011, p. 241) y teniendo presente que el “deber de motivar es la soldadura entre el contexto de decisión y el contexto de motivación” (Giulio Ubertis, 2015, p. 30).

Por un lado, dicha garantía ha estado operando a la baja de la mano que ha seguido la lógica de una praxis judicial de las cortes de apelaciones reiterativa en revisiones extraordinarias, excepcionales y formalistas en una lógica que no ha logrado desprenderse del modelo casacional respecto de lo que admite el recurso de nulidad laboral; de otro, paradójicamente, se ha acomodado y revisitado el deber de motivación reforzado que apareja un modelo procesal por audiencias, como si con eso se lograra por arte de magia ocultar la porfiada realidad de las cosas,²⁶ y por último se habla de la especialización de la justicia laboral que no supera 25%, pero que junto con ello no ha evitado los problemas que estamos esbozando.

En el derecho, como dice bien Atienza (2012), “hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones ...puedan presentarse de manera desnuda, desprovista de razones” (p. 62); como se viene constatando en la realidad judicial,²⁷ al menos en lo que liga con el estándar de motivación ajustado al derecho al debido proceso (Humberto Nogueira, 2007, p. 67) y que exige un sistema de sana crítica para no transformarse, en los hechos, en un simulacro que solo sabe esconder o disfrazar la debida motivación con razonamientos que o no son tales o bien son tautológicos, recogidos en dos o tres considerandos de tres líneas cada uno, que hasta ahora se repiten sin casi crítica, pero que deben ser puestos en cuestionamiento.

A estas alturas debiese estar superado (aunque no lo está) el tópico muy reproducido, que postulaba o postula que “el juez está dotado de alguna habilidad particular —¿carismática?— para acceder a la verdad de los hechos, sin mayores dificultades, asumiendo incluso funciones que son propias de las partes con una actitud o conducta más propia de un juez que pasa de la dirección al intervencionismo, de las cuales se han documentado muchísimos ejemplos, tanto en lo que la función conciliatoria como con la probatoria” (Ramon García y Claudio Fuentes, 2019, pp. 617-623). Y con un grado tal de solvencia y certeza, “que su juicio al respecto debe prevalecer en otras instancias” (Perfecto Andrés, 2015, p. 252).

Lo dicho hasta aquí entronca, asimismo, con lo que se ha ido abrazando en este fuero, que se refiere al informalismo procesal, la instrumentalidad del proceso²⁸ o el privilegio del fondo, con la idea del proceso constituido “en fiel crónica de sentires sociales, políticos y filosóficos de sus tiempos” (Raúl Tavolari, 2000, p. 311)²⁹ muchas veces bajo la excusa de la dirección del proceso que se asigna al juez, que pareciera autorizarle una serie de prácticas,³⁰ que se resumen, a nuestro juicio, en lo paradójico que en un modelo predominantemente oral, su actuación central, vale decir, la audiencia de juicio, —el juicio y la sentencia— represente un importante “problema”³¹ desde el punto de vista del cumplimiento de los tiempos acelerados en los cuales se ha querido que esta justicia laboral reformada opere,³² con consecuencias que, entre otras, contemplan bajos incentivos para una litigación de calidad,³³ por las permanentes intromisiones y restricciones indebidas de los jueces a la intervención de los abogados.³⁴ “Las relaciones entre jueces, partes y abogados” deben ser de coordinación (Eduardo Oteiza, 2003, p. 133), coparticipación (Daniel Mitidiero 2015, p. 52) y colaboración desde el contradictorio,³⁵ sin suplantarlas (Diana Ramírez, 2019, p. 362). Quebrando el paradigma del protagonismo ilimitado de los jueces, única vía para democratizar el proceso judicial (Dierle Nunes, 2012, 177 y ss.).

O como Ibáñez ha señalado bien:

“(…) en general, la rigurosa observancia de las garantías procesales, en la medida que aseguran los derechos de las partes y contribuyen a la equilibrada distribución del espacio escénico del juicio entre ellas, y, por tanto, a poner al juez en su sitio y en la posición de tercero (que es lo que hace posible conocer de una manera fiable), favorece la dialéctica del contradictorio y, por ende, la posibilidad de obtener, por este medio, a través de la confrontación de/sobre las hipótesis en presencia, un conocimiento verdadero sobre los hechos (Perfecto Andrés, 1998, pp. 179-180).

Aun así, entre nosotros se ha afirmado que el recurso de nulidad laboral, que ha sido aplicado siempre en un formato evidentemente casacional³⁶ y formalista,³⁷ “franquea a las partes un instrumento dotado de las condiciones para su plena capacidad de rendimiento”, en función de si los litigantes logran que éstas optimicen este mecanismo de impugnación, se plantean algunos autores.³⁸ Pero más allá de esos llamados de buena voluntad, cabe ser claro: “El proceso —y también el acceso a los recursos— debe someterse a un cierto rigor formal —alejado, entre otras cosas, de la total discrecionalidad del juzgador—” (David Vallespín, 2021, p. 3). Sin embargo, esta conclusión jamás debiera abrir la puerta al excesivo rigor formal en la interpretación procesal, vale decir, a la valoración de la forma por la forma, con olvido de la propia finalidad que, en el caso concreto, pueda perseguir dicha forma. Con todo, en nuestro medio la interpretación de las normas procesales está caracterizada por un excesivo formalismo.

Todo esto tiene consecuencias para las garantías procesales. Bien lo ha dicho Lorca:

Quando el sistema recursivo permite que conjuntamente con el recurso ordinario de apelación, se pueda acceder a otra instancia procesal *ad quem* mediante el recurso extraordinario, la tutela judicial efectiva es más determinante. En cambio, cuando el sistema impone que se pase directamente a la vía extraordinaria, sin existir un acceso previo a la vía ordinaria del recurso, el logro de la tutela judicial efectiva es claramente menos incisiva y penetrante (Antonio Lorca, 2000, p. 1026).

Necesario es precisar que estas líneas, de la mano de lo que acontece en la práctica judicial de las cortes, están destinadas, en principio, al recurso en cuestión en relación con la causal recogida en

el artículo 478, b, del Código del Trabajo (en adelante C. del T.), cuando contempla que un fallo es susceptible de anulación si ha sido pronunciado con infracción manifiesta de las normas de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica (Williams Valenzuela, 2015, pp. 85 y ss.; Diego Palomo, Nelson Lorca, 2019, pp. 25 y ss.).

Por otro lado, todos quienes hayan tenido o tengan algún contacto con la realidad de la justicia laboral saben que la suerte de los juicios se juega en un altísimo porcentaje en la instancia. Por ello, resulta tremendamente relevante levantar, de un lado, los criterios jurisprudenciales que se han consolidado a la hora de restringir las posibilidades de revisión que debiese permitir este arbitrio a propósito de esta causal específica, y por el otro, estudiar y reflexionar las posibles soluciones a este frecuente problema de incumplimiento del derecho a un recurso legalmente establecido.

En efecto: “la libertad de valoración requiere que el juez ajuste su actividad a la observancia de ciertas reglas, no ya jurídicas... pero sí a regulaciones que indican la forma en que el ser humano debe razonar correctamente, de modo que la fijación de hechos sucedidos permita aplicar la norma jurídica correcta y de esa manera obtener una decisión apropiada al litigio” (Cristian Contreras, 2015, p. 142).

2. Criterios restrictivos y formalistas que se han impuesto a propósito de la causal recogida en el artículo 478, b, del Código del Trabajo

Con base en la necesaria superación del espejismo de la infalibilidad judicial, revisaremos los criterios interpretativos excesivamente restrictivos y formalistas que se han instalado en una serie de cortes de apelaciones representativas, al momento de conocer y resolver respecto de los recursos de nulidad laboral, especialmente a propósito de la causal prevista en el artículo 478, b, del Código del Trabajo, una de las más invocadas.

Aunque todos estos criterios confluyen en una idea instalada como dogma, por lo mismo incontestable, como observa bien, no sin crítica, Astudillo: “que el juez del juicio laboral sería soberano en materia de valoración probatoria” (Omar Astudillo, 2019, p. 481 y ss.).

En lo que liga con la proliferación de criterios restrictivos y formalistas, conviene distinguir entre forma y formalismo. “La forma bien entendida no es más que un requisito necesario tanto para la función jurisdiccional como para la seguridad y la garantía de los derechos de los litigantes” (David Vallespín, 2002, p. 102). “El formalismo, por el contrario, supone que lo primero de todo es la forma y que después lo continúa siendo... El legislador procede a rodear una institución de un amplio número de requisitos formales con la simple intención de salvaguardarla” (David Vallespín, 2002, p. 103), lo que puede terminar poniendo en peligro los derechos fundamentales de las personas.

A partir de estas prevenciones, nos planteamos demostrar ahora cómo estos criterios se han extendido y repetido en la praxis judicial, con base en un estudio que comprendió un total de 9,395 sentencias de cortes de apelaciones. Entre éstas se eligieron las primeras cinco de cada mes, que hubieran sido dictadas entre 2017 y 2020, por cada una de las cortes de apelaciones consideradas. Posteriormente, se analizaron cada una de las sentencias aludidas, que constituye un espectro de 1,200 fallos ordenados cronológicamente, entre los cuales, por último, se seleccionaron aquellos que

se pronuncian respecto de la causal establecida en el artículo 478, b, del Código del Trabajo, correspondientes a un total de 518 sentencias.³⁹

En virtud de este tratamiento, efectuado de forma sistemática, se ha evidenciado que los criterios formalistas establecidos por nuestros tribunales se pregonan con independencia de la corte de apelaciones de que se trate, pudiendo identificar las mismas líneas jurisprudenciales en los últimos cuatro años de forma generalizada. Desde luego, esta precisión no es baladí, dado que la consolidación de un sentido tan restrictivo en el análisis de la causal en estudio ha derivado en un alto porcentaje de rechazo del recurso de nulidad cuando éste alega una infracción de las normas de la sana crítica, ascendiente, aproximadamente, a 90% de los arbitrios interpuestos, con arreglo a los criterios que se desarrollan a continuación.

A. El poder soberano del juez del fondo para apreciar la prueba

Un primer criterio restrictivo se encuentra dado por la facultad privativa del juez del mérito para la apreciación de la prueba incorporada al proceso. En tal sentido, se ha señalado que “el recurso de nulidad no puede ser sede para debatir acerca del mérito de la prueba rendida y su valoración, cuestión privativa de los jueces del juicio, sino, exclusivamente, el cumplimiento de las diferentes garantías que el ordenamiento reconoce a los intervinientes y solo en la medida que se hubiese producido una violación a éstas”.⁴⁰

A partir de lo anterior, nuestros tribunales han establecido que, en definitiva, “lo que corresponde es la revisión de las razones que sustentan la motivación probatoria y la subsecuente fijación de los hechos que se han tenido por probados”,⁴¹ pero en ningún caso una nueva revisión del contenido fáctico del proceso, que constituye una cuestión exclusiva del tribunal del fondo. De acuerdo con esta idea, se ha señalado que

no huelga recordar a este respecto que aun cuando lo argumentado por el sentenciador no satisfaga a la recurrente, no significa que se hayan transgredido las reglas de la valoración libre según la sana crítica, siendo impertinente e improcedente la realización de una nueva valoración probatoria, por la propia configuración de este arbitrio procesal, atendido que esta corte carece de competencia para ello, al no estar en presencia de un recurso de apelación amplio, sino de un recurso de derecho estricto y extraordinario como lo es el de nulidad.⁴²

Como se ha expuesto, esta situación ha sido sistemáticamente tratada como un motivo de rechazo por nuestra jurisprudencia, señalando que cualquier modificación de la calificación jurídica de los hechos establecidos en la sentencia implica alterar las conclusiones fácticas del tribunal del fondo,⁴³ quien, como se ha dicho, es soberano para escoger, jerarquizar y ponderar los medios de prueba.⁴⁴ Dicha circunstancia, muy ocurrente en la práctica judicial, ha derivado en que nuestros tribunales superiores acusen abiertamente y sin matices, que las alegaciones planteadas envuelven un recurso de apelación, cuestión que pugnaría con el carácter de derecho estricto del recurso de nulidad instaurado en materia laboral.⁴⁵

B. El valor sagrado de la inmediación en la rendición de la prueba

En segundo lugar, el principio de inmediación, elevado como un valor sagrado e intransigible en el proceso laboral, ha sido uno de los principales motivos de rechazo cuando se exige una revisión

por vía de la causal establecida en el artículo 478 b) del Código del Trabajo, argumentándose sistemáticamente por las cortes de apelaciones que, al ser la prueba rendida directa e inmediatamente ante el juez del mérito, éste es el único facultado para realizar el ejercicio intelectual que requiere el proceso de valoración.⁴⁶

Con base en lo anterior, refiriéndose a este contacto directo del juez, se ha fallado que

podremos estar de acuerdo o no con dicha valoración, más ello no es lo relevante en la actual política procesal que rige el procedimiento laboral, toda vez que el Tribunal de Alzada no está llamado a suplantar en dicho aspecto al juez de base, pues éste es soberano en apreciar y jerarquizar el material probatorio aportado en el juicio, para que a través de los principios de oralidad e intermediación logre su personal convicción, la que deberá exponer de manera racional y lógica en su decisión, fundamentándola a la luz de las normas jurídicas que inciden en la controversia, limitándose el escrutinio del Tribunal Superior a velar por el cumplimiento de los principios inmutables que rigen el razonamiento jurídico, los principios empíricos que se manifiestan a través de la ciencia y los conocimientos asentados en la realidad de las cosas, estos últimos esencialmente mutables.⁴⁷

C. La necesidad de que la infracción de las reglas de la sana crítica sea manifiesta

En tercer lugar, como uno de los motivos más difundidos por nuestros tribunales, se ha exigido que la infracción denunciada sea manifiesta, patente, ostensible o incluso absurda para que el recurso de nulidad pueda ser acogido.⁴⁸ De forma más ilustrativa, se ha resuelto que “en lo concreto, como se ha indicado ya en diversos fallos, la causal de nulidad en referencia se configura cuando los sentenciadores en el proceso de valoración de la prueba arriban a conclusiones irracionales, insensatas, parciales o incoherentes, lo que supone una equivocación clara y evidente en el juicio valorativo del órgano jurisdiccional”.⁴⁹

Esta especial trascendencia que se exige para la infracción ha sido justificada a tal extremo que, en algunos casos, se ha resuelto que

si bien el sentenciador no explicita de manera clara y precisa su razonamiento, no es menos cierto que la infracción constatada debe tener influencia sustancial en lo dispositivo del fallo para hacer procedente su anulación, puesto que el error o infracción denunciada debe tener un alcance o importancia decisiva, en términos que el razonamiento probatorio equivocado o faltante tiene que ser determinante, que su eventual corrección sea capaz de cambiar el sentido de la resolución, a *contrario sensu*, no existirá esa influencia si merced a la inclusión o exclusión de los hechos que se impugna, el fallo seguiría siendo el mismo.⁵⁰

Tal como se ha venido diciendo, la adopción de esta posición en la jurisprudencia ha derivado en el retorno de la irracionalidad en la valoración probatoria, dado que no es posible requerir un estándar de falibilidad tan alto para que sea procedente la causal en estudio, cuestión que atenta directamente contra el fundamento que ha tenido en vista el legislador para instaurar este sistema de valoración probatoria.⁵¹

D. La necesidad de señalar con absoluta precisión la regla de la lógica o máxima de la experiencia infringida

En cuarto lugar, se ha exigido una especial precisión para determinar cuál es el principio de la lógica, la máxima de la experiencia o el conocimiento científicamente afianzado que ha sido infringido para poder acoger el recurso.⁵² En tal sentido, se ha dicho que al interponerse un recurso de nulidad basado en tal causal, debe determinarse con precisión cuál de los principios de la sana

crítica se estima vulnerado, esto es, si los razonamientos jurídicos, principios de la lógica, máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados, porque cada uno de ellos, dice relación con contenidos diferentes, resultando insuficiente efectuar una referencia general a los mismos.⁵³

En otras ocasiones, nuestros tribunales han sido aún más exigentes, al señalar que

para resultar procedente la causal de nulidad ya señalada y consecuente revisión de los hechos, quien lo deduce debe identificar debidamente la norma o regla de apreciación de la prueba que se estima vulnerada, el hecho involucrado en ese error, el modo en que se produce la vulneración, la manera en que esos hechos fijados equivocadamente quedarían correctamente determinados de observarse las reglas de la sana crítica y como esa alteración sería capaz de hacer variar el sentido de la decisión.⁵⁴

En la misma dirección, se ha resuelto que

es menester a efectos de establecer la efectiva vulneración de las antedichas reglas, que el recurrente señale cuáles han sido con precisión aquéllas supuestamente vulneradas y explique de manera también suficiente, cómo aquellas se han visto afectadas, de qué manera la prueba aportada se ha visto desmerecida y finalmente, cómo consecuencia de lo anterior, que el razonamiento del juez al momento de valorar la prueba, resulte inaceptable o irreproducible lógicamente, de modo tal que la única valoración razonable sea precisamente la propuesta por el recurrente.⁵⁵

E. La incompatibilidad con otras causales de nulidad

En quinto lugar, ciertos tribunales han sido especialmente exigentes cuando se han invocado, en un mismo escrito, las causales de infracción de ley que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo y de vulneración de las normas de la sana crítica. Así, se ha señalado que

en efecto, la causal del artículo 477 implica que el recurrente ha aceptado los hechos, tal como éstos han sido establecidos por el tribunal, con la prueba rendida en autos. La del artículo 478, letra b, en cambio, persigue el cuestionamiento de los hechos o, al menos, de éstos en la forma en la que fueron establecidos por el tribunal. Y en este sentido, es una causal incompatible con la primera. Luego deducirlas conjuntamente hace inconducible el recurso, especialmente cuando con la causal del artículo 477 o en razón de esta, se pretende, como se ha dicho, cuestionar el razonamiento del tribunal.⁵⁶

En virtud de este planteamiento, se ha señalado que

es efectivo que el inciso final del artículo 478 del Código del Trabajo establece que las causales de nulidad pueden alegarse conjuntamente, pero ello no importa que se permita la interposición de causales que son incompatibles entre sí y que tornan imposible su resolución por el tribunal de nulidad, pues, sería necesario que estos sentenciadores analizaran los motivos de nulidad que dan por ciertos los hechos asentados en la sentencia impugnada y, a la vez, causales por las cuales lo que se impugna es la errónea interpretación de un determinado hecho, al que el tribunal de la instancia llegó por una valoración de la prueba hecha con una infracción a las reglas de la crítica.⁵⁷

F. La incompatibilidad entre las propias reglas de la sana crítica

En sexto lugar, existen algunos fallos que han rechazado los recursos de nulidad que invocan esta causal alegando conjuntamente una vulneración de distintas reglas de la sana crítica. Así, se ha resuelto que

del contenido de ambas reglas valorativas —lógica y máximas de la experiencia— que fuera tratado en el motivo anterior, se desprende con meridiana claridad que responden a circunstancias distintas e incluso incompatibles —la lógica tiene por base los hechos que obran en el proceso; las máximas de la

experiencia permiten incluso desligarse de ellos—, por lo que no era posible deducirlas conjuntamente, situándonos ante la figura procesal conocida con el nombre de preclusión por incompatibilidad.⁵⁸

En el mismo sentido, se ha señalado que en tales casos “surge una evidente indeterminación en los fundamentos del recurso, desde el momento en que primero se dice infringida una regla de valoración máxima de la experiencia y después se menciona a otra —de la razón suficiente—, generando un defecto insoslayable para este Tribunal que no es posible subsanar dado el carácter excepcional y de derecho estricto que tiene el recurso, por lo que debe ser desestimado”.⁵⁹

3. *Hacia una lectura interpretativa que encuentre un necesario punto de equilibrio entre el derecho de acceso al recurso de los interesados y el objetivo general de evitar que se interpongan recursos innecesarios*

Una de las cuestiones que aparece meridianamente clara después de pasar revista a los criterios que se han consolidado en nuestras cortes a propósito del conocimiento y fallo de los recursos de nulidad laboral⁶⁰ por la causal del 478, b, del Código del Trabajo, es que se ha instalado una lógica que no está dando satisfacción a las exigencias de una correcta comprensión del derecho al recurso de nulidad laboral previsto por el referido código, un poco por un déficit de aplicación de la ponderación y del principio de proporcionalidad (Robert Alexy, 2009, pp. 3-14), otro tanto por un déficit de aplicación del principio *pro actione* ligado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y también, no huelga señalarlo, por el escaso plazo para fallarlo,⁶¹ que en esta dinámica de justicia acelerada (a ratos atropellada) y eficientista muchas veces hace caer casi automáticamente a las salas de las cortes de apelaciones en considerandos y razonamientos tautológicos, que se repiten con muy pequeñas variaciones tratándose de sentencias respecto de recursos donde está invocada la causal en comento. Importa apuntar con prudencia, cuáles son los intereses en juego, que deben ponderarse entre las distintas opciones que la ley por un lado y el *modus operandi* judicial del otro ofrecen.

Lo propio respecto a las posiciones doctrinales, pues caben soluciones intermedias que deben ofrecer equilibrio entre las soluciones extremas que parecieran obligar a tomar partido por plantear un recurso de apelación contra la sentencia definitiva del orden procesal laboral y la otra que se atrincherara en una lectura extremadamente formalista y casacional del recurso vigente de nulidad laboral, probablemente esta última muy secuestrada por la influencia indebida que deriva del *nomen iuris* (Manuel Ortells, 2008, p. 464) propio del referido recurso.

Es cierto que nuestra Constitución no hace referencia expresa al derecho a los recursos en el artículo 19, número 3, inciso sexto, pero esta constatación no impide perder de vista que una vez consagrado el recurso de nulidad laboral en la legislación ordinaria (en este caso el Código del Trabajo) lo que corresponde es ofrecer una solución⁶² para que las cortes de apelaciones pongan fin a las interpretaciones excesivamente restrictivas y formalistas o a los razonamientos meramente tautológicos ya señalados que han terminado por vaciar de contenido el derecho a un proceso con todas las garantías, al menos en ese aspecto. Bien se ha dicho (Perfecto Andrés, 2007, pp. 80-94) que cuando los tribunales en general y los superiores en particular se mueven en un terreno de mínimos en lo que liga con las garantías procesales, en un plano infraconstitucional y a veces infralegal lo que está realmente en juego no es una simple cuestión “técnica”, sino que el modelo de juez y la legitimidad de la jurisdicción.

Esta situación, desde luego, no se justifica por la tan repetida, pero no por eso muy errada, alusión al respeto al “principio” de inmediación rodeado de toda una “mística y privilegio” que junto con transformarse como bien se ha dicho ya en un blindaje (Perfecto Andrés, 2003, pp. 57-66; Rosario Herrera, 2006, p. 68),⁶³ por esa sola circunstancia, al verdadero control de lo resuelto en el primer grado jurisdiccional, falta a la propia esencia del modelo de sana crítica desde el momento que antepone desviaciones intimistas, anímicas (inexpresables en la sentencia) e irracionales de la apreciación de la prueba⁶⁴ y olvida que el tránsito a un proceso predominantemente oral no viene dado solo por la búsqueda de mejora en los tiempos de la justicia, sino también por la mejora en la calidad de la respuesta jurisdiccional, para lo cual es perentorio buscar dar una vuelta a la abreviada posibilidad concreta de controlar el discurso del juez laboral manifestada en especial por una limitadísima aplicabilidad del recurso de nulidad laboral en la materia analizada.⁶⁵

Es evidente que un rendimiento tan limitado como el que hasta hoy muestra el recurso de nulidad laboral a propósito del referido motivo revisado choca de frente y se opone con una interpretación constitucional garantista, con la mirada puesta en el derecho fundamental al debido proceso y más específicamente en el derecho de acceso a un recurso legalmente previsto, desde el momento que la interpretación judicial de las cortes de apelaciones ha optado por esta verdadera “barrera endógena” (Reynaldo Bustamante, 2001, p. 333) para un proceso justo (Luigi Comoglio, 2004, pp. 413 y 420) y por privilegiar la excepcionalidad, la restricción y la rigidez, perdiendo la oportunidad de lograr un punto de equilibrio entre la eficacia del recurso de nulidad laboral, la efectividad de la tutela judicial y la tantas veces citada aceleración de la justicia que requiere el referido proceso.

También es cierto que la labor del Tribunal Constitucional (TC) al respecto no ha sido un aporte de cara a cumplir estos objetivos. En efecto, si bien es cierto que los textos regionales o internacionales (léase nuevamente Pacto de San José de Costa Rica o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos) no ofrecen demasiada claridad literal al mencionar, entre otras garantías procesales penales, el derecho del condenado a solicitar la revisión de su sentencia ante otro tribunal, sin que señale algo respecto al derecho a los recursos en el respeto de los órdenes jurisdiccionales (inclusive en el proceso civil).⁶⁶

Con todo, y sin perjuicio de lo dicho a propósito de la referencia en la propia jurisprudencia de la CIDH (por ejemplo, en el caso Norín Catrیمان con Chile, de 2014) el TC tenía y tiene por delante el campo abierto y libre para configurar y delimitar en el derecho al recurso en el orden no penal, sin caer en una interpretación (Evelyn Vieyra, 2021, pp. 2 y ss.) que, reiteramos, es completamente errada e incoherente con un modelo constitucional de juicio justo o proceso con todas las garantías.

No se entiende la razón por la cual el máximo guardián de la Constitución ha esquivado la oportunidad que le brinda la cláusula abierta y flexible del derecho fundamental al debido proceso (artículo 19, número 3 i, sexto, de la Constitución), asegurando de ese modo el derecho a un proceso con todas las garantías en todos los ámbitos. Se ha dicho con acierto:

Ello es así, porque en aras a lograr un mejor funcionamiento y calidad de la justicia civil que se imparte, los recursos debieran concebirse como una garantía indiscutible para todos aquellos ciudadanos que, sintiéndose perjudicados por una resolución judicial de primera instancia, debieran tener abierta la

posibilidad, en todo caso, de corregir los errores en que hubieren podido incurrir los titulares de la potestad jurisdiccional (David Vallespín, 20021, p. 149).

En nuestro propósito de ofrecer una relectura a este problema que, no está demás reiterarlo, va contra una de las ideas más claramente asociadas a la reforma procesal laboral cual es la búsqueda de la verdad,⁶⁷ retomemos el deber de motivación en este punto, eje central sobre el cual gira el problema jurídico práctico que denunciamos, “poderoso instrumento que cualitativamente sirve como criterio efectivo de control de la discrecionalidad judicial (Tomás Aliste, 2018, p. 158), y respecto del cual debemos ofrecer una interpretación que permita una mejor comprensión y eficacia por todos los operadores respecto del instituto y causal en análisis.

Lo primero a este respecto es traer a colación que la principal razón para transitar hacia el sistema de prueba libre se funda en la confianza que debe entregarse al juzgador para cumplir con los cometidos que legal y constitucionalmente le corresponden. Por ello, el juez será libre para valorar los medios de prueba rendidos, pero en dicho ejercicio no podrá violentar las reglas de la sana crítica, que son los parámetros que están al servicio del control de la racionalidad de la decisión judicial.⁶⁸ En consecuencia, sin perjuicio de lo que se dirá enseguida, deberá expresar en su sentencia las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud asigne valor o desestime las probanzas rendidas.

En tal sentido las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia y principios de la lógica y que el juez debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba. Esas máximas y esos principios no pueden estar codificados, pero sí han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues solo así podrá quedar verdaderamente excluida la discrecionalidad y podrá efectivamente controlarse por medio de los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados.⁶⁹

Sin embargo, la práctica judicial ha demostrado, por desgracia, que el principal motivo tenido en consideración cada vez que se recoge la valoración libre según la sana crítica, ha sido el factor principal transgredido por nuestros jueces laborales y, añadidamente, por sus superiores jerárquicos. Se ha instalado entonces una distancia importante entre el deseo y la realidad.

La relación de proximidad temporal-espacial, utilizada reflexivamente como medio de captación de datos efectivamente observables, para hacerlos objeto de valoración racional explícita, será, qué duda cabe, fuente de conocimiento asimismo racional, y, como tal, susceptible de verbalización y de valoración intersubjetiva, esto es, accesible a la crítica y fiscalizable. En cambio, tomada como forma de percepción íntima —extrasensorial casi más que sensorial— con ciertas formulaciones y distinciones más o menos sofisticadas de algunos —enunciados inferenciales, sí controlables, versus enunciados de inmediatez, que no pueden controlarse dado que no puede objetarse a un sujeto su percepción sin haber percibido lo que éste percibió— (Ángela Ledesma, 2019, pp.115 y ss.), de un lenguaje gestual, subliminalmente emitido (y diríase que también recibido), fuente de datos esenciales y, sin embargo, tenidos por no expresables con palabras y por incomunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la inmediatez se convierte, secuestrada en una interpretación no razonable y llevada hasta las últimas consecuencias como si se tratase de un dogma, en un blindaje del juicio, de coartada o vía de escape del deber de

motivar efectivamente, se constituye de este modo un problema del cual cabe hacerse cargo más allá del ejercicio académico, sino también con la mirada puesta en impactar en la dinámica hasta ahora instalada en nuestros tribunales.

Ibáñez continúa señalando por qué sigue teniendo actualidad el reproche de Carnelutti a sus colegas, hace ahora más de setenta años, al imputarles la exclusiva dedicación al estudio del “proceso” con descuido del “juicio”. En efecto, es ciertamente lo que hay: un desentendimiento del verdadero núcleo de la actividad jurisdiccional. Si bien debemos reconocer que mucho se ha avanzado gracias al establecimiento de la inmediación como un principio intransigible, ésta no puede generar un detrimento en aquellos postulados esenciales del debido proceso. En otras palabras, excusándose en que la presencia directa del juez justifica la falta de seriedad en el deber de motivación a la hora de decidir. Así, el resultado es claro: existe procedimiento, pero no racionalidad y justicia.⁷⁰

Ahora detengámonos en la regulación que debe tenerse a la vista, en principio, en cuanto a este problema, a propósito de la causal que ha motivado este trabajo. Aunque escueta, no deja de ser contundente en su mandato, guardando sintonía con la necesidad de lograr una revisión efectiva, sustancial y no puramente formal de la sentencia laboral.

El artículo 478, b, del Código del Trabajo señala que el recurso de nulidad procederá, además, cuando la sentencia haya sido dictada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Pues bien, ello necesariamente debe concordarse con lo dispuesto en el artículo 459-4 del mismo Código, que obliga al juez a expresar el análisis de toda la prueba rendida y el razonamiento,⁷¹ en cuya virtud de las cuales estime probados los hechos.

Finalmente, el artículo 456 señala: “El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime”. Este mismo artículo, al dar cuenta de lo que podríamos considerar el estándar que deberá considerar para dar por probado un hecho, prescribe claramente: “En general tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas... de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

Sobre esta cuestión, advertimos que a la motivación judicial en general y al razonamiento probatorio en particular se le atribuye la importante función de facilitar el control interno de las decisiones judiciales a través de los recursos legalmente previstos: en cuanto expresión de las razones que justifican la decisión, la motivación permite a los órganos de control y revisión un conocimiento más claro y detallado de las mismas.

Sin embargo, debemos reiterar que la tendencia jurisprudencial más que extendida de nuestras cortes de apelaciones, como ha quedado en evidencia, al conocer del recurso de nulidad interpuesto con ocasión de la vulneración de las reglas de la sana crítica, ha sido adoptar un criterio de decisión excesivamente restringido y excepcional —se trata de un recurso extraordinario, y de derecho estricto, se repite—, descuidando especialmente la importancia del “juicio de hecho” —y la exigencia de motivación de la *questio facti*, junto al explícito razonamiento sobre apreciación y valoración de

la prueba, del material probatorio—,⁷² indispensable para una correcta aplicación e interpretación del derecho, para una adecuada respuesta jurisdiccional.

Lo que ha sucedido y sucede entre nosotros se basa fundamentalmente en dos ideas. La primera de ellas consiste en la imposibilidad de valorar la prueba rendida ante el tribunal *a quo* porque es una facultad privativa de éste, atendida la inmediación que gobierna el procedimiento de aplicación general. En efecto, hay infinidad de fallos que fundan la imposibilidad de efectuar una revisión amplia de la sentencia impugnada en él, debido al errado valor o significación que se le reconoce a la inmediación judicial. Razonan aquellos en el sentido que como la prueba ha sido recibida y presenciada personalmente por el juez que ha dictado el fallo, es él quien está en la mejor posición para poder interpretarla y valorarla y, consecuentemente, realizar la labor de establecimiento del sustrato fáctico del proceso en cuestión, lo que no ocurre con el tribunal de nulidad, quien conoce de la misma de forma mediata.

Esto es profundamente errado, según se ha señalado:

La inmediación no es ni puede ser un mecanismo para valorar las pruebas, sino solo un instrumento para traer más información objetiva al proceso. Vale decir, la simple vinculación directa del juez con las partes y los declarantes no puede servir para que éste obtenga conclusiones sobre su mérito, sino que su presencia en la audiencia del juicio debe ser entendida como la garantía que se le otorga para que se vele por la calidad y completitud de la información que se ha de aportar al proceso. Sostener lo contrario conlleva aceptar que todos los elementos sensoriales e impresiones que invaden al sentenciador durante el desarrollo del juicio pueden ser válidamente utilizados por éste para fundar su sentencia (Cristian Contreras, 2019, p. 285).

Por lo demás, “la única manera de determinar si han existido infracciones en sede de valoración probatoria *es, precisamente, realizando un ejercicio de fiscalización de esta*. De otra manera, resultaría sumamente compleja dicha constatación” (Nelson Lorca, 2015, pp. 326–327) o puramente aparente, agregamos nosotros, dejando sin aplicación realmente efectiva una causal explícitamente recogida por el legislador como la de la letra b, del artículo 478 del Código ya referido:

Si en el orden laboral existe esta causal específica, quiere decir que se ha previsto un mecanismo idóneo para el control fáctico sustancial....⁷³ al esgrimirse el motivo de nulidad del artículo 478 b) del Código del Trabajo, significaría que la impugnación podría estar esencialmente dirigida a dos extremos de la decisión probatoria: a) el referido a la elección y a la aplicación de los criterios de validación de la valoración probatoria, esto es, a la pertinencia y corrección de la premisa mayor que sustenta el juicio fáctico, sea que se trate de una máxima de la experiencia o del conocimiento científico, técnico o jurídico empleado para ese fin. Por lo mismo, la labor del tribunal de nulidad consiste en comprobar la existencia de la máxima de la experiencia y calificar si ella ha sido correctamente aplicada al valorar la prueba, y b) el relativo a un eventual error de inferencia, de manera de verificar si cualquier otro juez o persona habría llegado a la misma conclusión del hecho que se ha declarado como probado, dentro de lo cual podría entenderse comprendida la desatención de los parámetros de multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión a que se refiere la ley (Omar Astudillo, 2012, p. 123).

La segunda idea que ha marcado la suerte práctica de esta causal radica en que el motivo establecido por el legislador para la procedencia del recurso de nulidad es la dictación, de una sentencia en que la infracción a las reglas de la sana crítica sea manifiesta. Así se suele fallar que conforme a la causal que se invoca, resulta posible anular una sentencia si el juez, en la motivación de aquella se aparta en forma evidente, absurda, o grosera de los principios de valoración

enunciados en el artículo 456 del Código del Trabajo, de modo que no resulte posible reproducir el razonamiento para arribar a las conclusiones de dicho componente fáctico. Luego, solo es posible controlar la motivación de la sentencia por la vía de esta causal si el razonamiento del sentenciador resulta ilógico o irreproducible; pero no está permitido proceder a una nueva valoración probatoria, por pugnar con el carácter de derecho estricto del presente recurso, así como los principios formativos del procedimiento laboral, como es la inmediación judicial.

Exigir, a partir de la expresión “manifiesta” que utiliza el legislador, que el yerro judicial debe tratarse de un absurdo o que el mismo apareje señales de gravedad irritante, nos parece que es forzar la interpretación de la norma y llevarla a extremos que no corresponden y solo limitan aún más las posibilidades de rendimiento de revisión del recurso de nulidad además de generar con esa interpretación una zona muy amplia que permitiría que las sentencias en que se infringen efectivamente las reglas de la sana crítica (a saber, reglas de la lógica, máximas de la experiencia...) no resulten anuladas, pues esa infracción, para los sentenciadores de turno, no ha sido del todo evidente, grosera o absurda como, erróneamente, se exige en la praxis (Nelson Lorca, 2015, p. 325).

Si bien es cierto la infracción denunciada por el recurso debe ser clara —y así debe explicitarse en el recurso en estudio—, y deben descartarse defectos o errores que no influyan sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por la naturaleza misma del arbitrio que bebe de la fuente de la nulidad procesal (artículos 477, inciso primero; 478, inciso penúltimo, y 479, inciso segundo),⁷⁴ no se impone desde una interpretación correcta y no injustificadamente rígida de la expresión manifiesta que aquélla lo deba ser en el sentido de burda o grosera, sino en la idea que no precise elucubraciones, conjeturas o suposiciones alambicadas y que, además, emane del acto escrito que se revisa (la sentencia), que surja de su propio texto...” (Omar Astudillo, 2012, p. 125). Salvo que lo que se busque sea solo perpetuar las excesivas limitaciones e impedir la necesaria optimización de la posibilidad de revisión y fiscalización de lo resuelto por el juez del primer grado que impone reemplazar estas lecturas extremadamente rígidas por un criterio más razonable, que a su turno tenga a la vista los principios de ponderación, proporcionalidad y *pro actione*.

La adopción de esta posición en la jurisprudencia no hace más que confirmar el patente riesgo de un no buscado retorno de la irracionalidad⁷⁵ (sin olvidar la precipitación y superficialidad a la que empuja la lógica de la justicia de las estadísticas, de la velocidad y de la agenda), dado que la inmediación, en cuanto requerimiento para la presencia y apreciación de la prueba, se ha transformado en una excusa no solo para la falta de una completa y suficiente motivación,⁷⁶ sino que, además, para la renuencia de nuestros tribunales superiores para revisar aquello que ha visto el juez del fondo en ejercicio de su denominada “facultad soberana” —ya como una suerte de lugar común—,⁷⁷ expresión cargada de una infiscalizable subjetividad, resucitando (por decirlo de algún modo) la *intime conviction*, que es más compatible con una falta de motivación o con una motivación ficticia (Michele Taruffo, 2009, p. 43), y ya se ha dicho claramente por Jordi Nieva (2013) “que son los esquemas auténticamente racionales los que son de verdad revisables, rebatibles y, por tanto, impugnables a través de un recurso” (p. 13).

En la línea de aportar a la solución de este problema hay que partir de reconocer que en esta cuestión se ha fallado (en el sentido de errado) desde todos los frentes, perdiendo tiempo valioso,

secuestrados por una dinámica de funcionamiento que podrá resultar compatible con el objetivo efficientista del que ya hemos dado cuenta y coherente con lo que implica en puridad un proceso oral llevado hasta las últimas consecuencias, incurriendo en errores que pudieron ser evitados aprovechando la llegada de la idea símbolo de la oralidad al país con más de un siglo de retraso respecto de otros países de referencia para Chile, especialmente en Europa.

Las cortes y sus interpretaciones restrictivas y su deferencia excesiva e injustificada hacia la intermediación judicial, han terminado por hacer casi imposible la revisión o control ya por su propia conformación excepcional que importa el recurso de nulidad laboral en cuestión, lo que resulta especialmente complejo si se considera la insuficiente formación de los jueces en materia probatoria, más aún en lo que liga con las técnicas de análisis de valoración de las pruebas y de motivación de las decisiones a su respecto.⁷⁸ La doctrina, y su atrincheramiento dogmático, que ha olvidado que el derecho procesal en general y las instituciones del proceso en particular deben estar dirigidas a fórmulas de solución legítima y justa de los conflictos de relevancia jurídica también ha hecho lo suyo. Los abogados han evidenciado escasa preparación y también (por qué no decirlo) pereza a la hora de asimilar los cambios que implica este sistema recursivo cuyo eje está en el recurso de nulidad, con mayor profesionalismo, estudio y trabajo, dado que si así ocurriese la automaticidad de esta fábrica de rechazos tendería a bajar su “productividad” al tener el tribunal de revisión que hacerse cargo de recursos bien contruidos y planteados,⁷⁹ lo que implica, en la causal en comento, refutar las (malas) razones que sirven de soporte a las conclusiones probatorias, por apartarse de reglas de la experiencia y cuestionar la conclusión probatoria por su falta de conexión con las premisas (defectos de inferencia).

El imperativo que se impone al juez del caso de acuerdo con el artículo 456 del citado Código se descompone en: a) el análisis de toda la prueba rendida que supone un examen integral de ellas y la necesidad de expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en virtud de las cuales el juez asigna valor o desestima el valor probatorio, de las evidencias generadas y producidas; b) el razonamiento que conduce a estimar como probados los hechos; c) la consignación explícita de los hechos que se ha estimado probados.

El desafío del recurrente de nulidad es poner en evidencia que si el juzgador hubiese apreciado la prueba conforme a las reglas de la sana crítica (ya hemos dicho que implica aquello) las conclusiones hubiesen sido diversas, poniendo en evidencia la forma en que la infracción influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo y como otro juzgador con las mismas pruebas producidas, adecuadamente apreciadas conforme al mandato legal citado, hubiese arribado a conclusiones diversas.

Desde luego, para los operadores cambiar este estado de cosas implica e impone salir de la zona de confort y dejar atrás un ejercicio recursivo superficial que no respete ni se ajuste a las mayores exigencias de un arbitrio mucho más exigente. Por ejemplo, implica también —no vemos razones para no hacerlo— utilizar las grabaciones, tratándose de errores de percepción del juzgador.

Con todo, impone tomarse en serio —con orden, claridad y precisión— el control de los errores inferenciales que puedan existir sobre la prueba aportada al juicio, interpretada y valorada por el

juzgador, para permitir efectivamente la revisión en el ámbito del recurso, sin afectación alguna de la inmediación (Jordi Ferrer, 2017, p. 18), pero fiscalizando realmente, con rigurosidad, la fijación de los hechos consagrada en la sentencia, para que esas decisiones fácticas no estén huérfanas de explicación y racionalidad, y posean una corrección lógica que, por ejemplo, descarte saltos bruscos en la narración. Si bien es cierto que nunca se puede lograr una certeza absoluta en esta materia, eso no impide instar porque prevalezca una exigencia de mayor control.

Si esto es así, las señales que dan y que se perciben por los tribunales inferiores son claras, y aparejan consecuencias dañosas en la completitud y suficiencia de la motivación, y de otro lado hace olvidar una cuestión básica: “ser juez significa ser juzgado” (Robert Jacob, 2017, pp. 332 y 333).

Como se puede concluir de lo expuesto hasta aquí, con la excusa de las excesivas restricciones y numerosas barreras —algunas ajustadas a la ley, otras no— del recurso de nulidad laboral, concretamente por el motivo que justificó estas líneas, es el cambio de paradigma al de un juez razonable en el plano de la validez de la decisión, que impone un modelo de juzgador imparcial e independiente (por lo pronto), respetuoso de las exigencias que se desprenden de la motivación válida (suficiente y completa en sus argumentos de respaldo, en consecuencia), “tales como el sometimiento al derecho, la manifestación de la justificación, y del resto de rasgos de lo jurídico” (Rafael De Asís, 2005, p. 151).

III. CONCLUSIONES

La muy restrictiva y excesivamente formalista interpretación que las cortes de apelaciones de Chile han dado al recurso de nulidad laboral en cuanto instrumento de control de lo decidido por el juez, en los hechos ha tornado en prácticamente incontrolables buena parte de las sentencias impugnadas por la vía del motivo o causal del artículo 478, b, del Código del Trabajo, con clara afectación del reconocimiento que debe darse al derecho de acceso a un recurso previsto en la legislación ordinaria.

Asimismo, el estado actual de cosas termina afectando también la interdicción del desborde de las atribuciones de un sentenciador solitario en el sentido que marcan los límites que imponen el respeto a las llamadas reglas de la sana crítica y el deber de motivación.

En este trabajo se ha planteado la necesaria superación del espejismo de la infalibilidad judicial, se revisaron los criterios interpretativos excesivamente restrictivos y formalistas que se han instalado en una serie de cortes de apelaciones representativas —por las razones que fueron expresadas—, al momento de conocer y resolver respecto de los recursos de nulidad laboral, y se propone una salida que sin abogar por la (re) instalación de la apelación laboral contra la sentencia definitiva, es a la vez equilibrada, proporcional y respetuosa con la lógica del recurso, pero a su turno impone a los operadores del sistema —partiendo por los abogados— un trabajo mucho más riguroso y exigente para evitar que en la praxis judicial siga instalada la realidad que la causal en cuestión resulta inoperante y queda reducida a un control vacío de contenido efectivo y meramente formalista.

Lo anterior viene reforzado por la constatación de estar frente a jueces profesionales que conocen el deber que tienen de motivar sus sentencias, pero también, por razones más o menos

confesables, como técnicos del derecho que son, saben que disfrazar una motivación deficiente inclinándose a considerar solo las evidencias aportadas al proceso que confirman “su” conclusión respecto a la fijación o establecimiento de los hechos, en una operación que bien conocen, infravalorando la prueba que conduzca a una inferencia diversa, en lo que se conoce como el “Síndrome de la Primera Impresión” (Raúl Fernández, 2021, p. 860), que en un esquema de justicia laboral acelerada (por no decir atropellada), es un problema al que hay que hacer frente desde un forzamiento de cambio de paradigma a un juez racional, fiscalizado con mucho rigor por los recurrentes (lo que impone capacitación efectiva en la redacción de este tipo de recursos), lo que a su vez posibilitará, a nuestro parecer, un ejercicio de real control y fiscalización por parte de las cortes, que se verán obligadas, en este nuevo esquema de trabajo, a abandonar las malas prácticas, en donde a través de dos o tres considerandos defieren a lo dispuesto por el sentenciador de primer grado en su fallo.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRREZABAL, M. (2017). Aplicación del principio *pro actione* como elemento garantizador de la tutela judicial efectiva en el acceso al recurso. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Comentario de jurisprudencia, 29.
- ALEXY, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11 (enero-junio).
- ALISTE, T. (2012). Búsqueda de la verdad y necesidad de motivación: elementos clave para una teoría general de la justificación de las resoluciones judiciales. *Revista Jueces para la Democracia*, 73.
- ALISTE, T. (2018). *La motivación de las resoluciones judiciales* (2a. ed.). Marcial Pons.
- ALLORIO, E. (1979). Sul doppio grado nel proceso civile. *Studi in onore di Enrico Tullio*, t. III, Editore Milano.
- ANDRÉS, P. (2003). Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica), *Revista Jueces para la Democracia*, 46.
- ANDRÉS, P. (2007). Sobre la prueba y motivación. *Revista Jueces para la Democracia*, 59.
- ANDRÉS, P. (2015). *Tercero en discordia: jurisdicción y juez del Estado Constitucional*. Trotta.
- ANDRÉS, P. La cara oculta de las garantías procesales. *Garantismo y crisis de la justicia*.
- ARMENTA, T. (2021). *Derivas de la justicia: tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*. Marcial Pons.
- ASÍS, R. de (2005). *El juez y la motivación en el derecho*. Dykinson.
- ASTUDILLO, O. (2012). *El recurso de nulidad laboral: algunas consideraciones técnicas*. Thomson Reuters.
- ASTUDILLO, O. (2019). Breves notas sobre deconstrucción de los hechos. En PALOMO, D. (dir.) *Recursos procesales, problemas actuales*. Der Ediciones.
- ATIENZA, M. (2012). *El derecho como argumentación*. Ariel.
- ATIENZA, M. (2016). *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Palestra.

- BORDALÍ, A., CORTEZ, G. y PALOMO, D. (2016). *Proceso civil: recursos y otros medios de impugnación*. Thomson Reuters.
- BORDALÍ A. y HUNTER, I. (2010). *Revisión crítica de la oralidad en los juicios en Chile*. MicroJuris.com. MJCH_MJD402.
- BUSTAMANTE, R. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*. Ara Editores.
- CABRAL, A. (2021). Da instrumentalidade a materializacao do processo: as relacoes contemporâneas entre direito material e direito procesual, *Civil Procedure Review*, 12, (2).
- CACHÓN, M. y FRANCO, J. (2018). *Derecho y proceso. Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, t. II, Atelier.
- CALAMANDREI, P. (1995). *Elogio dei giudici: scritto da un avvocato*. Ponte alle Grazie.
- CALAMANDREI, P. (2006). *Proceso y democracia*. Ara Editores.
- CALAMANDREI, P. (2018). *Elogio de los jueces*. Olejnik.
- CAPPELLETTI, M. (2009). *La responsabilidad de los jueces*. Communitas.
- CARBONELL, F., y LETELIER, R. (2020). *Debido proceso y garantías constitucionales*, en CONTRERAS, P., SALGADO, C. (eds.) *Curso de derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.
- CARROCCA, A. (1997). *Derechos humanos y derecho civil: perspectiva procesal*. CPU.
- CARPI, F. y ORTELLS, M. (2008). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, t. I y II. Universitat de València.
- CARRASCO, N. (2018). *Análisis económico del derecho procesal: nuevas perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile.
- CARRATA, A. (2001). Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel proceso e sistema probatorio, *Rivista di Diritto Processuale*, 1.
- CERDA, R. (2008). *Valoración de la prueba: sana crítica*. Librotecnia.
- CHAVES, J. (2021). *Cómo piensa un juez. El reto de la sentencia justa*. Wolters Kluwer.
- CHIOVENDA, G. (1924). L'oralità e la prova", *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I.
- COMOGLIO, L. (2004). *Basi costituzionali minime del proceso civile giusto per l' America Latina*. En COMOGLIO, L. *Etica e técnica del giusto processo*. Giappichelli.
- CONTRERAS, C. (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Marcial Pons.
- CONTRERAS, C. (2019). La pervivencia del recurso de apelación en el proceso civil: más allá de los eslóganes, *Recursos procesales, problemas actuales*. Der Ediciones.
- CORTEZ, G., DELGADO, J. y PALOMO, D. (2021). *Proceso laboral*. Thomson Reuters.
- CRUZ, J. (2019). *Proceso civil e ideología: subsidios estratégicos ao advogado do contencioso*. Marcial Pons.
- DELGADO, J., PALOMO, D. y ACEVEDO, R. (2019). La motivación de la sentencia en el procedimiento monitorio laboral: ¿una concesión graciosa del órgano jurisdiccional? *Revista Chilena de Derecho*, 46(3).
- DINAMARCO, C. (2009). *La instrumentalidad del proceso*. Communitas.

- DUCE, M., MARÍN, F. y RIEGO, C. (2015). *Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y la calidad de la información*, https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1220/reformaalos_procesoscivilesorales_sequence=1&isAllowed=.
- FENECH, M. y CARRERAS, J. (1962). *Estudios de derecho procesal*. Librería Bosch.
- FERNÁNDEZ, R. (2011). Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral, análisis crítico. *PuntoLex*.
- FERNÁNDEZ, R. (2021). *La prueba en el proceso laboral*. Tirant lo Blanch.
- FERRER, J. (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales, *Revista Jueces para la Democracia*, 47.
- FERRER, J. (2017). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias. *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*.
- FONSECA, I. y PIVA, C. (2020). *La lógica en la valoración de la prueba: la sana crítica, método para regular la actividad intelectual del juez*. Editorial Hammurabi.
- FORZA, A., MENEGON, G. y RUMIATI, R. (2017). *Il giudice emotivo: la decisione tra ragione ed emozione*. Il Mulino.
- FUENTES, C. y RIEGO, C. (2019) El debate sobre los recursos en materia civil y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Recursos procesales, problemas actuales*. Der Ediciones.
- GARCÍA, R. y FUENTES, C. (2019). ¿Dirección judicial del proceso en la producción de pruebas? No, judicial case management. En M. SANTIBÁÑEZ (dir.) *La prueba en los procedimientos, VII Jornadas nacionales de Derecho Procesal*. Thomson Reuters.
- GASCÓN, M. (2010). *Los hechos en el derecho* (30. ed.). Marcial Pons.
- GASCÓN, M. (2012). Cuestiones probatorias. *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, 61.
- GIANINNI, L. (2019). Revisión y oralidad. La apelación del juicio de hecho en el proceso oral civil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Revista Dos Tribunais*, 8.
- GONZÁLEZ, R. (2013). *Neoprocesalismo: teoría del proceso civil eficaz*. Ara editores.
- GORPHE, F. (2018). *Apreciación judicial de las pruebas*. Ediciones Olejnik.
- GORPHE, F. (2018). *Las resoluciones judiciales: estudio psicológico y forense*. Ediciones Olejnik.
- GOZAÍNI, O (2006). El neoprocesalismo. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, VI (9).
- GUAYACÁN, J. (2011). Las implicaciones de la oralidad en algunas de las garantías constitucionales del proceso civil, En G. PRIORI (ed.). *Proceso y Constitución*. Ara Editores.
- HERRERA, J. (2008). *El proceso oral laboral*, En L. LÓPEZ, (ed.) *Oralidad y proceso*. Sello Editorial Universidad de Medellín.
- HERRERA, R. (2006). *La intermediación como garantía procesal*. Comares.
- HORVITZ, M. (2009). Acerca de la garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria. *Informes en derecho, doctrina procesal penal, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública*.
- IBÁÑEZ, P. (2009). Sobre prueba y motivación. En M. TARUFFO, P. IBÁÑEZ, A. CANDAU, *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- JACOB, R. (2017). *La gracia de los jueces: la institución judicial y lo sagrado en Occidente*. Tirant lo Blanch.
- LEDESMA, A. (2019). Algunas reflexiones sobre la oralidad y las vías de impugnación en el proceso civil. En E. OTEIZA y J. ROJAS, (dirs.), *Reforma a la justicia civil: discusiones y propuestas*. Rubinzal–Culzoni.
- LILLO, R., y ALCAÍNO, E. (2013). *Reporte sobre el funcionamiento de la reforma a la justicia laboral en Chile*. Centro de Estudios de justicia de las Américas. https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1224/ReportesobreelFuncionamiento_Requiere=1&isAllowed=y.
- LORCA, A. (2000). *Tratado de derecho procesal civil. Parte general: el nuevo proceso civil*, Dykinson.
- LORCA, A. (2019). *El proceso justo, equitativo y de efectiva tutela*. Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- LORCA, N. (2015). El recurso de nulidad laboral y su falta de correspondencia con la garantía del derecho al recurso. En D. PALOMO (dir.). *Proceso y justicia laboral: lecturas a contracorriente*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- MARINONI, L. y CRUZ, S. (2011). *Prova*. Editora Revista dos Tribunais.
- MATUS, R. (2019). *La premisa fáctica: consideraciones metodológicas para su establecimiento en el contexto judicial*. Thomson Reuters.
- MEJÍA, A. (2018). *La oralidad y los principios del procedimiento*. Ius et Historiae ediciones.
- MITIDIERO, D. (2015). *Colaboracao no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos* (3a. ed.). Thomson Reuters.
- MONTERO, J. (2000). Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad). *La prueba*. Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial.
- MORELLO, A. (1998). *Constitución y proceso: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MUÑOZ, L. (2019). *Vademecum de psicología para juristas*, Barcelona: Bosch Editor.
- NIEVA, J. (2007). Los problemas de la oralidad, *Revista justicia*, 2(1).
- NIEVA, J. (2010). La humanización de la justicia, *Revista Academia & Derecho, Cúcuta*, 1, (2).
- NIEVA, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- NIEVA, J. (2010). Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras. *Civil Procedure Review*, 1.
- NIEVA, J. (2013). Intermediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad. *Civil Procedure Review*, 1(3).
- NOGUEIRA, H. (2007). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Editorial Librotecnia.
- NUNES, D. (2012). *Processo jurisdiccional democrático: una análise crítica das reformas processuais*. *Jurúa*.
- NÚÑEZ, R. (2018). *La iniciativa probatoria del juez civil es compatible con la garantía constitucional del debido proceso civil en el sistema procesal chileno*, En M. CACHÓN, y J. FRANCO. *Derecho y proceso. Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, vol. III, Atelier.

- NÚÑEZ, R., CARRASCO, N. y CORONADO, M. (2018). Compatibilidad entre debido proceso y eficiencia: su aplicación al régimen de apelación en el proceso civil chileno, *Revista de Derecho, Universidad Austral de Valdivia*, XXI (2).
- ODERIGO, M. (1959). *El problema del juez*. Abeledo Perrot.
- OLIVA, A. de la (2006). El “factor humano” en la justicia (Hablando claro sobre el tópico “justicia y sociedad”). *Revista Ius et Praxis*, 12(2).
- OLIVA, A. de la (2012) Prudencia versus ideología: de nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil. *Revista Ius et Praxis*, 18(2).
- ORELLANA, F. y PÉREZ, A. (2013). *Derecho procesal y justicia laboral*. Librotecnia.
- ORTELLS, M. (2008). Los medios de impugnación y los recursos: marco constitucional y criterios político y técnico-jurídicos para su configuración, *Revista de Derecho Procesal*.
- OTEIZA, E. (2003). Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados, En ELIZONDO, M. (relatora general) *Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados*. A. C. División editorial, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho penal, XII Congreso Mundial de Derecho procesal.
- PALAVECINO, C. (2012). La reforma procesal laboral chilena. Una visión crítica desde el garantismo procesal, *Revista Laboral Chilena* (julio).
- PALAVECINO, C. (2018). Crítica a la sana crítica, *Revista Laboral Chilena* (septiembre-octubre).
- PALOMO, D. (2010). Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite, *Revista Estudios Constitucionales*, 8.
- PALOMO, D. y LORCA N. (2019). Sistema recursivo en los modelos reformados de la justicia chilena: ¿Un avance o un retroceso?, En D. PALOMO (dir.) *Recursos procesales, problemas actuales*. Der Ediciones.
- PALOMO, D. y MATAMALA, P. (2011). Juez y parte. El compromiso espiritual del juez en el interrogatorio de testigos en el juicio laboral oral y sus necesarios límites. *Revista Ius et Praxis*, 17(2).
- PALOMO, D. y VALENZUELA, W. (2011). Declaraciones de inadmisibilidad del recurso de nulidad laboral como restricción indebida al derecho al recurso: jurisprudencia correctiva de la E. Corte Suprema. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 18(2).
- PASTOR, S. (2016). *Análisis económico de la justicia y reforma judicial*. Tirant lo Blanch.
- PAULA, V. de (2020). *La carga de la prueba en el proceso civil: de la carga al deber de probar*, Marcial Pons.
- PELLEGRINI, A. (2016). *Ensaio sobre a processualidade*. Gaceta Jurídica.
- PÉREZ, A. (2016). El abuso de la apelación. En S. PASTOR. *Análisis económico de la justicia y reforma judicial*. Tirant lo Blanch.
- PICARDI, N. (2009). *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*. Communitas.
- PICÓ I JUNOY, J. (2003). *Las garantías constitucionales del proceso*. J. M. Bosch Editor.
- PICÓ I JUNOY, J. (2009). El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras. *Revista justicia*, 2(1).
- PICÓ I JUNOY, J. (2009). Valoración de la prueba y segunda instancia civil: hacia la búsqueda del necesario equilibrio, *Revista Jurídica de Catalunya*, 3.

- PICÓ I JUNOY, J. (2013). *Principios y garantías procesales*. Editorial Bosch.
- PIEDRAHÍTA, C. (2010). Conciliación, descongestión y oralidad laboral: entre la tutela judicial efectiva y la crisis de la justicia. *Garantismo y crisis de la justicia*. Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Confenalco y Universidad Simón Bolívar.
- PIZARRO, S. (2015). Fines y eficiencia del proceso laboral: una mirada desde el dominio del proceso, la prueba y la verdad, *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso*, 4.
- POSNER, R. (2011). *Cómo deciden los jueces*. Marcial Pons.
- RAMÍREZ, D. (2019). La oralidad y la prueba. Una tarea y un desafío, En G. PRIORI. (coord.) *justicia y proceso en el siglo XXI, desafíos y tareas pendientes*. Palestra.
- RAMOS, F. (1978) *Derecho y proceso*. Bosch
- RAMOS, F. (2004). De cómo hacer las reformas procesales (*manual del aprendiz de legislador*). En F. RAMOS, *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*. Atelier.
- RÍOS, L. (2020). *Proceso y principios: una aproximación a los principios procesales*. Bosch.
- RUAY, F. (2017). *Las potestades atípicas del juez laboral, una lectura crítica*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- STORME, M. y CASMAN, H. (1978). *Towards a Justicia with a Human Face*. Kluwer Academic Publishers.
- TARUFFO, M. (2009). Consideraciones sobre prueba y motivación. En G. PRIORI, M. TARUFFO, A. CANDAU, A. P. ANDRES, *Consideraciones sobre prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- TARUFFO, M. (2016). Comentarios. En J. C. VÁSQUEZ FERRER (coords.) *Debatiendo con Taruffo*. Marcial Pons.
- TARUFFO, M. (2020). *Verso la decisione giusta*. Giappichelli Editore.
- TAVOLARI, R. (2019). Prólogo. En D. PALOMO, (dir.). *Recursos procesales, problemas actuales*. Der Ediciones.
- TAVOLARI, R. (2000). *El proceso en acción*, Libromar, Santiago.
- TUZET, G. (2020). *La prueba razonada*. CEJI Zela.
- UBERTIS, G. (2015). *Elementos de epistemologías del proceso judicial*. Editorial Trotta.
- VALENZUELA, W. (2015). *Derecho al recurso desde el sistema interamericano a la situación de Chile: el juicio oral como paradigma*. Editorial Jurídica de Santiago.
- VALLESPÍN, D. (2002). *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Atelier.
- VALLESPÍN, D. (2021). Acceso al recurso y principio de proporcionalidad. *Práctica de Tribunales, Utilización e implementación de medios tecnológicos en la justicia*, 149 (marzo-abril). Wolters Kluwer.
- VIEYRA, E. (2021). El derecho a recurso como derecho fundamental en los procesos civil chilenos, a la luz de la jurisprudencia, *Revista de Derecho, Facultad de Derecho de la UCSC*, 38.

* Agradecemos a Felipe Ortiz y Kiara Franke

** Profesor de derecho procesal, Universidad de Talca; doctor en derecho, Universidad Complutense de Madrid, investigador responsable de Proyecto Fondecyt regular 1200069.

*** Profesor de derecho procesal, Universidad Austral de Chile; doctor en derecho, Universidad de Barcelona, coordinador de investigación de Proyecto Fondecyt regular 1200069.

**** Profesor de derecho procesal, Universidad de Talca; doctor en derecho, Universidad de Barcelona, coordinador de investigación de Proyecto Fondecyt regular 1200069.

¹ Véase, por todos Piero Calamandrei, 1995, p. 406. También a Jorge Carreras: (1962) “Las piezas fundamentales del derecho procesal constituyen pues creaciones artísticas, no artificiosas, elaboradas a veces en el transcurso de los siglos, pero respondiendo siempre a una necesidad real y existente, y atentas a canalizar una función social de indudable trascendencia” (p. 62). “El más importante entre los personajes del proceso, el verdadero protagonista, es el juez” (Piero Calamandrei, 2006, p. 52).

² Por todos, véase Michele Taruffo, 2020, pp. 383-396.

³ Véase François Gorphe, 2018b, p. 242; también: François Gorphe, 2018a, p. 485.

⁴ Ahora bien, cabe precisar, que no solo el posible error, sino también el perjuicio que deriva de lo decidido es lo que justifica el establecimiento del recurso (Manuel Ortells, 2008, p. 435).

⁵ Véase Antonio Forza et al. 2017, pp. 141 y ss., véase Rodrigo Matus, 2019, pp. 133 y ss.

⁶ Bien se ha dicho que el tema de los recursos es uno de los institutos de mayor incidencia en la actividad tribunalicia y que ofrece tanto situación compleja como faceta evolutiva y cambiante (Raúl Tavolari, 2019, p. 3).

⁷ La expresión juez se emplea con la amplitud de su significado, comprendiendo a jueces y juezas.

⁸ Entre nosotros, de modo destacado, Raúl Núñez (2018) vincula la finalidad de la prueba con la determinación de la verdad de los hechos (p. 1753). Fuera de nuestras fronteras: Michele Taruffo, 2016, p. 435.

⁹ Véanse Francisco Ruay, 2017, p. 272; Raúl Fernández, 2011, p. 539.

¹⁰ Véase solo como botón de muestra: Diego Palomo y Pedro Matamala, 2011, pp. 485-504.

¹¹ Processo civil e ideología: subsidios estratégicos ao advogado do contencioso (José Cruz, 2019).

¹² Véanse entre otros: Giuseppe Chiovenda, 1924, pp. 5 y ss.; Federico Carpi y Manuel Ortells, 2008.

¹³ Pero hay otras tantas promesas incumplidas en la realidad, que la alejan de la panacea en la que la han pretendido convertir algunos, como bien se ha apuntado. Véase entre otros, Álvaro Mejía, 2018, pp. 127 y ss.

¹⁴ Véase Perfecto Andrés, 2003, pp. 57-66; Rosario Herrera, 2006, p. 68. Entre nosotros, Diego Palomo, 2010, pp. 465 y ss.

¹⁵ Véase Jordi Nieva, 2007, p. 1; Jordi Nieva, 2010, p. 2; Jordi Nieva, 2013, p. 22.

¹⁶ “La justicia, pese a que su nombre nos lleva a asociarla con uno de los predicados fundamentales del Divino Maestro, es un producto humano y, como tal, falible, posiblemente falible” (Mario Oderigo, 1959, p. 46).

¹⁷ Crítica con esta tendencia, véase Teresa Armenta, 2021, pp. 26 y ss.

¹⁸ Que paradójicamente han derivado en la instalación (como dicen los psicólogos) “del sesgo de la minimización de la carga cognitiva” o, usando otra expresión, la “ley del mínimo esfuerzo” (Jordi Nieva, 2010, p. 35).

¹⁹ Entre nosotros, véase: Nicolás Carrasco, 2018, p. 232. Fuera de nuestras fronteras, entre otros, Santos Pastor, 2016, p. 1019.

²⁰ Un ejemplo Raúl Núñez, Nicolás Carrasco y Martín Coronado, 2018, pp. 211-235.

²¹ De hecho, genera un ambiente ideal para la reducción en la calidad de la justicia administrada (Camilo Piedrahíta, 2010, p. 97).

²² Véase especialmente Rafael de Asís, 2005, p. 166. Su trascendencia ha llevado a preguntarse sobre si estamos frente al “mega principio”: Luis Ríos, 2020, p. 106. Entre nosotros, y sin perjuicio de no compartir íntegramente las conclusiones recogidas en el documento en cuestión, puede revisarse lo planteado por Mauricio Duce et al. 2015.

²³ Véase Joan Picó i Junoy, 2003b, pp. 60 y ss.; Raúl Fernández, 2021, pp. 850-855.

- ²⁴ Véase entre otros, La prueba razonada (Giovanni Tuzet, 2020, p. 271).
- ²⁵ No sobra decir (junto a Palavecino) que la racionalidad que impone la sana crítica “no opera en el iter decisorio (contexto de descubrimiento), sino en la motivación de la sentencia (contexto de justificación) (Claudio Palavecino, 2018, p. 37.).
- ²⁶ “A veces también el juez se esfuerza por encontrar a posteriori los argumentos lógicos más idóneos para sostener una conclusión previamente sugerida por el sentimiento” (Piero Calamandrei, 2018, p. 112). Sin olvidar los factores exógenos al proceso que inciden en el deber de motivar (Tomás Aliste, 2018, p. 391).
- ²⁷ Bien se ha criticado la práctica de asumir que cuando se trata de la llamada prueba directa no es exigible, “porque incluso es imposible”, la motivación (Marina Gascón, 2010, pp. 173 y ss.).
- ²⁸ Véase Candido Dinamarco, 2009, p. 607. También Ada Pellegrini, 2016, pp. 31 y ss. Más actualmente véase: Antonio Cabral, 2021, p. 2.
- ²⁹ Neoprocesalismo le llaman algunos: Osvaldo Gozaíni, 2013, pp. 227 y ss.; Raúl González, 2013, pp. 380 y ss.
- ³⁰ “No olvidemos que la forma es un requisito necesario tanto para el correcto cumplimiento de la función jurisdiccional, como para la seguridad y garantía de los derechos que puedan corresponder a las partes en conflicto” (David Vallespín, 2021, p. 149; David Vallespín, 2002, p. 102.)
- ³¹ Así se ha dicho con acierto: “¿Qué tardaremos en considerar molesto el aumento de clientela a la puerta de los Juzgados?” (Francisco Ramos, 2004, p. 35).
- ³² Críticamente, aludiendo a la tendencia a fabricar una “certeza veloce”, sin los debidos resguardos de un método racionalmente válido, como si todo se resolviera “solo con calendario” (Enrico Allorio, 1786 y 1792, p. 1979)
- ³³ Especialmente en los casos que los trabajadores no son representados por la Oficina de Defensoría Laboral y tampoco por estudios más grandes (Ricardo Lillo y Eduardo Alcaíno, 2013, p. 59).
- ³⁴ Una mirada crítica de un laboralista en: Claudio Palavecino, 2012, 59 y ss.
- ³⁵ Véase El contradictorio como elemento básico del método dialéctico, pero también como un instrumento de búsqueda de la verdad (Nicola Picardi, 2009, pp. 348-350). Véase también Antonio Carrata, 2001, pp. 97-103.
- ³⁶ En uno de los primeros manuales de académicos procesalistas sobre la materia, uno de los títulos al tratar los recursos fue: “Los recursos extraordinarios. Nulidad y unificación (casación diferenciada por el fin) en la nueva justicia laboral” (Fernando Orellana y Álvaro Pérez, 2013, p. 261).
- ³⁷ Llevado, en ocasiones, a extremos formalistas que superaron toda prudencia, por ejemplo, en lo relativo a las declaraciones de inadmisibilidad. Véase: Diego Palomo, Williams Valenzuela, 2011, pp. 399-415.
- ³⁸ Refiriéndose al recurso de nulidad penal, se dijo hace una década: “...el recurso de nulidad no es un recurso extraordinario de carácter formal como lo era la casación, sino un recurso que permite una amplia revisión” (Andrés Bordalí, 2010).
- ³⁹ Para los efectos de este estudio se consideraron las sentencias de las Cortes de Antofagasta, Rancagua, Talca, Temuco y Valdivia, atendiendo a que con ello pretendimos cubrir los criterios asentados en la jurisprudencia de las medianas cortes de apelaciones más importantes de Chile.
- ⁴⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 255-2018, del 8 de noviembre de 2018. En el mismo sentido, roles 240-2016, del 3 de febrero de 2017, 19-2017, del 3 de mayo de 2017, 361-2018, del 11 de enero de 2019, 10-2019, del 1 de abril de 2019, 5-2019, del 7 de mayo de 2019, 26-2019, del 3 de junio de 2019, 139-2019, del 2 de junio de 2019, 39-2019, del 4 de julio de 2019, 91-2019, del 5 de julio de 2019, 191-2019, del 2 de septiembre de 2019, 230-2019, del 3 de octubre de 2019, 318-2019, del 4 de noviembre de 2019, 430-2019, del 3 de febrero de 2020, 530-2019, del 1 de junio de 2020, 60-2020, del 6 de julio de 2020, 50-2020, del 3 de agosto de 2020, 187-2020, del 1 de septiembre de 2020, 212-2020, del 1 de octubre de 2020, 240-2020, del 5 de octubre de 2020, del mismo tribunal.
- ⁴¹ Roles 65-2017, del 13 de junio de 2017, 109-2017, del 7 de septiembre de 2017, 290-2018, del 2 de abril de 2019, 6-2019, del 2 de mayo de 2019, 201-2019, del 4 de noviembre de 2019, de la Corte de Apelaciones de Rancagua.

⁴² Corte de Apelaciones de Talca, rol 22-2017, del 9 de junio de 2017. En el mismo sentido, roles 186-2018, del 3 de agosto de 2018 y 122-2018, del 20 de noviembre de 2018, del mismo tribunal.

⁴³ En la misma dirección, rol 298-2017, del 5 de enero de 2018, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

⁴⁴ En tal sentido, rol 257-2017, del 12 de febrero de 2018, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta; roles 10-2018, del 2 de mayo de 2018, 226-2019, del 5 de noviembre de 2019, del mismo tribunal.

⁴⁵ Véase en este sentido, roles 76-2017, del 3 de julio de 2017, 67-2018, del 10 de mayo de 2018, 117-2018, del 1 de junio de 2018, 70-2019, del 8 mayo de 2019, 119-2020, del 6 de mayo de 2020, 64-2020, del 5 de agosto de 2020, 133-2020, del 14 de agosto de 2020, 152-2020, del 3 de noviembre de 2020, 154-2020, del 3 de noviembre de 2020, 405-2020, del 4 de diciembre de 2020, de la Corte de Apelaciones de Rancagua; roles 73-2017, del 9 de Junio de 2017, 290-2017, del 5 de enero de 2018, 340-2017, del 7 de marzo de 2018, 343-2017, del 9 de abril de 2018, 175-2019, del 2 de enero de 2020, 207-2019, del 6 de enero de 2020, de la Corte de Apelaciones de Talca; roles 251-2016, del 4 de enero de 2017, 171-2017, del 2 de agosto de 2017, 68-2019, del 4 de noviembre de 2019, 101-2020, del 10. de octubre de 2020, de la Corte de Apelaciones de Temuco; roles 171-2017, del 10 de noviembre de 2017, 207-2017, del 3 de enero de 2018, 244-2018, del 2 de enero de 2019, de la Corte de Apelaciones de Valdivia. En la misma dirección, se ha señalado que “dicho análisis, para efectos de la causal invocada debe realizarse desde el contenido de la sentencia y no desde la prueba rendida, porque ello escapa al ámbito de este recurso e ingresa, a través de una amplia revisión de lo resuelto a una apelación”, corte de apelaciones de Antofagasta, rol 420-2019, del 3 de febrero de 2020.

⁴⁶ Roles 140-2018, del 3 de septiembre de 2018, 202-2018, del 5 de noviembre de 2018, 234-2019, del 3 de octubre de 2019, 49-2020, del 5 de agosto de 2020, de la Corte de Apelaciones de Valdivia.

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 34-2017, del 3 de abril de 2017.

⁴⁸ En tal sentido, roles 276-2016, del 2 de febrero de 2017, 544-2018, del 5 de julio de 2019, 485-2018, del 12 de julio de 2019, 119-2019, del 15 de mayo de 2020, de la Corte de Apelaciones de Temuco.

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 98-2018, del 6 de julio de 2018.

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 139-2019, del 2 de julio de 2019.

⁵¹ En efecto, diversos fallos defienden de forma enfática la racionalidad que prima en este sistema de valoración de la prueba, señalando que, en su virtud, se protege la razonabilidad de la sentencia. Sin embargo, es evidente que esta idea se predica solo desde una perspectiva teórica, dado que la práctica se ha encargado de demostrar lo contrario. En tal sentido: roles 187-2017, del 4 de diciembre de 2017 y 72-2018, del 2 de mayo de 2018, de la Corte de Apelaciones de Valdivia.

⁵² En este sentido, roles 94-2016, del 5 de enero de 2020, 143-2016, del 6 de febrero de 2017, 177-2018, del 28 de diciembre de 2018, 269-2018, del 8 de enero de 2019, 237-2018, del 9 de enero de 2019, 238-2018, del 24 de enero de 2019, 7-2019, del 21 de junio de 2019, 21-2019, del 3 de septiembre de 2019, 4-2019, del 4 de septiembre de 2019, 173-2019, del 13 de noviembre de 2019, 87-2019, del 9 de diciembre de 2019, 215-2019, del 10 de diciembre de 2019, 416-2019, del 5 de junio de 2020, 69-2020, del 6 de noviembre de 2020, 159-2020, del 4 de diciembre de 2020, 263-2020, del 7 de diciembre de 2020, de la Corte de Apelaciones de Talca.

⁵³ Corte de Apelaciones de Talca, rol 246-2016, del 1 de junio de 2017.

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 98-2017, del 12 de junio de 2017.

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 155-2019, del 9 de septiembre de 2019. En el mismo sentido, roles No. 318-2019, de 3 de enero de 2020, 314-2019, del 6 de febrero de 2020, 374-2019, del 4 de marzo de 2020, de la Corte de Apelaciones de Talca.

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 313-2018, del 4 de diciembre de 2018.

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 100-2019, del 6 de agosto de 2019. En la misma dirección, rol 108-2020, del 1 de diciembre de 2020, de la Corte de Apelaciones de Temuco. Por el contrario, también se evidencian casos en que, pese a haberse interpuesto dichas causales conjuntamente, el tribunal no considera que sea motivo suficiente para proceder al rechazo del recurso. En tal sentido, roles 200-2017, del 2 de enero de 2018, de la Corte de Apelaciones de Valdivia.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Talca, rol 256-2019, del 5 de febrero de 2020. En el mismo sentido, rol 321-2019, del 9 de marzo de 2020, del mismo tribunal.

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Talca, rol 223-2019, del 7 de febrero de 2020.

⁶⁰ La especial relevancia de la cuestión revisada estriba, además, en el hecho que el recurso de nulidad laboral es el único recurso que procede en contra de las sentencias definitivas dictadas en los juicios laborales (artículo 477 del Código del Trabajo), sin perjuicio del recurso de unificación de jurisprudencia.

⁶¹ Artículo 482. El fallo del recurso deberá pronunciarse dentro del plazo de cinco días contado desde el término de la vista de la causa... Un plazo palmariamente breve.

⁶² Es una arraigada y mala costumbre de la dogmática concentrarse en identificar problemas (reales y de los otros), pero no poner las mismas energías en ofrecer a los operadores del sistema soluciones interpretativas que puedan ser sostenidas en homenaje al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas sus garantías.

⁶³ Véase también: Perfecto Andrés, 2007, pp. 80-94.

⁶⁴ Véase especialmente: Jordi Ferrer, 2003, pp. 27 y ss. También: Jordi Ferrer, 2017, p. 33.

⁶⁵ En este sentido véase Sebastián Pizarro, 2015, p. 54.

⁶⁶ Por todos, véase Claudio Fuentes y Cristian Riego, 2019. pp. 295-314.

⁶⁷ Sobre la vinculación entre este propósito (búsqueda de la verdad en el proceso judicial) y el deber de motivación, véase Tomas Aliste, 2012, 30 y ss. Sobre la vinculación entre este propósito (búsqueda de la verdad en el proceso judicial) y la realización de un proceso justo, véase Víctor de Paula, 2020, pp. 46 y 47.

⁶⁸ Entre otros, en Chile Rodrigo Cerda, 2008, pp. 35 y ss. O como Juan Montero (2000) afirmó, en España: “Esto conduce a una valoración razonada, motivada y responsable” (p. 60).

⁶⁹ “Sin motivación es prácticamente imposible impugnar y controlar el juicio de hecho de la sentencia ...” (Raúl Fernández, 2021, p. 817).

⁷⁰ Citado en Gonzalo Cortez et al. 2021, pp. 276 y ss.

⁷¹ Obligación de exteriorizar el análisis y razonamiento probatorio en forma exhaustiva: Inmaculada Fonseca y Carlos Piva, 2020, p. 151.

⁷² Sobre la resistencia que se arrastra desde antaño a la necesidad de motivar los hechos, el juicio de hecho, y su permanencia en una “zona de penumbra”, véase: Marina Gascón, 2010, pp. 173 y ss.

⁷³ “...los hechos probados pueden ser directamente cuestionados, sea por un error de logicidad en la inferencia, sea por un mal empleo de la premisa mayor en el juicio fáctico” (Omar Astudillo, 2012, p. 103).

⁷⁴ Lo anterior dice relación con el principio de trascendencia y la máxima “la nulidad sin perjuicio no opera”, dado que estamos frente a un recurso de nulidad, como ocurre también con los recursos de casación del fuero civil. Véase Andrés Bordalí, 2016, pp. 207 y 208.

⁷⁵ “... creo que nadie pudo llegar a pensar jamás que esa deseada intermediación acabara sirviendo para que los jueces eludieran la valoración de la prueba porque se pretendía justamente lo contrario” (Jordi Nieva, 2013, p. 1).

⁷⁶ Asociándola a la concepción persuasiva de la prueba (en oposición a la concepción racionalista) Jordi Ferrer (2017) señala: “La intermediación, pues, acaba resultando en un cheque en blanco para motivar menos y aportar menos información..., consiguiendo además evitar el control de las partes y de los órganos jurisdiccionales (pp. 2 y 3).

⁷⁷ Crítico al respecto, véase Omar Astudillo, 2019, p. 481.

⁷⁸ No es un problema local, y se arrastra desde la formación en la universidad y no se corrige solo a punta de “horas de vuelo” (vale decir, con la marcha en la práctica). Véase, al respecto Jordi Nieva, 2010b, pp. 154-164. En el mismo sentido Leandro Gianinni, 2019, p. 54.

⁷⁹ Entre otros, como ha referido Omar Astudillo: 1) asumir que falta de análisis probatorio (“toda la prueba rendida”) es 478, b) 2) confundir “decisiones contradictorias” con “fundamentos contradictorios”; 3) en causal de infracción de ley, contrariar los hechos probados; 4) falta de influencia del vicio o del error; 5) en causal del 478, b, pretender una nueva valoración de la prueba (“quedó acreditado que..); 6) interponer recurso por causal de infracción de ley y por 478, b, planteando primero la infracción de ley (aunque sea en forma subsidiaria); 7) no consignar en forma debida las peticiones concretas; 8) no indicar la forma de interposición de las causales.



DOI: 10.22201/ij.24484873e.2022.164.18094

Recibido el 2 de enero de 2023

Aprobado el 14 de febrero de 2023

LAS TEORÍAS DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN Y DEL RIESGO, Y SU APLICACIÓN EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL PERÚ

**THE THEORIES OF UNFORESEEABILITY AND OF RISK, AND THEIR APPLICATION IN
INTERNATIONAL MARITIME FREIGHT TRANSPORT CONTRACTS: STATE OF THE ART
IN PERU**

José Antonio PEJOVÉS MACEDO*

ORCID: 0000-0002-6507-9368

Resumen:

La pandemia por COVID-19 que se expandió globalmente desde comienzos de 2020, ha tenido profundas repercusiones en la humanidad, en la economía global y en las relaciones jurídicas. Estos impactos han generado que los contratantes invoquen las teorías de la excesiva onerosidad de la prestación y del riesgo, para equilibrar sus obligaciones o para poner fin a los contratos. Este artículo se centra en constatar la aplicación de las citadas teorías

Abstract:

The COVID-19 pandemic not only had profound impacts on humanity, but also on the global economy and legal relations between international commerce actors, causing contracting parties to invoke theories of the excessive burden of the provision and the risk to balance their obligations or to terminate the contracts. This article focuses on verifying the application of the aforementioned theories of Civil Law in contracts for the maritime transport of goods, a

del derecho civil, en los contratos de transporte marítimo de mercancías, como parte de la relación jurídica del derecho marítimo.

Como se sabe, aproximadamente 80% del comercio internacional se traslada por medio de buques, de allí la importancia de analizar qué impacto puede haber tenido la pandemia global a través de los mecanismos legales que pueden utilizar las partes que intervienen en un contrato de transporte marítimo de mercancías para renegociar o rescindir el contrato.

legal relationship of Maritime Law. As is known, approximately eighty percent of international trade is moved by ship, hence the importance of analyzing impacts that the global pandemic may have had through the legal mechanisms used by the parties involved in a transport contract maritime cargo to renegotiate or terminate the contract.

Palabras clave:

Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, teoría del riesgo, contrato de transporte marítimo internacional de mercancías, conocimiento de embarque, pandemia por COVID-19.

Keywords:

Unforeseeability theory, risk theory, contract of international carriage of goods by sea, bill of lading, COVID-19 pandemic.

SUMARIO: I. Introducción. II. Una aproximación a la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación. III. Una aproximación a la teoría del riesgo. IV. Las teorías de la excesiva onerosidad de la prestación y del riesgo, y su aplicación en los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia global por COVID-19 ha tenido un impacto inconmensurable en la humanidad, con una repercusión visible en la pérdida de vidas humanas, en la salud de las personas, y en el colapso de los sistemas de salubridad en algunos países. La pandemia ha dañado la economía de los Estados, como consecuencia de las distorsiones en el tráfico mercantil, en el empleo y en las relaciones jurídicas.

El impacto de la crisis desatada por la pandemia se evidencia también en los intercambios comerciales internacionales y nacionales, lo cual naturalmente ha tenido consecuencias en el transporte marítimo y en las actividades portuarias. Como es dato

conocido, aproximadamente 80% del comercio mundial se moviliza por medio de buques y al reducirse el comercio transfronterizo, naturalmente se reduce también el tráfico marítimo.

La pandemia ha producido situaciones que han tenido efectos en distintas relaciones jurídicas reguladas por el derecho marítimo. Me refiero específicamente a los contratos de transporte marítimo de mercancías y a los contratos de fletamento de buques.¹

En este sentido, se puede afirmar que una de las consecuencias graves de las tantas desgracias que deja la pandemia, son los incumplimientos contractuales, las inejecuciones de obligaciones que se manifiestan con hechos tangibles como buques que no pudieron cargar —*demurrage*—, mercancías dañadas en los puertos, incumplimientos de los plazos de entrega en las ventas marítimas, incumplimiento en los plazos de ejecución de obras de infraestructura portuaria, entre otros. Precisamente esta investigación pretende aproximarse a los efectos que la pandemia y la aplicación de las teorías del riesgo y de la imprevisión tienen en un contrato paradigmático y frecuente en el tráfico mercantil: el contrato de transporte marítimo de mercancías.

Esta investigación enfoca los problemas suscitados por la pandemia por COVID-19 en la industria marítima, desde la perspectiva del derecho civil en la que se enmarcan la teoría de la imprevisión vinculada con la excesiva onerosidad de la prestación o la lesión sobreviniente y la teoría del riesgo asociada a la fuerza mayor —*force majeure o act of god*—.

Cuando la prestación de una de las partes en un contrato se torna difícil de ejecutar, la parte perjudicada por los hechos imprevistos como pueden ser los generados por la pandemia, puede solicitar al juez o al árbitro el aumento o reducción de su prestación o también que resuelva el contrato. Este pedido de intervención de la relación jurídica se debe al cambio de las circunstancias que acompañaron la celebración del contrato, lo cual vuelve excesivamente onerosa la prestación de una de las partes, de allí el surgimiento de la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, normada en los artículos 1440, 1441 y 1442 del Código Civil peruano.

Conviene recordar también que la teoría del riesgo está desarrollada en el artículo 1316 del Código Civil peruano, que estatuye “La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor”, norma que está ubicada en el título IX sobre inejecución de obligaciones y a continuación del artículo 1315, que dispone que el caso fortuito o fuerza mayor, “es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o

determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. La fuerza mayor indudablemente ha marcado dramáticamente las relaciones jurídicas desde marzo de 2020. Resulta muy difícil que se pueda afirmar que la pandemia por COVID-19 a contrario de la fuerza mayor, es un evento resistible, al ordinario y previsible, nada más lejos, la pandemia encuadra como fuerza mayor.

Más allá de las teorías del riesgo y de la excesiva onerosidad de la prestación, está la *buena fe*, la antiquísima *bona fide* que como se sabe es la piedra angular del derecho, y que seguramente ha sido invocada por los contratantes, ya sea para que una parte honre sus obligaciones o para pedirle lo propio a su contraparte, a efecto de mantener una relación jurídica equilibrada y justa, o para no perjudicarse ni eventualmente perjudicar a terceros.

La pandemia por COVID-19 nos plantea desafíos que los operadores jurídicos debemos afrontar con un especial despliegue de *imaginación creadora*, con las reglas que el derecho común nos brinda para atender cada conflicto en particular, en los que gravitan circunstancias e intereses diversos.

En este orden de ideas, este trabajo pretende analizar el impacto de la pandemia por COVID-19 en el tráfico marítimo internacional, en particular lo acontecido en el Perú entre marzo de 2020 y 2021, especialmente en relación con la aplicación —o posible aplicación— de las referidas teorías del derecho civil en una modalidad de contrato de especial intensidad y frecuencia en el tráfico marítimo: el contrato de transporte marítimo internacional en régimen de conocimiento de embarque.

II. UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

El cambio o alteración de las circunstancias en el entorno del contrato, debido a fenómenos impredecibles y fuera de control por las partes, tiene consecuencias jurídicas insoslayables que deberían ser remediadas si el desequilibrio producido es de tal magnitud que puede afectar seriamente los intereses de una de las partes en la relación jurídica. En este sentido, Isabel González (2014) sostiene que “La alteración de las circunstancias se refiere a eventos posteriores a la celebración del contrato y anteriores a su total consumación que, no siendo imputables a ninguna de las partes, suscitan el interrogante sobre la subsistencia del vínculo contractual en los términos inicialmente acordados” (pp. 141-142).

Por razones atribuibles a la pandemia, en la práctica, tanto en el Perú como en otros países, se han presentado situaciones en las que la prestación de una de las partes en un

contrato se torne difícil de ejecutar por una imposibilidad sobrevenida. Ante situaciones como la descrita, la parte perjudicada por los hechos imprevistos puede solicitar al juez o al árbitro el aumento o reducción de su prestación o también que resuelva el contrato.

Esa solicitud de intervención de la relación jurídica se debe al trastocamiento de las circunstancias que acompañaron la celebración del contrato, lo cual vuelve excesivamente onerosa la prestación de una de las partes. Este tipo de fenómenos son a los que se refieren distintas teorías desarrolladas en diferentes momentos por el derecho civil, entre otras la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, la teoría de la imprevisión, la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación o la teoría de la base del negocio.

Cabe preguntarse si se conserva la supremacía del principio *pacta sunt servanda* y lo estipulado en el primer párrafo del artículo 1361 del Código Civil peruano que estatuye: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”, o se deberá ponderar si es prioritario adecuar las circunstancias a las variaciones imprevistas que desequilibran el contrato al extremo de convertirlo en una relación inequitativa, y apelar al principio *rebus sic stantibus*. Estas tensiones entre principios del derecho civil que ordenan la contratación deben ser apreciadas en cada caso particular y en la solución que se ofrezca se debe atender principalmente a la seguridad jurídica que como sabemos es lo primordial.

La teoría de la excesiva onerosidad de la prestación en el derecho civil peruano

En una relación jurídica obligatoria pueden sobrevenir situaciones extraordinarias, no previstas por las partes, pero que desequilibran la economía del contrato. En estos casos los jueces o los árbitros pueden intervenir para remediar este tipo de fenómenos, mediante la aplicación de las normas sobre excesiva onerosidad de la prestación contenidas en los códigos civiles o en otros cuerpos normativos. Como acertadamente lo afirma Luis Díez-Picazo (2004):

Imprevisión en el derecho francés, frustración en el derecho inglés, cláusula *rebus sic stantibus* o base del negocio abrieron el camino para que, en caso de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que hacen excesivamente onerosas las obligaciones contractuales, los tribunales puedan en ocasiones liberar a los contratantes del contrato excesivamente oneroso y en otras, incluso, proceder a una revisión de los términos del contrato (p.11).

El derecho civil peruano, o mejor aún el Código Civil de 1984, ha recogido la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, cuyo origen, como fue mencionado, se encuentra en la cláusula *rebus sic stantibus*. Los legisladores se inspiraron en lo estipulado en el referido Código Civil italiano de 1942.

Conviene recordar que este planteamiento teórico tipificado en nuestro ordenamiento civil es aplicable a los contratos conmutativos y también a los contratos aleatorios. Contratos conmutativos como los contratos de utilización de buques, como el transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque o documento similar y los contratos de fletamento en sus distintas modalidades: fletamentos por viaje —*voyage charter*—, por tiempo —*time charter*—, a casco desnudo (*bareboat charter*) y contratos de volumen —*volume contract of affreightment*—.

En efecto, el artículo 1440 del Código Civil peruano dispone la siguiente: “En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad”, y el artículo 1441 del mismo cuerpo normativo, establece que las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican a los contratos conmutativos y a los contratos aleatorios.

Manuel de la Puente (2017) coautor del Código Civil de 1984 y redactor de buena parte del Libro VII —fuentes de las obligaciones—, al expresar su acuerdo con la adopción de la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, sostiene:

... puede opinarse que es justo que mediante la revisión o resolución de la relación jurídica obligacional creada por el contrato se alcance la recuperación del equilibrio original entre los intereses de las partes, desde que la ausencia de ese equilibrio frustra el propósito buscado al contratar. Es, además, contrario a la buena fe que, al amparo del principio de la obligatoriedad del contrato, se pretenda ejecutar éste de manera que no guarda una relación razonable con lo previsto por las partes al celebrarlo (p. 253).

Conceptos como justicia, equidad y seguridad jurídica han sido repetidos por la doctrina para justificar las posturas que se han adoptado respecto a la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación (De la Puente, 2017, p. 247).

En el plano del comercio internacional, específicamente en las compraventas internacionales de las que las ventas marítimas² son una especie, resulta aplicable la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías —CNUCCIM— (Viena, 1980), de la que el Perú es parte,³ cuyo numeral 2 del artículo 70., se refiere al mecanismo de integración o lagunas que contempla dicho instrumento internacional. En este sentido dispone que “Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”.

La referida norma de la CNUCCIM guarda concordancia con lo establecido en el Código Civil de 1984, específicamente en el segundo párrafo del artículo 2047, que respecto al derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros disponen que “Además son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del derecho internacional privado”.⁴

De acuerdo con el citado segundo párrafo del artículo 2047 del Código Civil, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales,⁵ que como se sabe no son principios de inclusión obligatoria por las partes en los contratos de compraventa internacional, pues se incorporan en los contratos de forma voluntaria, su aplicación en los contratos mercantiles internacionales es relevante y complementa lo normado en la CNUCCIM.

Precisamente la sección 2 del capítulo 6 de los Principios UNIDROIT 2010, contiene en el artículo 6.2.2 una definición de la excesiva onerosidad de la prestación que dice: “Hay ‘excesiva onerosidad’ (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido”. Este desarrollo recogido en los Principios UNIDROIT guarda coherencia con lo establecido sobre el particular en el Código Civil, y es importante resaltarlo por la relación estrecha que tienen las ventas marítimas con los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías.

Desde la perspectiva jurisprudencial, se tiene que las sentencias de casación en las cuales la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la excesiva onerosidad de la prestación son muy escasas y hasta donde se sabe en ninguno de los casos se ha declarado fundada la demanda.

Debe tenerse en cuenta, atendiendo las circunstancias que cada caso particular plantea, sí es factible llevar a un juez o a un árbitro, controversias sobre excesiva onerosidad de la prestación —*rebus sic stantibus*— a efecto que restituya el equilibrio perdido por causas exógenas. En favor de esto último están las aludidas normas del Código Civil y la doctrina autorizada que ha analizado la cuestión.

III. UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DEL RIESGO

El estudio del incumplimiento involuntario del deudor en una relación obligacional ha sido objeto de análisis por los civilistas desde mucho tiempo atrás. En esta parte de la investigación haremos una aproximación al llamado riesgo de la contraprestación, en el

sentido de que el deudor no cumpla con su prestación por una causa no imputable, como podría ser la pandemia por COVID-19.

En este orden de ideas, cuando los códigos civiles abordan el hecho del incumplimiento, que vulnera el derecho del acreedor, no regulan únicamente el comportamiento del deudor, sino también las causas de tal comportamiento detallan si el deudor no ha cumplido porque no ha podido o tal vez porque no ha querido (Francesco Messineo, 1955, p. 221).

1. El riesgo propiamente dicho en los contratos

El riesgo está presente en todas las relaciones jurídicas y consecuentemente en los contratos marítimos y portuarios, que son el centro de atención de esta investigación, y que serán abordados más adelante, específicamente el contrato de transporte marítimo de mercancías y el contrato de estiba y desestiba.

Cuando se plantea la aplicación del riesgo en los contratos marítimos y portuarios, para efectos de este trabajo, se alude a la imposibilidad de cumplimiento de la prestación por una de las partes, en particular a la imposibilidad sobrevenida, es decir la que emerge con posterioridad, “a la formación del vínculo obligatorio y *antes* del vencimiento del mismo” (Francesco Messineo, 1955, p. 222).

Las razones por las cuales se produce el incumplimiento involuntario del deudor de la prestación a su cargo, se pueden deber al caso fortuito —*casus fortuitus*— o a la fuerza mayor —*vis mayor, factum principis*—, acontecimientos a los que volveremos más adelante.

En los contratos sinalagmáticos, que equivalen a los llamados contratos bilaterales —que tienen como fundamento el *do ut des*—, como es el contrato de transporte marítimo de mercancías, cuando una de las partes se ve impedida de cumplir su prestación, por razones de fuerza mayor, la teoría del riesgo resulta aplicable para determinar que efectos jurídicos tiene ese evento de fuerza mayor en la relación jurídica. En esta línea, Henry León y Jean Mazeaud (1959) sostienen que:

En un contrato sinalagmático, cuando una de las partes no cumple con su obligación y cuando es responsable de ese incumplimiento, se concibe que, a título de sanción, quede dispensada la otra parte de cumplir con su propia prestación; lo permitirá la resolución judicial. Pero ninguna sanción puede alcanzar *a la parte que ha sido colocada en la imposibilidad de cumplir por un caso de fuerza mayor: queda liberada por ese acontecimiento.* (p. 363)

La teoría del riesgo tiene abundante base doctrinaria en el derecho común y está desarrollada en los códigos civiles desde el siglo XIX.

2. La fuerza mayor y el caso fortuito

Es lugar común en la doctrina civilista afirmar que la fuerza mayor —*force majeure*— y el caso fortuito son sucesos que, para concretarse, deben concurrir tres características: ser extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. Visto de otro modo, son eventos que no suceden cotidianamente, son acontecimientos anómalos y raros y que las partes en un contrato, dentro de lo que se puede entender como una situación normal, no pueden prever. Luego sus consecuencias no son resistibles, lo cual produce el incumplimiento involuntario de la prestación. Estas características están descritas en el citado artículo 1315 del Código Civil peruano.

Felipe Osterling (1997) considera, junto con un sector de la doctrina, que “el caso fortuito alude solo a los accidentes naturales —lo que en el derecho anglosajón se denomina *Act of God* (hecho de Dios)—; en cambio, la fuerza mayor involucra tanto los actos de terceros como los atribuibles a la autoridad—, denominados en el derecho anglosajón *Act of Prince* (hecho del príncipe)” (p. 128).

Conviene referir a la ausencia de culpa del deudor o causa no imputable, que la doctrina clásica distingue de la exoneración de responsabilidad por fuerza mayor o caso fortuito. Cuando no se presentan estos sucesos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, el deudor puede librarse de responsabilidad si prueba que actuó diligentemente de acuerdo con lo pactado en el contrato, situación contemplada en el artículo 1314 del Código Civil peruano.

Si se aduce la fuerza mayor o el caso fortuito como causa del incumplimiento contractual, el deudor deberá identificar y probar la existencia del acontecimiento que impidió la realización de la prestación a su cargo, y probar especialmente las tres características del evento apuntadas anteriormente. En este sentido, Henry León y Jean Mazeaud (1960) acertadamente sostienen: “Si el demandado demuestra que el daño tiene por causa única un caso de fuerza mayor, debe ser *exonerado enteramente*. Presenta la prueba de una causa ajena. Cuando pesa sobre él una presunción de responsabilidad, destruye esa presunción” (p.323).

3. La teoría del riesgo en los contratos sinalagmáticos en el derecho civil peruano

Como se ha señalado, la teoría del riesgo aplicable a las relaciones obligacionales y en particular a los contratos sinalagmáticos, se encuentra desarrollada básicamente en los artículos 1315, 1316, 1317 —normas ubicadas en el título IX sobre inexecución de obligaciones, de la sección segunda del libro VI, que lleva por título “Las obligaciones”—, y en el 1431⁶ —norma ubicada en el título VI sobre el contrato de prestaciones recíprocas,

de la sección primera del libro VII, que lleva por título “Fuente de las obligaciones”— del Código Civil peruano de 1984.

La primera parte del artículo 1316 establece que “La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor”. Luego, los siguientes párrafos del mismo artículo se refieren a las consecuencias del transcurso del tiempo por el retardo en la ejecución de la prestación y a la ejecución parcial de la prestación, ambas por causas no imputables al deudor. El artículo 1317 dispone que “El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”.

La solución adoptada por la citada norma del Código Civil es el principio *periculum est debitoris* y tiene correlato en el artículo 1463 del Código Civil italiano de 1942. En palabras de Francesco Messineo (1955):

Es esto lo que se llama *incidencia del riesgo y peligro en el cumplimiento de la obligación (riesgo del perecimiento o, de una manera general, riesgo de la contraprestación)* y consiste en el hecho de que las *consecuencias del incumplimiento* recaen sobre el *deudor*, en el sentido de que él, si no cumple por imposibilidad, no puede, sin embargo, pretender la contraprestación de su contratante: *casum sentit debitor* (principio general) (artículo 1463); esto es, la relación obligatoria se considera *tanquam non esset* y el contratante tiene el derecho de no cumplir (p. 229).

En los contratos sinalagmáticos la imposibilidad de cumplir con la prestación libera al deudor, luego la contraprestación tampoco se cumple, con lo cual el acreedor también queda liberado. “Es injusto, como dice Josserand, que existiendo reciprocidad uno de los contratantes obtuviese satisfacción y el otro no” (Manuel de la Puente, 1997, p. 173).

Ahora bien, como lo establece el segundo párrafo del artículo 1431, las partes pueden libremente pactar que el riesgo esté a cargo del acreedor.

En relación con la jurisprudencia en la que la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado de la teoría del riesgo, no existen pronunciamientos que revistan interés para ser analizados.

IV. LAS TEORÍAS DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN Y DEL RIESGO, Y SU APLICACIÓN EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS

Es oportuno explicar por qué se podrían aplicar las teorías de la excesiva onerosidad de la prestación y del riesgo en el plano práctico, concretamente en los contratos de

transporte marítimo internacional de mercancías.

Este acercamiento explica a la aplicación de las referidas teorías en un tipo de contrato muy frecuente en el tráfico marítimo y portuario aborda las dimensiones: administrativa, contractual o privada y jurisprudencial. A través de estas dimensiones, se evidencia en la *praxis* y en diferentes grados, la posible aplicación de las referidas teorías del derecho común. En este sentido, se trata de una aproximación basada en la evidencia que se ha podido encontrar sobre la materia —más notoria en el derecho público que en las relaciones de derecho privado— y en supuestos fundamentados en comportamientos normales que tienen los sujetos de derecho cuando se presentan situaciones que entorpecen o distorsionan la ejecución de las prestaciones contractuales.

Debido a los alcances de este trabajo, no abordaremos lo concerniente a los actos administrativos aprobados para combatir los efectos de la pandemia. Sin embargo, conviene destacar que distintas recomendaciones o medidas adoptadas por organismos internacionales como la OMI o por organismos públicos nacionales, han tenido impactos en las relaciones jurídicas privadas.

1. Los contratos marítimos

Los contratos marítimos, son actos jurídicos vinculados con operaciones que se desarrollan en el mar y en los puertos o zona portuaria, y que se enmarcan en normas especiales de derecho marítimo que se complementan con lo estipulado en el Código Civil en materia contractual.

La particularidad de los contratos marítimos radica en la especialidad de las normas que en forma imperativa o dispositiva nutren sus contenidos, normas que comúnmente en los diversos sistemas jurídicos se encuentran recogidas en ordenamientos nacionales como leyes de navegación marítima o códigos de comercio; o en instrumentos internacionales como las Reglas de La Haya⁷ o las Reglas de Hamburgo,⁸ que regulan cuestiones relevantes del transporte marítimo internacional de mercancías.

Las normas marítimas y las relaciones jurídicas que se enmarcan en ellas anclan en el derecho marítimo. En este contexto, la concepción moderna, del derecho marítimo, desarrollada por el profesor Ignacio Arroyo (2001) se refiere a ésta como “El conjunto de relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar” (p. 41).

Sin ser una lista taxativa, entre los contratos marítimos podemos destacar los contratos de utilización de buques, como los contratos de fletamento en sus diversas modalidades; el contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de

conocimiento de embarque —*bill of lading*— o documentos similares; el contrato de remolque o el contrato de agenciamiento marítimo, entre otros.

Si bien es cierto todos los contratos marítimos son importantes por el hecho de que integran en sus contextos obligaciones más complejas incardinadas en las transacciones comerciales nacionales e internacionales, especialmente en el tráfico transnacional, tenemos que sobre el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías se puede afirmar que tiene un peso relativo especial, dada la profusión de este tipo de relación jurídica en todos los mercados.

En efecto, identificamos al contrato de transporte marítimo en un régimen de conocimiento de embarque, especialmente ligado al intercambio de bienes de consumo masivo, los cuales generalmente son transportados en contenedores.

Es oportuno abordar algunos elementos esenciales del contrato de transporte marítimo de mercancías, para entender su trascendencia en el tráfico mercantil y para comprender el impacto que la pandemia por COVID-19 ha tenido en ellos.

A. *El contrato de transporte marítimo de mercancías*

Se suele afirmar que toda definición es caprichosa, sobre todo en el derecho; sin embargo, con el objetivo de entender mejor los alcances de este ensayo, podemos decir que el contrato de transporte marítimo de mercancías, puede entenderse como aquel en el que una persona identificada como porteador, generalmente una empresa naviera, se obliga a trasladar las mercancías de un embarcador o cargador, de un puerto a otro puerto, a cambio de un precio llamado flete; este contrato de transporte marítimo de mercancías se documenta mediante la emisión de un conocimiento de embarque o de un documento similar. Esta definición del contrato de transporte marítimo de mercancías es básica, pues que las operaciones de transporte se han sofisticado desde la aparición del contenedor; de allí la existencia práctica del transporte multimodal, intermodal o combinado y en fechas más recientes el llamado *total o parcialmente marítimo*.

Como lo hemos apuntado en otra parte, sobre los servicios de transporte marítimo de mercancías, puede afirmarse —en sentido figurado— que se proveen o prestan en dos *hemisferios* bien acotados y diferenciados: el de los servicios regulares —*liners*— y el de los servicios no regulares —*tramps*— (Pejovés, 2021).

Por lo común, aunque esta no es una afirmación absoluta, los servicios regulares de transporte marítimo, están asociados al transporte de carga heterogénea en contenedores, mediante buques que tengan las condiciones de navegabilidad para transportar este tipo de recipientes. Esa carga heterogénea se compone de bienes de uso

masivo e intenso en todo el globo, y su traslado se concreta con la celebración de contratos de transporte marítimo de mercancías que, como se mencionó antes, suelen documentarse mediante conocimientos de embarque; es el hemisferio de los *common carriers*, que tienen a su disposición instalaciones portuarias con un diseño especial — aunque también pueden operar en terminales portuarios polivalentes o multipropósito— y con equipos portuarios especializados para manipular contenedores, como pueden ser, entre otros: grúas pórtico de muelle —*portainers* o *ship to shore*—, grúas pórtico de patio —*transtainers*—, o *reach stackers* (José Antonio Pejovés, 2021).

Es importante tener en cuenta, porque precisamente el núcleo de este trabajo está relacionado con incumplimientos contractuales debidos a causas exógenas a los contratantes, cómo son aquellos sucesos vinculados con las teorías del riesgo y de la excesiva onerosidad de la prestación, que el régimen de responsabilidad del porteador en los servicios de transporte marítimo *liner*, en lo relativo al tráfico internacional, es de carácter imperativo, con limitación de la deuda resarcitoria y está regulado en los mencionados convenios internacionales sobre transporte marítimo. Me refiero a las citadas Reglas de La Haya de 1924 —y sus protocolos modificatorios de 1968 y 1979— a las Reglas de Hamburgo de 1978 y a las Reglas de Rotterdam de 2008.⁹ Hay que señalar también los ordenamientos nacionales de países que no son parte de ningún instrumento internacional y que aplican sus normas en este tipo de relaciones jurídicas.

Al hilo con la responsabilidad civil del porteador, y en cada caso en particular, la fuerza mayor es un eximente de responsabilidad y puede operar por invocación del porteador como del embarcador, ya veremos algunas situaciones concretas más adelante.

Conviene tener presente que el transporte marítimo en tráfico nacional o cabotaje tiene una regulación propia, recogida en el Perú en el libro III del anacrónico Código de Comercio de 1902 y supletoriamente en el Código Civil de 1984.

Es cierto que en el Perú el tráfico internacional es mucho más dinámico y es el centro de una mayor cantidad de contratos de transporte marítimo, pues el cabotaje en el país no se ha desarrollado, entre otras razones, por la oferta desmesurada de servicios de transporte terrestre formal e informal a lo largo de la carretera Panamericana.

2. Acciones de los contratantes frente a la pandemia

Los incumplimientos contractuales como consecuencia de factores exógenos fuera del control de las partes, como son las situaciones causadas por la pandemia, pueden manifestarse de diversas formas tanto en lo marítimo como en lo portuario.

Hacemos alusión a un breve repertorio de ocurrencias factibles en el tráfico marítimo y portuario cuya repercusión en las relaciones jurídicas produce distorsiones en éstas y puede generar reacciones de los contratantes. En efecto, sucesos como los que se mencionan, en muchas oportunidades están acompañados de acciones ulteriores llevadas a cabo por los contratantes, con la finalidad de equilibrar, salvar o extinguir el contrato, mediante la utilización de mecanismos de trato directo o de ser el caso en defecto de éste, la utilización de soluciones autocompositivas o heterocompositivas.

Entre ocurrencias debidas a los brotes de coronavirus, se han dado situaciones de incumplimientos contractuales por la paralización de actividades de las navieras o de los embarcadores. Algunos ejemplos:

- El incumplimiento en los contratos de transporte marítimo debido a contagios sufridos por los tripulantes, lo cual impidió el zarpe del buque en la fecha programada. O contagios en la fábrica o almacenes de los embarcadores, que impidió que se pudieran despachar las mercancías para su embarque, es decir, situaciones en las que el buque arribó al puerto y no había carga. Casos como éste han sido frecuentes en el contexto de la pandemia. Ligado a lo anterior ha habido situaciones de incumplimiento en los contratos de fletamento, motivados también por contagios, los cuales provocaron que no se pudieran poner los buques a disposición de los fletadores en los plazos acordados.

- Situaciones de buques en servicios regulares que debieron desviar su ruta porque el puerto previsto en el plan de viaje, próximo a tocar, estaba cerrado o había ralentizado sus operaciones como consecuencia de un brote de coronavirus; o desviación de la ruta para desembarcar en un puerto próximo, no programado, a uno o más tripulantes contagiados, o situaciones en las que los buques se han visto impedidos de zarpar en el tiempo programado porque en el momento en que estaban embarcando y desembarcando contenedores, brotaron los contagios en los grueros y encargados de la estiba y el terminal portuario optó por suspender sus operaciones.

- El retraso en el envío de los conocimientos de embarque al consignatario debido a que el remitente tenía las oficinas cerradas debido a disposiciones gubernamentales. Obviamente esta demora en la remisión de un documento clave de una venta marítima, genera retrasos en los procedimientos aduaneros para nacionalizar las mercancías, sobrecostos de almacenamiento de las mercancías y de alquiler de los contenedores.

- Cabe mencionar, también, demoras —*demurrage*— en la carga o descarga de buques, con los costos que esto implica para los fletadores, que deben asumir esos costos de demora como una penalidad; por ejemplo, en los contratos de fletamento por viaje o en los contratos de volumen.

Sucesos como los antes descritos, que en el sistema romano germánico encuadran como casos de fuerza mayor, surgen incumplimientos en las prestaciones, que como se indicó anteriormente, no pueden ser imputables a las partes y es allí donde la teoría del riesgo puede ser invocada, y quizá también la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación.

Diversos organismos internacionales no gubernamentales y especialistas vinculados con el tráfico marítimo internacional han exhortado a la comunidad marítima internacional, en el sentido de que antes de iniciar litigios costosos por causa de la pandemia, negocien sus contratos de utilización de buques y busquen las mejores salidas a los problemas. En esta línea, empíricamente se puede sostener que en muchos casos las partes en un contrato de transporte marítimo internacional de mercancías —porteador y embarcador—, antes de llevar sus diferencias a la solución de un tercero, sea un tribunal arbitral o judicial, han negociado y buscado la mejor forma de llegar a un arreglo que cause el menor perjuicio económico posible. Es natural que esto se haya evidenciado aún más entre empresas que han tenido una relación de negocios armoniosa y pronunciada en el tiempo. La inteligencia, la flexibilidad y la empatía, deben haberse intensificado en las negociaciones en oficinas y pasillos; y la buena fe, las buenas formas empresariales, y el actuar como un *bonus pater familias*, deben haber sido invocados en forma recurrente durante los tratos directos.

Anteriormente me referí a las Reglas de La Haya, instrumento internacional que estuvo en vigor en el Perú desde 1964 en virtud de la Resolución Suprema 687 y que desde el 1 de abril de 2022 ha sido reemplazado por las citadas Reglas de Hamburgo, a las que el Perú adhirió mediante Decreto Supremo 006-2021-RE. Las Reglas de La Haya a diferencia de las Reglas de Hamburgo, contienen una estipulación precisa relacionada con la pandemia, la cual está recogida en literal h), del numeral 2, del artículo 40., cuando estatuye que ni el porteador ni el buque serán responsables por pérdidas o daños resultantes que provengan de “una restricción de cuarentena”.

El derecho inglés ha desarrollado la doctrina de la frustración del contrato, que es la que resulta aplicable en el *common law* en vez de la fuerza mayor contenida en la teoría del riesgo aplicable en el sistema continental —*civil law*—. Menciono la *frustration of contract* del derecho inglés, pues como se sabe éste influye en los contratos de utilización de buques como el de transporte marítimo de mercancías, al punto de ser la legislación que regula y aplica a muchas de estas relaciones jurídicas, aunque es cierto que las cláusulas Paramount en los conocimientos de embarque que documentan contratos de transporte marítimo de mercancías, que constituyen cláusulas de remisión a la

legislación aplicable, frecuentemente se orientan al marco de los instrumentos internacionales como las Reglas de La Haya-Visby¹⁰ o las Reglas de Hamburgo.

En efecto, la teoría de la frustración del contrato se aplica si surge un evento extraordinario, impredecible y fuera del control de las partes contratantes, que torna imposible la ejecución de las obligaciones pactadas o que desnaturaliza las obligaciones de las partes de manera tan radical que se transforman en algo distinto a lo que se pactó cuando se celebró el contrato. La frustración del contrato opera en forma automática y extingue el contrato. Tratándose de una teoría cuya aplicación tiene efectos tan contundentes en los contratos marítimos, la legislación es cuidadosa y los tribunales del *common law* muy prolijos para determinar su aplicación a los casos concretos. Dependen mucho las circunstancias, pero especialmente que en el contrato se haya tenido el cuidado de insertar una cláusula, la cual describa con precisión qué razones pueden llevar a que el contrato se extinga, esto es, que desarrolle el nexo causal entre el evento producido y la imposibilidad de cumplir las obligaciones contractuales. Hasta antes de la pandemia por COVID-19, y a pesar que con el brote del SARS en el 2002 — felizmente rápidamente contenido— hubo algunas precisiones contractuales, fue poco probable que antes de que estallara la COVID-19, se pensara en cuarentenas o pandemias globales capaces de paralizar las operaciones en los buques y en los puertos.

Ante tal panorama de incertidumbre en el tráfico marítimo internacional y nacional, y de incumplimientos contractuales resultado de la pandemia por COVID-19, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO), fundado en 1905, cuyas pólizas de fletamento y conocimientos de embarque son de uso masivo desde la primera mitad del siglo pasado en el sector marítimo, ha diseñado una nueva cláusula modelo aplicable a los casos de fuerza mayor, denominada *force majeure 2022*, para los contratos de fletamento, la cual se refiere expresamente a eventos extraordinarios acaecidos en el tráfico marítimo como consecuencia de la irrupción de la pandemia, y la ocurrencia de fenómenos naturales cada vez más virulentos y frecuentes debido al acelerado cambio climático.

BIMCO advierte que las partes deben adaptar a la cláusula modelo a la naturaleza de su contrato y no debe incluirse en ningún acuerdo sin una cuidadosa consideración y tras una lectura de las notas explicativas. Por fuerza mayor en la referida cláusula se entiende la ocurrencia de un evento o circunstancia, que impida a una de las partes cumplir con una o más de sus obligaciones contractuales, tales como plaga, epidemia, pandemia; caso fortuito, catástrofe o acontecimientos naturales extremos, como un terremoto, un corrimiento de tierras, una inundación o una condición meteorológica extraordinaria (BIMCO, 2022).

No hay evidencia de que se hayan diseñado cláusulas especiales como la mencionada para la fuerza mayor, que pueda contrarrestar el impacto de la producción de una alteración extraordinaria de las circunstancias, que repercute las prestaciones acordadas y genere un desequilibrio patrimonial en el contrato —*rebus sic stantibus*—.

Aunque no está dentro de los alcances de este trabajo, es oportuno mencionar, aunque sea brevemente, otras consecuencias de la pandemia global, como fueron los problemas surgidos con los cambios de tripulación en los buques, los cuales tuvieron como consecuencia que mucha gente de mar se viera impedida de retornar a sus hogares en los peores momentos de la pandemia. La suspensión de actividades portuarias generó atascos de buques imprevistos en muchos puertos a nivel mundial. También cabe mencionar el incremento de los fletes en el transporte marítimo, los cuales han venido al alza al menos desde comienzos de 2021 y hasta mediados de 2022, lo cual ha generado un incremento en los precios de los productos, desatando un fenómeno inflacionario en muchos países.

3. La jurisprudencia: estado de la cuestión

En una controversia una vez agotado el trato directo sin poder plantear una solución, se tiene que recurrir al arreglo que puedan ofrecer terceros distintos de los discordantes. Las soluciones como se sabe están en la justicia ordinaria y en la arbitral.

Es cierto que la solución arbitral ha registrado un crecimiento sostenido desde hace poco más de un cuarto de siglo en el Perú y también ha aumentado el arbitraje marítimo en el mundo.

Los procesos arbitrales en los que las partes en disputa son empresas privadas, como se sabe son confidenciales y en este sentido no hay forma de conocer si hay procesos arbitrales marítimos o portuarios en los que se hayan invocado la teoría del riesgo o la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación en contratos de transporte marítimo de mercancías o en contratos de estiba y desestiba. Sin embargo, es probable que algunos casos de esta naturaleza hayan sido tramitados por la vía arbitral.

Se han buscado sentencias que hayan sido pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia respecto de procesos iniciados por incumplimientos contractuales como los señalados anteriormente, sin resultados satisfactorios, lo mismo en relación con fallos dictados por alguna de las cortes superiores de justicia del país que tenga jurisdicción y competencia en materia comercial o civil en alguna circunscripción o ciudad portuaria.

Como se menciona en la primera parte de este trabajo, las sentencias de casación en las que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la excesiva onerosidad de

la prestación son muy escasas y en ningún caso se declaró fundada la demanda. Algo parecido ocurre con los casos en los que se ha invocado la fuerza mayor o teoría del riesgo, aunque es cierto que existe una mayor cantidad de pronunciamientos por parte de la justicia ordinaria, en las sentencias que se han podido revisar, no se aborda un análisis de las normas y las instituciones que merezca algún comentario especial por nuestra parte.

Desde la perspectiva jurisprudencial y dado el hecho que los procesos judiciales muchas veces se dilatan desmesuradamente, parece prematuro en septiembre de 2022, que se puedan encontrar fallos de la Corte Suprema de Justicia sobre inexecución de obligaciones relacionados con actos jurídicos marítimos o portuarios, causados por riesgos ligados a la fuerza mayor o a la excesiva onerosidad de la prestación.

Si bien se puede prever en el sistema continental que en un caso en el cual una parte invoque y pruebe la fuerza mayor, el juzgador con muchas probabilidades resolverá exonerándola de responsabilidad, no parece que el mismo sentido concorra cuando lo que se invoca es la excesiva onerosidad de la prestación, especialmente si lo que busca una de las partes es liquidar el contrato.

Las pruebas que la parte afectada en un contrato de transporte marítimo de mercancías puede invocar en casos de fuerza mayor o de excesiva onerosidad de la prestación, como se sabe pueden ser de diversa naturaleza y así lo contempla el Código Procesal Civil peruano: informes periciales especializados de acuerdo con las circunstancias, testimonios, documentos, declaraciones de parte o inspecciones judiciales. Estos elementos probatorios deben ser útiles para demostrar que la pretensión que se persigue es verosímil y pueden ser empleados tanto en las negociaciones previas como en un proceso arbitral o judicial.

V. CONCLUSIONES

La pandemia por COVID-19 ha impactado en relaciones jurídicas de diversa índole. Como se ha analizado en esta investigación, la pandemia ha afectado el tráfico marítimo y portuario, ya sea por demoras, retrasos o cancelaciones en el transporte marítimo o la ralentización o suspensión de operaciones en las terminales portuarias.

Los brotes de virus en los buques y en los puertos han afectado el tráfico marítimo, Precisamente este trabajo se ha concentrado en analizar el impacto en los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías y se ha aproximado a describir los efectos de la pandemia traducidos en incumplimientos en las prestaciones, los cuales en algunos casos han generado que las partes renegocien los términos pactados en el marco

de la buena fe, y en otros a que seguramente se invoquen las teorías de la excesiva onerosidad de la prestación y del riesgo, en contraposición al principio *pacta sunt servanda*.

Se ha constatado la importancia que tiene el transporte marítimo de mercancías en el comercio internacional y cómo se ha visto afectado por la pandemia, problema global que soporta la humanidad y que repercute directamente en la economía de los países.

Como se expresó anteriormente, no se dispone aún de elementos que nos permitan apreciar cómo se ha pronunciado la justicia ordinaria cuando ha resuelto procesos en los que las teorías del riesgo o de la excesiva onerosidad de la prestación hayan sido invocadas. Es temprano todavía para conocer los resultados jurisprudenciales, porque los procesos deben estar en plena sustanciación. En esta dinámica la confidencialidad del fuero arbitral impide conocer laudos que hayan puesto fin a disputas en las que se haya invocado dichas teorías. Como se ha señalado también, la parte afectada en un contrato de transporte marítimo de mercancías dispone de diversos elementos probatorios, los cuales puede emplear cuando se presenten casos de fuerza mayor o excesiva onerosidad de la prestación que afecten un contrato de transporte marítimo que haya celebrado.

Es importante que en los contratos de transporte marítimo y en los de fletamento, se inserten cláusulas de fuerza mayor. La cláusula *force majeure 2022* de BIMCO para los contratos de fletamento, ha sido diseñada por especialistas y su aplicación podría extenderse a los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, a pesar de que éstos son contratos de contenido predispuesto. Para que la invocación de la fuerza mayor pueda tener efectos jurídicos en los contratos —enmarcados tanto en el *common law* como en el sistema continental—, debería consignarse en éstos, una cláusula expresa que defina específicamente los sucesos o eventos particulares que configuran fuerza mayor y qué efecto tendrán éstos si realmente suceden.

VI. REFERENCIAS

ARROYO, I. (2001). *Curso de derecho marítimo*. J. M. Bosch Editor.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *Informe Portuario 2020: el impacto de la pandemia del COVID-19 en el comercio marítimo, transbordo y throughput de los puertos de contenedores de América Latina y el Caribe*. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46979-informe-portuario-2020-impacto-la-pandemia-covid-19-comercio-maritimo-transbordo>.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD). *Contracts for the Carriage of Goods by Sea and Multimodal Transport Key Issues Arising from the Impacts of the Covid-19 Pandemic*

(UNCTAD/DTL/TLB/INF/2022/1). <https://unctad.org/meeting/training-course-implications-covid-19-pandemic-commercial-contracts-2>

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD). *COVID-19 Implications for Commercial Contracts International Sale of Goods on Cif and Fob Terms* (UNCTAD/DTL/TLB/INF/2021/2). <https://unctad.org/meeting/training-course-implications-covid-19-pandemic-commercial-contracts-2>

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD). *COVID-19 Implications for Commercial Contracts Carriage of Goods by Sea and Related Cargo Claims* (UNCTAD/DTL/TLB/INF/2021/1). <https://unctad.org/meeting/training-course-implications-covid-19-pandemic-commercial-contracts-2>

CONSEJO MARÍTIMO INTERNACIONAL Y DEL BÁLTICO (BIMCO). *Force Majeure Clause 2022*. <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/force-majeure-clause-2022>

DE LA PUENTE, M. (1997). La teoría del riesgo en el Código de 1984, *Biblioteca para leer el Código Civil*, 10a. ed., vol. I, Fondo Editorial de la PUCP.

DE LA PUENTE, M. (2017). *El contrato en general (comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil)*, 3a. ed., t. II, Palestra.

Diccionario de la lengua española (2021). <https://dle.rae.es/>

DIEZ-PICAZO, L. (2004). Contrato y libertad contractual. *Themis*, 49, pp. 15-21. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8545>

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2014). Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de circunstancias. En GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel y GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (coords.). *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 141-214.

MAZEAUD, Jean y LEÓN, Henry (1959). *Lecciones de derecho civil*, parte primera, volumen I. Tea.

MAZEAUD, Jean y LEÓN, Henry (1960). *Lecciones de derecho civil*, parte II, vol. II. Tea.

MESSINEO, F. (1955). *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV. Ediciones Jurídicas Europa-América.

OSTERLING, F. (1997). Inejecución de obligaciones. *Biblioteca para leer el Código Civil*, 10a. ed., vol. I. Fondo Editorial de la PUCP.

PEJOVÉS, J. (2021). Ventas marítimas y confluencia contractual. *Revista Derecho PUCP*, 86, 181-224. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22883>

Principios UNIDROIT 2010. <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Perú, e investigador del Instituto de Investigación Científica (IDIC) por la misma casa de estudio, candidato a doctor en derecho por la Universidad de Salamanca, magíster en derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Correo electrónico: jpejoves@ulima.edu.pe. Este artículo se basa en una investigación auspiciada por el IDIC de la Universidad de Lima que se realizó gracias a un concurso llevado a cabo en 2021

¹ El impacto de la pandemia y sus posibles consecuencias en el comercio internacional y en el transporte marítimo de mercancías, ha sido objeto en diversos estudios tanto académicos como institucionales. Por todos, véanse los trabajos publicados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): *Contracts for the Carriage of Goods by Sea and Multimodal Transport Key Issues Arising from the Impacts of the Covid-19 Pandemic* (UNCTAD/DTL/TLB/INF/2022/1); *COVID-19 Implications for Commercial Contracts International Sale of Goods on Cif and Fob Terms* (UNCTAD/DTL/TLB/INF/2021/2); y *COVID-19 implications for commercial contracts carriage of goods by sea and related cargo claims* (UNCTAD/DTL/TLB/INF/2021/1), <https://unctad.org/meeting/training-course-implications-covid-19-pandemic-commercial-contracts-2>; y el Informe Portuario 2020: el impacto de la pandemia del COVID-19 en el comercio marítimo, transbordo y *throughput* de los puertos de contenedores de América Latina y el Caribe, publicado en junio de 2021, de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) que aborda desde un ángulo económico, el impacto de la pandemia por COVID-19 en la industria marítima y portuaria, <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46979-informe-portuario-2020-impacto-la-pandemia-covid-19-comercio-maritimo-transbordo>.

² Como lo hemos señalado en otra parte: “El concepto de venta marítima, como lo afirma la doctrina autorizada que citamos en este artículo, asocia indisolublemente la compraventa de bienes con el transporte marítimo. La concurrencia de ambos contratos, al menos, en una suerte de entrelazamiento entre el comprador o el vendedor y el naviero, es un elemento sustancial para entender los alcances de la venta marítima” (José Antonio Pejovés, 2021, p. 188). En las ventas marítimas confluyen casi siempre cuatro contratos: compraventa internacional, transporte marítimo, seguro de las mercancías y crédito documentario.

³ El Perú se adhirió a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías el 25 de marzo de 1999 mediante el Decreto Supremo 011-99-RE y está vigente en el país desde el 1 de abril de 2000.

⁴ Las normas del Código Civil peruano, como es común en muchos ordenamientos del sistema continental, resultan aplicables supletoriamente a las relaciones jurídicas mercantiles. En este sentido el artículo 2o. del Código de Comercio establece que “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común”. Una norma más moderna como la contenida en el artículo 1353 del Código Civil, estatuye que “Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”.

⁵ Los Principios UNIDROIT, cuya primera versión es de 1994 y luego ha tenido ediciones sucesivas en 2004, 2010 y 2016.

⁶ Artículo 1431 del Código Civil: “En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.

Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor”.

⁷ Las Reglas de La Haya, es como se le conoce internacionalmente al Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque (Bruselas, 1924).

⁸ Las Reglas de Hamburgo, es como se conoce internacionalmente al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978).

⁹ Las Reglas de Rotterdam, es como se conoce internacionalmente al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transportes Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008).

¹⁰ Las Reglas de La Haya-Visby, alude al Convenio de Bruselas de 1924, antes mencionado y al protocolo de Visby de 1968. Cabe señalar que este protocolo nunca fue ratificado por el Perú.



DOI: 10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18095

Recibido el 14 de septiembre de 2022

Aprobado el 10 de abril de 2023

EL RÉGIMEN SIMPLIFICADO DE CONFIANZA EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y SU LUCHA CONTRA LA INFORMALIDAD

THE SIMPLIFIED TRUST REGIME IN THE MEXICAN INCOME TAX LAW AND ITS FIGHT AGAINST INFORMALITY

Gabriela RÍOS GRANADOS*

ORCID: 0000-0002-9782-6989

Israel SANTOS FLORES**

ORCID: 0000-0003-1512-3057

Resumen:

El trabajo tiene como objetivo analizar la introducción y aplicación del denominado Régimen Simplificado de Confianza, que sustituye al régimen de incorporación fiscal (RIF) en la Ley del Impuesto sobre la Renta y vigente a partir de 2022. En este sentido, se hace una revisión crítica de dicho régimen desde la dogmática del derecho tributario, especialmente a partir de sus conceptos fundamentales cuestionando si persigue fines extrafiscales o si se trata de un régimen de economía de opción.

Palabras clave:

Régimen de confianza, impuestos, economía informal, fines extrafiscales, economía de opción, México.

Abstract:

The paper aims to analyze the regulation introduction of the so-called Simplified Confidence Tax Regime, which replaces the Tax Incorporation Regime (RIF) in the Income Tax Act and in force form 2022. In this regard, a critical review of the tax law is made from the dogmatic nature of tax law, especially from their fundamental aspects; analyzing if it's pursuets extrafiscal purposes or it it's an option economy regimen.

Keywords:

Confidence tax regime, Taxes, informal economy, Extrafiscal proposes, Option economy, Mexico.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contexto socioeconómico en México*. III. *Antecedentes del Resico: fracaso de las políticas fiscales para incorporar la informalidad a la formalidad fiscal*. IV. *Motivaciones del Resico*. V. *El Resico y sus fines ¿extrafiscales?* VI. *EL Resico como economía de opción*. VII. *¿Qué entiende la autoridad fiscal por “confianza” ?, ¿la confianza de quién?, ¿qué es la confianza en el Resico?* VIII. *Elementos esenciales de este nuevo régimen tributario. Elementos cualitativos y cuantitativos del hecho imponible*. IX. *A modo de conclusión*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar la utilidad y pertinencia del régimen simplificado de confianza (Resico) como instrumento extrafiscal para motivar a las personas de la informalidad a incorporarse a la formalidad fiscal, dado que este régimen de alguna manera aspira a tener el mismo objetivo al sustituir al régimen de incorporación fiscal (RIF) que estaba en la LISR. Recordemos, pues, que el RIF se estableció en la nueva Ley del ISR y que entró en vigor en 2013, cuyo objetivo fue precisamente incorporar, como su nombre lo indicaba, a las personas que trabajaban en el sector informal a la formalidad laboral.

De ahí que la hipótesis principal es dilucidar qué tan efectivo es este régimen para abatir la informalidad en nuestro país, pues como se ha visto en varios estudios realizados anteriormente (Miriam Gómez, 2021, pp. 39 y ss. ; Gabriela Ríos, 2015, pp. 399 y ss.; Pilar López-Carasa, 2015, pp. 337 y ss.; César Domínguez, 2015, pp. 383 y ss.; César García, 2015, pp. 351 y ss.) la política fiscal ha fracasado en sus intentos de disminuir las actividades informales y construir una cultura del pago de impuestos.

De tal suerte, como preguntas secundarias de investigación se desarrollaron las siguientes: ¿cuál es la diferencia entre el extinto RIF y este nuevo régimen?, ¿el Resico es un régimen extrafiscal?, ¿qué entiende la autoridad fiscal por “confianza”, ¿la confianza de quién?, ¿este Resico permite la economía de opción? Estas son tan sólo algunas de las preguntas que nos mueven a escribir este trabajo y sobre las que se hacen las respectivas reflexiones.

Cabe resaltar que nuestra intención se centra en reflexionar si este nuevo régimen tiene posibilidades de lograr los fines descritos, por lo que otro tipo de perspectivas (por ejemplo, la relación con otros regímenes fiscales, los análisis estadísticos o su eventual impacto en la recaudación, etcétera) no son tomadas en cuenta y excederían los propósitos del trabajo.

Para lograr nuestro objetivo, se ha empleado la metodología de investigación documental, analítica y deductiva. De este modo, y siendo que la investigación documental es la base metódica de toda investigación jurídico-teórica,¹ para la elaboración de este trabajo se han utilizado prácticamente fuentes de tipo documental, incluida la revisión a la normativa tributaria. Por la novedad de este nuevo régimen fiscal debemos advertir que no existe bibliografía específica y científica² que aborde su estudio. De tal suerte, nuestro trabajo tuvo que superar este obstáculo con bibliografía conexas, es decir, aquella que aborda tópicos relacionados con los aspectos fundamentales que aquí se tratan, como la extrafiscalidad, la economía de opción, la informalidad, etcétera.

De esta manera, el trabajo hace una importante aportación doctrinal a un tema novedoso del sistema tributario mexicano. Para lograr el objetivo principal aquí planteado, el trabajo se ha dividido de forma sistemática y ordenada, y consta de diez partes. Para ubicar en qué momento económico entró en vigor dicha reforma fiscal, el primer apartado versa sobre el contexto socioeconómico en México, en el que destacamos que de acuerdo con la ENOE del último trimestre de 2022, la informalidad laboral aumentó a 32.4 millones de personas.

Es importante hacer notar que el estudio de la informalidad es un tema que hemos abordado en estudios previos, por lo que este trabajo se inscribe en la línea de investigación institucional “Derecho y economía informal” del IIJ/UNAM, en donde principalmente la investigación ha sido de sociología fiscal, y este artículo lo hemos enfocado desde la disciplina jurídica tributaria con el propósito de analizar el alcance del Resico como medida para disuadir la informalidad laboral. Por tal motivo, al referirnos al sector informal o la informalidad laboral lo hacemos partiendo de los conceptos empleados por el INEGI al realizar la encuesta nacional de ocupación y empleo (ENOE), en la que se distingue la informalidad laboral y la informalidad económica, y en otros trabajos lo hemos apuntado de la siguiente manera:

(...) nosotros empleamos la definición de la ENOE, que toma en cuenta la informalidad laboral y la informalidad económica. La primera se refiere a la ausencia de relaciones laborales formales, es decir, implica relaciones de trabajo que se desenvuelven al margen de la normativa laboral y fiscal y, por tanto, no constan en los registros tributarios y de seguridad social; la segunda, la informalidad económica, se refiere a la autogestión de los medios de producción que emplean los negocios o las unidades económicas, así como a las personas que desarrollan actividades económicas informales (Gabriela Ríos e Israel Santos, 2023, p. 5).

Una vez situado en tiempo y espacio el contexto del nuevo régimen, nos avocamos a describir algunos breves antecedentes del Resico, en el sentido de considerar a las políticas fiscales como un fracaso del Estado mexicano para incorporar la informalidad a la formalidad.

Expuestas las políticas fiscales antecesoras del Resico, tendremos la pauta para entrar en materia y analizar las motivaciones y las razones por las cuales se estableció. En el siguiente apartado analizamos la extrafiscalidad del Resico y cómo es que no embona en los fines extrafiscales para los cuales se creó, por lo que en nuestro trabajo se hace un hallazgo al identificar al Resico como régimen de economía de opción y no como un régimen con una finalidad extrafiscal.

Una vez establecido por qué el Resico es un régimen de economía de opción, entonces entramos a estudiar qué se entiende por confianza tanto para los contribuyentes como para las autoridades, dado que el Resico lleva en su propio nombre la idea de confianza.

Analizada la idea de confianza, entonces escudriñamos sobre los elementos esenciales, tanto cuantitativos y cualitativos de este nuevo régimen. Finalmente, la novena y décima parte se corresponden, respectivamente, con las conclusiones y la bibliografía empleada.

II. CONTEXTO SOCIOECONÓMICO EN MÉXICO

La informalidad es un problema de larga data en México. De acuerdo con la ENOE (INEGI, 2022), en el primer trimestre de 2022 el número total de personas en el empleo informal fue de 31 millones

de personas, que representó el 55.2% de la población ocupada, con un aumento de 1.8 millones respecto al mismo lapso de 2021. Sin embargo, de acuerdo con la ENOE realizada en el último trimestre de 2022, la informalidad laboral se situó en 32.4 millones de personas (INEGI, 2022). Aumento que ha sido exponencial.

Sin lugar a dudas, la informalidad laboral³ es un problema progresivo, los niveles de informalidad en el país son muy altos y han ido en franco aumento desde la pandemia derivada del COVID-19.

Así, la informalidad en México pasó de 27.9 millones de personas en 2020 a 32.4 millones de personas en diciembre de 2022 de acuerdo con la última ENOE del cuarto trimestre de este año, tal como lo hemos citado líneas arriba. Lo anterior demuestra, por un lado, el impacto de la contracción económica derivada de la pandemia en la economía personal y familiar del mexicano, y por otra, la debilidad de la política pública del gobierno federal para ayudar a las personas del sector informal. Como hemos indicado en otra parte, la economía informal ayuda a reflotar a la economía nacional (Gabriela Ríos e Israel Santos, 2022, pp. 142 y 143).

Una vez analizado este contexto socioeconómico revisemos breves antecedentes legislativos del Resico.

III. ANTECEDENTES DEL RESICO: FRACASO DE LAS POLÍTICAS FISCALES PARA INCORPORAR LA INFORMALIDAD A LA FORMALIDAD FISCAL

De los trabajos que hemos realizado con anterioridad se ha observado que hay una constante por parte de los gobiernos, sobre todo a nivel federal, de incorporar a las personas que trabajan en el sector informal mediante programas e incentivos fiscales, lo que a todas luces no necesariamente se ha traducido en mayores ingresos tributarios, y tampoco en una disminución satisfactoria de la informalidad en México. Miriam Gómez (2021) ha documentado cómo al menos en las últimas dos décadas el Estado mexicano se ha esforzado desde el ámbito de la política fiscal a combatir el sector informal; así, ha expuesto que se han creado nuevos impuestos, regímenes fiscales *ad hoc*, así como incentivos con finalidad extrafiscal. La visión de Vicente Fox, como el primer mandatario de oposición que ganó la presidencia de la República mexicana en 2000, fue de corte más empresarial y de apoyo a los pequeños negocios con programas como los referidos a “Changarros”. Por su parte, Felipe Calderón creó dos impuestos destinados a abatir la informalidad: el impuesto empresarial a tasa única (IETU) y el impuesto sobre los depósitos en efectivo (IDE); en cambio, durante el sexenio de Enrique Peña Nieto se abrogaron estos impuestos, además de entrar en vigor una nueva Ley del Impuesto sobre la Renta, en la que se eliminó el régimen de pequeños contribuyentes (Repeco), así como el régimen intermedio para sustituirlos por el régimen de incorporación fiscal (RIF). Este último, como su propio nombre lo mencionaba, buscaba incorporar a las personas que estaban en la informalidad con un régimen preferencial, estableciendo —en lenguaje sencillo— que durante el primer año de su incorporación no tendrían que pagar ISR, y que paulatinamente iría disminuyendo el descuento del pago del impuesto, de forma tal que al cabo de diez años los contribuyentes pagarían el total de éste.

Sobre el impuesto establecido en la época de Felipe Calderón encontramos algunos estudios al respecto. De acuerdo con Pilar López-Carasa (2015, p. 337) las altas cifras de informalidad en el país reflejan el grave problema de recaudación fiscal. Por eso es tan importante analizar de manera crítica la implantación de este tipo de regímenes. Esta misma autora, al estudiar el impuesto a los depósitos en efectivo (IDE) y sus finalidades para combatir la informalidad, apunta que “este tributo se ha tornado desproporcional ... pues existen grupos de contribuyentes perfectamente identificados que efectúan hasta cuádruple tributación y que son justamente estos quienes además pagan el impuesto a los depósitos en efectivo” (Pilar López-Carasa, 2015, p. 346). Del mismo modo, César Domínguez (2015, p. 393) criticó la aplicación del IDE por dar un trato discriminatorio: “Si el legislador sabe que un individuo no está declarando sus ingresos, yo le exijo que eche andar su maquinaria fiscalizadora para que le cobre todo el impuesto que debe pagar, y no solo un dos o un tres por ciento”. Por su parte, Gabriela Ríos (2015, p. 407) ha indicado que “existe una percepción de una frágil fiscalización de las leyes tributarias por parte de las autoridades tributarias. Es decir, para algunos es una decisión deliberada no pagar sus contribuciones, porque es mayor el costo beneficio de no hacerlo. De tal suerte, para algunos se ha convertido una opción de vida formar parte de la economía informal”.

En conclusión, de conformidad con estos autores, las políticas fiscales encaminadas a disminuir la informalidad laboral en nuestro país no han tenido los resultados esperados. Además, la evidencia empírica aquí mostrada es denotativa de los fracasos de las anteriores administraciones por implementar políticas tributarias para incorporar al sector informal a la formalidad fiscal.

De acuerdo con la actual administración tributaria, la respuesta para abatir la informalidad laboral viene dada por el denominado régimen simplificado de confianza en vigor a partir del ejercicio fiscal 2022.

IV. MOTIVACIONES DEL RESICO

Nos parece que el Resico responde a la necesidad de cambiar comportamientos de las personas contribuyentes, esto es, migrar de los siguientes regímenes fiscales: el RIF (extinto); el de actividades empresariales y profesionales; el de actividades ganaderas, silvícolas y pesqueras; el de otorgamiento del uso y goce temporal de bienes inmuebles, y el de personas morales, al Resico. La migración a este nuevo régimen se daría gracias a sus bonanzas —según las autoridades— de este nuevo régimen.

Consideramos, de acuerdo con la abundancia en las motivaciones de simplificación y confianza ciudadana de los contribuyentes en la exposición de motivos, ésta sería la primordial finalidad del legislador para incorporar este nuevo régimen. Esto deriva de los siguientes párrafos de la mencionada exposición:

De igual forma, tomando en cuenta que nuestro sistema tributario se basa en la autodeterminación por parte de los contribuyentes y que la mayoría de ellos no cuentan con capacidad administrativa para determinar las contribuciones a su cargo con base en disposiciones que prevén regímenes fiscales complejos y que para muchos de ellos el cumplimiento tributario implica la necesidad de recurrir a la asesoría o gestoría, se deben impulsar regímenes que permitan a los ciudadanos contribuir al gasto público de una manera rápida, práctico y sencilla.

Esta facilitación, sin duda, permite incrementar la base de contribuyentes y evitar la informalidad, toda vez que los ciudadanos se ven mayormente motivados a cubrir sus contribuciones cuando no tienen que cumplir con múltiples obligaciones formales y pueden hacerlo, sin asesoría, mediante herramientas sencillas.

En ese sentido, cobra vital importancia facilitar el cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales mediante la incorporación de regímenes fiscales simplificados basados en la confianza ciudadana y el aprovechamiento de los medios tecnológicos, así como otorgar certeza jurídica a los contribuyentes dando mayor claridad en la aplicación de las disposiciones tributarias.

En ese contexto, la propuesta que se formula a esa Soberanía se basa en la confianza en la ciudadanía y tiene como principales objetivos la simplificación administrativa y el reforzamiento de la certeza jurídica, para lograr un más eficiente y equitativo sistema tributario mexicano, que inhiba la evasión y elusión fiscales, en estricto apego a los principios tributarios de proporcionalidad y equidad tributaria previstos en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Gaceta Parlamentaria, 2021, p. 3).

Como se advierte, la finalidad de este régimen es facilitar el cumplimiento voluntario a partir de simplificar el pago de impuestos. La segunda finalidad será incorporar a la formalidad a las personas que laboran en el sector informal. Sobre este último punto, no necesariamente implica que las personas que laboran en dicho sector se incorporarían a este nuevo régimen por el simple hecho de cambiar la forma de tributación del régimen de incorporación fiscal del impuesto sobre la renta. Tan es así, que la página del SAT textualmente dice:

“el objetivo de este nuevo esquema es la reducción de las tasas de este impuesto para que las personas que tengan menores ingresos paguen menos” (SHCP, 2022).

Siguiendo con las motivaciones del Resico:

33. Régimen simplificado de confianza para personas físicas

La Ley del Impuesto sobre la Renta clasifica la forma de tributación de las personas físicas de acuerdo con la actividad económica que realizan y al tipo de ingreso obtenido, otorgando exenciones, deducciones y diversas facilidades administrativas dependiendo del régimen en el que se ubique el contribuyente.

Los regímenes actuales en donde tributan las personas físicas que realizan actividades empresariales son: actividades empresariales y profesionales, régimen de incorporación fiscal, arrendamiento, actividades agrícolas ganaderas, silvícolas y pesqueras y plataformas tecnológicas, además de la tributación a través de los coordinados, dentro de los cuales se establecen diversas obligaciones, generando una percepción de complejidad en el pago de los impuestos, lo que para algunos contribuyentes ha ocasionado la omisión en el cumplimiento de estas.

Por lo anterior, el régimen simplificado de confianza busca generar una manera sencilla, rápida y eficaz en el pago de las contribuciones, sobre todo para aquellos contribuyentes con menor capacidad administrativa y de gestión.

Así, en los regímenes actuales la determinación y pago del impuesto sobre la renta de las personas físicas requiere cumplir con la presentación de declaraciones informativas, de retenciones, de operaciones con proveedores, provisionales y la declaración anual, así como llevar y conservar contabilidad, lo que implica para algunos contribuyentes la necesidad de contratar los servicios de terceros (contadores, gestores) para apoyarlos en el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que el régimen simplificado de confianza que se plantea prevé una máxima simplificación a efecto de que la determinación y pago del impuesto sea accesible a los contribuyentes sin necesidad del apoyo de terceros, utilizando como principal eje el CFDI, con lo que se logra la automatización del cálculo y se disminuye la carga administrativa.

Con el régimen propuesto, los contribuyentes podrán cumplir con sus obligaciones de una manera ágil y sencilla ya que únicamente deberán: i) inscribirse o actualizar su registro federal de contribuyentes; ii) generar su firma electrónica avanzada y activar su buzón tributario; iii) expedir y solicitar facturas a través del Portal del Servicio de Administración Tributaria; iv) ingresar al Portal de la citada autoridad donde encontrarán su información precargada, y v) generar la línea de captura y realizar el pago correspondiente, en caso de que proceda. Cabe destacar que la mayoría de los contribuyentes ya cuentan con lo previsto en los numerales i) a iii).

Además de la simplificación señalada, el nuevo régimen prevé tasas impositivas mínimas que se aplican de manera progresiva de acuerdo con los ingresos que obtenga el contribuyente, pudiendo ser incluso del 1% cuando los ingresos anuales no son mayores de \$300,000.00, aplicando una tasa de máxima de 2.5% para quienes obtengan ingresos de \$2'500,000.00 y hasta \$3'500,000.00. Con ello, la tributación anual de estos contribuyentes sería, por ejemplo, de \$3,000.00 anuales para quienes reciban los ingresos señalados en primer término (Gaceta Parlamentaria, 2021, p. 50 y 51).

Sin duda alguna, en un primer acercamiento las motivaciones del Resico pudiera pensarse que son extrafiscales, es decir, no buscan el aumento de la recaudación, pero sí motivar cambios de comportamiento de los contribuyentes, y aquí vale la pena preguntarnos ¿qué tan eficaz será el Resico para este propósito? Para responder esta pregunta, veamos algunos números. Según datos del informe tributario y de gestión del primer trimestre 2022 del SAT, el Resico logró una recaudación de 2,383 millones de pesos para personas físicas y 2,552 millones de pesos tratándose de personas morales; en este sentido, se incorporaron 2,321,589 personas físicas al Resico y 170,003 personas morales (SHCP, SAT, 2022a).

En el segundo trimestre de 2022, de acuerdo con el segundo informe del SAT, el Resico recaudó 11,699,000.00 de pesos hasta junio de 2022, de los cuales 4,957 millones de pesos correspondieron a personas físicas, con un padrón de contribuyentes, entre personas físicas y morales, de poco más de 2.6 millones de contribuyentes (SHCP, SAT, 2022b). Las cifras anteriores no se pueden comparar con el RIF de 2021, porque no se logró advertir cuánto se recaudó durante el segundo trimestre de 2021 en el RIF, debido a que por un error de la página del SAT dicho informe no está disponible y se exhibe por duplicado el informe del primer trimestre (Gobierno de México, SAT, 2022).

En correlación con el informe de 2022, el RIF recaudó 2,452 millones por concepto de personas físicas y —recordemos que no existía el RIF para personas morales— (SHCP, SAT, 2022b); sin embargo, no hay forma de establecer punto de comparación respecto de las personas que se incorporaron al RIF el año pasado porque esa información no viene proporcionada en el informe respectivo, ni está disponible en la página del SAT. En conclusión, de todas las cifras que hemos comentado aquí no se puede hacer un ejercicio de comparación entre el antiguo RIF y el actual Resico, ni por concepto de recaudación, ni por el número de personas que se inscribieron o migraron a estos regímenes.

Como hemos dicho, el Resico es un régimen que en sí mismo no busca aumentar la recaudación del ISR, porque implica una importante disminución en la tasa del impuesto que va del 1% al 2.5% como tasa máxima, pues de otra manera se estaría cobrando para las personas con menos capacidad administrativa y de gestión las tasas generalizadas que se cobran tanto en los regímenes de personas físicas, como de personas morales.

Entonces, para nosotros y de acuerdo con la teoría de la extrafiscalidad,⁴ entre más crece la finalidad extrafiscal, más decrece la finalidad recaudatoria, pues como lo hemos dicho anteriormente, la finalidad no es recaudar, sino que, por un lado, el pago de las contribuciones sea más cómodo y simplificado para las personas contribuyentes con menos capacidad administrativa y de gestión; por el otro, también busca incorporar a las personas que laboran en el sector informal.

No obstante, respecto a la segunda motivación en la exposición de motivos, lo más probable es que las personas de la informalidad no encuentren incentivos para pagar sus contribuciones bajo el Resico a pesar de las tasas mínimas. Lo que sí estamos seguros es que los contribuyentes cautivos sí optarán por cambiarse a este régimen porque de pagar una tasa generalizada de hasta el 35%, preferirán pagar una tasa de hasta el 2.5%, con base en el principio de economía de opción, tal como desarrollamos más adelante.

Entonces, desde nuestro punto de vista este nuevo régimen no redundará en un aumento considerable del padrón de contribuyentes, tal como lo espera la autoridad tributaria. Sin embargo, algunos autores, como Benjamín Díaz y Fabiola Mapén (2022, pp. 106 y 107), ven con buenos ojos este régimen simplificado, pues además de que supondrá el aumento del padrón de contribuyentes, logrará mejores índices de recaudación y “con un gran impacto en la sociedad en términos de desarrollo social”.

Consideramos en este punto que es idóneo comparar la exposición del RIF con la del Resico, pues nos da más claridad y mayores argumentos en favor del fin extrafiscal de estos dos regímenes.

Veamos el caso del RIF. La exposición de motivos presentada ante la Cámara de Diputados el 8 de septiembre de 2013 establecía:

... La facilidad en el cumplimiento del pago de impuestos representa un factor esencial para que los negocios que se van creando en una economía, particularmente los de menor escala, se incorporen de inmediato a la formalidad en la esfera tributaria.

Considerando lo anterior, una de las principales medidas que contiene la presente iniciativa de reforma hacendaria es la sustitución de diversos regímenes fiscales aplicables a las personas físicas con actividades empresariales por un solo régimen, el régimen de incorporación.

A través del régimen de incorporación se pretende que las personas físicas con actividades empresariales y que prestan servicios inicien el cumplimiento de sus obligaciones fiscales en un esquema que les permita cumplir fácilmente con sus obligaciones tributarias. La participación en el régimen de incorporación traerá aparejado el acceso a servicios de seguridad social. De esta forma, se creará un punto de entrada para los negocios a la formalidad, tanto en el ámbito fiscal como en el de la seguridad social.

El régimen de incorporación que se propone establecer en la nueva Ley del ISR sustituiría el aplicable por las personas físicas con actividades empresariales con ingresos de hasta 4 millones de pesos anuales, esto es, el régimen intermedio, y el régimen de pequeños contribuyentes (Repecos)...

Para simplificar y promover la formalidad de las personas físicas que realizan actividades empresariales, se propone sustituir el régimen intermedio y el Repeco por un régimen de incorporación que prepare a las personas físicas para ingresar al régimen general con las siguientes características:

Aplicable sólo a personas físicas que realicen actividades empresariales, que enajenen bienes o que presten servicios por los que no se requiera para su realización título profesional, con ingresos anuales de hasta un millón de pesos... (SIL Gobernación, 2013, pp. 65 y 66).

De la transcripción anterior se observa con claridad que la finalidad extrafiscal del RIF consistía en incorporar a las personas del sector informal a la formalidad, mediante la simplificación administrativa y la reducción del ISR al 100% en el primer año de incorporación a dicho régimen y subsecuentes reducciones en los ejercicios fiscales posteriores, de modo que los contribuyentes poco a poco fueran allegándose de cultura contributiva y adquirir la madurez fiscal necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones. En tanto que, como se pudo observar, en la exposición del Resico las finalidades son diversas y no necesariamente bien delimitadas: desde abatir la informalidad, simplificar el pago de impuestos y generar confianza.

El Resico no establece con claridad a qué se refiere cuando habla de contribuyentes con baja capacidad de gestión y administrativa, además de mezclar su deseo de incorporar a los informales a la formalidad; como ejemplo, ponemos el caso de una persona que tributa en el régimen de actividades empresariales y profesionales y que legalmente puede migrar al Resico, no obstante tener mayor capacidad de gestión y administrativa que las personas que tributaban en el RIF o bien que desarrollan sus actividades en el sector informal.

V. EL RESICO Y SUS FINES ¿EXTRAFISCALES?

De todo lo expuesto anteriormente se podría sugerir que el Resico persigue fines extrafiscales pues, como se ha visto en su exposición de motivos y en los antecedentes arriba reseñados, su objetivo no es la recaudación de impuestos; por el contrario, las tasas impositivas reducidas que introduce este régimen darían lugar a pensar que tiene otros fines. Esta última idea nos lleva a dedicar un apartado a la teoría de la extrafiscalidad que ha tenido larga data en el derecho tributario.

Primeramente, hay que distinguir los fines de los efectos extrafiscales. Así, los fines extrafiscales se refieren a una finalidad no recaudatoria, pues el legislador busca cambiar comportamientos de los contribuyentes,⁵ en tanto que los efectos extrafiscales no son queridos ni deseados por el legislador (Gabriela Ríos, 2007, p. 7). Debemos distinguir también la extrafiscalidad material de la extrafiscalidad formal. La primera se refiere a que está contenida en alguno de los elementos esenciales de la contribución, y la segunda, solo se encuentra expresamente manifestada en la exposición de motivos o en la discusión parlamentaria del tributo extrafiscal.⁶

En el apartado sobre las motivaciones del Resico se analizó la extrafiscalidad formal de este nuevo régimen. De tal suerte, tal como lo hemos revisado en ese apartado, la exposición de motivos invocó la lucha contra la informalidad, así como la necesidad de aumentar la base de contribuyentes, la facilidad en el pago voluntario de las contribuciones, y la simplificación administrativa. Ahora bien, escudriñemos pues cada una de estas características de la extrafiscalidad formal en los elementos esenciales del nuevo régimen.

En lo que respecta a la lucha contra la informalidad, como hemos visto, de acuerdo con el INEGI (2022) y la ENOE del último trimestre de 2022, la informalidad laboral aumentó a 32.4 millones de personas, y lo que busca esta política fiscal a través del Resico es abatir estos 32.4 millones de personas, aumentando la base de los contribuyentes. En cuanto al elemento subjetivo del hecho imponible, observamos que este régimen no está dirigido en exclusiva a las personas que

desarrollan actividades en el ámbito de la economía informal; tan es así que otro tipo de actividades (actividades empresariales y profesionales, AGAPES, etcétera) pueden migrar válidamente a este régimen, en tanto que el RIF sí estaba dirigido expresamente a las personas que no tenían alguna profesión, sino que se dedicaban a artes u oficios o cualquier actividad por la que no se requiriera un título profesional, pues el RIF, como lo vimos en el apartado de las motivaciones, se basó en la ENOE del INEGI de 2013.

En cuanto, el elemento objetivo del hecho imponible, es decir, el objeto material del Resico es el ingreso, pues recordemos que el Resico está contenido en el Impuesto sobre la Renta y éste grava el ingreso obtenido en territorio nacional en cualquiera de sus formas (todos los ingresos de personas residentes, establecimiento permanente e ingresos por fuentes de riqueza) de acuerdo con el artículo 10. de la LISR. De lo anterior, se deriva que el elemento objetivo es el ingreso obtenido por las personas físicas o morales que están en el Resico, ya sea por migración o por opción. Pero el ingreso es un elemento fiscal de la ley del ISR, dado que el ISR no es impuesto de ordenamiento o extrafiscal porque su finalidad es meramente recaudatoria, pues busca encontrar riqueza donde realmente hay riqueza, y que, además, su naturaleza jurídica es ser un impuesto directo que grava la riqueza manifestada en ingresos, utilidades, etcétera.

A mayor abundamiento, de acuerdo con la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:⁷

define cuáles son los ingresos acumulables, es decir, determina cuáles son gravables y, por ende, constituyen el objeto del tributo referido (...). Ello, considerando la naturaleza del impuesto, así como el objeto que grava, en virtud de que la legislación fiscal no estima relevante la entrada en efectivo, sino la obtención del ingreso, incluso uno en crédito, entendido éste como afectación positiva en el haber patrimonial del causante. De esta manera, al obtenerse ingresos en crédito, la persona no percibe necesariamente efectivo u otros bienes, pero sí ingresa en su haber patrimonial un derecho de crédito que le permitirá obligar a su deudor a que cumpla la contraprestación a su cargo, aun en contra de su voluntad, misma que puede consistir en la entrega de efectivo o bienes, o en la prestación de un servicio. En efecto, el derecho de crédito y, por tanto, la modificación en el haber patrimonial se adquiere con independencia de cuándo se obtenga materialmente el cobro de la contraprestación respectiva.

Como se podrá advertir de la tesis anterior, el criterio jurisprudencial retoma que el objeto material del ISR es la obtención del ingreso, no importa que éste sea incluso en forma de créditos; basta con que se materialice en una modificación del haber patrimonial, noción dentro de la que quedan comprendidos los ingresos que se gravan por el Resico. Por lo que, el objeto material del Resico sigue una finalidad netamente fiscal y no extrafiscal pues es el ingreso su objeto material.

Con referencia al elemento objetivo, encontramos a los elementos cuantitativos del hecho imponible que se componen por la tasa impositiva y por la base imponible. Respecto a la primera, la tasa oscila entre el 1% y el 2.5% en función de los ingresos que compongan la base imponible. La segunda está compuesta por el monto total de ingresos amparados por comprobantes fiscales efectivamente cobrados y va desde 25,000 pesos hasta 3.5 millones de pesos mensuales. Aquí se podría argumentar que está implícita la finalidad extrafiscal porque las tasas generales para personas físicas van del 1.92% hasta el 35% y la tasa general para personas morales es una tasa fija del 30%.

De la disminución de las tasas de acuerdo con la extrafiscalidad formal sí se podría advertir que se busca incorporar personas de la informalidad porque se hacen atractivas las tasas al aminorarlas. Sin embargo, este único elemento por sí solo no es indicativo que todo el Resico tenga una finalidad exclusivamente extrafiscal, de cambio de comportamiento de los informales para verse motivados a ingresar a la formalidad mediante el pago del ISR. Tan es así que el RIF era mucho más atractivo que este régimen, pues en el primer año no se pagaba el ISR y era un régimen de excepción, el cual no ayudó a incorporar a las personas que trabajaban en la informalidad, incluso al revés, la informalidad laboral ha ido *in crescendo* desde 2014 fecha en la que entró en vigor el RIF, pues para el 2013, de acuerdo con la ENOE, habían 29.3 millones de personas en informalidad laboral (La Jornada, 13 de noviembre de 2013), cifra que actualmente ha aumentado a 3.1 millones de personas en la informalidad. Las matemáticas no mienten.

La extrafiscalidad no se observa ni en los elementos temporales (fecha de pago), ni en los espaciales (lugar de pago), pues prácticamente se observan las reglas generales que se establecen tanto para las personas físicas y morales de la LISR.

Respecto a la simplificación administrativa de este régimen, tampoco se observó la extrafiscalidad porque no toma en cuenta la realidad social de los negocios informales, en nuestro país, pues muchos de los emprendimientos no cuentan con las herramientas digitales para emitir facturas electrónicas, y mucho menos conocen del sistema de facturación electrónica del 4.0 del SAT.

Por todos estos motivos, consideramos que no ha sido bien implementado este régimen en aras de disminuir la informalidad y tampoco se observó la ligereza en los trámites administrativos de este régimen, por lo que, nos inclinamos a pensar que más bien es un régimen de economía de opción dirigido no a los informales sino a las personas contribuyentes que ya están tributando por el ISR. Por tal motivo, el siguiente epígrafe aborda al Resico desde la perspectiva de la economía de opción.

VI. EL RESICO COMO ECONOMÍA DE OPCIÓN

Larraz fue la primera persona en el ámbito académico tributario que acuñó el concepto de economía de opción y así lo reconoce de manera unánime la doctrina tributaria (Luis Rodríguez-Ramos, 2010, p. 127, Eusebio González, 2007, p. 288, Alejandro Ibarra y Liliana González, 2008, p. 122, César García, 2004, p. 273, Alejandro Ibarra, 2006, p. 49, y Juan Calvo, 2007, pp. 11 y ss.). Lo hizo con el propósito de diferenciarlo del fraude a la ley, en este sentido, así lo establece: “La economía de opción tiene de común con el *fraus legis* la concordancia entre lo formalizado y la realidad. De ningún modo se da simulación. También coinciden en no contrariar la letra legal y en procurar un ahorro tributario. Pero, fuera de estos trazos comunes, fraude de la ley y económica de opción divergen. La economía de opción no atenta a lo querido por el espíritu de la ley, en tanto que sí atenta el *fraus legis*” (José Larraz, 1952, pp. 61 y 62).

Para José Larraz (1952, p. 63) es importante esta diferencia pues en la economía de opción no se aplican medidas correctivas por parte de la administración tributaria, en tanto que en el fraude a la ley sí, por contrariar el espíritu de ésta. Para este autor la economía de opción puede ser de dos formas: la expresa, que viene dada por la propia disposición legal cuando permite al contribuyente

cierto margen de actuación, y la tácita, que viene implícita o que deriva una interpretación del contribuyente a la luz de las posibilidades de actuación que le ofrece el ordenamiento tributario.⁸

Siguiendo con esta misma tónica, Calvo Vérez apunta que en la economía de opción “se elige lícitamente entre las diversas alternativas jurídicas en función de su carga fiscal”, en tanto que en el fraude a la ley “es la elusión ilícita”, pues considera que “la supuesta legitimidad formal del procedimiento elusivo no es suficiente para garantizar la licitud del resultado. De hecho, resulta posible encontrar resultados ilícitos dentro de la aparente licitud de un acto elusivo. Surgiría así la elusión ilícita dentro de la cual debe ser encajada el fraude a la ley” (José Calvo, 2007, p. 23). Este mismo autor considera que en los casos de fraude de ley tributaria “se aprovecha la existencia de un medio jurídico más favorable (la llamada norma de cobertura) previsto para el logro de un objetivo diverso, con la finalidad de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal)” (José Calvo 2007, p. 36).

Por su parte, Palao Taboada define el fraude a la ley tributaria como “la consecución de un resultado económico por medios jurídicos distintos a los normales, medios jurídicos que natural y primariamente tienden a logros de diversos fines, que no están gravados o lo están en medida más reducida que en aquellos medios normales o usuales” (Carlos Palao, 1978, p. 386).

Por otro lado, de acuerdo con Ibarra Rodríguez por economía de opción se entiende “el comportamiento a través del cual el contribuyente se aleja de las manifestaciones de riqueza que constituyen el presupuesto de hecho del tributo contemplado por la norma, es decir, conductas por las cuales el sujeto tiende legítimamente a no pagar el tributo porque opta por no realizar el hecho o supuesto previsto por la norma, y del cual —de realizarlo— se originaría la obligación de contribuir” (Alejandro Ibarra, 2006, p. 49).

Sobre esta última afirmación creemos que se debe modular el criterio del mencionado autor, porque según nuestro parecer en la economía de opción no necesariamente no se genera el hecho imponible,⁹ sí se genera pero el propio legislador da la opción de tributar bajo otro régimen, categoría, esquema o determinación, de manera que se disminuya la carga tributaria, es decir, sí realiza la hipótesis normativa del presupuesto de hecho; sin embargo, existe la oportunidad de aminorar la carga tributaria. Pongamos un ejemplo, en la ley del ISR, en el capítulo III sobre los ingresos por arrendamiento y en general por otorgar el uso o goce temporal de bienes inmuebles, la ley permite de forma expresa una economía de opción, en donde se realiza el hecho imponible, pero da la opción de determinar el impuesto de forma distinta, según convenga al contribuyente, tal como lo establece el artículo 115 de la LISR.

De acuerdo con este artículo el contribuyente tiene la opción de aplicar todos gastos ejecutados y permitidos en la ley en concepto de deducciones o bien aplicar una deducción ciega del 35% respecto de los ingresos que deriven del arrendamiento. Además de esta opción, la ley también da una tercera alternativa para las personas que obtienen ingresos por este concepto, pues les permite tributar bajo el Resico, en este último caso aplicando las tasas mínimas sin posibilidad de deducción alguna.

Con lo anterior queremos decir, como lo ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional español, que existe una pluralidad de supuestos en la configuración de la economía de opción, en la que se puede no generar el hecho imponible, generar el hecho imponible, pero con una disminución en la carga tributaria, siempre y cuando no se contravenga la ley ni su espíritu, tal como se establece a continuación:

Con cita expresa del artículo 24 de la Ley general tributaria —en la versión introducida por la Ley 25/1995, de 20 de julio— consideraba el Ministerio Fiscal que la configuración del fraude de ley en dicha norma tributaria no podía suponer, sin más, «la legítima búsqueda por el contribuyente en el ordenamiento jurídico, de determinados efectos que hagan más favorable o beneficiosa su situación frente a la administración tributaria» ya que la «llamada economía de opción sólo puede concurrir en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas, a diferencia del fraude de ley que se conceptúa con el propósito probado de eludir el pago de un impuesto». Desde esta perspectiva estimaba el Ministerio Fiscal que no había sustanciales diferencias entre la norma administrativa y la descripción típica contenida en el precepto penal aplicado al demandante de amparo, y que la única diferencia entre ambas residía en la ausencia de sanción en el primer caso frente a la imposición de una pena en el segundo (BOE, 2005, 120/2005).

El mismo tribunal en su búsqueda por establecer los linderos del fraude a la ley estableció:

... el Ministerio Fiscal de reseñar brevemente cuál era el estado de la cuestión en sede doctrinal y jurisprudencial, destacando que el grueso de la doctrina considera que el fraude de ley tributaria constituye una conducta penalmente atípica y, en consecuencia, excluida de toda sanción penal, ya sea porque se estima que la aplicación del tipo penal en el que se describe el delito contra la hacienda pública sería de naturaleza analógica y extensiva, ya sea porque se entiende que en estos casos ni tan siquiera por hablarse de elusión de tributos, puesto que la conducta no consistiría en evitar el pago de los mismos sino en evitar el propio nacimiento del hecho imponible, ya sea porque en este tipo de conductas no se daría el engaño consustancial a toda conducta defraudatoria, o, finalmente, por el carácter imprevisible que en tales supuestos tendría la punición de dichas conductas, habida cuenta de la ausencia de sanción administrativa de las mismas. En cuanto a la jurisprudencia reconocía el Ministerio Fiscal la falta de unanimidad en esta materia, al existir fallos en los que se afirma la tipicidad penal de estos comportamientos de acción elusiva amparada en el empleo de un fraude de ley tributaria, en tanto que en otros se habría optado por la solución radicalmente contraria (BOE, 2005, 120/2005).

Es así, nosotros consideramos que es fácil la distinción entre economía de opción y de fraude a la ley cuando nos encontramos en la economía de opción expresa; sin embargo, es muy difícil establecer linderos entre economía de opción tácita y fraude a la ley, toda vez que se debe revisar el espíritu de la ley, la ley misma y que las operaciones o negocios del contribuyente sean lícitos, con sustancia económica y no carezcan de razón de negocios, tal como lo establece el artículo 50.-A del CFF.

De tal suerte, la implementación del nuevo Resico permite a los contribuyentes una oportunidad para elegir la forma de tributación más conveniente a su bolsillo. Esta economía de opción,¹⁰ entendida como la libertad de elegir la forma jurídica más conveniente al contribuyente, se materializó en la posibilidad que tuvieron aquellos que tributaban en el anterior RIF, para presentar aviso de actualización de actividades económicas y obligaciones ante el SAT y migrar al Resico. Esta opción¹¹ se puede realizar en cualquier momento para cualquier persona física que se encuentre dada de alta ante el Registro Federal de Contribuyentes, salvo aquellas que están expresamente excluidas por la ley como las personas que perciben ingresos por sueldos y salarios.

Los contribuyentes que pueden realizar esta planeación de economía de opción son las personas físicas que obtengan ingresos por el uso o goce de bienes inmuebles (arrendamiento; aquellos que realizan actividades empresariales y profesionales; aquellos que se encontraban tributando en el RIF, y aquellos que pertenecían al extinto régimen de actividades agrícolas, ganaderas, silvícolas, y pesqueras). Tratándose de personas morales su migración no fue optativa sino obligatoria, respecto de las micro, pequeñas y medianas empresas residentes fiscales en el país, que únicamente que estén constituidas por personas físicas y cuyos ingresos totales en el año no rebasen 35 millones de pesos.

Por todo lo anteriormente argumentado, el Resico no constituye en sí mismo una finalidad extrafiscal dado que no generará cambios de comportamientos de las personas que trabajan en la informalidad, así como tampoco creará mayor confianza en los contribuyentes ya cautivos, pero sí constituye una ventana de oportunidad para aquellos contribuyentes que desean aplicar este régimen como economía de opción, pues la ley no lo prohíbe.

VII. ¿QUÉ ENTIENDE LA AUTORIDAD FISCAL POR “CONFIANZA” ?, ¿LA CONFIANZA DE QUIÉN?, ¿QUÉ ES LA CONFIANZA EN EL RESICO?

Ahora bien, después de todo lo expresado líneas arriba debemos preguntarnos: ¿Qué es confianza?, ¿de dónde surge?, ¿basta con incluir la palabra confianza en el nombre de un régimen fiscal para que ésta se genere en el contribuyente?

Por nuestra parte, y antes de hacer una revisión integral del concepto, nos anticipamos a vaticinar que la confianza pregonada en el título de este nuevo régimen fiscal será meramente testimonial; es decir, el hecho de bautizar a un régimen fiscal con la palabra “confianza” de ninguna forma provocará, de manera automática, un cambio en la relación jurídico-tributaria. La confianza se construye.

Por el contrario, somos de la opinión que el pago de impuestos propuesto por el nuevo régimen —si bien es cierto a tasas progresivas mínimas—, no generará confianza en los millones de personas que desarrollan actividades informales en el país. Quizá otro tipo de esquemas o incentivos desde la vía del gasto público —tal vez la implementación de un subsidio focalizado a personas de bajos recursos o el otorgamiento de ayudas económicas a personas que desarrollan actividades informales, o la mejora en la prestación de servicios públicos como el de salud—,¹² pudieran acercarse más a cumplir ese cometido de generar confianza en la población.

De acuerdo con estudios de sociología fiscal realizados recientemente en México, existe una confianza muy débil del contribuyente hacia la autoridad fiscal, tal como lo hemos expresado en otro trabajo que continuación citamos:

En el sistema fiscal, la confianza es un factor social relacionado con el incumplimiento del pago de contribuciones según lo ha descrito la sociología fiscal. En México, ni el SAT ni la PRODECON han emprendido estudios con este enfoque para averiguar por qué no han funcionado los programas de inclusión de los trabajadores informales, como es el caso del RIF... Si acudimos a la acepción gramatical, confianza proviene de confiar; en su primera acepción, significa “esperanza firme que se tiene en alguien o en algo”; en la segunda, “seguridad que alguien tiene en sí mismo”; en la tercera, “presunción y vana opinión de sí mismo”. La sociología fiscal sigue la primera acepción, de modo que la confianza es una

esperanza firme del contribuyente en el sistema tributario... De acuerdo con la sociología fiscal, existen varios conceptos de confianza, que se relacionan con la moral fiscal. Por ejemplo, encontramos la confianza social densa, la confianza social diluida, la confianza política, así como la confianza en las instituciones o gubernamental. De tal suerte, la confianza ha sido motivo de múltiples estudios. Aquí nos apoyaremos en el enfoque sociológico, lo cual nos permitirá identificar por qué la confianza es un elemento importante para el mexicano en relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias (Gabriela Ríos e Israel Santos, 2021, pp. 83 y 84).

En nuestro estudio, el cual se relacionó con estilistas y peluqueros en tres alcaldías de la Ciudad de México, concluimos que existe una confianza social diluida entre las relaciones de las autoridades fiscales y los contribuyentes. El contribuyente tiene una desconfianza con la autoridad motivada por múltiples factores, como la corrupción, extorsiones, el tráfico de influencias, el desvío de poder, entre otros. En tanto que de la autoridad al contribuyente también existe esta falta de confianza densa, dado que se presume que el contribuyente también abusa de las formas jurídicas para eludir o evadir el pago de contribuciones. Es decir, se percibe que existe una desconfianza mutua entre la autoridad y el contribuyente.

Por tanto, nombrar al nuevo régimen fiscal como régimen simplificado de confianza parecería una ironía a la luz de los estudios de sociología fiscal, porque definitivamente no se puede crear confianza entre ambos sujetos de la relación tributaria mediante una ley, se requieren muchos más elementos para robustecer dicha confianza y que sea recíproca. En consecuencia, somos de la opinión que la confianza en el Resico es meramente nominal y carece de sentido en la realidad social en la que vivimos.

VIII. ELEMENTOS ESENCIALES DE ESTE NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO. ELEMENTOS CUALITATIVOS Y CUANTITATIVOS DEL HECHO IMPONIBLE

Una vez explicado todo lo anterior, pasemos a analizar los elementos esenciales de este régimen. Los elementos cualitativos de hecho imponible, de acuerdo con la doctrina más autorizada (Pedro Salinas, 2005, pp. 162 y ss., Fernando Pérez, 2000, pp. 131 y ss., Eusebio González y Ernesto Lejeune, 1997, pp. 199 y ss., Luis Carzola, 2001, p. 357 y ss., y Matías Cortés 1985, p. 279 y ss.) son el elemento objetivo o elemento material, el elemento objetivo-fin, el elemento subjetivo, el elemento temporal y el elemento espacial; en tanto que los elementos cuantitativos son la base imponible o el parámetro: tipo de gravamen, tasa, alícuota, cuota o tarifa. Asimismo, consideramos que otros elementos (deducciones) también forman parte de estos elementos, dado que impactan en el *quantum* tributario.

1. Elementos cualitativos

A. Elemento objetivo o material del tributo

En el caso de personas físicas serán los ingresos obtenidos por actividades empresariales, profesionales, arrendamiento, del extinto RIF y de los AGAPES, siempre y cuando los ingresos no rebasen el importe de 3.5 millones de pesos al año.

En el caso de las personas morales residentes en México serán los ingresos obtenidos por sus actividades siempre y cuando no excedan de 35 millones de pesos. En otras palabras, las micro, pequeñas y medianas empresas pueden tributar en este régimen, por lo que quedan excluidos los grandes contribuyentes, los cuales continúan tributando en el régimen general del ISR.

B. Elemento objetivo-fin

Como hemos indicado al principio de este artículo, el objeto-fin formal de este nuevo régimen es el extrafiscal. Aunque consideramos que esto realmente se podrá medir hasta pasado un año en el que se advierta el rendimiento tributario o extrafiscal del mismo. Por otra parte, recordemos pues, tal como lo hemos expresado líneas arriba, no se observa a cabalidad una extrafiscalidad material que se refleje en cada uno de los elementos esenciales de este régimen.

C. Elemento subjetivo

En este nuevo régimen, a diferencia del RIF, podrán tributar tanto las personas físicas como morales. En el caso de las personas físicas, serán aquellas que se dediquen a actividades empresariales, profesionales, arrendamiento, AGAPES y aquellos que provengan del extinto régimen de incorporación fiscal.

En cuanto a las personas morales, serán únicamente aquellas residentes en México y que exclusivamente estén constituidas por personas físicas. Lo que significa que no podrán pertenecer a este nuevo régimen las personas morales residentes en el extranjero, así como aquellos constituidos por grupos de empresas; por ejemplo, grupo CARSO que aglutina a diversas empresas que desarrollan actividades en diversos sectores (servicios, construcción, desalación de aguas, etcétera).

D. Elemento temporal

En el caso de las personas físicas el ISR, al ser un impuesto de cálculo anual, obliga a la presentación de pagos provisionales a cuenta del impuesto anual a cargo; sin embargo, no son ingresos acumulables con otro tipo de ingresos, ya que introduce la regla de flujo de efectivo. En cambio, para personas morales se elimina la obligación de realizar declaraciones provisionales, ya que se introduce la regla de flujo de efectivo, que consiste en acumular ingresos y gastos hasta que éstos se perciban y paguen y efectivamente.

E. Elemento espacial

El impuesto se causa en territorio nacional y se entera ante las oficinas del SAT.

2. Elementos cuantitativos del hecho imponible

A. Base imponible o base gravable

Consiste en la magnitud dineraria sobre la que recae el impuesto; es decir, la percepción de ingreso, en el cual el ISR es un impuesto de carácter directo al gravar índices de riqueza.

B. Tasa impositiva

Tabla 1. Tasas mensuales aplicables en el Resico a personas físicas	
Monto de los ingresos amparados por comprobantes fiscales efectivamente cobrados, sin impuesto al valor agregado (pesos mensuales)	Tasa aplicable

Hasta 25,000.00	1.00%
Hasta 50,000.00	1.10%
Hasta 83,333.33	1.5%
Hasta 208,333.33	2.00%
Hasta 3,500,000.00	2.50%

Fuente: Elaboración propia con base en el artículo 113-E LISR.

Tabla 1. Tasas anuales aplicables en el Resico a personas físicas	
Monto de los ingresos amparados por comprobantes fiscales efectivamente cobrados, sin impuesto al valor agregado (pesos anuales)	Tasa aplicable
Hasta 300,000.00	1.00%
Hasta 600,000.00	1.10%
Hasta 1,000,000.00	1.5%
Hasta 2,500,000.00	2.00%
Hasta 3,500,000.00	2.50%

Fuente: Elaboración propia con base en el artículo 113-F LISR.

C. Deduciones

Respecto de las personas físicas, al ser la tasa tan pequeña, no se permite realizar deducciones que deriven de gastos para ejecutar la actividad empresarial o profesional o de arrendamiento, lo que se conoce en la jurisprudencia como deducciones estrictamente indispensables; sin embargo, surge la duda si se pueden aplicar deducciones personales, como el caso de los intereses reales de los créditos hipotecarios o gastos médicos de las personas físicas, dado que el origen de estas deducciones es preservar la dignidad humana y a su vez el mínimo vital.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN

En nuestra opinión el Resico no ayudará a contribuir el pago del impuesto a personas que laboran en el sector informal, tal como sucedió en el RIF; sin embargo, al ser una economía de opción permitirá a contribuyentes cautivos cambiarse de régimen a uno más benevolente que el régimen general.

Como se puede ver, este nuevo régimen se inspira en motivaciones extrafiscales que no persiguen un aumento en la recaudación, sino propiciar cambios en la conducta de los contribuyentes para planear el pago del impuesto sobre la renta. Lo que sí identificamos en este análisis, es una finalidad formal extrafiscal; sin embargo, en cuanto a los elementos esenciales de este nuevo régimen no se advirtió de manera contundente una finalidad extrafiscal material. Será interesante esperar los datos del Servicio de Administración Tributaria sobre el rendimiento tributario de este nuevo régimen.

Dentro de los hallazgos de este artículo encontramos que el Resico es una economía de opción para los contribuyentes que ya venían tributando en el ISR. Así como también destacamos que construir la confianza a partir de una nomenclatura no es factible, la confianza se construye desde de la realidad social y de manera bidireccional.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIÑANA, C. (1981). Los impuestos de ordenamiento económico. *Hacienda Pública Española*, España: IEF, 71.
- ALONSO, L. M. (1995). *Los impuestos autonómicos de carácter extrafiscal*. Marcial Pons.
- ARIAS RIVAS, F. J. *et al.* (2022a). Régimen simplificado de confianza personas físicas. *Boletín Fiscal* 199. <https://ccpudg.org.mx/wp-content/uploads/199-Boletin-Comision-Fiscal-Resico-PF.pdf>, fecha de consulta 8 de marzo de 2023.
- ARIAS RIVAS, F. J. *et al.* (2022b). Régimen simplificado de confianza personas morales. *Boletín Fiscal* 200. Colegio de Contadores Públicos “Universidad De Guadalajara”, A. C. <https://ccpudg.org.mx/wp-content/uploads/200-Boletin-Comision-Fiscal-ResicoS-PM.pdf>, fecha de consulta 8 de marzo de 2023.
- Botero, A. (2003). La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas. *Opinión Jurídica*, 4, julio-diciembre.
- CALVO, J. (2007). Cláusula antiabuso versus fraude de ley: ¿dos conceptos semejantes en la Ley General Tributaria? *Crónica Tributaria*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 123.
- CARZOLA, L. M. (2001). *Derecho financiero y tributario*. Aranzadi.
- CEFP. (2021). *Propuesta del régimen simplificado de confianza, para personas morales*. CEFP. <https://www.cefp.gob.mx/publicaciones/nota/2021/notacefp0752021.pdf>, fecha de consulta 8 de marzo de 2023.
- CORTÉS, M. (1985). *Ordenamiento tributario español I*, 4a. ed. Civitas.
- DÍAZ GUTIÉRREZ, B. y MAPÉN FRANCO, F. J. (2022). Análisis de las implicaciones fiscales del régimen simplificado de confianza en México: un nuevo esquema de tributación para el 2022. *Revista Facultad de Ciencias Contables Económicas y Administrativas FACCEA*, 12(1), 98–108. <https://doi.org/10.47847/faccea.v12n1a6>, fecha de consulta 8 de marzo de 2023.
- DÍAZ TORRES, G., RODRÍGUEZ VIDAL, V. P. y ORDAZ MOTA, C. (2022). Régimen simplificado de confianza para personas físicas: una oportunidad de contribuir fácilmente. *VínculaTécnica*

- DOMÍNGUEZ, C. A. (2014). *Los fines extrafiscales de los tributos*. México: Porrúa.
- DOMÍNGUEZ, C. A. (2015). *Fiscalidad e informalidad: notas para atender esta problemática en México*. En Ríos, G. (coord.) *Derecho y economía informal. Retos de política pública del Estado mexicano*. México: Tirant lo Blanch, UNAM.
- GARCÍA, C. (2004). *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA, C. (2015). *Fiscalidad e informalidad. El caso español*. En Ríos, G (coord.) *Derecho y economía informal. Retos de política pública del Estado mexicano*. México: Tirant lo Blanch, UNAM.
- Gómez, M. G. (2021). *Panorama general de las políticas fiscales para disminuir la informalidad en México*. En Ríos, G. y Padrón, M. (coords.), *La Informalidad laboral y las obligaciones tributarias. El caso de las estéticas y las peluquerías en la Ciudad de México*. México: IJJ/UNAM.
- GONZÁLEZ, E. y LEJEUNE, Ernesto. (1997). *Derecho tributario I*. Plaza ediciones.
- González, M. (1993). *El fraude de ley en materia tributaria*. Plaza Universitaria Ediciones.
- GONZÁLEZ, E. (2007). *Fraude a la ley en materia tributaria*. En Ríos, G. (coord.). *Diccionario de Derecho fiscal y financiero*. México: Porrúa.
- GUERVOS, M. A. (2000). *El Impuesto Balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons.
- IBARRA RODRÍGUEZ, A. y GONZÁLEZ VARELA, L. (2008). Capítulo 6: La interpretación de las normas tributarias. El fraude a la ley tributaria. En ALVARADO, M. J. (coord.). *Manual de derecho tributario*, 2a. ed. México: Porrúa.
- IBARRA, A. (2006). Delimitación conceptual de los términos ‘evasión tributaria, elusión tributaria, fraude a la ley tributaria y economía de opción’. *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional Legis*. 14, enero-marzo.
- INEGI (2022). *ENOE Segundo trimestre 2022*.
https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/enoent/enoe_ie2022_08.pdf,
fecha de consulta 20 de marzo de 2023.
- INEGI. (2021). *Encuesta nacional de ocupación y empleo, Nueva edición, Comunicado de prensa de 25 octubre 2021*.
https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/iooe/iooe2021_10.pdf,
fecha de consulta 29 de octubre de 2021.
- JA DEL RIO (2022). Régimen simplificado de confianza (Resico): generalidades y consideraciones. *Newsletter*, 13,
<https://www.jadelrio.com/storage/posts/February2022/FjeRPbSozCfhmDnYgGUj.pdf>,
fecha de consulta 8 de marzo de 2023.
- LAGO, J. M. (2000). *El poder tributario de las comunidades autónomas*. Aranzadi.
- Larraz, J. (1952). *Metodología aplicativa del derecho tributario*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- LÓPEZ-CARASA, P. (2015). *Economía informal y su fiscalidad en México*. En Ríos, G. (coord.). *Derecho y economía informal. Retos de política pública del Estado mexicano*. México: Tirant lo

Blanch, UNAM.

- MARTÍNEZ CHÁVEZ, G. E. *et al.* (2023). Consideraciones en el régimen simplificado de confianza personas físicas y morales para el año 2023. *Boletín Fiscal. Colegio de contadores públicos Boletín Fiscal*, 210, enero de 2023. <https://ccpudg.org.mx/wp-content/uploads/210-Boletin-Comision-Fiscal-Consideraciones-2023-para-RESICOS-PF-y-PM.pdf>, fecha de consulta 8 de marzo de 2023.
- NATERA, C. (2021). *Comentarios al régimen simplificado de confianza*. Thomson Reuters. https://www.natera.com.mx/puntos_finos/Puntos%20Finos%20300.pdf, fecha de consulta: 8 de marzo de 2023.
- Palao, C. (1978) La elusión fiscal mediante sociedades. Comentarios a los artículos 28 y 40 de la Ley 50 de 14 de noviembre de 1977, *Revista Española de Derecho Financiero*, 15.
- PÉREZ, Alfonso. (septiembre 2021). Régimen simplificado de confianza. *Asociación Mexicana de Distribuidores de Automotores A. C.* https://www.amda.mx/wp-content/uploads/apr_confianza_sep21.pdf, fecha de consulta: 8 de marzo de 2023.
- PÉREZ, F. (2000). *Derecho financiero y tributario, parte general*. Civitas Ediciones.
- PRODECON. (noviembre 2021). Régimen simplificado de confianza. *Gobierno de México*. https://www.cppure.com/pdf/Resico_PRODECON.pdf, fecha de consulta: 8 de marzo de 2023.
- Ríos Granados, Gabriela y Santos Flores, Israel (2022). *Economía de la resiliencia en clave COVID-19: grupos focales sobre personas dedicadas al comercio informal en la Ciudad de México*. UNAM, Coordinación de Humanidades. En prensa.
- Ríos, G. y Santos, I. (2021). Comportamientos de las personas estilistas y peluqueras frente al cumplimiento tributario en la Ciudad de México: cultura contributiva y confianza social. En Padrón, M. y Ríos, G. (coords.), *La informalidad laboral y las obligaciones tributarias: El caso de las estéticas y las peluquerías en la Ciudad de México*, México: IIJ-UNAM.
- RÍOS, G. y SANTOS, I. (2023). *Tipologías de la resiliencia en el comercio informal: grupos focales en Oaxaca y Guadalajara*. México: COHU/UNAM, Colección “Cartas desde una pandemia”. En prensa.
- Ríos, G. (2007). *Tributación ambiental: la contribución por gasto*. México: UNAM, IIJ.
- RÍOS, G. (2015). *Economía informal: el lado siniestro del Estado mexicano*. En Ríos, G. (coord.). *Derecho y economía informal. Retos de política pública del Estado mexicano*. México: Tirant lo Blanch, UNAM.
- RODRÍGUEZ-RAMOS, L. (2010). *Negocios anómalos y figuras afines en el derecho tributario. Infracciones administrativas y delito fiscal*. Tirant lo Blanch.
- SALINAS, P. (2005). Elementos constitutivos del tributo. En ALVARADO, M. J. (coord.) *Manual de derecho tributario*. México: Porrúa.
- SANTOS, I. (2019). Los mecanismos para la regularización tributaria de las sociedades profesionales interpuestas. *Crónica Tributaria*, 173, octubre-diciembre.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público (2022). *¿Qué es el régimen simplificado de confianza?*, Servicio de Administración Tributaria. <http://omawww.sat.gob.mx/RegimenSimplificadodeConfianza/Paginas/index.html>, fecha de consulta 9 de marzo de 2022.
- SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (2021). *Informe tributario y gestión. Primer trimestre 2021*, Servicio de Administración Tributaria.

http://omawww.sat.gob.mx/gobmxtransparencia/Paginas/documentos/itg/ITG_2021_1T.pdf, fecha de consulta 6 de junio de 2022.

SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (2022a). *Informe tributario y gestión. Primer trimestre 2022*. Servicio de Administración Tributaria. http://omawww.sat.gob.mx/gobmxtransparencia/Paginas/documentos/itg/ITG_2022_1T.pdf, fecha de consulta 13 de septiembre de 2022.

SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (2022b). *Informe tributario y gestión. Segundo trimestre 2022*. Servicio de Administración Tributaria. http://omawww.sat.gob.mx/gobmxtransparencia/Paginas/documentos/itg/ITG_2022_2T.pdf, fecha de consulta 11 de septiembre de 2022.

VÁZQUEZ MÁRQUEZ, I. y MORALES DÍAZ, A. (2021). *¿Las personas físicas del régimen simplificado de confianza podrán acreditar el IVA pagado por los costos, gastos o inversiones realizados?* Thomson Reuters. https://www.natera.com.mx/puntos_finos/Puntos%20Finos%20301.pdf, fecha de consulta 8 de marzo de 2023.

Legislación

Iniciativas del Ejecutivo Federal. (2021). *Gaceta Parlamentaria*. <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2021/sep/20210908-D.pdf>

Ley del Impuesto sobre la Renta. 11/12/2013. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR.pdf>

Resolución Miscelánea Fiscal para 2022. 27/12/2021. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5639466&fecha=27/12/2021

BOE (2005) Sentencia 120/2005 del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico 60. del 10 de mayo de 2005. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2022, <https://www.boe.es/boe/dias/2005/06/08/pdfs/T00074-00083.pdf>

Tomo XXIII. 261a. XVII/2006 (9a.) (2006) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. p. 645.

Internet

SIL Gobernación (2013) *Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley del Impuesto sobre la Renta*. SIL. http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2013/09/asun_3000228_20130910_13787671 fecha de consulta 11 de septiembre de 2022.

Gobierno de México, SAT. (2022). *Informe Tributario y Gestión*, Gobierno de México. <http://omawww.sat.gob.mx/gobmxtransparencia/Paginas/itg.html>, fecha de consulta 11 de septiembre de 2022.

La Jornada (13 de noviembre de 2013). *Desempleados, 2.7 millones de mexicanos en el tercer trimestre del año, reporta INEGI*. Fecha de consulta <https://www.jornada.com.mx/2013/11/13/economia/031n1eco>

*Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Investigadora de tiempo completo en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: riosgra@hotmail.com.

**Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: israel.santos@unam.mx.

¹ De acuerdo con Andrés Botero (2003), la investigación documental se basa primordialmente en el método bibliográfico, el cual “consiste en la captación por parte del investigador de datos aparentemente desconectados, con el fin de que a través del análisis crítico se construyan procesos coherentes de aprehensión del fenómeno y de abstracción discursiva del mismo, para así valorar o apreciar nuevas circunstancias”.

² Contrariamente lo que sí existe es información divulgativa del Resico, que a continuación citamos: Alfonso Pérez (septiembre 2021), PRODECON (noviembre 2021), F. J. Arias Rivas et al. (2022a), G. Díaz Torres et al. (2022), B. Díaz Gutierrez y F. J. Mapén Franco (2022), G. E.

Martínez Chávez et al. (2023), F. J. Arias Rivas et al. (2022b), Ja del Río (2022), I. Vázquez Márquez y A. Morales Díaz (2021), Cristian Natera (2021), y CEPF (2021).

³ De acuerdo con la ENOE: “La población ocupada en la informalidad laboral considera, sin duplicar, a los que son laboralmente vulnerables por la naturaleza de la unidad económica para la que trabajan, con aquellos cuyo vínculo o dependencia laboral no es reconocido por su fuente de trabajo. Así, se incluye —además del componente que labora en micronegocios no registrados o sector informal— a otras modalidades análogas como los ocupados por cuenta propia en la agricultura de subsistencia, así como a trabajadores que laboran sin la protección de la seguridad social y cuyos servicios son utilizados por unidades económicas registradas.” (INEGI, 25 de octubre 2021, pp. 9 y 10).

⁴ Para una visión doctrinal de la extrafiscalidad remítase a Gabriela Ríos (2007) y la bibliografía citada en ese trabajo.

⁵ En este mismo sentido encontramos a César Albiñana (1981, pp. 23 y ss.), Luis Alonso (1995, pp. 21 y ss.), José Lago (2000, pp. 118 y ss.), y María Guervos (2000, pp. 101 y ss.).

⁶ En este mismo sentido encontramos a María Guervos (2000, p. 103), quien ha indicado: “Para calificar a un tributo de preponderantemente extrafiscal hay que analizar su entera estructura, y no conformarse, como a menudo se hace con las declaraciones de intenciones que el legislador plasma en su Exposición de Motivos”; en este mismo sentido está José Lago (2000, p. 123) que apunta: “el tributo predominantemente extrafiscal, para merecer este calificativo, con las consecuencias que ello conlleva, debe asumir en sus elementos estructurales tales objetivos extrafiscales, el hecho imponible, el sujeto pasivo, la base imponible, el tipo de gravamen, la exenciones totales o parciales, deben presentar una estructura lógica que atienda al propósito extrafiscal de que se trate”. En la doctrina mexicana están Gabriela Ríos (2007, p. 12) y César Domínguez (2014, p. 57).

⁷ Tomo XXIII. 261a. XVII/2006 (9a.) (2006). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. p. 645.

⁸ De acuerdo con José Larraz (1952, p. 62 y 63) en la economía de opción implícita o tácita “los interesados toman la línea de mayor economía tributaria escogiendo para servicio del fin extrafiscal que se ha propuesto el medio tributariamente mejor tratado. En estos casos, ni se operan deformaciones anómalas del negocio jurídico, ni se viola el espíritu de la ley ...”.

⁹ En este punto mantenemos nuestras dudas, y para solventarlas citamos a Manuel González (1993, p. 38) para quien: “la economía de opción y la elusión se encuentran en la misma línea, pero con diferente matiz, porque la economía de opción podría entenderse en el sentido de elegir varias alternativas de menor gravamen, ya se refieran al hecho imponible o a otros elementos del tributo (tipo de gravamen, exención y cuota), y en cambio la elusión parece centrarse más en el hecho imponible.”

¹⁰ Tal como lo ha expresado Israel Santos (2019, p. 202) en otro trabajo sobre la economía de opción “Los defensores de la llamada “economía de opción” identifican como una manifestación directa del derecho constitucional de empresa y de la libertad de configuración negocial, el derecho que tiene el contribuyente para elegir para sus negocios los medios y caminos lícitos que considere más convenientes a su bolsillo y que, por tanto, le resulten menos onerosos desde el punto de vista de las cargas impositivas. Desde esta perspectiva, la economía de opción se entiende como el comportamiento a través del cual el contribuyente se aleja de las manifestaciones de riqueza que constituyen el presupuesto de hecho del tributo contemplado por la norma; conductas por las cuales el sujeto tiende legítimamente a no pagar el tributo porque opta por no realizar el hecho previsto por la norma, y del cual —de realizarlo— se originaría la obligación de contribuir. Cfr. Alejandro Ibarra (2006, p. 49).

¹¹ Cabe señalar que en un principio la regla 3.13.1. de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2022 “Opción para presentar el aviso de inscripción en el RFC en el régimen simplificado de confianza”, señaló que las personas físicas que solicitaran su inscripción en el Resico deberían realizarlo en términos de lo establecido en la ficha de trámite 39/CFE “Solicitud de inscripción en el RFC de personas físicas”, a más tardar el 31 de enero del ejercicio de que se trate.

¹² Lo anterior con un seguimiento, control y evaluación del gasto público destinado a estos programas.



DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18122](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18122)

Recibido el 24 de abril de 2022

Aprobado el 21 de octubre de 2022

FACTORES JURÍDICO-ECONÓMICOS PARA INCORPORAR LA MULTIPROPIEDAD O EL TIEMPO COMPARTIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

LEGAL AND ECONOMIC FACTORS TO INCORPORATE TIMESHARE IN THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM

Milushka ROJAS ULLOA*

ORCID: [0000-0002-8983-5025](https://orcid.org/0000-0002-8983-5025)

Resumen:

El objetivo de este artículo es determinar los factores jurídico-económicos más relevantes que permitan incorporar el sistema de multipropiedad o el sistema del tiempo compartido dentro del ordenamiento jurídico peruano, al surgir nuevas modalidades de viviendas turísticas y recreacionales ubicadas a lo largo del territorio peruano, sometidos a una norma interna que desnaturaliza su esencia al equiparla con una nueva modalidad de copropiedad. Para ello, hemos acudido a literatura especializada, estadísticas, encuestas y entrevistas que nos permitan ubicarnos en el punto intermedio estratégico que posibilite, por un lado, la seguridad que demandan los inversionistas, y por el otro, la protección que requieren los consumidores al adquirir dichos sistemas, considerando para ambas situaciones la necesaria supervisión de un organismo estatal,

Abstract:

The objective of this article is present work aims to determine the most relevant economic legal factors that allow the incorporation of the timeshare or timeshare system into the Peruvian legal system, as new modalities of tourist and recreational housing arise located along the throughout the Peruvian territory, subject ton an internal rule that distorts its essence by equipping it with a new forma o co-ownership. To do this, we have resorted to specialized literature, statistics, survays and interviews, which allow us to locate ourselves at the strategic intermediate point that enables, on the one hand, the security demanded by investors, and on the other, the protection that consumers require when acquiring said systems, considering for both situations the necessary supervision of an agency. state, from the constitution of the system to its extinction.

desde la constitución del sistema hasta su extinción.

Palabras clave:

Factores jurídico-económicos, *Economic legal factors, Timeshare*,
Multipropiedad, Vivienda turística, *Tourist housing, Peruvian legal system*.
Ordenamiento peruano.

Keywords:

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos reales y el sistema del numerus clausus en el Perú*. III. *Generalidades sobre la multipropiedad y sobre el tiempo compartido*. IV. *Términos de configuración de la multipropiedad y del tiempo compartido*. V. *Normativa peruana*. VI. *Factores para incorporar los sistemas en el derecho peruano*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente la sociedad ha intentado cambios sorprendentes en la economía mundial, los cuales son producto del aislamiento social obligatorio originado por la pandemia de la COVID-19. Esta enfermedad ha derivado del mundo globalizado en el que vivimos, la interdependencia entre los países, el crecimiento constante del intercambio comercial de bienes y servicios, así como del proceso que soporta la cadena productiva, lo que ha causado su fulminante expansión en todos los continentes. Estos y otros sucesos obligan a todo emprendedor a buscar otros medios eficaces de desarrollo y expansión de su empresa, que le brinde la oportunidad de mantener su negocio en mercados que, cada vez, reclaman mayores requerimientos acordes a la realidad en que vivimos.

La actual pandemia ha afectado en gran magnitud a la industria turística y hotelera, que es el tercer sector generador de divisas en el Perú. Frente a este panorama, fue necesario investigar nuevas oportunidades que permitan a la mayoría de los ciudadanos peruanos tener acceso al sistema inmobiliario turístico, a un precio razonable, de tal forma que su inversión sea proporcional al uso efectivo del bien. Nos referimos a la multipropiedad y al tiempo compartido como nuevas modalidades en la industria de la vivienda turística en el sistema peruano.

Estos sistemas han revolucionado las modalidades tradicionales de hospedaje turístico motivadas por la constante innovación empresarial que hace imperioso conocerlos y analizarlos, con el fin de brindar una normativa acorde a su realidad, como se viene promoviendo en muchos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo.

Esta investigación tiene por objetivo determinar los factores económicos y jurídicos más relevantes que permitan incorporar, de manera amigable con la realidad, la multipropiedad o el tiempo compartido en el ordenamiento jurídico peruano. Para esta razón se describen generalidades del sistema en cuestión y examinaremos las dos normas que han tratado de regularla, equiparándola con otras figuras ya amparadas en el Código Civil peruano de 1984 y desconociendo que esta institución cuenta con elementos, características y una naturaleza jurídica diferente. Finalmente los factores económicos y jurídicos que servirán de base para una futura propuesta de incorporación de

la multipropiedad o del tiempo compartido dentro del ordenamiento jurídico peruano, que sea favorable tanto para los promotores e inversionistas como para los consumidores del sistema.

II. DERECHOS REALES Y EL SISTEMA DEL NUMERUS CLAUSUS EN EL PERÚ

Los derechos reales son el núcleo mismo del derecho civil patrimonial, el cual regula las relaciones personales que se constituyen de manera directa e inmediata sobre las diversas clases de bienes (Jorge Avendaño y Francisco Avendaño, 2017, p. 15). El Código Civil peruano¹ indica que los derechos reales están regulados por el sistema de numerus clausus, por lo que la creación de estos derechos se da solo por ley. En este sistema, la característica principal es la publicidad y la protección del derecho de propiedad, en su libertad de enajenación y libre circulación (Horacio Alterini, 1995, p. 406).

Esta sería una ventaja frente al sistema de numerus apertus, en el que basados en el principio de autonomía de la voluntad, los particulares, por su sola voluntad, pueden crear derechos reales de afectación entre las partes e, incluso, surtir efectos frente a terceros. Del análisis de ambos sistemas de derechos reales, consideramos que ha sido apropiado que el derecho peruano ampare el numerus clausus, al tener como fundamento la necesaria seguridad jurídica y la publicidad registral o posesoria de los derechos reales. Por tanto, es indispensable conocer su existencia bajo la dación de normas incorporadas en el Código Civil o en leyes especiales (Martín Mejorada, 2014, pp. 178-180).

III. GENERALIDADES SOBRE LA MULTIPROPIEDAD Y SOBRE EL TIEMPO COMPARTIDO

Uno de los problemas que ha tenido que enfrentar toda sociedad es tener acceso a una vivienda estable donde el sujeto pueda desarrollarse bajo un techo seguro; sin embargo, con el desarrollo de la humanidad, surge la necesidad de tener una segunda vivienda que le permita pasar el tiempo durante su descanso vacacional. Por esta causa durante la década de los sesenta, frente a la crisis que atravesaban las empresas de construcción hotelera, se optó por crear nuevas modalidades de acceso a la vivienda turística, en las que el adquirente tenía la capacidad de invertir en un inmueble por solo aquello que requería, con base en periodos de tiempo durante cada año (Pedro Munar, 1992, p. 34).

Este argumento describe las figuras de la multipropiedad y del tiempo compartido, por los cuales una pluralidad de sujetos podrá usar y disfrutar de un inmueble de forma alternada y de acuerdo con su turno en un periodo anual, a perpetuidad o por tiempo limitado. Este derecho cumpliría la función social de utilizar una vivienda, por múltiples cotitulares, quienes tienen la posibilidad de intercambiar su derecho en otro lugar, lo que incentiva su promoción por parte de promotores y adquirentes (Xavier O'Callaghan, 1990, pp. 80-82).

Estas figuras —conocidas también como aprovechamiento por turnos, propiedad vacacional, usufructo periódico, propiedad dividida, arrendamiento por turnos, usos alternos, entre otros (Luis Fajardo, 1996, p. 278)—, está teniendo gran éxito en Estados Unidos, Europa (España, Grecia, Francia, Alemania) y América Latina. En Venezuela, mediante la Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido (LMYSTC, 18/12/1995), se regula la multipropiedad como un derecho real, y el tiempo compartido como derecho personal. En Argentina, Ley 26.356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido [LSTTC] (18/03/2008), se regulan los sistemas turísticos de tiempo compartido como derecho personal, lo que aporta grandes beneficios para los promotores inversionistas, así como para el

adquirente del sistema. Ambos sistemas (tiempo compartido y multipropiedad) dan la posibilidad de acceder a un bien que antes se encontraba alejado de la mayor parte de la población; ahora, al ser accesible, permite adquirir un inmueble que refleje una inversión proporcional al uso de éste.

Como figuras jurídicas, tanto la multipropiedad como el tiempo compartido constituyen una institución novedosa para el derecho peruano, pero no para otros ordenamientos jurídicos en los que están alcanzando gran éxito (Pedro Munar, 1992, p. 41).

La distribución de los dominios por turnos, como medio de organización de las culturas antiguas para un uso equitativo de estos entre sus pobladores, pudo ser el antecedente más cercano a estos sistemas, puesto que prevalecía el aprovechamiento comunitario. Por ejemplo, en el Perú hubo propiedad colectiva durante el imperio incaico: la tierra era dividida para el aprovechamiento del “ayllu” (familia) en determinados lapsos de tiempo y de manera periódica. En Roma se conoció el usufructo alternativo y en Alemania se aplicó la propiedad dividida, el antecedente más cercano a la multipropiedad por la similitud que guarda con algunos de sus elementos (Zaida Osorio, 2002, p. 119).

El acceso a una segunda vivienda dirigida al descanso y goce vacacional sería a nuestro parecer, el origen de la aplicación del sistema y, por supuesto, de su gran éxito, puesto que es menos rentable tener que invertir en un inmueble para solo utilizarlo algunos meses al año y que genere en todo momento gastos de conservación y mantenimiento.

1. Aproximación al concepto de multipropiedad y del tiempo compartido

La multipropiedad y el tiempo compartido se configuran con la presencia de varios titulares, quienes tendrán la facultad de usar, disfrutar y disponer, por turnos al año, de un inmueble comercializado ubicado en un complejo turístico con todas las comodidades para disfrutar de un descanso vacacional, ya sea por un plazo determinado, de naturaleza personal o a perpetuidad si lo configuran como derecho real. La afectación del predio como derecho real o personal con fines turísticos recaerá en el inversionista, quien deberá adecuar su proyecto de inversión a las exigencias que demande el ordenamiento jurídico donde se ubique la propiedad vacacional. Cabe resaltar que mientras en la multipropiedad se ejerce un derecho de uso, disfrute y disposición del bien en vida y mortis causa, en el sistema de tiempo compartido sólo habría un derecho de uso y disfrute por parte de los titulares del sistema de manera temporal.

2. Cualidades de la multipropiedad y del tiempo compartido

El sistema cuenta con elementos y peculiaridades que lo hacen diferente a otras instituciones ya reguladas por el derecho peruano; sin embargo, se han expedido dos normas concretas, la primera por el Decreto Supremo 032-82-ITI/TUR de 1982 y la segunda por el Decreto Legislativo 706-91, de 1991, que si bien aparentaban una regulación diferenciada, han concluido por equipararla con otras figuras de naturaleza real, ya amparadas por el derecho privado.

En ese sentido, y mediante un análisis empírico de dicha normativa, se evidencia la utilización de la teoría de la aplicación analógica, considerando el derecho de habitación y la copropiedad como las figuras tipificadas más afines a su naturaleza.

Encontramos una lógica en el sistema y pensamos lo siguiente: si se dispone de un periodo al año para el disfrute del descanso vacacional, entonces hay que adquirir un inmueble de uso turístico, que se ajuste al tiempo disponible y a la inversión requerida.

Dentro de los elementos básicos que los hace diferentes a las instituciones ya amparadas por nuestra legislación, hallamos que invertimos de manera proporcional limitada al tiempo que en realidad requerimos, y que seguramente coincidirá con el descanso vacacional. El derecho a un descanso reparador una vez culminado el trabajo anual es un derecho de amparo constitucional en la mayoría de sistemas jurídicos. Sin embargo, dentro de la actividad turística, el acceso a una segunda vivienda se halla limitado por diversos factores; el más importante es el económico, lo que impide que la gran mayoría tenga la oportunidad de acceder al disfrute de sus bondades.

Esta característica confirma la racionalidad del sistema al invertir solo por aquello que en realidad aprovechamos al disfrutar de un espacio turístico por turnos al año; existe una proporción monetaria entre lo que disponemos y el tiempo de duración del descanso vacacional. El costo de inversión dependerá de diversas circunstancias externas, como el lugar de ubicación del bien (zona de playa, urbana, rural, comercial, costa, sierra o selva), la preferencia de los consumidores por determinadas épocas del año (verano, otoño, primavera, invierno), las áreas compartidas de uso común (piscinas, áreas verdes, gimnasio, canchas de tenis y otros deportes, etcétera), el mobiliario con que cuenta el lugar y su nivel de confort, entre otros aspectos. Estos permiten catalogar el sistema en tres niveles (superior, intermedio y básico) tomando en cuenta la supervisión que realizan las empresas de intercambio, como la Interval International² y la RCI.³

Otro elemento es el uso exclusivo del bien, incluidos el mobiliario y las áreas comunes, que hacen más atractivo el sistema (Guillermo Cerdeira, 2003, p. 516). Lo que se busca es que el titular tenga la exclusividad del bien en el periodo de tiempo correspondiente. A su vez, deberá respetar que al término de su derecho tendrá que desocupar el inmueble para que otro titular haga uso de él en el periodo adquirido. Para ello, se requiere de organización y del cumplimiento de normas contenidas en el reglamento interno que está a cargo del administrador. Este último tiene la obligación de permitir el uso y goce de quien aparezca como sujeto del derecho en el tiempo establecido (Magdalena Álvarez y Luis Allendesalazar, 1987, p. 30).

Un tercer elemento sería el disfrute de diversos servicios necesarios y propios del sistema. Tanto la multipropiedad como el tiempo compartido incluyen servicios indispensables para lograr la comodidad deseada por el usuario del sistema y el disfrute pleno sin preocupación alguna: servicios de limpieza, de desinfección en tiempos de pandemia, de mantenimiento del inmueble, así como el servicio de seguridad. Además, están acondicionados en las zonas de uso común: cuentan con piscinas, lagunas, áreas deportivas, gimnasios, áreas verdes, vistas panorámicas, entre otros. Todo esto hace más atractivo el sistema y más propicio para un descanso vacacional reparador, lo que permitirá alcanzar la paz y tranquilidad que aspiramos y repercutirá en un desarrollo integral propicio para el adquirente del sistema, a fin de obtener un descanso reparador.⁴

Es facultad del empresario o del inversionista afectar el predio de su propiedad sea al sistema de multipropiedad o sea al sistema de tiempo compartido dentro de un ordenamiento jurídico, como derecho personal o real, según convenga a sus objetivos y a lo normado por el lugar en que decida

construir el complejo turístico. En ambos sistemas es necesaria la inscripción en el registro de propiedad inmueble. En ella se indica con precisión la afectación del bien al sistema, a fin de generar protección de los derechos de terceros, seguridad jurídica para el inversionista y los consumidores, publicidad registral, oponibilidad del derecho adquirido, entre otros. A partir de su preafectación, el inmueble se encontrará inmerso en una regulación especial y los derechos que adquieran los titulares serán de uso, disfrute y disposición de un bien limitado por espacios de tiempo al año, los que serán a perpetuidad si es configurado como derecho real, o por un plazo de vigencia si es considerado como derecho personal (Gonzalo Morales, 1994, pp. 122-124).

Asimismo, encontramos el derecho a transmitir el bien como garantía, cederlo, venderlo o donarlo en vida, así como disponer de su titularidad por sucesión intestada o testamentaria. En este caso, el bien ingresa a la masa hereditaria para ser repartido entre los posibles herederos. Es importante entender que el objeto del derecho por transmitirse está compuesto por dos elementos permanentes e inalterables: el espacio y el tiempo por turnos en que se divide la unidad inmobiliaria turística (Zaida Osorio, 2002, p. 125).

Por último, resaltamos la posibilidad del intercambio interno o internacional. Esta es la característica esencial que marca la diferencia con otras figuras jurídicas típicas con las cuales se pretende equiparar al sistema de multipropiedad y al sistema del tiempo compartido en diversos sistemas jurídicos. Al obtener la titularidad sobre el bien, surge esta posibilidad del intercambio como un valor agregado a los derechos del usuario, puesto que origina la posibilidad de intercambiar el uso y disfrute que se ostenta por otra unidad ubicada en otro complejo turístico nacional o internacional, a cambio de una cuota anual permanente. Para ello, los complejos turísticos ubicados a nivel mundial son clasificados con características similares en cuanto a su infraestructura, ubicación, temporada y servicios complementarios (Gonzalo Morales, 1994, p. 127-128).

IV. TÉRMINOS DE CONFIGURACIÓN DE LA MULTIPROPIEDAD Y DEL TIEMPO COMPARTIDO

El ser humano requiere de los bienes, sean objetos materiales o inmateriales, para satisfacer sus necesidades primarias, para lograr su desarrollo y alcanzar sus aspiraciones; es decir, los bienes son factores económicos que aparecen para ser utilizados a merced de los requerimientos de las personas. Las personas no servimos a los bienes, los bienes sirven a la humanidad y permiten lograr un progreso integral, el cual trasciende en el respeto de su dignidad como fin superior del Estado y, por ende, de toda la colectividad. Por ello, en los sistemas de vivienda turística se aplica una lógica que comprueba el estatus que se les da a dichos objetos relacionado con su real utilidad, al establecer que únicamente invertimos en aquello que satisface nuestras necesidades por un periodo anual; por tanto, no justificaría adquirir una segunda vivienda en su totalidad cuando solo pretendemos disfrutar de una parte de ella limitada en el tiempo y espacio.

El objeto sobre el cual recaen los derechos adquiridos por los multipropietarios y por los tiempos compartidores sería un espacio físico limitado por áreas específicas más el tiempo, con un inicio y un término, unido necesariamente al propio espacio. Como se puede apreciar, la vivienda vacacional que tiene una existencia constante sería parte del derecho permanente que se

compartiría, pero no al mismo tiempo, sino en periodos diferentes al año, de modo que se obtiene la mayor utilidad que se le pueda extraer a un bien. Dicho objeto incluiría todos los elementos accesorios que conforman la unidad, como muebles, enseres, vajilla, decoración, entre otros; los servicios de limpieza, seguridad, administración, y, por supuesto, las áreas comunes, conformadas por las piscinas, lagos, canchas deportivas, gimnasios, etcétera, necesarios para lograr un confort que cumpla con el objetivo de los titulares, que es disfrutar de un descanso vacacional renovador.

1. Personajes del derecho

A. Los usuarios

Estos sistemas se configuran obligatoriamente con la existencia de una pluralidad de titulares; de lo contrario, podría confundirse con otras figuras como la propiedad exclusiva o el condominio. El inversionista o empresario, al preafectar el complejo turístico, lo hace con la idea de transferir los espacios tiempo a muchas personas, puesto que, en la cantidad de sujetos, se verá reflejada su mayor ganancia. La existencia de dicha pluralidad durante todo su desarrollo permite su normal funcionamiento; por el contrario, no contar con dicha pluralidad podría traer como consecuencia su no constitución o la extinción del sistema. Tengamos claro que, una vez adquirido el derecho por múltiples titulares, ellos disfrutarán del espacio tiempo elegido con total autonomía en relación con los demás adquirentes, lo que garantiza el uso y disfrute de manera exclusiva y excluyente de la unidad asignada dividida por turnos al año (Magdalena Álvarez y Luis Allendesalazar, 1987, p. 31).

B. El organizador

Se trata de grandes compañías, básicamente del sector inmobiliario hotelero, que invierten en estos sistemas con la seguridad de que sus dividendos se van a multiplicar, a diferencia de si deciden afectarlo a otras modalidades de vivienda vacacional. Por ello, existe interés de los promotores, que han obtenido resultados exitosos en países como España, Francia, Estados Unidos y México.

C. El administrador

Encargado de hacer cumplir el reglamento interno a cada uno de sus titulares, de tal forma que el sistema tenga éxito y el inversionista pueda seguir promocionando la creación de complejos turísticos afectados a la multipropiedad, tiempo compartido u otra modalidad empresarial. Generalmente es una empresa hotelera, por la experiencia en la administración de grandes complejos turísticos y porque a los titulares o consumidores únicamente les interesa disfrutar de su derecho, sin preocuparse por su administración. Ello también se da debido a que los titulares provienen muchas veces de diversos lugares del mundo.

2. Personalidad jurídica

A. Como derecho personal

Suele ser común que se configure mediante una empresa societaria, con un patrimonio conformado por la infraestructura del complejo turístico y todos sus accesorios, con un fin social, el cual es la utilización de sus instalaciones por espacios y turnos anuales, y con la aparición de múltiples socios, quienes obtendrán una acción que les dará el derecho a usar y disfrutar de la

unidad asignada por un tiempo al año. El derecho adquirido tendrá vigencia mientras se mantenga funcionando la empresa, con la obligación de cada miembro titular al pago de su cuota a efectos de mantener las instalaciones en perfecto estado para su uso normal (Alessandra Tomanquillo, 2014, pp. 139 y 140).

En conclusión, consideramos que el titular solo mantiene una relación obligacional y personal, mas no real. Esta figura es asumida por la mayoría de los inversionistas que solo quieren brindar un uso y goce temporal a los interesados o afectar el inmueble a diversas modalidades de disfrute vacacional, pero teniendo el control de la empresa, que sería la propietaria exclusiva del complejo turístico construido para tal fin.

B. Como derecho real

Según resultados de las entrevistas aplicados a algunos promotores e inversionistas, esta modalidad no es tan atractiva en la actualidad por el interés mercantil de mantener el control general del complejo y ser, por tanto, los propietarios exclusivos del inmueble de uso vacacional (Zaida Osorio, 2002, pp. 121-123).

Para el derecho peruano la multipropiedad no es un derecho real, pero sí de alguna manera lo es el tiempo compartido, al ser normado bajo la modalidad de copropiedad, por una norma con rango de ley (Decreto Legislativo 706, 1991). Sin embargo, por sus especiales características, la multipropiedad no podrá ubicarse en ninguna de las modalidades conocidas del dominio, sino como un nuevo derecho real sobre un bien inmueble de uso vacacional delimitada en espacio y tiempo como característica esencial, mediante el cual se le permita usar, disfrutar y disponer del bien, sea en vida o también transmitirlo mortis causa.

V. NORMATIVA PERUANA

El derecho peruano se encuentra determinado por el sistema del *numerus clausus* de los derechos reales, de tal forma que, solo por ley, se podrían crear nuevos derechos que regulen las relaciones entre los sujetos y los bienes. De esta manera, se ha dispuesto la prohibición a los particulares de crear nuevos derechos reales (Horacio Alterini, 1995, p. 405).

Con base en esta premisa, afirmamos que, en el sistema jurídico peruano la multipropiedad no es considerada un nuevo derecho real, debido al amparo legal que se ha brindado a la figura del tiempo compartido como un supuesto de copropiedad, por lo que es necesario establecer el concepto de ambas figuras y sus diferencias para luego analizar el Decreto Supremo 032-82-ITI, del 23 de julio de 1982, y el Decreto Legislativo 706, del 5 de noviembre de 1991, que le atribuyen una naturaleza diferente.

El régimen de tiempo compartido, que sería la traducción del *timeshare* utilizado en los países de habla inglesa, consiste en la prestación del derecho de uso y goce de una vivienda de uso vacacional por periodos de tiempo al año a un plazo fijo, mientras que la multipropiedad hace alusión a una modalidad de propiedad mediante la cual se atribuye uso, disfrute y disposición de un inmueble de uso vacacional por turnos al año, a perpetuidad, de tal forma que se pueden realizar sobre el bien delimitado, de forma espacial y temporal diversos actos en vida de los titulares y también después de su muerte (Jorge Wahl, 1996, pp. 121-123). De esta manera, podemos apreciar que ambos sistemas cuentan con diferente naturaleza: la multipropiedad de naturaleza real y con

esencia de perpetuidad; mientras que el tiempo compartido, de naturaleza personal y de esencia temporal.

Para los promotores e inversionistas, quienes eligen en su mayoría mantenerse con la propiedad del bien, pero explotando su disfrute, consideran que el tiempo compartido atribuye un derecho personal u obligacional, mientras la multipropiedad otorga un derecho real.

Con el Decreto Supremo 032-82-ITI, de 1982, que fuera la primera norma en regular el sistema del tiempo compartido, se crea una nueva modalidad de establecimiento turístico denominado tiempo compartido, el cual se ubica dentro de los establecimientos de hospedaje. En su artículo segundo se refiere a los establecimientos turísticos de tiempo compartido como “aquellos que ceden a los usuarios el derecho de uso indefinido de las unidades inmobiliarias de dichos establecimientos, pudiendo ejercerse dicho derecho por periodos de tiempo determinados dentro de cada año calendario”. Se trata, según el legislador, de la cesión del derecho de uso de forma indefinida por parte de los promotores del establecimiento respecto del tiempo compartido. El artículo tercero, “estará dedicado única y exclusivamente para dar alojamiento con fines turísticos”, establece un vínculo fundamental de destino. En el artículo cuarto se regula la protección al consumidor al obligar a los promotores a contar con las garantías debidas. El Reglamento de Establecimientos de Hospedaje conceptúa al establecimiento turístico de tiempo compartido como un supuesto de hospedaje”.⁵

Con el Decreto Legislativo 706, de 1991, se ha hecho el intento de regular el sistema denominándolo tiempo compartido; es decir, se crea un derecho real con esa denominación, sin conocer su verdadera naturaleza obligacional. Con este sistema se pretende fomentar la inversión turística y contribuir decididamente al turismo vacacional interno y receptivo, a la generación de empleo y a la captación de divisas. También establece la necesidad de regular legislativamente la modalidad de tiempo compartido, al advertir como otros países lo vienen utilizando y los resultados positivos que han incidido en el aumento del turismo.

El legislador nacional concibe el tiempo compartido como una nueva modalidad de copropiedad, afectando el bien inmueble destinado al uso y goce vacacional, a una indivisión forzosa hasta por treinta años renovables (Decreto Legislativo 706, 1991). Este decreto establece la aplicación de las disposiciones del Código Civil peruano de 1984 relativas a la copropiedad, con excepción de los artículos 983 al 991; 992, inciso 1; 993, y demás disposiciones que se opongan al presente decreto.⁶

Consideramos que la multipropiedad y el tiempo compartido se hallan lejos de ser una forma de copropiedad, debido a que en la copropiedad los titulares ejercen su derecho sobre todo el inmueble, todo el tiempo; en cambio, tanto en la multipropiedad como en el tiempo compartido, el adquirente es titular exclusivo del inmueble delimitado espacial y temporalmente, por periodos de tiempo al año. La diferencia más resaltante es que la copropiedad tiene naturaleza temporal y se permite la partición del bien en cualquier momento, mientras que en la multipropiedad y en el tiempo compartido, que pueden ser de naturaleza temporal o perpetua, no cabría la figura de la partición, puesto que ello ocasionaría la inestabilidad del sistema (Jorge Wahl, 1996, p. 130).

Otros países, como Chile y Alemania, proyectan su regulación y tratan el tiempo compartido como un contrato de viajes o de arrendamiento, mientras que en México, Estados Unidos, España (Ley 4/2012), Venezuela y Colombia, se han establecido normas exclusivas para que el timesharing sea usado como un atractivo turístico. En todos estos países existe una discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la multipropiedad y del tiempo compartido; sin embargo, sin importar si se trata de un derecho real o personal, si hubiera problemas relacionados con las garantías de los adquirentes, con los órganos de gestión o la publicidad del sistema, se debe proteger sobre todo el derecho del consumidor.

VI. FACTORES PARA INCORPORAR LOS SISTEMAS EN EL DERECHO PERUANO

1. Jurídicos

A. Seguridad jurídica

Lo que se pretende es la dación de un marco jurídico específico, sea a partir de su incorporación en el Código Civil peruano vigente o de una ley especial que regule el sistema de una manera flexible y que, a su vez, proteja a los inversionistas, usuarios y consumidores del sistema. Esto brindaría confianza y credibilidad, y aseguraría su éxito como UN nuevo sistema comercial de propiedad vacacional, a la par de cómo se viene dando en otros ordenamientos jurídicos.

Como resultado de las entrevistas realizadas a docentes de la especialidad y a empresarios de la cámara de desarrolladores de propiedad vacacional, consideran la necesidad de una regulación abierta, que ampare el sistema desde la perspectiva de un derecho real o como derecho personal (José Benito, 1993, pp. 535-537) y lo acoja en sus diversas formas de disfrute sobre las viviendas destinadas a uso vacacional, hoteles —como clubes vacacionales o clubes de descuento— o cualquier otro producto vacacional turístico inmobiliario que pueda crearse en el mundo turístico —que es en esencia dinámico, creativo y cambiante—. Es necesario que sea el inversionista quien decida adaptarlo a una naturaleza única o mixta, con el objetivo de que el consumidor pueda elegir la fórmula que mejor se adapte a sus necesidades y posibilidades.

Sostenemos que la norma no debe limitar el principio de autonomía de la voluntad de las partes que intervienen; más bien, como lo hemos mencionado, debe ser abierta y flexible, de tal forma que sean los promotores o inversionistas los primeros en afectar alguno de los sistemas de propiedad vacacional, pero sin que por ello los usuarios o consumidores dejen de tener la libertad para elegir el derecho a adquirir bajo la naturaleza real o personal.

B. Prefectación del bien dentro del Registro formal

Recae en los promotores e inversionistas tomar la decisión de prefectar el bien al sistema de propiedad vacacional como multipropiedad, tiempo compartido u otra modalidad que se cree. Sea cualquiera de las modalidades creadas, deberá ingresar al registro oficial del país donde se ubique el sistema y deberá constituir tantas fichas registrales como semanas opten por dividir al año cada unidad de vivienda vacacional. Previamente, debería estar identificado e inscrito en una partida independiente que se desmiembre de la ficha matriz en la que se ubica el terreno donde se ha construido el complejo turístico del que forma parte.⁷ Esto permitirá que los contratos que se celebren sobre los inmuebles prefectados al servicio de multipropiedad, tiempo compartido u otra

de las modalidades de disfrute turístico se formalicen mediante escritura pública que conlleve a la debida inscripción en el registro público de la propiedad inmueble (Liliana Núñez, 2014, pp. 77-79).

Ello permitirá tener claro el producto que se ofrece y el bien que adquieren los futuros titulares del sistema, además de contar con la fe pública registral y la publicidad del derecho que les permite que sea oponible *erga omnes*.⁸ De esta manera, se evita que los empresarios, sean nacionales o extranjeros, constituyan empresas informales y vendan servicios inexistentes; es decir, que engañen a los inversionistas formales y responsables, y a los consumidores,⁹ y generen desconfianza por la mala praxis en la adquisición del derecho (que a su vez conlleva fraudes millonarios que afectan a miles de consumidores). La consecuencia sería el quiebre de un sistema que, con un manejo adecuado y formal, podría generar beneficios a todos los operadores involucrados directa e indirectamente.

C. Creación de un organismo público supervisor

A efectos de un control de las empresas vinculadas a la propiedad vacacional, es necesario que el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur), mediante una oficina especializada, supervise el sistema en la modalidad que elija el inversionista, desde su constitución hasta su extinción, como se ha señalado en otros ordenamientos jurídicos, como el de Venezuela ([LMYSTC],18/12/1995). Para ello, deberá contar con un registro único en el que se describa el sistema, sus características, su naturaleza, los bienes inmuebles que la conforman, los contratos modelo únicos para adquirir el sistema, su reglamento interno y su extinción.

Asimismo, se hace necesaria la constitución de una comisión nacional técnica y mixta (como la venezolana),¹⁰ integrada por un representante del Mincetur, uno de las Cámaras de Comercio, otro de una asociación de empresarios del sistema de multipropiedad y del sistema del tiempo compartido, y otro necesariamente de Indecopi. Ellos serían los encargados de la evaluación y supervisión continua, de tal forma que, viniendo de diversos sectores, se garantice un servicio seguro y de garantía para todos los que se vean involucrados en el sistema.¹¹ También, a efecto de resolver los conflictos que se generen entre los sujetos que se creen, se daría prioridad al fomento de la negociación y la conciliación (Gino Rivas, 2017, p. 199), como filtro para evitar la judicialización de los conflictos que se puedan generar.

2. Económicos

A. Desarrollo económico

Desde 2014 la llegada de turistas internacionales al Perú ha venido en aumento: ha pasado de 4,032,339 en 2017 a 4,371,787 para 2019, y ha caído por efectos de la pandemia de COVID-19 a 845,572, según estadísticas obtenidas por la Superintendencia Nacional de Migraciones (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, s. f.). El turista chileno ocupaba el primer lugar, seguido por turistas procedentes de Estados Unidos, Ecuador, Colombia, Argentina, entre otros. El sector turismo es la tercera actividad económica en el Perú, después de la minería y agricultura, motivo por el que origina más acceso al empleo, sea de forma directa o indirecta, y que produce mayores divisas frente a otros sectores. Así, emplea a casi el 8% de la población económicamente activa (PEA), más

de 1.3 millones de trabajadores, y generó más de 4570 millones de dólares en divisas para el país en 2017 (Turismo es el tercer sector, 2018).

Tabla I

Llegada de turistas internacionales a Perú

Año	2017	2018	2019	2020	2021
Total de turistas	4,032,339	4,419,430	4,371,787	896,523	444,331

Fuente: Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, 2022.

Con estos antecedentes progresivos en el aumento de ingresos de turistas, consideramos que el fomento y regulación de los sistemas de propiedad de uso vacacional como la multipropiedad y el tiempo compartido, aplicados a los complejos turísticos mediante una apropiada regulación, dará como resultado la generación de divisas y fomento del empleo en las diversas actividades con las que se vincula. De otro lado, respecto del turismo interno, el 41.6% de los encuestados consideraron que los altos costos de hospedaje, falta de infraestructura hotelera con el 18.6%, impedirían que se incremente el turismo en el Perú;¹² por ello es necesario incentivar la inversión, pero con seguridad jurídica

B. Atracción de inversionistas

Según opinión de algunos inversionistas entrevistados,¹³ nuestro país posee una pluralidad de parajes turísticos en todo el territorio nacional que, aunada a la gastronomía peruana, hace atractivo para los empresarios invertir en edificar complejos turísticos que puedan ser afectados al sistema de multipropiedad, tiempo compartido u otro sistema de propiedad vacacional. Estos sistemas le permiten al empresario obtener una mayor rentabilidad al transferir espacios por turnos al año sobre una unidad identificada en un registro oficial, que al vender toda la unidad de manera independiente. Por ejemplo: se ha construido un complejo turístico con cinco viviendas independientes rodeadas de áreas verdes, patios deportivos y piscinas. Si se decidiera vender cada unidad seguramente se recuperaría la inversión más una ganancia moderada; sin embargo, si se afecta cada unidad por turnos al año, dividiéndola en tantas semanas como se disponga, entonces las ganancias se multiplicarían, al contar con un precio más accesible para un mayor número de interesados.

Entonces el someter el complejo turístico a cualquier de los sistemas de disfrute vacacional no impide que el organizador siga ejerciendo la actividad hotelera para los fines de hospedaje diario. Esto se pudo comprobar durante el tiempo de cuarentena, cuando los primeros turistas en ocupar los hoteles y resorts fueron aquellos titulares de un derecho de multipropiedad o de tiempo compartido, lo que permitió, con las cuotas anuales que pagan, poder mantener a flote a estos complejos turísticos, cuya recepción de huéspedes se redujo a un 5%.

El inversionista que aplica un sistema mixto a sus complejos —es decir, una parte como hospedaje y hotelería y otra parte dentro del sistema de propiedad vacacional— está asegurado con las cuotas de mantenimiento, un ingreso periódico por cada unidad habitacional, pero sobre todo mantiene una cartera de clientes y usuarios estable, quienes periódicamente volverán a usar sus instalaciones.

En Perú existen nueve complejos turísticos afectados a un sistema mixto: hotelería por un lado y tiempo compartido por el otro. Cada uno es independiente y tiene sus propias características. Se encuentran afiliados a una de las cadenas de intercambio internacional (José Benito, 1993, p. 544) conocidas como bolsas de intercambio y se ubican en los lugares de mayor demanda turística en el territorio nacional.

Tabla II
Afiliados al RCI Perú

Hotel	Lugar
Altar Inca	Cusco
Hotel Midori	Cusco
Quives Vacation Club	Canta
Ribera del Río Club Resort	Cieneguilla
Royal Decamerón Punta Sal	Tumbes
Wyndham Saqsayhuaman	Cusco
Puerto Paracas Beach Resort	Paracas

Fuente: RCI (s. f. a).¹⁴

Tabla III
Afiliados al Interval International Perú¹⁵

Hotel	Lugar
Wayqey Hotel	Cusco

Wayqey Lodge	Urubamba Cusco
--------------	----------------

Fuente: Wayqey (www.wayquey.com).

Los promotores e inversionistas consideran al Perú como un lugar de mucha atracción, pues ostenta una ubicación geopolítica estratégica que lo ubica en el corazón de América Latina. Asimismo, incrementa su interés por la afectación que ha sufrido el sector turístico hotelero a raíz de la pandemia, a fin de ofrecer nuevas alternativas de vivienda vacacional que se ajusten a las posibilidades económicas del público consumidor.

Es importante también resaltar la falta de infraestructura hotelera a lo largo de la costa, sierra y selva del territorio del Perú, que influye en gran medida en el desarrollo turístico receptivo de visitantes nacionales y extranjeros.

C. Crecimiento del sector turismo al ofrecer una mayor diversificación

Está ampliamente demostrado y documentado que el turismo es una de las actividades económicas que produce más empleo en menos tiempo y con menos inversión. El turismo produce casi inmediatamente una redistribución de los ingresos entre todas las actividades económicas, formales y no formales, incluso no turísticas, como la artesanía, los restaurantes, los deportes, el transporte, etcétera, (Oscar Tinoco, 2003, p. 57).

A través del turismo, y especialmente por medio del tiempo compartido y la multipropiedad, gracias a su poder de intercambio vacacional internacional (José Benito, 1993, pp. 544-546), se dan a conocer más rápidamente los atractivos turísticos de un lugar o se consolida su difusión, y por supuesto, resaltamos la gastronomía peruana, que, junto con las riquezas precolombinas y arqueológicas, convierten al Perú en un lugar preferente para los inversionistas.

Tabla IV

Ficha técnica de estudio Promperú

Estudio	Perfil c
<p>Universo</p> <p>Turistas extranjeros de quince a más años que permanecieron en el Perú por lo menos una noche y que se hospedaron únicamente en los establecimientos de hospedaje de las siguientes categorías</p>	<p>1. 1 o 2 estrellas: 2. 3 estrellas: 744 3. 4 o 5 estrellas: 4. Albergues u ho</p>
<p>Punto de muestreo</p>	<p>1. Aeropuerto Inte 2. Puesto de Cont 3. Puesto de Cont 4. Puesto de Cont</p>

Fuente: Promperú, 2017.

Tabla V

Turistas extranjeros que se hospedaron en establecimientos de cuatro y cinco estrellas

País de procedencia	Porcentaje
Estados Unidos	21%
Chile	17%
Ecuador	9%
Brasil	6%
Colombia	6%
Otros	41%

Fuente: Promperú, 2017.

Como se aprecia en las tablas 4 y 5, los servicios de hospedaje catalogados de cuatro y cinco estrellas constituyen la preferencia de los turistas extranjeros, lo que se ajusta al servicio que brindan los complejos turísticos afectados a una de las modalidades expuestas en este artículo (tiempo compartido o club vacacional, multipropiedad y otros), en las que se brinda confort y servicios que permiten un descanso vacacional a plenitud.

D. Percepción de tributos

Los sistemas de propiedad vacacional, en la naturaleza que se adquieran (es decir, como derecho real o derecho personal), no escapan de la aplicación de los tributos establecidos por las adquisiciones de los derechos (Magdalena Álvarez y Luis Allendesalazar, 1987, pp. 136-141). En ese sentido, al adquirir estos derechos se hace efectivo su cobro al momento de su formalización. Son aplicables el pago del 3% de alcabala, que es asumido por el adquirente del sistema (Luis Hernández, 2013, p. 78); el 5% de impuesto a la renta para el vendedor del sistema (Luis Durán y Marco Mejía, 2015, p. 363); el impuesto predial, a cargo del titular en el porcentaje que le corresponda, y los arbitrios municipales, a cargo de los usuarios del bien en el porcentaje que le corresponda. Es decir, con el desarrollo del sistema, cada vez que se realicen transferencias, el Estado recibirá ingresos provenientes de las obligaciones tributarias que todo ciudadano debe cumplir.

E. Desarrollo de actividades económicas vinculadas a los complejos turísticos

Los complejos turísticos cuentan con modernos y novedosos desarrollos recreacionales que hacen más atractivo el sistema y permiten al usuario un reparador descanso vacacional (María Di Filippo, 1987, p. 40). Al construirse los establecimientos, a su vez, aparecen otras actividades económicas complementarias, como la creación de empresas dedicadas a los servicios de limpieza,

mantenimiento, seguridad, administración, entre otras, que se reflejará en la promoción del empleo y, por tanto, en mayores ingresos para la comunidad, que a su vez permitirá un mayor consumo.

Muchos de los países en vías de desarrollo, como el Perú, carecen de infraestructura vinculada al descanso vacacional, por lo que, al implantarse cualquiera de los sistemas vacacionales con una normativa acorde, los inversionistas se sentirán con mayor seguridad para invertir y brindar el mayor confort a sus usuarios.

F. Gastronomía peruana

Durante el webinar internacional “¿Multipropiedad, tiempo compartido o propiedad vacacional? Necesidad de una regulación para el desarrollo turístico del Perú” (Universidad de Lima [UL], 2020), organizado por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima y la Facultad de Derecho, tuvimos la exposición de algunos inversionistas en Perú, como Luis Enrique Rolando Van Grieken (Venezuela), director general de Sun Sol Vacation Club (con dos complejos: Quives Vacation Club, ubicado en la provincia de Canta, y otro en Paracas, en proceso de construcción); Raúl Alfonso Sosa Villanueva (México), gerente general de Vilanova Homes, y Esteban Arce (México), director senior de desarrollo de negocios RCI Sudamérica. En este webinar se llegó a la conclusión de que, aunado a los parajes turísticos con que cuenta el Perú, hay otro factor importante de mucho alcance en el país. Ese factor es la gastronomía peruana, reconocida mundialmente como el “mejor destino culinario del mundo” (“Perú recibe cuatro premios”, 2020)¹⁶ por los World Travel Awards¹⁷ en 2019. Asimismo, lo confirmó *The New York Times*¹⁸ al señalar a Lima como “epicentro gastronómico” de América del Sur:

La “Ciudad de los Reyes” ha sido incluida en la lista de 52 lugares para viajar en el 2020. El diario neoyorquino, que ha ubicado a Lima en el puesto 36, destaca a los famosos chefs y extravagantes platos de comida extraordinaria.

Dos restaurantes peruanos que se ubican en el top 10 de mejores del mundo han sido mencionados por el Times con una sola finalidad: recomendar a los viajeros y trotamundos un buen lugar donde la cultura culinaria de un país se traduce en un nombre. Nos referimos a Maido y Central (La República, 10/01/2020).

G. Mayor acceso al disfrute de viviendas vacacionales para diversos sectores socioeconómicos

Nos referimos al derecho de usar, disfrutar y disponer de un bungaló durante cierto tiempo al año, a perpetuidad o por un tiempo establecido, accesible a un gran número de consumidores que, bajo otras modalidades, se verían imposibilitados de acceder a ello (Gonzalo Morales, 1994, pp. 318-320). Esto se debe a que el costo de adquisición se ve reflejado en el disfrute directo del bien, delimitado por espacios de tiempo al año, con base en una equivalencia entre el bien y el monto invertido.

H. *Inversión para los consumidores*

La adquisición del derecho con base en el sistema de multipropiedad y del tiempo compartido se configuraría como una inversión para el consumidor, puesto que le permitiría disfrutar del bien y, por tanto, obtener sus frutos (por ejemplo, a partir de la cesión del uso, el alquiler u otra modalidad). Asimismo, podría disponer cómo vender su derecho o gravarlo, siempre circunscrito al espacio y al

tiempo que debidamente deberá configurar en un registro oficial (Liliana Núñez, 2014, pp. 69 y 70). Es decir, más que un gasto, que significa un egreso o salida de dinero que una persona o empresa debe pagar para acreditar su derecho sobre un artículo o a recibir un servicio, sería como una inversión; esto es, entregar recursos para obtener luego utilidades que satisfagan las necesidades de los adquirentes del sistema.

VII. CONCLUSIONES

- a) Definitivamente la multipropiedad y el tiempo compartido son dos figuras que, si bien se han utilizado para calificar la afectación de un bien a su uso y disfrute por periodos de tiempo al año, poseen una naturaleza jurídica diferente. En la figura de la multipropiedad se distingue su naturaleza real y su esencia perpetua; mientras que en la figura del tiempo compartido se aprecia su naturaleza personal y su esencia temporal.
- b) Al ser sistemas que se originan por iniciativa del inversionista o del promotor, y que ofrece ventajas para todos los implicados, sería conveniente dejar a su voluntad la decisión de adaptar el sistema a una naturaleza única o mixta, es decir, optar por el sistema de multipropiedad o el sistema del tiempo compartido o ambos a la vez, con el fin de que el consumidor pueda elegir la fórmula que mejor se adapte a sus necesidades y posibilidades.
- c) Con él análisis de los diversos factores jurídicos y económicos desarrollados, resaltamos la necesidad de una regulación nacional, donde la norma ampare el principio de autonomía de la voluntad de las partes que intervienen; que sea abierta a aceptar ambas figuras y sobre todo flexible, de tal forma que sean los usuarios los que decidan si el derecho a adquirir debe tener una naturaleza real o una naturaleza personal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE CARRIÓN, J. (1995). *Multipropiedad: nuevo sistema para adquirir inmuebles*. Lima, El Peruano.
- ALTERINI, J. H. (1995). El numerus clausus en los derechos reales. *Diez años del Código Civil peruano. Balance y perspectivas*, vol. 1, W. G. Editores.
- ÁLVAREZ ARZA, M. y ALLENDESALAZAR ORMAECHEA, L. (1987). *El Time Sharing: su configuración jurídico-tributaria en España*. Ministerio de Economía y Hacienda de España.
- ARATA SOLIS, M. (2010). *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- AVENDAÑO A., F. y AVENDAÑO V., J. (2017). *Los derechos reales*. Lima: PUCP.
- AVENDAÑO VALDEZ, J. (1990). *Derechos reales*. Lima: Lluvia Editores.
- BAQUERO CORREA, J. (2017). Derechos reales atípicos entre el mito y la leyenda: un análisis de los sistemas numerus clausus y numerus apertus. *USFQ Law Review*, 4(1), 18.
- BENITO ARENAS, J. (1993). Algunas consideraciones sobre la multipropiedad. *Derecho Comparado, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LXIX, 615, 535-537.
- BORDA, G. (2003). *Manual de derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- CAIVANO, R. J. (1998). *Negociación, conciliación y arbitraje: mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*. Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación.
- CASTAÑEDAD RIVAS, M. L. (2007). *Naturaleza jurídica del tiempo compartido*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2722/26.pdf>
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2003). El arrendamiento vacacional por turno: una alternativa legal de la multipropiedad. *Anuario de Derecho Civil*, 56(2), 487-597.
- Código Civil. Decreto Legislativo 295 (1984). <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf>
- Constitución Política del Perú (1998). <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>
- Decreto Legislativo 706, que regula la modalidad turística denominada “tiempo compartido” para el desarrollo de la inversión en el sector turismo (5 de noviembre de 1991). <https://vlex.com.pe/vid/legislativamente-comparti>
- Decreto No. 1076 de 1997, Reglamentación en el Sistema de Tiempo Compartido Turístico (17 de Abril de 1997). *Diario Oficial*, CXXXII, No.. 43023, <https://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=1219803>
- Decreto No. 1.34, Reglamento de la ley que regula y fomenta la multipropiedad y el sistema de tiempo compartido (29 de mayo de 1996). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 35.996, 295.208. <https://pandectasdigital.blogspot.com/2018/02/reglamento-de-la-ley-que-regula-y.html>
- Decreto Supremo 001-2015-Mincetur: aprueban reglamento de establecimientos de hospedaje (9 de julio de 2015). <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-establecimientos-de-hospedaje-decreto-supremo-n-00>
- Decreto Supremo 032-82-ITI. Crean nueva modalidad de “Establecimiento turístico de tiempo compartido” (23 de julio de 1982). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H725891>
- DI FILIPPO, M. I. (1987). *Tiempo compartido. Un condominio especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOBRE TURISMO Y ARTESANÍA DEL MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO. (julio de 2020). *Perú: compendio de cifras de turismo*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1088961/Compendio-Cifras-Turismo-Junio>
- DURÁN ROJO, L. y MEJÍA ACOSTA, M. (2015), El impuesto de alcabala en el Perú. *Derecho & Sociedad*, 43, 345-365. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12582>
- FAJARDO LÓPEZ, L. (1996). La multipropiedad en la República Federal de Alemania. *Doctrina y Práctica. Anuario de Derecho Civil*, 49(1), 269-286.
- FERRANTE, A. (2018). ¿El contratante de tiempo compartido es consumidor? Avance crítico sobre la definición de consumidor chileno y el ámbito objetivo de aplicación de la ley. *Revista Bolivariana de Derecho*, 26, 18-57. <https://www.revista-rbd.com/numero-26/>
- FIGUEROA CERCADO, S. (2010). *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales numerus clausus?* [Tesis de maestría en derecho civil]. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/1137>
- GALO, E. y CORDA, A. (1985). *La multipropiedad*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

- GUILLÉN LAZO, A. (2014). *La multipropiedad desde la óptica del derecho societario*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/13584/14208>
- HERNÁNDEZ BERENGUEL, L. (2013). *La habitualidad en la enajenación de inmuebles y el impuesto a la renta*.
- Interval International (s. f.). *¿Por qué elegir Interval International?* <https://es.intervalworld.com/web/my/info/ownership/about>
- Ley 26.356 de Tiempo Compartido (18 de marzo de 2008). <http://www.derecho.uba.ar/institucional/ley-tiempo-compartido-26356.pdf>
- Ley 29571, Código de protección y defensa del consumidor (1 de septiembre de 2010). https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/img_bolo8/CODigo%2ode%2oproteccion%2oy%2odefensa%2odel%2oconsumidor.pdf
- Ley 300 de 1996, por la cual se expide la Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones (26 de julio de 1996). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6488.pdf>
- Ley 4, sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. (6 de julio de 2012). *Boletín Oficial del Estado*, 162, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9111#ddunica>
- Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido. (18 de diciembre de 1995). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* 5.022. <http://www.tusmetros.com/otros/leyes/L131ToCap1.html>
- Lima es el “epicentro gastronómico” de América del Sur, según *The New York Times* (10 de enero de 2020). *La República*. <https://larepublica.pe/gastronomia/2020/01/11/lima-epicentro-gastronomico-de-latinoamerica-the-new-times-recomienda-destino-turistico-gastronomia-mdga/>
- Llegada de turistas internacionales* (s. f.). Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. https://www.mincetur.gob.pe/centro_de_Informacion/mapa_interactivo/llegadaTuristasPais.html
- MEJORADA CHAUCA, M. (2014). Derechos sobre bienes y el numerus clausus. *Revista de Derecho Themis*, 66, 77-182. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12694>
- MOLINARI VILCHEZ, W. y ABABART, S. (2000). *La naturaleza Jurídica pluriforme de la multipropiedad*. Universidad complutense de Madrid. https://elibro-net.ezproxy.ulima.edu.pe/es/ereader/ulima/88380?as_all=La__multipropiedad.&as_all_op=unaccent__icontains&prev=as
- MORALES ACOSTA, G. (1994). *La multipropiedad inmobiliaria - El tiempo compartido: una alternativa para la inversión privada*. Lima: Asesorandina Publicaciones.
- MUNAR BERNAT, P. (1992). *Presente y futuro de la multipropiedad*. Tecnos.
- NÚÑEZ ARÉSTEGUI, L. (julio de 2014). La multipropiedad: Un derecho inscribible. *Fuero Registral*, 11, 59-81.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1990). Naturaleza jurídica de la multipropiedad. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 75-432.
- OSORIO RUIZ, Z. (2002). *Contratos comerciales, empresariales y el arbitraje: doctrina, legislación, modelos*. Idemsa.
- Perú recibe cuatro premios como país en los World Travel Awards Sudamérica (5 de noviembre de 2002). <https://andina.pe/agencia/noticia-peru-recibe-cuatro-premios-como-pais-los-world->

- PromPerú (2017). *El turista extranjero en los establecimientos de hospedaje del Perú*, disponible en: <https://bit.ly/35gB2Iz>
- RCI (s. f. a). *Acerca de RCI*. https://www.rci.com/pre-rci-es_MX/explore-rci/acerca-de-rci.page. Fecha de consulta: 28 de marzo 2022
- RCI (s. f. b). *Búsqueda de resorts afiliados*. <https://www.rci.com/resort-directory/list-view?id=13808#?id=13808>, fecha de consulta: 28 de marzo 2022)
- RIVAS CASO, G. (2017). El rol de la justicia en el procedimiento y conclusión de los marcs y el proceso judicial. *Themis: Revista de Derecho*, 71, 195-208. doi: <https://doi.org/10.18800/themis.201701.013>
- TINOCO, O. (2003). Los impactos del turismo en el Perú. *Industrial Data*, 6(1), 47-60.
- TOMANQUILLO VÁSQUEZ, A. (2014). La multipropiedad desde la óptica del derecho societario. *Revista de Actualidad Mercantil*, 3, 137-146.
- Turismo es el tercer sector que genera más empleo y divisas al país* (4 de diciembre de 2018). <https://andina.pe/agencia/noticia-turismo-es-tercer-sector-genera-mas-empleo-y-divisas-al-pais-734793.aspx>
- UNIVERSIDAD DE LIMA (26 de noviembre de 2020). *Mirada jurídica sobre la multipropiedad y el tiempo compartido*, <https://www.ulima.edu.pe/pregrado/derecho/noticias/mirada-juridica-sobre-la-multipropiedad-y-el-tiempo-compartido>
- WAHL SILVA, J. (1996). Tiempo compartido, ¿de la copropiedad a la multipropiedad? *Revista Chilena de Derecho*, 23(1), 127-142.

* Doctora en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, docente asociada en la Universidad de Lima. Consultora e investigadora jurídica. Correo electrónico: mrojasu@lima.edu.pe

¹ El artículo 881 dice: “Noción de derechos reales. Son derechos reales los regulados en este libro y otras leyes”.

² En la Guía de Complejos Turísticos de Interval World se puede buscar hacer un intercambio, comprar pasajes aéreos, reservar un crucero, buscar vacaciones y encontrar recomendaciones de su comunidad.

³ RCI desarrolló un sistema para permitir que los titulares de tiempo compartido intercambiaran unas vacaciones en su complejo por una estancia de la misma duración en otro complejo afiliado al programa de intercambio de RCI. Esto proporcionó a titulares de tiempo compartido de todo el mundo un nuevo nivel de flexibilidad y capacidad de elección, y revolucionó la experiencia de vacaciones para millones de personas.

⁴ ARTÍCULO 20., INCISO 22, DE LA Constitución Política de 1993: “Toda persona tiene derecho: A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

⁵ ARTÍCULO 4.1-1): “ESTABLECIMIENTO DE HOSPEDAJE: LUGAR DESTINADO A PRESTAR HABITUALMENTE SERVICIO DE ALOJAMIENTO NO PERMANENTE, PARA QUE SUS HUÉSPEDES PERNOCTEN EN EL LOCAL, CON LA POSIBILIDAD DE INCLUIR OTROS SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, A CONDICIÓN DEL PAGO DE UNA CONTRAPRESTACIÓN PREVIAMENTE ESTABLECIDA EN LAS TARIFAS DEL ESTABLECIMIENTO. LOS ESTABLECIMIENTOS DE HOSPEDAJE QUE OPTEN POR NO CLASIFICARSE Y/O CATEGORIZARSE, DEBERÁN CUMPLIR CON LOS REQUISITOS SEÑALADOS EN EL PRESENTE REGLAMENTO” (DECRETO SUPREMO 001-2015-MINCETUR, 2015).

⁶ EN LOS ARTÍCULOS 983 AL 991 SE HACE REFERENCIA A LA PARTICIÓN COMO ELEMENTO PROPIO DE LA COPROPIEDAD: “Por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican”. ARTÍCULO 992: “LA COPROPIEDAD SE EXTINGUE POR: INCISO 1. DIVISIÓN Y PARTICIÓN DEL BIEN”. ARTÍCULO 993: “PLAZO Y EFECTOS DEL PACTO DE INDIVISIÓN”.

⁷ El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituirá mediante su formalización en escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad” (Ley 4/2012, artículo 25 inciso 3).

⁸ “SE PRESUME, SIN ADMITIRSE PRUEBA EN CONTRARIO, QUE TODA PERSONA TIENE CONOCIMIENTO DEL CONTENIDO DE LAS INSCRIPCIONES” (CÓDIGO CIVIL, 1984, ARTÍCULO 2012).

“EL TERCERO QUE DE BUENA FE ADQUIERE A TÍTULO ONEROSO ALGÚN DERECHO DE PERSONA QUE EN EL REGISTRO APARECE CON FACULTADES PARA OTORGARLO, MANTIENE SU ADQUISICIÓN UNA VEZ INSCRITO SU DERECHO, AUNQUE DESPUÉS SE ANULE, RESCINDA, CANCELE O RESUELVA EL DEL

OTORGANTE POR VIRTUD DE CAUSAS QUE NO CONSTEN EN LOS ASIENTOS REGISTRALES Y LOS TÍTULOS ARCHIVADOS QUE LO SUSTENTAN. LA BUENA FE DEL TERCERO SE PRESUME MIENTRAS NO SE PRUEBE QUE CONOCÍA LA INEXACTITUD DEL REGISTRO” (CÓDIGO CIVIL, 1984, ARTÍCULO 2014).

“PARA Oponer DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES A QUIENES TAMBIÉN TIENEN DERECHOS REALES SOBRE LOS MISMOS, ES PRECISO QUE EL DERECHO QUE SE OPONE ESTÉ INSCRITO CON ANTERIORIDAD AL DE AQUÉL A QUIEN SE OPONE. SI SE TRATA DE DERECHOS DE DIFERENTE NATURALEZA SE APLICAN LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO COMÚN” (CÓDIGO CIVIL, 1984, ARTÍCULO 2022).

⁹ “El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo. En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen: (...) f. En general, toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor” (Ley 29571, 2010, artículo 58, inciso 1).

¹⁰ Artículo 50. “Se crea la comisión técnica de consulta, adscrita a la corporación de turismo de Venezuela” (Ley 5.022, 1995).

¹¹ Artículo 60. “La comisión técnica de consulta estará integrada por siete (7) miembros y sus respectivos suplentes, designados así: dos (2) de la corporación de turismo de Venezuela, uno de los cuales la presidirá; uno (1) por la cámara inmobiliaria; uno (1) por la cámara de multipropiedad y el tiempo compartido; uno (1) por la organización representativa de los operadores; uno (1) por el instituto para la defensa y educación al consumidor y al usuario y uno (1) por el ministerio del desarrollo urbano” (Ley 5.022, 1995).

¹² Encuesta realizada por el Insituto de Investigación de la Universidad de Lima (2021)

¹³ Miembros de Cadeprov, cámara de desarrolladores de propiedad vacacional. <https://cadeprov.org/quienes-somos/>

¹⁴ Se indica en la página web de RCI: “Como la mayoría de las grandes compañías, todo comenzó con una idea. En 1974, Jon y Christel DeHaan se propusieron agregar un mayor valor a la experiencia de tiempo compartido cuando fueron pioneros en el concepto de intercambio de vacaciones. Los DeHaans desarrollaron un sistema que permitía a los propietarios intercambiar tiempo en su localidad de origen por una estadia en una propiedad afiliada diferente, entregando un nuevo nivel de flexibilidad y elección a los propietarios de tiempo compartido y revolucionando una industria en el proceso” (RCI, s. f. a).

¹⁵ SE INDICA EN LA PÁGINA WEB DE INTERVAL INTERNATIONAL: “DESDE 1976, INTERVAL INTERNATIONAL HACE QUE SEA MUY FÁCIL PARA LOS AFILIADOS DISFRUTAR DE PERÍODOS DE VACACIONES EN UNA AMPLIA RED DE COMPLEJOS TURÍSTICOS DE CALIDAD. LA AFILIACIÓN A INTERVAL OFRECE MUCHO MÁS QUE UN INTERCAMBIO DE VACACIONES. TAMBIÉN TENDRÁ ACCESO A UN CONJUNTO DE BENEFICIOS COMO vacaciones Getaways: ESTADÍAS DE UNA SEMANA MUY ECONÓMICAS EN DESTINOS ALREDEDOR DEL MUNDO. Interval Gold® e Interval Platinum® (LOS POPULARES PROGRAMAS DE AFILIACIÓN MEJORADOS DE INTERVAL) OFRECEN BENEFICIOS AÚN MÁS FANTÁSTICOS” (INTERVAL INTERNATIONAL, S. F.).

¹⁶ “El certamen internacional, considerado por la crítica especializada como los ‘Óscar del Turismo’, entregó reconocimientos al Perú como país en categorías como Mejor Atracción Turística de Sudamérica por el santuario inca de Machu Picchu, que hace pocos días reabrió sus puertas al turismo y que recibió el sello Viaje Seguro. Del mismo modo, se entregaron a nuestro país tres galardones más en las categorías Mejor Destino Cultural, Mejor Destino Verde y Mejor Destino Crucero”.

¹⁷ Se encarga de identificar los lugares más reconocidos para hacer turismo y viajar alrededor del mundo.

¹⁸ *The New York Times* es un periódico publicado en la ciudad de Nueva York y cuyo editor es Arthur Gregg Sulzberger. Se distribuye en los Estados Unidos y muchos otros países.



DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18123](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18123)

Recibido el 2 de septiembre de 2022

Aprobado el 22 de febrero de 2023

LA ESPECIAL TRANSCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO ESPAÑOL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

THE SPECIAL CONSTITUTIONAL TRANSCENDENCE OF SHARED CUSTODY IN SPANISH LAW THROUGH JURISPRUDENCE

Catalina RUIZ-RICO RUIZ*

ORCID: 0000-0002-0966-8686

Resumen:

Los objetivos de este estudio se centran en investigar la dimensión constitucional de la custodia compartida en el derecho español a través del desarrollo jurisprudencial y el recurso al derecho comparado; los efectos discriminatorios en la asunción de obligaciones familiares; la interpretación del interés de los niños desde la perspectiva del derecho de igualdad; el alcance de la corresponsabilidad como derecho fundamental. La metodología se basa en la aplicación de la "perspectiva de géneros" a los estereotipos en el cuidado de los hijos y la contribución de la jurisprudencia ordinaria a la paridad en las responsabilidades familiares. Entre los resultados destacan la constitucionalización del interés del menor, la conveniencia de aproximar las instituciones de patria potestad y

Abstract:

The objectives of this study are focused on investigating the constitutional dimension of shared custody in Spanish Law through jurisprudential development and the use of comparative law; the discriminatory effects in the assumption of family obligations; the interpretation of the interest of the child from the perspective of the right to equality; the scope of co-responsibility as a fundamental right. The methodology is based on the application of the "gender perspective" to stereotypes in child care and the contribution of ordinary jurisprudence to parity in family responsibilities. Among the results, the constitutionalization of the interest of the child stands out, the convenience of approximated the institutions of parental authority and joint custody to

custodia compartida para evitar un trato desigual de niños, niñas, adolescentes y progenitores; el riesgo de discriminación de los padres por circunstancias familiares y personales con base en los criterios judiciales de custodia compartida y la configuración de la corresponsabilidad parental como derecho. Como limitaciones se señalan la excesiva judicialización de la custodia compartida, la supremacía del interés de los niños sobre el derecho fundamental de igualdad, y el carácter no vinculante de la corresponsabilidad en la legislación de igualdad. La originalidad radica en la aplicación de una perspectiva de géneros inclusiva y no excluyente en interés del niño; la inconstitucionalidad de la custodia exclusiva como régimen general; la evolución hacia la corresponsabilidad como derecho fundamental; además de la especial transcendencia constitucional de la custodia compartida por falta de doctrina del Tribunal Constitucional español.

avoid unequal treatment of children, adolescents and parents; the risk of discrimination against parents due to family and personal circumstances based on the judicial criteria of joint custody and the configuration of co-parental responsibility as a right. As limitations, the excessive judicialization of shared custody, the supremacy of the interest of children over the fundamental right to equality, and the non-binding nature of co-responsibility in equality legislation. The originality lies in the application of an inclusive and non-exclusive gender perspective in the interest of the child; the unconstitutionality of exclusive custody as a general regime; the evolution towards co-responsibility as a fundamental right; in addition to the special constitutional importance of shared custody due to the lack of doctrine of the Spanish Constitutional Court.

Palabras clave:

Custodia compartida, Discriminación, Perspectiva de género, Interés del niño, Corresponsabilidad.

Keywords:

Shared custody, Discrimination, Gender perspective, Interest of the children, Corresponsibility.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Deslinde inicial entre patria potestad y custodia compartida*. III. *La custodia compartida como modelo paritario de relaciones familiares*. IV. *El derecho fundamental a corresponsabilidad parental*. V. *La dimensión constitucional de la custodia compartida: criterios de atribución*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La delimitación previa del campo objeto de estudio se extiende al análisis de la problemática constitucional de la custodia compartida en el sistema español desde una perspectiva de “géneros” y en la construcción jurídica del interés de los menores (niños, niñas y adolescentes) como derecho a corresponsabilidad parental.

La hipótesis de partida se centra en las ramificaciones constitucionales de la custodia compartida desde diversas vertientes relativas a su naturaleza como manifestación del derecho

constitucional de igualdad; límites de la autonomía privada en los convenios reguladores y planes parentales; resolución de conflictos entre derechos de hijos y progenitores; y los efectos discriminatorios por razón de estereotipos de género, estado civil y asunción de obligaciones familiares.

Entre los principales objetivos destacan la constitucionalización del interés del menor a través de la jurisprudencia española; la aplicación de la discriminación múltiple a las relaciones familiares; la aproximación de la patria potestad y custodia parental; la inconstitucionalidad del modelo de custodia exclusiva salvo excepciones; la configuración de un derecho fundamental de corresponsabilidad parental; y la especial transcendencia constitucional de la custodia compartida, desactivada actualmente por el excesivo arbitrio judicial.

Como recursos metodológicos se desarrollan la determinación inicial y diferenciación de conceptos clave; el análisis jurisprudencial del interés superior del menor; la ponderación de derechos en conflicto; los efectos discriminatorios derivados de los criterios de atribución de la custodia compartida; y el reconocimiento de la corresponsabilidad como derecho fundamental.¹ La metodología constitucional y comparada configuran la custodia compartida “a espaldas de la literalidad del propio Código Civil español² más allá de la ley vigente... deconstruyendo el esquema legal de la custodia exclusiva” (Cristóbal Pinto Andrade, 2015, p. 158).³

II. DESLINDE INICIAL ENTRE PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA COMPARTIDA

En el derecho español prevalece la diversificación entre patria potestad y custodia compartida, a diferencia de las legislaciones extranjeras proclives al concepto de responsabilidad parental. Como diferencias generales de ambas figuras puede señalarse que mientras la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores salvo excepciones y sin sujeción al vínculo matrimonial, la custodia compartida se circunscribe a la separación y al divorcio y puede atribuirse en exclusiva al padre o a la madre.

Durante la convivencia familiar la guarda sobre los hijos menores se integra en la patria potestad como marco de referencia ejercida conjuntamente por ambos progenitores salvo excepciones, pero tras la separación o divorcio se escinde la custodia parental como subcategoría y figura jurídica autónoma, con diversas modalidades, exclusiva o compartida.

El denominador común a la custodia compartida y la patria potestad se basa en “el ejercicio de funciones parentales, el interés del hijo/a (“favor filii”) y la necesidad de protección de la familia, con independencia del tipo de unión entre progenitores” (STS, 9 de julio de 2002, recurso 2175/2001). Desde una perspectiva jurisprudencial, la patria potestad se considera como el “derecho a relacionarse con los hijos menores y dentro, el específico a su guarda y tutela, viene incluido entre los que la doctrina dominante derechos función (STS, 17 de junio de 1995, recurso 3652/1991).

En realidad no se evidencian diferencias sustanciales entre la patria potestad y la custodia compartida a efectos de naturaleza y contenido que justifiquen un cambio de régimen respecto a los derechos, deberes y responsabilidades familiares. Al margen de las causas de terminación de la convivencia y la aparición de nuevas circunstancias familiares o personales. Por esta razón, la bipolaridad de la patria potestad, antes y después de la ruptura de la convivencia, parece una solución más acorde con la necesaria permanencia de derechos y obligaciones parentales. De esta manera el artículo 92 C. C.⁴ establece que “la separación y divorcio no eximen de las obligaciones con los hijos ni pueden privar de los derechos inherentes a la patria potestad”.

En este contexto podría plantearse la unificación jurídica de ambas instituciones (patria potestad y custodia compartida) como “una solución adaptada a la responsabilidad parental de los progenitores (C. C., 4/01/2023, artículo 154), la plena igualdad jurídica de las personas (C. E., 4/01/2023, artículo 14), de los cónyuges (C. C., 4/01/2023, artículo 66) y de los hijos ante la ley (C. E., 4/01/2023, artículo 39)” (Cristóbal Pinto Andrade, 2009, p. 148). Su posible convergencia se vertebra en torno a la naturaleza común bifronte como derecho-deber de los progenitores en interés de los hijos y de la corresponsabilidad.⁵

También el derecho comparado contribuye a fundamentar una posición aglutinadora de la patria potestad y custodia compartida a través de una noción amplia de responsabilidad parental. En particular, la legislación francesa (Ley 2002-305 del 4 de marzo de 2002) regula la autoridad parental (artículo 371.1 C. c) “como un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad preservar el interés del menor”. Sin que la ruptura de los padres tenga efectos en las normas de atribución del ejercicio de la responsabilidad parental (artículo 373.2, 10. párrafo C. c), y manteniendo el principio de corresponsabilidad por encima del cese de la convivencia o disolución del matrimonio de los progenitores. También destaca en el ámbito anglosajón la regulación de la “*parental responsibility*” (Children Act. 989) y en Italia la “*potestà genitoriale*” sobre los hijos e hijas correspondiente a ambos progenitores hasta su mayoría de edad o emancipación siempre y cuando sean convivientes y hayan reconocido ambos al hijo o hija común.

III. LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO MODELO PARITARIO DE RELACIONES FAMILIARES

1. Bases en el derecho español y comparado

En cuanto a la regulación nacional destaca la Ley 11/1990, del 15 de octubre, sobre Reforma del Código Civil,⁶ que modificó el artículo 159 C. C. con una clara finalidad antidiscriminatoria por razón de sexo, que derogó el criterio de permanencia de los hijos menores de siete años con la madre. También la Ley 15/2005, del 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio,⁷ introduce la posibilidad de acuerdos para el ejercicio de la patria potestad y su atribución a uno o a ambos progenitores mediante convenio regulador; aunque subsidiariamente correspondía al órgano judicial la decisión sobre custodia compartida (artículo 92). Recientemente la Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,⁸ progresa en el equilibrio

parental intrínseco a la custodia compartida preservando “el mantenimiento de las relaciones familiares siempre que sea posible y positivo” (artículo 2o.).

Desde una perspectiva comparada, el Código Civil italiano (Ley del Parlamento Italiano de 8 de febrero de 2006) establece un derecho de los hijos a una relación equilibrada y continua con cada uno de los progenitores, para recibir atención y educación de ambos y mantener una buena relación con las familias de ambos padres (artículo 155). Se atribuye al juez la adopción de medidas sobre los intereses materiales y morales de los hijos, la forma del tiempo para pasar con los padres y la evaluación para decidir a quién se asignará la custodia sobre los hijos. En Francia, la Ley 2002-305 del 4 de marzo de modificación del Código Civil, resulta especialmente proclive a la custodia compartida por considerarla como norma general, incluso en los casos de desacuerdo de los progenitores, sin que los conflictos de éstos sean un obstáculo, bien alternativamente en el domicilio de cada uno de los progenitores o en el de uno de ellos. *El juez ordena la alternancia de la residencia del hijo provisionalmente durante un plazo determinado o bien definitivamente.*⁹ El derecho civil alemán regula la custodia compartida para los hijos matrimoniales, y para las parejas no casadas el padre solo adquiere el derecho si hay consentimiento de la madre. Esta normativa desactiva el criterio del interés del menor y atribuye a la mujer la titularidad exclusiva del derecho a la custodia sobre los hijos, con efectos que en nuestro país serían probablemente inconstitucionales. También se prevé una declaración conjunta de custodia compartida en la Oficina de Protección de Menores, dejando la decisión a la autonomía privada. La consideración de la custodia compartida como una cuestión privada es la base incluso para posteriores reformas, prevaleciendo la idea de que el Estado alemán no puede imponer una solución vinculante ni imponer un modelo de responsabilidad parental. Como denominador común a las legislaciones europeas, destaca la reticencia de los tribunales a la custodia compartida si falta el acuerdo entre los progenitores; la necesidad de audiencia del menor; con especialidades como el periodo de prueba previo a su adopción definitiva (Francia) y el recurso a la mediación (Reino Unido).¹⁰

2. Régimen jurídico aplicable tras la ruptura de la convivencia familiar

Con carácter general, se define la custodia compartida como “un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos” (Fabiola Lathrop, 2009, p.145).

La extinción de la convivencia tiende a producir efectos disruptivos en el ejercicio de la patria potestad y a la disociación con el régimen de custodia derivado de la separación o divorcio. Sin embargo, “la custodia compartida como prolongación de la patria potestad evita la interrupción o suspensión de la coparentalidad” (José Manuel Torres Perea, 2021, p. 148) y previene un tratamiento desigual de hijos y progenitores sin justificación objetiva y razonable.

Según María Elvira Alfonso Rodríguez (2009) “para que el modelo de convivencia permanezca inalterado y exista custodia compartida, las partes deben ser capaces de reproducir después de la ruptura una situación colaboradora similar a la existente con anterioridad” (p. 87). De modo que, “si la ruptura de la convivencia no interfiere ni modifica el régimen de patria

potestad, habría de favorecerse la continuidad en el ejercicio de derechos y obligaciones familiares mediante la patria potestad conjunta” “(STS, 19 de julio de 2013, recurso 412/2010). Especialmente en un contexto de conflictividad “habitual” entre progenitores provocada por la decisión de ruptura conyugal, “pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia” (STS, 4 de abril de 2018, recurso 2878/2017). Por lo que “no debe ser obstáculo para la custodia compartida la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos” (Manuel Ortiz Fernández, 2020, p. 586).

Desde una perspectiva constitucional, la diversificación de ambos regímenes jurídicos (patria potestad y custodia) fundamentada en la simple ruptura de la convivencia (incluso sin alteración sustancial de las circunstancias familiares), puede derivar en la discriminación y vulneración de derechos fundamentales de hijos y progenitores.

Respecto de los hijos, la privación del derecho a relacionarse con ambos progenitores plantea la discriminación y lesión de sus derechos fundamentales en situación de divorcio y separación. En el derecho comparado, la legislación italiana regula el “*affidamento congiunto*” (Ley 898 del 10. de diciembre de 1970 y sus modificaciones posteriores) como un derecho del menor y de la menor a conservar ese vínculo con ambos progenitores y a establecer una relación equilibrada y continuada con cada uno de sus progenitores. La diferencia de trato antes y después de la ruptura de la convivencia adolece de justificación objetiva y razonable cuando no hay alteración de las circunstancias ni riesgos sobrevenidos en perjuicio de aquéllos. Así, para “asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, la estabilidad emocional y la formación integral del niño, es preciso aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones” (STS, 29 de noviembre de 2013, recurso 37/2010).

En cuanto a los progenitores, el tratamiento desigual por razón de género, estado civil o asunción de obligaciones familiares entre convivientes y separados o divorciados puede implicar una discriminación múltiple por la convergencia de causas discriminatorias. Así, resultaría de la exigencia legal o judicial al progenitor masculino de un superior grado de implicación en el cuidado y educación de los hijos, comparada con los deberes asumidos durante la patria potestad; de un plus de requisitos para ejercer los derechos en el contexto de separación o divorcio; o por la penalización en las relaciones familiares como consecuencia de la modificación del estado civil. En particular, si para la concesión de la custodia compartida se exige “una participación mucho más activa que la contemplada hasta la fecha del divorcio” (STS, 16 de febrero de 2015, recurso 890/2014), de igual modo “la imposición al progenitor separado o divorciado de condiciones no previstas para el ejercicio de la patria potestad...agrava su posición en las relaciones familiares por razón de estado civil” (Cristóbal Pinto Andrade, 2015, p. 159). También por el requerimiento judicial generalizado a los padres de un plan coparental y su viabilidad para la obtención de la custodia compartida, sin exigir ningún informe similar para la atribución de la custodia en exclusiva a la madre; la necesidad de rogación¹¹ y de una especial motivación para establecer la custodia compartida.¹²

En definitiva, las múltiples cautelas jurídicas tras la ruptura de la convivencia familiar pese a la ausencia de antecedentes, desavenencias relevantes entre progenitores o riesgo para los hijos menores, contrasta con la práctica inexistencia de controles, de supervisión judicial o de dictámenes de especialistas durante el ejercicio de la patria potestad, salvo excepciones.

3. Reciprocidad entre custodia compartida y corresponsabilidad

La correspondencia mutua entre custodia compartida y corresponsabilidad se confirma en los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales. Al respecto, Marcela Acuña San Martín (2013) considera que esta última constituye “junto a otras directrices, como la coparentalidad y la igualdad entre hombre y mujer, un principio que informa aquella...la primera es una modalidad de la corresponsabilidad o un criterio orientador previo y fin al mismo tiempo, o su máxima expresión” (p. 27).¹³ Entre ambas figuras se argumenta una relación de género-especie, pues la corresponsabilidad constituye un término más amplio que incluye no sólo la custodia compartida sino también el ejercicio común de la patria potestad, con derechos y deberes parentales.

En la jurisprudencia, “la generalización de la custodia compartida ha impulsado el desarrollo de la corresponsabilidad” (STS, 17 de julio de 2015, recurso 31/2015). Particularmente el Tribunal Supremo (STS, 29 de abril de 2013, recurso 2525/2011) admite que la custodia compartida no se trata “de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”. En consecuencia, el derecho a corresponsabilidad en beneficio de los hijos y de ambos progenitores se ha consolidado progresivamente a medida que los jueces y tribunales fundamentaban la normalización de la custodia compartida.

A. Custodia de hecho y derecho

La reciprocidad entre custodia compartida y corresponsabilidad puede fracturarse en supuestos híbridos o de inadecuación de la denominación a la realidad jurídica. La apariencia de custodia compartida sin una auténtica corresponsabilidad parental que plantea la traslación de la teoría contractual del “*nomen iuris*” a las relaciones familiares. Con carácter general, “los Tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado” (STS, 25 de febrero de 2011, recurso 380/2012). En el ámbito de la custodia compartida, el factor determinante del “*nomen*” resulta de “la paridad temporal de ambos progenitores en base a las mutuas aptitudes y circunstancias personales” (C. C., 4/01/2023, artículo 92).

Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Supremo (STS, 14 de marzo de 2017, recurso núm.1617/2014) admitiendo que “el menor disfrutaba de un sistema amplísimo de relaciones con su padre, constitutivo de custodia compartida encubierta”. Para Francisco Arroyo (2015) “nuestro sistema jurídico y práctica judicial determina la necesidad de poner un nombre a los regímenes de convivencia y, tras ello, anadarles unas constreñidas medidas...” (p. 2). En ocasiones “se dictan sentencias en favor de la custodia compartida cuando no existe una previa igualdad de género y

alega una falsa custodia compartida, pues por mucho que oficialmente aparezca declarada por el juez, no se corresponde con la realidad subyacente” (Manuel Torres Perea, 2021, p. 159 y ss.).

La custodia de hecho y derecho aparece subordinada a la corresponsabilidad parental, que no cabe identificar exclusivamente con el reparto de tiempo con los hijos. Los pactos entre progenitores sobre la opción de custodia compartida pueden resultar lesivos del derecho fundamental de igualdad, si representan una corresponsabilidad aparente o simulada.

B. Custodia compartida forzosa

La correlación entre corresponsabilidad y custodia compartida tiende a quebrarse aparentemente en los supuestos de imposición judicial de esta última, contra o sin la voluntad de los progenitores. Con carácter general, la custodia compartida implica el principio general de acuerdo entre los progenitores en analogía con la corresponsabilidad como asunción recíproca de obligaciones familiares. Sin embargo, la custodia compartida puede derivar en un deber judicial de corresponsabilidad cuando no ha sido objeto de reclamación expresa por los progenitores o por falta de acuerdo en el cuidado de los hijos.

En la jurisprudencia resulta excepcional la custodia compartida forzosa sin solicitud por ninguno de los dos progenitores (STSJ Aragón, 28 de mayo de 2015, recurso 3/2015), y con base en causas justificadas como enfermedad grave de hijos ante la imposibilidad de la madre de cuidarlos en solitario. Así, la SAP, Córdoba del 23 de enero de 2018, recurso 596/2017, afirma que “dada la entidad del problema familiar se exige extremar los deberes de ambos, sin que puedan hacerse recaer exclusivamente en la madre”. En estos supuestos, la custodia compartida como deber judicial que genera obligaciones a los padres contra su voluntad, se asimila a la corresponsabilidad como asunción de cargas familiares.

IV. EL DERECHO FUNDAMENTAL A CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

1. Custodia materna y efectos discriminatorios

El interés del menor constituye “un parámetro jurídico clave en la selección del modelo de custodia mediante ponderación de la voluntad, de las necesidades y circunstancias de los hijos” (Joaquín Rivera Álvarez, 2005, p. 142). En la actualidad, el principio rector del “*bonum filii*” resulta determinante en la adopción de decisiones sobre las relaciones familiares y ha sido clave en la superación de la custodia materna presente en el derecho comparado y español hasta fechas recientes.¹⁴

Desde un punto de vista normativo, la Ley 26/2015, del 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, reconoce la preeminencia del interés superior de los niños como “principio rector de actuación de los poderes públicos” (artículo 11.2).¹⁵ “Se prima el interés del menor que ni el artículo 92 del Código Civil,¹⁶ ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan...” (STS, 19 de julio de 2013, recurso 412/2010).¹⁷

La interpretación jurisprudencial del interés del menor ha evolucionado hacia la paridad en las relaciones familiares, desde una aplicación estereotipada de género basada en los beneficios del cuidado materno. Por “la discriminación estructural de la mujer, se ha visto históricamente obligada a hacerse cargo de la custodia exclusiva del hijo, lo cual encarna en las relaciones familiares la estructura de la desigualdad de género en diversas dimensiones” (Manuel Torres Perea, p. 159 y ss.).¹⁸

Sin embargo, la custodia materna exclusiva ha contribuido a la “rediscriminación” de la mujer por afectar negativamente al derecho de acceso al trabajo, a la promoción profesional y a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal. De este modo se manifiesta la “tendencia discriminatoria de asignar a las madres una custodia con la que se pretende, falsamente, compensar situaciones de desigualdad secular de la mujer” (Constanza Tobio, 2012, p. 404).

Paralelamente la custodia materna implica la discriminación del padre “por negarle la asunción paritaria de obligaciones familiares, verse abocado a un régimen de visitas y al pago de una pensión desproporcionada en relación con el tiempo que podía pasar con sus hijos” (Joaquín Rivera Álvarez, J., 2005, p. 141); y de los hijos por la privación de relaciones familiares con ambos progenitores y “la pérdida de uno de los lazos afectivos con una de las figuras más importantes y necesarias para el menor” (Manuel Torres Perea, 2021, p. 163).¹⁹ En consecuencia, “hoy no puede sostenerse que el sexo de los progenitores sea un criterio en el que sustentar la preferencia por uno u otro”, según la STC del 14 marzo de 2011.²⁰ Como tampoco la edad del menor determina el régimen de atribución de custodia, “pues siempre deben de valorarse otras circunstancias” (SAP de Córdoba del 28 de abril de 2014, recurso 385/2014).

En el contexto actual, la custodia materna se ha reducido a una opción excepcional y residual por la convicción de que es perjudicial al interés del niño y contraria al libre desarrollo de la personalidad (STS, 27 de octubre de 2021, recurso 445/2021).²¹ Al margen de la privación del derecho a relacionarse con ambos progenitores como causa de la posible discriminación de los hijos de padres divorciados y separados. Los efectos discriminatorios e incluso lesivos de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, influye necesariamente en la constitucionalización del interés de los menores a través del reconocimiento del derecho fundamental a corresponsabilidad.²²

2. La constitucionalización del interés del menor

La interpretación del interés superior de los menores como derecho a relacionarse con ambos progenitores y de otro lado, como deber de los progenitores “a mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de este con el otro progenitor” (artículo 373.2 C. C. francés), contribuye a la consolidación de la corresponsabilidad como derecho fundamental.

En la jurisprudencia se reconoce “la efectividad del derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que sea posible y en tanto lo sea” (SAP de Cádiz del 16 de septiembre de 2016, recurso 406/2015). Y también “los

derechos derivados de la relación paterno filial exigen que ambos progenitores... adquieran un mayor compromiso para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones después del divorcio” (STS, 24 de abril de 2018, recurso 3845/2017).

La interpretación judicial influye en la superación de la naturaleza jurídica de la corresponsabilidad prevista en el artículo 44 de la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como “fomento” de la asunción equilibrada de las obligaciones familiares y en la transfiguración de la corresponsabilidad en derecho vinculante y exigible, en favor de los hijos y de los progenitores.²³

3. Perspectiva de género y corresponsabilidad

Con base en esta doctrina judicial se fundamenta la corresponsabilidad como *derecho fundamental derivado de igualdad* en términos paritarios entre progenitores. La equiparación jurídica de los padres en las responsabilidades familiares implica un salto cualitativo hacia la corresponsabilidad como derecho fundamental.

La actual evolución hacia una perspectiva de “género” en las relaciones familiares aparece avalada no solo en la Jurisprudencia, sino en la esfera internacional y nacional. En particular, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del 11 de mayo de 2011, tiene por objeto asegurar la igualdad de resultados entre hombres y mujeres²⁴. De igual modo, la STJUE del 12 de diciembre de 2021 (C-450/18) se opone al derecho de complemento de maternidad en España por negarse al hombre en idéntica situación. En la legislación nacional también se ha progresado desde la monopolización femenina de los derechos laborales biológicos por embarazo o maternidad, hacia la cotitularidad indistinta por ambos progenitores de derechos de conciliación y corresponsabilidad, como el permiso de lactancia.²⁵ Sin perjuicio de la equiparación entre los permisos de maternidad y paternidad unificados en la actualidad por nacimiento de hijos, en contra de la argumentación de la STC 138/2018, del 17 de diciembre.²⁶

Respecto de los padres, la STS del 10 marzo 2020 (recurso 4521/2017), argumenta que “para cumplir con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, la utilización de las medidas de corresponsabilidad debe hacerse facilitando que los hombres hagan uso de los derechos de conciliación de la vida familiar”. También la STS del 10 enero 2017, recurso 10/2017, admite que “la consecución de la igualdad efectiva, tal y como persigue la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pasa, no solo por el reconocimiento de derechos de maternidad en sentido estricto, sino por la eficaz implantación de instrumentos de equiparación en el ámbito de la vida familiar, como reequilibrio de la desigualdad histórica. De ahí que la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres alcance también a los hombres que ejercitan derechos de conciliación o parentalidad, puesto que éstos actúan como instrumentos de corresponsabilidad familiar garantes de aquella igualdad”.

4. Conflicto entre el interés del menor y el derecho de igualdad de los padres

Como punto de partida, el artículo 20. de la Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,²⁷ establece que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (STS, 18 de noviembre de 2014, recurso 908/2011).²⁸ El conflicto de intereses entre hijos y padres sobre el sistema de custodia se resuelve por la jurisprudencia, primando “aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 C. C. como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven” (STS, 21 de septiembre de 2011, recurso 1491/2008).

Desde esta perspectiva, el interés del menor puede revertir la interpretación “*pro libertate*” de los derechos fundamentales (de los padres), basándose en que “el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste” (STS, 27 de abril de 2012, recurso 6769/2010). En esa línea, Marcela Acuña San Martín (2013) admite que “la finalidad del principio no es primordialmente satisfacer los deseos e intereses de los progenitores, sino proteger los derechos e intereses de los hijos, pues este es su fundamento” (p. 27). Por esta razón, la custodia compartida y la corresponsabilidad “se excluyen cuando sean incompatibles con el prevalente interés del menor” (STS, 29 de noviembre de 2013, recurso 37/2010).

El automatismo en la interpretación y aplicación del interés del niño tiende a prescindir de la ponderación con los derechos fundamentales y de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Pese al conflicto constitucional y a la imposibilidad de que el interés del menor “restrinja o limite más derechos que los que ampara” (STS, 14 de septiembre de 2018, recurso 34/2018).²⁹ La identificación del interés del menor con las simples molestias o las incomodidades derivadas del ejercicio de la custodia compartida, puede prevalecer incluso sobre derechos fundamentales de los padres. Si bien parece “irreal recomendar la situación óptima, por lo que en muchas ocasiones el evaluador lo que debe hacer es intentar encontrar la alternativa menos perjudicial al menor y la menos gravosa para él” (Manuel Torres Perea, 2021, p. 162). Así, el Tribunal Supremo admite que se tendrán en cuenta criterios que permitan “a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven” (STS, 29 de noviembre de 2013, recurso 37/2010).

V. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA: CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN

En la actualidad, la generalización del modelo de custodia compartida no exime del recurso a criterios casuísticos, con objeto de determinar la “mejor solución” en casos de separaciones con hijos menores, siempre y cuando no existieran circunstancias que lo hicieran inviable. De ahí que se recurra a una relación de factores, indicadores, circunstancias y elementos fácticos, que deben ser valorados y ponderados por el juez para llegar a su convicción.

El régimen de custodia compartida se subordina en la práctica a medidas que presentan una dimensión constitucional por afectar a derechos fundamentales.

1. La implicación de derechos fundamentales

En particular, “el mantenimiento del entorno y espacios físicos del menor para la concesión de la custodia compartida restringe el derecho de los progenitores a la libre residencia o domicilio” (Cristóbal Pinto Andrade, 2015, p. 38). La ruptura de la convivencia conlleva el cambio de domicilio y la obligación de residir en la localidad donde convivan los hijos, por la necesidad de arraigo familiar y evitar perjuicios psicológicos. En el derecho comparado, cuando no existe acuerdo entre los progenitores, el artículo 373.2.9 C. C. francés concede facultades al Tribunal de Familia para establecer, si lo considera conveniente al interés del y de la menor, un sistema de “*résidence alternée*”, con los condicionantes de protección de los intereses de los hijos e hijas menores, y mantenimiento de los vínculos de los y las menores con cada uno de sus progenitores.

No obstante, resulta discutible el sacrificio del derecho fundamental a la libre residencia únicamente “por alterar el régimen de vida de los niños, niñas y adolescentes sin causación de un perjuicio demostrable basado en daños psicológicos”. Desde una perspectiva constitucional, cabe plantear la imposición judicial a uno de los progenitores de un domicilio próximo para ejercer los deberes de cuidado de los hijos. El interés de los hijos menores en relacionarse con ambos progenitores justifica restricciones del derecho fundamental a fijar libremente la residencia para obtener la custodia compartida.³⁰

Sin embargo, paradójicamente, el desarraigo de los niños por cambios de domicilio y sistema sanitario únicamente se cuestiona tras la ruptura de la convivencia y no por razones de movilidad geográfica habitual en algunas profesiones de padres (STS, 28 de enero de 2020, recurso 5135/2018). Con base en esta diferencia de trato, la proximidad o lejanía de los domicilios constituye un factor ponderable aun sin ser “determinante ni excluyente, puesto que lo esencial es que tal diferencia sea compatible con el ejercicio conjunto de la custodia” (SAP de Barcelona del 9 de abril de 2014, recurso 417/2012).

En segundo lugar, las discrepancias de los padres en la educación de los hijos tras la ruptura de la convivencia pueden influir en la privación de la custodia compartida, “si llegan a entorpecer un desarrollo psicosocial adecuado por parte de los menores”. Este criterio jurisprudencial basado en la disparidad de criterios educativos puede repercutir negativamente en el derecho fundamental de educación de los padres a que se refiere el artículo 27.2 de la Constitución española (SAP de Pontevedra del 28 de mayo de 2020, recurso 443/2018).³¹

Desde una perspectiva constitucional, tanto el equilibrio y solidaridad en la contribución a los alimentos de los hijos como el reparto equitativo de tiempos, plantea dudas sobre el cumplimiento de la igualdad en las relaciones familiares. La custodia compartida se basa en un reparto equitativo de tiempos, considerando que “el contenido semántico del verbo “repartir” es muy distinto del de “compartir” (SAP de Barcelona del 20 de diciembre de 2006, recurso

259/2006). Si bien la interpretación de la igualdad como equidad en las relaciones familiares no garantiza plenamente la corresponsabilidad.

2. La prohibición de discriminación por circunstancias familiares y personales

De igual modo, el recurso judicial a criterios como “la profesión, jornada laboral, dedicación anterior al cuidado de los hijos para la atribución de la custodia compartida”, puede derivar en consecuencias inconstitucionales (Jésica Delgado Sáez, 2020, p. 11).³²

En particular, los órganos judiciales evalúan “las prácticas y/o actividades familiares anteriores de los progenitores en sus relaciones con los hijos; los deseos manifestados por los menores, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes familiares; el respeto mutuo en sus relaciones personales; y cualquier otra fundada en el interés de los hijos menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar”.

Sin embargo, pese a la presunción legal de custodia compartida como sistema general, la exigibilidad judicial a los progenitores de un deber probatorio de sus circunstancias familiares o personales tras la ruptura de la convivencia puede implicar un trato peyorativo, e incluso discriminatorio. A pesar de que la presunción legal está en favor de custodia compartida y quien alegue la incompetencia del padre debe demostrarlo, no al revés.... pueden producirse cambios en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación, pero ello resulta de la aplicación de la ley y deberá llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la plena efectividad de la custodia compartida, que se constituye como una forma de ejercicio de la autoridad familiar y de los deberes de crianza y adecuación, en interés de los menores, pero valorando el derecho a la igualdad y no discriminación entre los progenitores que la Constitución reconoce y ampara (STSJ Aragón del 17 de julio de 2013, recurso 11/2013). De modo que “los beneficios del sistema de custodia compartida se presumen y son los perjuicios los que deben ser probados” (STS, 25 de octubre de 2017, recurso 427/2007).

En consecuencia, las referidas circunstancias familiares y profesionales como la dedicación anterior al cuidado de los hijos, la jornada laboral, los desplazamientos propios de actividades laborales, entre otras, implican la exigibilidad judicial a los progenitores de un nivel superior de colaboración en las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia, y una penalización discriminatoria por razón de estado civil y conciliación de la vida familiar y laboral. El riesgo de un trato desigual en caso de separación o divorcio está presente en la posición del Tribunal Supremo, favorable a “la aproximación del régimen de custodia compartida al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, para garantizar la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos” (STS, 2 de julio de 2014, recurso 531/2012).

A. En un contexto familiar conflictivo

Ante esta problemática jurídica creciente, el recurso a criterios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad aplicables al conflicto, contribuye a la decisión judicial sobre el régimen de custodia compartida. En este sentido, el Tribunal Supremo considera “razonables las divergencias entre los padres, lo cual no imposibilita el régimen de guarda y custodia compartida” que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el “sentimiento de pérdida” (STS, 16 de febrero de 2015, recurso 55/2012).

Por consiguiente, la denegación de la custodia compartida sería una solución desproporcionada cuando la conflictividad fuese la habitual en una situación de crisis conyugal, o hubiese existido durante la convivencia familiar sin que se hayan adoptado medidas en interés del menor. A *contrario sensu*, la práctica jurisprudencial suele desestimar la custodia compartida “cuando la tensa situación aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida” (STS, 27 de junio de 2016, recurso 3698/2015); “en los supuestos de conflictividad extrema” (STSJ Cataluña del 25 de junio de 2009, recurso 14/2009); y de “excesiva judicialización de las relaciones entre los progenitores”. Se considera “la necesidad de valorar la aptitud de los padres para respetar los derechos-obligaciones que corresponden al otro, de suerte que una actitud negativa, no conciliadora y obstaculizadora, puede servir de base a un cambio en la fijación del régimen de guarda” (Cristina Guilarte Martín-Calero, 2010, p. 14).

Sin embargo, “no puede denegarse la custodia compartida solo en base a la mala relación de los cónyuges..., porque no se deduce de los hechos probados que la mala relación entre los progenitores perjudique el interés de los menores. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor». Esta es la situación que ha sido valorada en el caso (STS, 7 de junio de 2013, recurso 1128/2012).

La búsqueda del enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en si misma causa de denegación del sistema de guarda compartida, en cuanto perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores ...Es por tanto al juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño (STS, 29 de abril de 2013, recurso 2525/2011).

A diferencia de la patria potestad, la jurisprudencia rechaza la custodia compartida si “no hay un mínimo de comunicación y cooperación entre los progenitores, requiriendo muy bajo nivel de conflicto o que no haya excesiva judicialización de la separación; requiriendo una relación razonable que permita el intercambio de información; y un razonable consenso en beneficio de los menores” (STS, 29 de marzo de 2021, recurso 3110/2019). No obstante, resulta discutible la exigencia de un mínimo nivel de entendimiento entre los progenitores para la atribución de la custodia compartida sin requerirse en el ejercicio de la patria potestad, pese a ser particularmente lesivos al interés del niño los conflictos durante la convivencia de los progenitores. Por esta razón, algunos pronunciamientos judiciales excluyen la custodia compartida únicamente en los casos “de pésimas relaciones personales, denuncias cruzadas en el ámbito penal (ninguna condena) y nula comunicación; de conflictividad extrema de los progenitores; o cuando el nivel de controversia entre los mismos haga inviable dicho sistema” (STS, 24 de octubre de 2014, recurso 187/2012). Si se considera que “las malas relaciones entre los padres, no son determinantes de la denegación de

la guarda y custodia compartida, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida” (STS, 26 de mayo de 2016, recurso 46/2015). Además,

la eventual actitud conflictiva entre los progenitores no desaparecerá por el hecho de establecer el sistema tradicional de custodia individual con un régimen de visitas para el cónyuge no custodio; por el contrario la experiencia demuestra que en muchos de estos casos el sistema de custodia exclusiva sólo contribuye a empeorar la relación entre los padres y de éstos con los hijos debido al grado de desigualdad fáctica y sobre todo económica que se produce con la nueva situación que se va a establecer entre ambos (vivienda, pensiones de alimentos y en su caso compensatoria), suponiendo una auténtica fuente de conflicto (Manuel Torres Perea, 2021, p. 141).

En suma, los órganos judiciales consideran proporcionada la privación de la custodia compartida en relaciones parentales de extrema conflictividad “desde el prisma del interés del menor”. Ahora bien, el problema se plantea en los supuestos de violencia doméstica o de género por la posible vulneración de los derechos fundamentales de los progenitores y de los hijos. Conforme a la reciente Ley 8/2021, del 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, “no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal”.³³

En el derecho foral, la privación de la custodia compartida a un progenitor se produce “por estar incurso en proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos” (artículos 92.7 C. C. 3.8 de la ley 3/2011, del 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra,³⁴ artículo 80.6 del Decreto Legislativo 1/2011, del 22 de marzo, del Gobierno de Aragón);³⁵ “por sentencia firme en actos de violencia familiar de la que los hijos hayan sido víctimas directas o indirectas; o bien por indicios de actos de violencia familiar” (mediante resolución judicial en las citadas leyes de Navarra y Aragón) o “machista con igual repercusión sobre los hijos” (artículo 233.11.3 de la Ley 25/2010, del 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.³⁶

Desde una perspectiva jurisprudencial, se deniega la custodia compartida a los condenados penalmente por violencia de género con prohibición de comunicación, amenazas y agresiones a la pareja o familia, pues “la existencia de una condena por la vía penal al padre hace inviable esa medida”; con base en indicios fundados de violencia sobre la mujer sin condena y sólo por imputación de un delito de coacciones a la madre; “por trato vejatorio y humillante con desprecio a la madre probado en sentencia penal” (STS, 27 de octubre de 2021, recurso 183/2018). Sin embargo, para que la violencia sea causa de privación de la custodia compartida suele exigirse judicialmente el perjuicio al interés del niño. Por lo que no todo maltrato a un progenitor justifica el rechazo de la custodia compartida, sino aquel en que los hijos hayan sido víctimas directas o indirectas de esos actos de violencia.

Desde este punto de vista, también la denominada violencia económica basada en el incumplimiento del deber de corresponsabilidad mediante el impago reiterado de pensiones y alimentos en perjuicio de los niños debería configurarse como causa legal de privación de custodia. Sin abordar expresamente esta modalidad de maltrato, la jurisprudencia rechaza el sistema de guarda conjunta “cuando se esconden intereses espurios de carácter económico-patrimonial, como la evitación del pago de pensiones, la recuperación del uso de la vivienda conyugal, o la solicitud fraudulenta en beneficio económico del progenitor” (STS, 27 de octubre de 2021, recurso 445/2021). Según el Tribunal Constitucional “por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos al estar basada en el principio de solidaridad familiar, con fundamento legal en el artículo 39.3 CE.” (Amparo Constitucional 3966/97. Pleno del Tribunal Constitucional. España, 15/01/2001). https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2001-3228).

Ahora bien, el riesgo de vulneración de derechos fundamentales por las modalidades de violencia o maltrato, sin condena penal ni demostración de un perjuicio grave al interés del niño y a su seguridad, revela la posible inconstitucionalidad de la regulación civil sobre custodia, visitas o alimentos. Los derechos de igualdad, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, libre desarrollo de la personalidad aparecen involucrados en las restricciones y privación de la corresponsabilidad familiar. Por esta razón, se ha planteado recientemente ante el Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad del artículo 94 C. C. (2022) desde el Juzgado de Primera Instancia de Móstoles. Se argumenta para ello que

la protección de la familia y el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres y al libre desarrollo de la personalidad, resultan desprotegidos por el automatismo en la decisión judicial sobre retirada de visitas, objetivamente contrario al superior interés del menor. Como también el derecho a la presunción de inocencia puede infringirse al establecerse una sanción civil a la investigación de un delito que, con independencia de lo que se haya actuado en la investigación penal, obliga al juez civil a adoptar una consecuencia jurídica de índole sancionadora.

B. Conciliación y custodia compartida

Las relaciones parentales con los hijos pueden depender de su voluntad, pero también de criterios que reflejan desigualdades reales, como la profesión, jornada laboral, desplazamientos, distancia con el domicilio familiar, entre otros. Desde esta perspectiva “la igualdad de género es muy difícil de alcanzar, y si fuera un elemento condicionante de la custodia compartida, quedaría preterido el interés del menor a poder disfrutar del tiempo de sus padres por partes iguales” (Manuel Torres Perea, 2021, p. 153).

No obstante, las circunstancias familiares y personales de los padres influyen en la decisión judicial sobre el régimen de custodia compartida como “el ejercicio de profesiones que exigen desplazamientos continuos y de cierta permanencia”, o “la incompatibilidad de los horarios laborales del padre; o la distancia entre los domicilios de los progenitores... y lo más beneficioso para el menor no es implantar una cuasi custodia compartida, sino atribuir la custodia a la madre, y establecer un régimen de estancias paterno-filiales de fines de semana alternos...” (STS, 30 de octubre de 2018, recurso 1383/2018).

También “la práctica anterior de los progenitores respecto de los hijos compartiendo las obligaciones y cuidados de los menores constante matrimonio”, constituye un factor condicionante para la concesión de la guarda conjunta (STS, 8 de octubre de 2009, recurso 105/2006). Esta circunstancia determina “la idoneidad de los progenitores para la custodia de los hijos, si bien puede beneficiar al cuidador principal antes de la ruptura de la convivencia, reproduciendo los roles y estereotipos habituales por razón de género tras la separación o divorcio. Por esta razón, existe el riesgo de que los desequilibrios y desigualdades reales entre los padres antes de la crisis en la convivencia se interpreten judicialmente como un impedimento para el ejercicio de la corresponsabilidad. Sin embargo, “nada impide a quien, hasta ese momento, había dedicado menos tiempo al menor, equipararse al progenitor quien, hasta la ruptura, se había ocupado de él en mayor medida” (SAP de Barcelona del 1 de octubre de 2013, recurso 182/2013).

Desde un prisma constitucional, la denegación de custodia compartida por la imposibilidad o dificultad para compatibilizar la vida laboral, familiar y personal, penaliza al progenitor titular del derecho de conciliación. Al margen de su revictimización por los órganos judiciales con base en la discriminación laboral derivada de la inviabilidad de la conciliación de la vida laboral y familiar. Por este motivo, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias se refiere al “menoscabo para la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, concluyendo que no había sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (artículo 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad” (STSJ Canarias del 9 de diciembre de 2019, recurso 531/2019).

La custodia compartida no puede depender de un criterio potencialmente discriminatorio por razón de género y circunstancias familiares o personales, como la dedicación al cuidado de los hijos durante la vida en común. Como consecuencia de ello, la jurisprudencia ha relajado la valoración de la práctica anterior de los progenitores al considerar suficiente que “la participación en el cuidado de los hijos haya sido activa durante la convivencia” (STSJ Aragón del 6 de abril de 2015, recurso 55/2013).

C. Planes coparentales

A nivel judicial destaca la planificación coparental como presupuesto determinante de la custodia compartida, considerando que

...la obligación de los padres es... concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas (STS, 3 de marzo de 2016, recurso 523/2015).

“El principio de autonomía de la voluntad...se ha visto impulsado en los últimos tiempos...demostrando que lo más efectivo es la elaboración de un plan de parentalidad para que se organicen las responsabilidades parentales una vez producida la ruptura” (Carmen Iglesias Martín, 2019, p. 35).

Con carácter general los planes coparentales deben generar la convicción judicial de viabilidad, aportando indicios de compromiso con los deberes de la patria potestad, si no constan al juez antecedentes del progenitor/es solicitante/es. También desempeñan el rol jurídico de contribuir a la certeza judicial del interés superior de los niños en supuestos de duda razonable sobre la capacidad de los progenitores, la distancia del domicilio de los hijos, el ejercicio de profesión, la previsión de una red familiar de apoyo, una vivienda acondicionada, la comunicación entre padres y con el centro escolar, entre otros.

En suma, constituyen una fuente informativa del juez para motivar la decisión judicial sobre custodia compartida, como resulta de la jurisprudencia: “tampoco se ofrece por el padre un programa de guarda y custodia compartida que se patentice viable y beneficioso, y que permita deducir, razonablemente, un serio compromiso actual de asunción de aquellos deberes parentales” (STS, 16 de enero de 2020, recurso 816/2019); denegando la custodia compartida “por haber desatendido el padre a los hijos durante la convivencia y no aportar un plan de ejercicio de la custodia”; con la atribución de la custodia a la madre, porque “el padre, que residía en localidad distinta, no había aportado un plan de parentalidad contradictorio” (STS, 6 de octubre de 2016, recurso 535/2012).³⁷

No obstante, los planes coparentales solo representan expectativas, estimaciones o previsiones sin carácter vinculante, aunque en la práctica su omisión actúa como condición denegatoria de la custodia compartida (STS, 30 de octubre de 2018, recurso 1383/2018). La judicialización de la guarda conjunta sobre los hijos ha influido en la asunción de un deber relativo a la planificación por los padres solicitantes, para evitar el rechazo de sus pretensiones. La trascendencia judicial de los pactos coparentales responde a la obligación de concretar la forma y ejercicio de la custodia compartida y acreditar las ventajas para los hijos. Si se considera que la falta de aportación del plan de parentalidad por el propio padre demandante de custodia compartida, es causa de nulidad de actuaciones, pues “no puede prescindir de su aportación, debiendo ser apreciado de oficio o por la contraparte, para someterlo a debate contradictorio” (STSJ Cataluña del 29 de marzo de 2017, recurso 201/2016). Al margen del control de legalidad sobre sus elementos esenciales como consentimiento, capacidad de las partes y adecuación al ordenamiento jurídico (artículo 1255 C. C.).³⁸

La traslación de los límites del derecho contractual a la custodia compartida plantea la determinación de la parte débil del “contrato” familiar para la eficacia de los acuerdos alcanzados entre los progenitores. El equilibrio y la igualdad entre las partes intervinientes constituye una premisa no sólo como garantía negocial sino a efectos constitucionales.

La aprobación judicial de los planes coparentales habría de someterse a un juicio previo de “constitucionalidad” para la detección de estipulaciones abusivas con desequilibrio entre los progenitores, de las cláusulas restrictivas de las relaciones familiares y lesivas de derechos fundamentales. La supervisión negocial de los acuerdos sobre custodia compartida exige la adecuación a los principios de corresponsabilidad e igualdad y a los criterios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad.

La dimensión constitucional de estos pactos deriva de la discriminación de hijos o progenitores y de la irrenunciabilidad a derechos fundamentales. Los acuerdos celebrados entre padres en una relación familiar desigualitaria con indicios o pruebas de dominación, de poder o control ejercido sobre una de las partes, o antecedentes de maltrato, abuso o sumisión, plantean efectos inconstitucionales. La vulneración de los derechos fundamentales de igualdad, al libre desarrollo de la personalidad o la dignidad, constituyen límites a los planes coparentales. La inconstitucionalidad de cláusulas también puede derivar de la renuncia a derechos fundamentales, no sólo en dichos planes, sino también en las transacciones “negociales” sobre su aplicación, ejecución y cumplimiento, a través del recurso a la mediación (Francisca Fariña Rivera *et al.* 2017, p. 108).

Por último, el principio y derecho de igualdad obliga a la presunción de la custodia compartida, debiendo recaer en el progenitor que reclame la custodia exclusiva la prueba del interés de los niños con la aportación de un plan monoparental.

VI. CONCLUSIONES

La custodia compartida presenta una dimensión constitucional que contextualiza su problemática en un plano superior a la legalidad, obligando a la consideración de los derechos fundamentales en juego. La perspectiva de género debe aplicarse a legalidad vigente, autonomía privada (planes coparentales), y a la jurisprudencia para la corrección de asimetrías entre progenitores y prevenir discriminaciones entre hijos tras la ruptura de la convivencia.

El proceso de constitucionalización del interés del niño y de las relaciones familiares desarrollado por la jurisprudencia ordinaria, ha derivado en la implantación de la custodia compartida como régimen general. En el conflicto de intereses entre hijos y progenitores no puede prevalecer la supremacía del interés de los niños sobre el derecho fundamental de igualdad, sin una ponderación conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. La custodia exclusiva puede vulnerar los derechos fundamentales de los progenitores y por esta razón, debe ser excepcional y reforzarse judicialmente su motivación.

La aproximación de las instituciones de patria potestad y custodia compartida con base en el concepto de responsabilidad parental extraído del derecho comparado, previene la inconstitucionalidad derivada de la diferencia de trato de niños y niñas antes y después de la ruptura de la convivencia, por las dificultades para relacionarse con ambos progenitores. La exigencia de superiores requisitos al padre para la obtención de la custodia compartida genera el riesgo de discriminación de los hijos de padres divorciados y separados, así como de estos últimos

por razones de género estereotipados, estado civil y asunción de obligaciones familiares (múltiple).

La excesiva judicialización de la custodia puede provocar efectos discriminatorios derivados de los estereotipos sociales y criterios de atribución (domicilio, jornada laboral de los padres...). La exigencia de un plus de requisitos a los padres para asumir las obligaciones familiares y la penalización en el cuidado de los hijos, debe someterse a un control de constitucionalidad. El recurso judicial a criterios como la profesión, jornada laboral, dedicación anterior al cuidado de los hijos para la atribución de la custodia compartida, puede derivar en consecuencias inconstitucionales (Jésica Delgado Sáez, 2020, p. 11).

La jurisprudencia ha contribuido a la evolución de la corresponsabilidad desde un criterio a fomentar en los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar (artículo 44, LOIEMH), hasta su posible configuración como derecho fundamental. La especial transcendencia de la custodia compartida y la corresponsabilidad se fundamenta en la ausencia de doctrina del Tribunal Constitucional, por el predominio de un excesivo arbitrio judicial desincentivador del recurso de amparo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA SAN MARTÍN, M. (2013), El principio de corresponsabilidad parental, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2, 21-59.
- ALASCIO CARRASCO, L. (2011). La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (artículo 92.8 C. C.). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010, *Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-25.
- ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E. (2006). Ley 15/2005, del 8 de julio de modificación del Código Civil y la LEC. Guardia y custodia compartida, *Anales de la Facultad de Derecho*, 23, 83-97.
- CASTRO MEDINA, R. (2021). Avances legislativos hacia la corresponsabilidad, *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, 2021, 2, 296-308.
- DELGADO SÁEZ, J. (2020). *Guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Reus.
- FARIÑA RIVERA, et al. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 107-113.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2010). “Criterios de atribución de la custodia compartida”, *Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 1-21.
- IGLESIAS MARTÍN, C. (2019). *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- IVARS RUIZ, J. (2017). “La custodia compartida tras la reforma del Código civil”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 19, 1-2.
- LATHROP, F. (2009). “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *Diario La Ley*, 7206, 143-175.

- ORTIZ FERNÁNDEZ, M. (2020). Régimen aplicable en materia de guardia y custodia de los hijos en la Comunidad Valenciana: la Ley 5/2011, del 1 de abril y los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, *Revista Boliviana de Derecho*, 30, 578-603.
- PÉREZ UREÑA, A. (2005). El interés del menor y la custodia compartida, *Revista de Derecho de Familia*, 2005, 26, 275-278.
- PINTO ANDRADE, C. (2015). La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución. *Revista Misión Jurídica*, 9, 153-175.
- RIVERA ÁLVAREZ, J. (2005). La custodia compartida: génesis del nuevo artículo 92 del Código Civil. *Cuadernos de Trabajo Social*, 137, 137-162.
- SERRANO CASTRO, F. (2010). Hacia un nuevo modelo de corresponsabilidad parental, *Revista Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, 24-26.
- SOLSONA Y AJENJO (2021). La custodia compartida: ¿un paso más hacia la igualdad de género? *Centre d'Estudis Demogràfics*, 8, 1-4.
- TOBIO, C. (2012). Cuidado e identidad de género. De las madres que trabajan a los hombres que cuidan, *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, 70, 2, 399-422.
- TORRES PEREA, JM. (2021). Estudio de la custodia compartida en la última década: Una lucha socio-jurídica de ámbito global al borde de una nueva etapa. *Indret*, 4, 136-172.

* Doctora en Derecho con sobresaliente cum laudem, profesora titular de derecho constitucional, pertenece al Departamento de Derecho Público y área de derecho constitucional de la Universidad de Jaén. Correo electrónico: cririco@ujaen.es.

¹ “Entre bienes constitucionalmente protegibles o derechos fundamentales de hijos y progenitores, necesariamente ponderables a través de los principios de proporcionalidad y razonabilidad en las relaciones familiares” (Fariña Rivera *et al.*, 2017, p. 110).

² Real Decreto del 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil [C.C.], 04/01/2023). [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

³ Constitución española, [C.E], 4/01/2023). [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

⁴ C. C., 4/01/2023, artículo 92.

⁵ Según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), “en 2020 las sentencias de custodias compartidas que se establecen tras una separación ya suponen el 41,4% del total. Ha sido, pues, un crecimiento exponencial si se tiene en cuenta que hace 10 años, en 2010, apenas suponían el 10,5%”.

⁶ Ley 11/1990, del 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, 04/01/2023, artículo 159. <https://www.boe.es/eli/es/l/1990/10/15/11>

⁷ Ley 15/2005, del 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, 04/01/2023, artículo 92. <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/08/15>

⁸ Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 04/01/2023, artículo 2o. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8>

⁹ Véase Catalán Frías, La custodia compartida, *Revista Derecho y Criminología*, 2011, p. 67.

¹⁰ Los sistemas legales europeos no son homogéneos, ni siquiera reconocen el término de custodia compartida a excepción de Bélgica, España, Francia, Inglaterra, Italia, entre otros. Respecto de la custodia compartida hay coincidencias en el convenio de los padres, homologado judicialmente, si no vulnera el principio del “bonum filii”, puede decretarse judicialmente (España y Francia), por periodos alternos (Bélgica); imponer la carga de la prueba del perjuicio al hijo a aquel cónyuge que se opone; la audiencia del menor o la mediación.

¹¹ Conforme a la *STS 20/06/2017, recurso 2332/2016*, se ha venido exigiendo que al menos uno de los dos progenitores lo haya solicitado expresamente, siquiera como medida subsidiaria. Si bien esta tesis es criticada por la doctrina y no seguida por varias audiencias provinciales por ser la custodia una materia de ius cogens, donde el tribunal puede decidir al margen de las peticiones de las partes y del fiscal.

¹² En la *TS 30/11/2020, recurso 5518/2019*, se decreta nulidad de actuaciones con devolución de los autos a la AP en un caso de cambio de custodia paterna a compartida revocando la instancia, por haberse omitido la audiencia de los hijos.

¹³ Por lo que “cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección... o la mejor realización de su beneficio e interés” (Marcela Acuña San Martín, 2013, p. 30).

¹⁴ La sección 2 del Children Act 1989 y la regulación contenida en la Adoption and Children Act 2002, disponen que la madre siempre ostenta la responsabilidad parental, atribuyendo la responsabilidad parental al padre si está casado o registrado con ciertas condiciones. La reforma del artículo 155 del Código Civil italiano atribuía el ejercicio exclusivo de la “potestà” al/a progenitor/a a quien se confiaba el cuidado del o de la menor. Sin embargo, el artículo 6.1 de la Ley 898, de 1 de diciembre de 1970, reguladora del divorcio en Italia, tras sucesivas reformas legales, concedía al Tribunal, cuando lo considerase conveniente para el interés de los y las menores, la posibilidad de disponer del “affidamento congiunto” o “alternato”. En el derecho alemán la responsabilidad parental sobre los hijos e hijas comunes es conjunta y en los supuestos no matrimoniales, corresponde a la madre con carácter general.

¹⁵ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 4/01/2023, artículo 11. boe.es: <https://www.boe.es>

¹⁶ C. C., 4/01/2023, artículo 92.

¹⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor [LPM], 4/01/23, artículo 9). <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>

¹⁸ “El incremento de la custodia compartida entre 2011 y 2016 en España, se ha producido exclusivamente en detrimento de la custodia exclusiva de madre, dado que la exclusiva de padre se ha mantenido en torno al 5%. Aunque la custodia compartida ha crecido en todas las comunidades autónomas, un ritmo muy desigual ha acentuado las diferencias iniciales. Las comunidades con porcentajes más elevados de custodia compartida y claramente por encima del promedio español son Islas Baleares, Cataluña, Valencia, Aragón, País Vasco, Navarra y la Rioja” (Solsona y Ajenjo, 2021, p. 1).

¹⁹ El Tribunal Constitucional reconoce sin diferenciación entre sexos “el derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias familiares y personales, relacionándolo con la responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a los hijos menores de edad y afirmando que si el padre no puede ejercer la corresponsabilidad, todo el peso recae sobre la madre que vería mermadas sus oportunidades laborales” (Amparo Constitucional 9145/2009. Pleno del Tribunal Constitucional, España, 14/03/2011). <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6808>

²⁰ Amparo Constitucional 9145/2009. Pleno del Tribunal Constitucional, España, 14/03/ 2011. <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6808>

²¹ En esta línea, “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, según la cual la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público...” (STS, 28 de septiembre de 2009, recurso 167/2005).

²² La SAP de Sevilla del 26 de enero de 2022, recurso 2082/2020, estima que el régimen de corresponsabilidad parental establecido por el juzgado de Familia es “la opción más favorable para los menores desde la óptica de su interés preferente y superior, permitiendo que ambos progenitores participen de manera activa en el cuidado y atención de los menores mediante una distribución de tiempos, tareas y responsabilidades”.

²³ Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres [LOIEMH], 4/01/2023, artículo 44). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/22/3/con>

²⁴ BOE 137, del 6 de junio de 2014. [https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/(1))

²⁵ La STS, 12 de julio de 2022 declara que los hombres tienen derecho al permiso de lactancia, aunque la madre del menor desempeñe trabajo retribuido, porque está desconectado por ley de la maternidad y “la corresponsabilidad en las tareas familiares aconseja una interpretación favorable al ejercicio indistinto del derecho”.

²⁶ Sala Primera. Sentencia 138/2018, del 17 de diciembre de 2018. Recurso de amparo 275-2018. BOE-A-2019-955 Esta sentencia diferenciaba entre el permiso de maternidad basado en razones biológicas con superior duración y el de paternidad sustentado en la corresponsabilidad que no constituía un derecho por ser únicamente objeto de fomento según el artículo 44 LOIEMH.

²⁷ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 4/01/2023, artículo 2o.

²⁸ Idem.

²⁹ La STS, 14 de septiembre de 2018, recurso 34/2018, admite que “el interés de los menores no crea ni extingue por sí solo las relaciones de la patria potestad”.

³⁰ Así conforme “tiene preferencia la estabilidad emocional y relacional del menor con sus dos progenitores de forma paritaria, antes que separarlo de uno de ellos por razón de mantener una “estabilidad geográfica” (STS, 10 de marzo de 2010, recurso 319/2008). De otra parte, incurre en falta de motivación la sentencia de apelación que denegó la custodia compartida, únicamente sobre la base de la no permanencia de los menores en un domicilio estable, cuando es consustancial a la guarda y custodia compartida que los hijos vivan con sus padres en domicilios cambiantes” (STS, 8 de octubre de 2010, recurso 585/2005).

³¹ Según el artículo 27.2 CE la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

³² Con base en el derecho comparado, la normativa Parental Responsibility Regulations 1991 regula el bienestar del y de la menor como de suma importancia y consideración y, por tanto, al adoptar una decisión judicial, el Juzgado debe ponderar que ésta sea mejor para el o la menor que el hecho de no dictar resolución alguna y tomará en cuenta determinados factores: grado de compromiso mostrado hacia el o la menor, el grado de apego que exista entre el/la progenitor/a y el o la menor, las razones por las cuales solicita la responsabilidad parental. De conformidad con la sección 12, punto 1 del “Children Act 1989”, si el Juzgado dicta una “orden de residencia” a favor del padre, en el supuesto de que éste no tuviera la autoridad parental sobre el o la menor, el Tribunal, además del contenido propio de la “orden de residencia” le está, igualmente, atribuyendo la responsabilidad parental.

³³ C. C., 4/01/2023, artículos 3 y 92.

³⁴ Ley 3/2011, del 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra, 4/01/2023, artículo 92. <https://www.boe.es/eli/es-nc/lf/2011/03/17/3/con>.

³⁵ Decreto Legislativo 1/2011, del 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, 4/03/2023, artículo 80. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOA-d-2011-90007>.

³⁶ Ley 25/2010, del 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, 4/01/2023, artículo 233. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>.

³⁷ “No procede custodia compartida, al terminar el periodo de lactancia por la ausencia de un plan contradictorio de parentalidad” (STS, 9 de mayo de 2017, recurso 1432/2016).

³⁸ C. C., 4/03/2023, artículo 1255.



DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18124](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18124)

Recibido el 8 de mayo de 2022

Aprobado el 29 de enero de 2023

COINCIDENCIAS ENTRE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y DERECHOS HUMANOS. UNA REVISIÓN A LA RESPUESTA EMPRESARIAL DURANTE LA CRISIS DEL COVID-19 EN ESPAÑA

COINCIDENCES BETWEEN CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND HUMAN RIGHTS. A REVIEW OF THE BUSINESS RESPONSE DURING THE COVID-19 CRISIS IN SPAIN

Claudio Renato A. SOTELO-TORRES*

ORCID: [0000-0001-9378-6986](https://orcid.org/0000-0001-9378-6986)

Resumen:

Suele decirse que las iniciativas empresariales de naturaleza voluntaria son inefectivas porque están exentas de control jurídico e institucional. Sin embargo, en el presente trabajo se sostiene que a partir de las teorías integradoras y éticas sobre la responsabilidad social corporativa, se puede favorecer la protección de los derechos humanos a través de esta herramienta de gestión. Luego, se exploran las alternativas en materia de responsabilidad social corporativa que tienen a la mano las empresas comprometidas con los derechos humanos y el desarrollo sostenible. Finalmente, tomando en consideración algunos informes que documentan la respuesta empresarial durante la crisis del COVID-19 en España, se pone en evidencia la utilidad de la

Abstract:

Some people say that entrepreneurial initiatives of a voluntary nature are ineffective because they are exempt from legal and institutional control. However, in the present work it is argued that, based on the integrative and ethical theories on corporate social responsibility, the protection of human rights can be favored through this management tool. Then, the alternatives in terms of corporate social responsibility that companies committed to human rights and sustainable development have at hand are explored. Finally, taking into consideration some reports that document the business response during the COVID-19 crisis in Spain, the usefulness of corporate social responsibility in the protection of human rights is highlighted.

responsabilidad social corporativa en la protección de los derechos humanos.

Palabras clave:

COVID-19, Derechos humanos, Desarrollo sostenible, Responsabilidad social corporativa.

Keywords:

COVID-19, Corporate social rights, Human rights, Sustainability, Sustainable development.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El impacto del poder empresarial en los derechos humanos.* III. *Derechos humanos y sistemas de gobernanza empresarial.* IV. *Responsabilidad social corporativa y derechos humanos: coincidencias.* V. *Las empresas utilizan la responsabilidad social corporativa para encarar los impactos del COVID-19.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La actividad empresarial como particular ejercicio de la conducta humana puede en ciertas circunstancias generar impactos negativos en los derechos humanos. Frente a este desafío, las empresas son cada vez más conscientes de la necesidad de asumir deberes en materia de derechos humanos y de implementar mecanismos idóneos y efectivos para remediar los pasivos que generan sus operaciones. Los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos son una muestra clara de los avances en este ámbito (Naciones Unidas, 2011).

Desde estas coordenadas, los principios rectores se basan esencialmente en el reconocimiento del papel de las empresas como órganos de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos (Naciones Unidas, 2011). En un ámbito distinto, definido por el compromiso voluntario y la responsabilidad ética de las empresas, la responsabilidad social corporativa surge como un mecanismo con arreglo al cual las empresas deciden de manera voluntaria contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente sano y equilibrado.

A pesar de la opinión de ciertos académicos, estos ámbitos no son contradictorios, sino complementarios (Christine Chinkin, 2000; John Kirton y Michael Trebilcock, 2004; Olga Martín-Ortega, 2008; Alejandro Teitelbaum, 2007). Por tanto, este trabajo plantea que la noción de responsabilidad social corporativa, fundamentada por teorías integradoras y éticas, no se encuentra divorciada del concepto de derechos humanos. Para ello, se analizan algunos informes elaborados por organismos especializados y empresas de auditoría durante la crisis del COVID-19 en España con el objetivo de resaltar los beneficios de la responsabilidad social corporativa. Con esto se espera sustentar la efectividad de las iniciativas implementadas por las empresas comprometidas con el bienestar de las personas.

Al respecto, cabe indicar que la pandemia del COVID-19 desencadenó una crisis sanitaria sin precedentes. Según cifras actualizadas por la Universidad John Hopkins (2021), más de dos

millones de personas alrededor del mundo fallecieron a causa de este virus. De acuerdo con un estudio avalado por la Organización Mundial de la Salud, los alarmantes niveles de propagación y gravedad del COVID-19 estuvieron condicionados por tres factores: capacidad de respuesta, recursos disponibles y determinación de las autoridades estatales en la toma de decisiones (Tedros Adhanom Ghebreyesus, 2020).

En España, según cifras actualizadas del Ministerio de Sanidad (2022), el número de fallecidos a causa de COVID-19 asciende a 98,462 personas. Durante mucho tiempo, las autoridades ensayaron soluciones en un entorno cambiante que se reeditaba precipitadamente a causa de la contingencia sanitaria. En este difícil contexto, las empresas españolas, a pesar de los enormes desafíos que enfrentaron,¹ jugaron un rol importante en la reactivación económica, el bienestar social, la generación de conocimiento, entre otros aspectos.

En ese sentido, el presente trabajo analiza la noción responsabilidad social corporativa y su relación con los derechos humanos. A partir de este análisis, se sostiene que las teorías integradoras y éticas sobre la responsabilidad social corporativa permiten establecer un vínculo de utilidad recíproca entre ambos conceptos, tomando en cuenta los diversos sistemas de gobernanza empresarial. Enseguida, se exploran las alternativas en materia de responsabilidad social corporativa que tienen a la mano las empresas comprometidas con los derechos humanos y el desarrollo sostenible. Finalmente, tomando en consideración la respuesta empresarial en España durante la crisis del COVID-19, se pone en evidencia la utilidad de la responsabilidad social corporativa en la protección de los derechos humanos y la garantía del desarrollo sostenible.

II. EL IMPACTO DEL PODER EMPRESARIAL EN LOS DERECHOS HUMANOS

La naturaleza del poder fue concebida tradicionalmente como pública y los derechos humanos establecían espacios de autonomía frente a las conductas y decisiones estatales; sin embargo, la realidad nos ha demostrado que las violaciones a los derechos humanos también pueden ser causadas por las acciones u omisiones de los particulares (Rafael de Asís, 2000). Al respecto, Luigi Ferrajoli (2011) ha sostenido que en las relaciones privadas también existen relaciones asimétricas de potestad-sujeciones ocasionadas por la falta de regulación, por desidia institucional o porque éstas se desarrollan al margen de la ley.

En la actualidad, resulta evidente que las dinámicas empresariales han redefinido el modo en el que se desenvuelve la vida social. Para Antonio Madrid (2013), ciertas empresas tienen el poder suficiente para configurar nuestro modo de vida, es decir, el funcionamiento de los mecanismos que utilizamos para satisfacer nuestras necesidades primarias (producción, distribución y control de recursos energéticos, alimentación, socialización, etcétera).

El diagnóstico llevado a cabo en el marco de la elaboración de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos reveló que las empresas pueden afectar prácticamente todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente y no solo un espectro limitado de éstos (Naciones Unidas, 2011). Además de los problemas que se presentan en el lugar de trabajo, el referido estudio concluyó que las empresas también habían perjudicado derechos relacionados

con la salud, el medio ambiente, la vivienda, el acceso al agua potable, las formas tradicionales de vida de las comunidades, entre otros (John Ruggie, 2014).

En relación con el universo de casos analizados —320 casos en el lapso de dos años, febrero de 2005 a diciembre de 2007—, las comunidades alcanzan 45% en el rubro de personas afectadas por las empresas, frente a los trabajadores (45%) y los consumidores finales (10%). A su vez, América Latina concentra 18% de reclamaciones o alegaciones registradas, mientras que África alcanza 22% y Asia-Pacífico 28%.

En cuanto a la participación de las empresas, 59% de las mismas tuvo una intervención directa en las situaciones que dieron origen a las reclamaciones, mientras que 41% de casos fue responsabilidad de terceros con los que la empresa estaba estrechamente vinculada (socios de cadena de suministro y agentes estatales).

Finalmente, en cuanto al sector específico, las industrias extractivas concentran 28 % de denuncias, 21% minoristas y productos de consumo, 12% farmacéuticas y químicas, 9% infraestructura y servicios públicos, 8% servicios financieros, 7% alimentación y bebida, 5% tecnología, electrónica y telecomunicaciones, 4% industria pesada y 6% otras empresas (John Ruggie, 2014).

Por estas razones, en un modelo constitucional donde el Estado actúa como garante del bienestar general, las empresas están obligadas a participar en la economía de modo armónico con los derechos humanos. De ahí que la finalidad lucrativa de las empresas y la potestad estatal en materia regulatoria permanezcan abiertas a una estrategia eficaz de prevención y respuesta a los impactos negativos que la actividad empresarial podría generar en los derechos humanos.

III. DERECHOS HUMANOS Y SISTEMAS DE GOBERNANZA EMPRESARIAL

Las empresas poseen dos tipos de deberes. Por un lado, han de acatar todas las leyes vigentes para obtener y conservar su licencia legal para operar y, por otro, deben cumplir con las normas sociales, las cuales plasman el sentimiento colectivo y las expectativas sociales de lo que las empresas deben hacer en circunstancias determinadas (John Ruggie, 2014).

Por esta razón, las empresas no solo tienen la obligación de considerar las disposiciones legales vigentes en un determinado ordenamiento jurídico, sino también aquellas normas sociales que posibilitan la convivencia social. Como sostiene John Ruggie (2014), las normas sociales están basadas en principios éticos que permiten distinguir entre conductas permisibles y conductas reprobables. De modo que el incumplimiento de una norma social puede generar la condena o reprobación general, provocando las mismas complicaciones ocasionadas por la transgresión de una norma legal (Karl-Dieter Opp, 2001).

Para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012), la responsabilidad de obtener la “licencia social para operar”, como se denomina a la confianza de la comunidad en el desarrollo armónico de una determinada actividad empresarial —cimentada en

la consecución de conductas permisibles por parte de la empresa— va más allá del cumplimiento de los deberes establecidos legalmente. En consecuencia, existen aspectos relacionados con la búsqueda de confianza de ciertos grupos de interés que ninguna empresa puede ignorar pues, ante todo, ésta debe asegurar su propia viabilidad.

Al respecto, Milton Friedman (1970) reconoce que las empresas deben utilizar sus recursos y comprometerse a incrementar sus beneficios, en la medida en que sus actividades permanezcan dentro de las reglas de juego y siempre que ello se ajuste a las normas básicas de la sociedad, en tanto aquellas están plasmadas en las leyes y en las normas sociales.

En ese orden de cosas, Peter Drucker (1993) coincide con Friedman en que la primera responsabilidad de una empresa es obtener beneficios, pues sin el rendimiento económico, ésta no podría desempeñar ninguna otra responsabilidad. No obstante, Drucker también reconoce que “el rendimiento económico no es la única responsabilidad de una empresa, como tampoco el rendimiento académico es la única responsabilidad de una escuela, ni los resultados en atención sanitaria la única responsabilidad de un hospital. Consecuentemente, el poder debe equilibrarse siempre con la responsabilidad, de lo contrario es tiranía” (1993, p. 106).

Tomando en consideración lo expuesto por Colin Grant (1991), el principal escollo que enfrentan quienes reconocen la existencia de límites jurídicos y morales a la actividad empresarial es la suposición de que la rentabilidad puede ser trascendente en sí misma y que la actividad empresarial libre, sin interferencia de ningún tipo, conducirá a la plenitud de la vida. Esta idea de un mercado exento de límites jurídicos y morales resulta inaceptable pues, como recuerda William Meyer (1996), no es inusual que, entre otras situaciones, las empresas paguen salarios inferiores a los legales, ocasionen daños para la salud y la seguridad de sus trabajadores, atenten contra la libertad sindical, discriminen a grupos vulnerables o sean cómplices del desplazamiento forzoso de comunidades indígenas en determinados países.

Dicho esto, los deberes de las empresas deben ser cumplidos por los sistemas de gobernanza empresarial que, dependiendo del ámbito en el que se proyectan, pueden ser externos o internos:

Tabla 1. Sistemas de gobernanza empresarial

Sistemas de gobernanza externos	
Sistema del derecho público y de la autoridad, que funciona en dos niveles: i) país de origen y, de ser el caso, país de acogida, y ii) la esfera internacional en la que los Estados y otras instituciones actúan colectivamente	Sistema civil o social que no está basado en la regulación estatal, sino que se fundamenta en las relaciones entre las empresas y las partes interesadas externas. Este sistema plasma las expectativas sociales sobre la conducta empresarial (actos permisibles y actos no permisibles)

Sistemas de gobernanza internos	
Visión estratégica, diseño institucional y sistemas de gestión integrados que una empresa necesita para funcionar, incluida la gestión de riesgos	En el caso de las empresas transnacionales, las distintas personalidades jurídicas de la empresa matriz y sus filiales, en función de las cuales separan sus activos y limitan sus responsabilidades

Fuente: Elaboración propia con base en John Ruggie (2014, pp. 39 y 40, 132 y 133).²

De acuerdo con lo expresado, según sea el caso, los sistemas de gobernanza empresarial pueden establecer deberes jurídicos (principalmente asociados con el sistema del derecho público y de la autoridad y ciertos aspectos de los sistemas de gobernanza internos) y deberes morales (en lo sustancial, vinculados con el sistema civil o social).

De este modo, tomando en consideración que la actividad empresarial tiene límites jurídicos y morales; y que, asimismo, la noción de derechos humanos posee una dimensión jurídica y otra moral,³ entonces puede afirmarse que los derechos humanos enhebran todos los sistemas de gobernanza empresarial, incluyendo sus herramientas de gestión, debido a su alcance y eficacia. En consecuencia, los derechos humanos deben ser incorporados en un plan de operaciones que reúna sin distinción a todos los sistemas de gobernanza empresarial y que sea susceptible de monitoreo.

IV. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y DERECHOS HUMANOS: COINCIDENCIAS

Tomando en consideración que la noción de derechos humanos vincula a todos los sistemas de gobernanza corporativa, incluyendo las herramientas de gestión utilizadas por la empresa, se podría afirmar que la responsabilidad social corporativa, relevante en el sistema de gobernanza civil que se encuentra regido por las normas morales,⁴ mantiene cierta proximidad con este concepto.

No obstante, existen diversas teorías que intentan definir la responsabilidad social corporativa. Por esta razón no se podría aseverar de manera anticipada y categórica que cada una de ellas dan por sentado que esta es una herramienta a la que invariablemente pueden recurrir las empresas para manifestar su compromiso moral con los derechos humanos.

Por consiguiente, esta realidad motiva una revisión conceptual detallada, así como el análisis de las iniciativas más relevantes que abordan la relación entre derechos humanos y responsabilidad social corporativa.

1. Sobre las teorías que fundamentan el concepto responsabilidad social corporativa

En principio, cabe advertir que la expresión “responsabilidad social corporativa” suele ser sustituida, en ocasiones, por la locución “responsabilidad social de las empresas”. En ese sentido, existen expertos que insisten en la necesidad de distinguir ambas expresiones pues la responsabilidad social corporativa es un programa para la acción llevado a cabo también por entidades que no desarrollan necesariamente una actividad empresarial, como pueden ser las fundaciones (Josep Lozano, 2006; Elena Pérez, 2014; José Embid y Paula del Val, 2016). Sin perjuicio de ello, en el presente trabajo estos matices no afectan sustancialmente la conceptualización de una y otra expresión.

Hecha esta digresión, debe decirse que la responsabilidad social corporativa ha sido definida habitualmente como una manifestación filantrópica de la empresa destinada a incrementar su rentabilidad. Sin embargo, en la actualidad no son pocas las voces que le atribuyen una fuerte vinculación con la noción de desarrollo sostenible.⁵ Esta idea se ve reflejada, por ejemplo, en el objetivo de desarrollo sostenible 12: “Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles” que incluye entre sus metas lo siguiente: “Alentar a las empresas, en especial las grandes empresas y las empresas transnacionales, a que adopten prácticas sostenibles e incorporen información sobre la sostenibilidad en su ciclo de presentación de informes” (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015, p. 26).

En ese orden de ideas, la Comisión Europea concibe la responsabilidad social corporativa como un mecanismo con arreglo al cual las empresas “deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio” (2011, p. 7). Para dicho organismo, ser socialmente responsable no implica únicamente cumplir las obligaciones jurídicas contraídas por la empresa, sino

[A]plicar, en estrecha colaboración con las partes interesadas, un proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el respeto de los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y su estrategia básica, a fin de: (i) maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para las demás partes interesadas y la sociedad en sentido amplio; e (ii) identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas (Comisión de las Comunidades Europeas, 2011, p. 7).

Dicho lo anterior, de acuerdo con Elisabet Garriga y Doménec Melé (2004), los diversos enfoques y teorías que fundamentan la responsabilidad social corporativa se pueden sistematizar en cuatro grupos:

- a) Teorías instrumentales. Concibe la responsabilidad social corporativa como un medio para obtener beneficios económicos. Desde estas coordenadas, las iniciativas a implementar deben incrementar los beneficios económicos de los accionistas y significar ventajas competitivas para la empresa.
- b) Teorías políticas. Teniendo en cuenta el amplio poder de las empresas, este debe ser ejercido de manera responsable (constitucionalismo corporativo) y los mecanismos de filantropía e inversión social deben buscar el empoderamiento de la ciudadanía.
- c) Teorías integradoras. Entienden a la responsabilidad social corporativa como un proceso permanente de captación, anticipación y respuesta a las demandas sociales, tomando en cuenta a las personas

implicadas (*stakeholders*) y sus prioridades de desarrollo.

- d) Teorías éticas. Están fundamentadas en aquello que deben hacer o dejar de hacer las empresas para contribuir a la construcción de una mejor sociedad. Están impregnadas de las ideas de desarrollo sostenible y derechos humanos.

De lo expuesto, las teorías sobre la responsabilidad social corporativa que más se acercan a la idea de derechos humanos son las teorías integradoras, debido a que brindan la posibilidad de conjugar los intereses empresariales con otros fines como el desarrollo sostenible, y las teorías éticas, puesto que, como se ha dicho previamente, la noción de derechos humanos ocupa un lugar preponderante en la ética.

En ese sentido, sobre las teorías integradoras, José Embid y Paula del Val agregan que esta herramienta representa el intento de comprender, desde la empresa, la totalidad de los intereses, ciertamente amplios y diversos, sobre los que incide la actividad por ella desarrollada (2016, pp. 31-36). Mientras que, en relación con las teorías éticas, Adela Cortina y Jesús Conill dirán que la responsabilidad social corporativa es una dimensión de la ética empresarial y, por lo tanto, la relación entre empresa y entorno debe ser de “respeto mutuo entre quienes mutuamente se reconocen como personas dotadas, no de precio, sino de dignidad, no solo interesantes para la empresa, sino interesantes por si mismas” (2007, p. 35).

Aunque las teorías instrumentales y políticas que fundamentan la responsabilidad social corporativa podrían motivar eventualmente la adopción de medidas que mejoren la calidad de vida de las personas, el parámetro de referencia de estas iniciativas será la rentabilidad y los beneficios económicos que obtenga el *shareholder* o accionista, quien se erige como el centro gravitatorio de la actividad empresarial. Luego, en el caso específico de las teorías políticas, cuando la consecución del empoderamiento ciudadano carece de objetividad, esta puede desnaturalizar en el financiamiento de programas o plataformas sociales y políticas que únicamente son afines a las operaciones empresariales.

Por estas razones, la responsabilidad social corporativa, desde los postulados de las teorías integradoras y éticas, puede ser considerada una herramienta de gestión capaz de incluir los derechos humanos como parámetros para delimitar el alcance de los compromisos morales que asume una empresa en su esfera de influencia.

De esta manera, aunque la responsabilidad social corporativa (enmarcada en el sistema de gobernanza civil o social) es teleológicamente distinta a las obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos que tienen que observar las empresas (incluidos en el sistema del derecho público y de la autoridad), ambas convergen en la creación de “una conciencia y cultura social corporativa y, a la vez de un parámetro en torno a las obligaciones jurídicas que las empresas, transnacionales o locales, tienen en el ámbito de los derechos humanos” (Humberto Cantú, 2013, p. 331).⁶

Con base en estas premisas, el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (2014a) ha elaborado la “Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de

las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas” que recoge una serie de recomendaciones para los Estados y las empresas, entre las que se encuentran la adopción de medidas preventivas y de protección de los derechos humanos, del medio ambiente y de los derechos laborales de trabajadores y de las poblaciones donde operan; la eliminación de cualquier forma de discriminación, trabajo infantil y trabajo forzoso; el respeto por el derecho de los trabajadores a la sindicalización, negociación colectiva, a la salud y seguridad en el trabajo; la promoción del uso de tecnologías limpias y procedimientos de explotación ecológicamente eficientes; y el respeto al entorno, la propiedad así como las costumbres y formas de vida de las comunidades donde llevan a cabo sus operaciones, buscando cooperar y contribuir a su desarrollo económico, social y medioambiental.

Para el Comité Jurídico Interamericano, la Responsabilidad Social Empresarial debe ser entendida como una nueva manera de hacer negocios, en la cual “las empresas tratan de encontrar un equilibrio entre la necesidad de alcanzar objetivos económicos y financieros y, al mismo tiempo, lograr un impacto social y ambiental positivo con sus actividades”. Ello entraña que las empresas “implementen un sistema efectivo y eficaz de producción como de distribución de sus productos, que respete las normas ambientales, los derechos humanos así como los derechos laborales de los trabajadores” (Comité Jurídico Interamericano, 2014b, pp. 1 y 2).

La convergencia entre derechos humanos y responsabilidad social corporativa también ha sido expuesta en los planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos que países como Colombia han elaborado. En ese orden de acciones, este país incluyó en su política pública denominada “Colombia Avanza: Derechos Humanos y Empresa” la línea de acción denominada “responsabilidad social empresarial y respeto a los derechos humanos”, haciendo una apuesta por el desarrollo de estrategias encaminadas a “la coordinación, los esfuerzos y el relacionamiento con los grupos de interés desde un enfoque de derechos, que contribuya al goce efectivo de derechos, a transformar las condiciones que viven los territorios donde se asienta la empresa, avance en sostenibilidad y prevea riesgos financieros, legales y de reputación” (Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, 2015, p. 22).

Con posterioridad, Colombia renovó este compromiso aprobando el Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos 2020–2022 que incluye en su pilar 1 (La obligación de proteger los derechos humanos a cargo del Estado) y 2 (El deber de las empresas en el respeto de los derechos humanos) la correlación entre derechos humanos y responsabilidad social corporativa.

Efectivamente, en el primer pilar el Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos 2020–2022 incluye el eje 8, que considera como una estrategia de participación para personas en proceso de reintegración, así como iniciativas que fortalezcan la estabilización y consolidación del país, la implementación por parte de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas de “una estrategia en la cual las empresas se vinculen a través de su gestión social, arquitectura social o Responsabilidad Social Empresarial en la creación de oportunidades en generación de ingresos para las víctimas afectadas por la violencia” (Consejería Presidencial

para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, 2020, p. 54). Mientras que en el segundo pilar, incorpora el eje 2 referido al fomento de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos, donde determina que el Departamento de la Prosperidad Social “pondrá en marcha alianzas con el sector empresarial público y privado con el fin de alinear las líneas de responsabilidad social empresarial con la superación de la pobreza y la pobreza extrema enfocada a la promoción de derechos humanos” (Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, 2020, p. 56).

De modo que, a partir de las teorías integradoras y éticas que fundamentan la responsabilidad social corporativa, el razonamiento del Comité Jurídico Interamericano —cuerpo consultivo de la Organización de Estados Americanos en asuntos jurídicos— y a consideración de quienes formularon las políticas públicas sobre derechos humanos y empresas en Colombia, la responsabilidad social corporativa puede ser un mecanismo idóneo para la consolidación de una cultura corporativa favorable al respeto de los derechos humanos.

2. Conducta empresarial responsable en materia de derechos humanos e iniciativas de responsabilidad social corporativa

Como se ha afirmado en el apartado anterior, la responsabilidad social corporativa es una herramienta que permite abordar la relación entre actividad empresarial y entorno. En ese orden de ideas, entre las iniciativas más importantes sobre responsabilidad social corporativa que toman en cuenta el desarrollo sostenible y los derechos humanos se encuentran las siguientes:

A. Pacto mundial de Naciones Unidas

Esta iniciativa incluye como prioridades temáticas a los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y las medidas anticorrupción. De este modo, para el Pacto Mundial, el sector privado, en colaboración con otros agentes sociales, puede contribuir a hacer realidad una economía mundial más sostenible e incluyente (María Prandi, 2014; Naciones Unidas, 2022).

En ese sentido, el Pacto Mundial reconoce en sus diez principios que las empresas deben respetar y proteger los derechos humanos fundamentales reconocidos a nivel internacional dentro de su ámbito de influencia.

B. Global Reporting Initiative

Es desarrollada por CERES, organización sin fines de lucro que trabaja tópicos sobre desarrollo sostenible con inversionistas y empresas, Tellus Institute y el Programa de Medio Ambiente de la Unión Europea. Su principal objetivo es fomentar la transparencia de la política medioambiental y del estado financiero de la empresa a través de la publicación de reportes periódicos de sostenibilidad.

C. Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para Empresas Multinacionales (Revisión de 2011)

Son recomendaciones dirigidas a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. Como la propia organización reconoce, estas líneas

directrices contienen principios y normas “no vinculantes” para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, de conformidad con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente.

Las líneas directrices buscan promover el desarrollo armónico de las actividades empresariales en consonancia con las políticas públicas, fortalecer el vínculo de confianza mutua entre las empresas y el entorno en que operan, y potenciar el desarrollo sostenible (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2013).

Entre los cambios incluidos en mayo de 2011 se incluye un nuevo apartado sobre derechos humanos, acorde con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”.

D. Declaración Tripartita de Principios de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Empresas Multinacionales y Política Social

Estos principios brindan orientación sobre política social y prácticas inclusivas, responsables y sostenibles en el lugar de trabajo. Es el único instrumento de alcance global elaborado y suscrito por gobiernos, empleadores y trabajadores alrededor del mundo. Ha sido enmendada en dos ocasiones —2000 y 2006— y revisada en marzo de 2017. Los principios que integran la Declaración Tripartita están basados en las normas internacionales del trabajo, contenidas en los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (2017).

E. Organización Internacional de Normalización, ISO 26000: Guía sobre responsabilidad social

Según la Organización Internacional de Normalización, rectora de la iniciativa, esta norma pretende ayudar a las organizaciones a contribuir al desarrollo sostenible y fomentar que las organizaciones vayan más allá del cumplimiento legal, reconociendo que el cumplimiento de la ley es una obligación fundamental para cualquier organización y una parte esencial de su responsabilidad social (Javier Echaide, 2009; International Organization for Standardization, 2022).

F. SA8000 Standard

Este modelo de acreditación ha sido elaborado por Social Accountability International y exige el cumplimiento de condiciones mínimas para alcanzar un ambiente de trabajo seguro y saludable, el fomento de la libertad de asociación y negociación colectiva y la adopción de una estrategia de diligencia empresarial para tratar todos los aspectos relacionados con el trabajo. Además, contiene reglas respecto a la duración de la jornada laboral, monto de los salarios, principio de igualdad y no discriminación, el trabajo infantil y el trabajo forzado (Social Accountability International, 2022).

3. Aclaración sobre lo obligatorio y lo voluntario en los sistemas de gestión empresarial

Como se ha expuesto previamente, los sistemas de gobernanza empresarial pueden establecer deberes jurídicos —sistema del derecho público y ciertos aspectos de los sistemas de

gobernanza internos— y deberes morales —sistema civil o social—. No obstante, si una empresa contrae voluntariamente algunas responsabilidades adicionales a las normas legales en materia de derechos humanos, por ejemplo, en atención a una urgencia social que se haya identificado en su esfera de influencia, este hecho no implica la relativización de todos sus compromisos en materia de derechos humanos que derivan del sistema del derecho público.

En ese orden de ideas, habría que decir que no todo aquello que se encuentra incorporado en las iniciativas de responsabilidad social corporativa relevantes en materia de derechos humanos es producto del compromiso voluntario de la empresa y no de una norma jurídica preexistente. Como precisa Aledo *et al.*, cuando el Pacto Mundial de Naciones Unidas propone que las empresas se adhieran voluntariamente a diez principios, tales como el “Principio 1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales, reconocidos internacionalmente, dentro de su ámbito de influencia” o el “Principio 5. Las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil”, las interrogantes que surgen a continuación son “¿cómo puede plantearse que sea de libre adhesión que las empresas cumplan estos principios?, ¿no es un delito perseguido por las leyes de la mayoría de los países no respetar los derechos humanos o la explotación de la infancia?” (2013, p. 32).

Al respecto, Ricardo Isea (2011) considera que la discrecionalidad presente en el diseño e implementación de herramientas de gestión empresarial como la responsabilidad social corporativa no puede ser empleada por la empresa para definir qué deberes jurídicos está dispuesta a cumplir en materia de derechos humanos.

En ese sentido, las iniciativas de responsabilidad social corporativa relevantes en materia de derechos humanos no pueden interpretarse de modo que cada uno de sus contenidos se cumpla también de manera voluntaria. Efectivamente, estas iniciativas incorporan preceptos que además están recogidos expresa o tácitamente en normas de obligatorio cumplimiento para los Estados y las empresas.

Entonces, tomando en cuenta la naturaleza diversa de los sistemas de gobernanza empresarial, no debería otorgarse a las iniciativas de responsabilidad social corporativa relevantes en materia de derechos humanos un significado puramente voluntario, pues éstas también incorporan un conjunto de deberes esencialmente jurídicos cuya observancia es obligatoria.

V. LAS EMPRESAS UTILIZAN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA PARA ENCARAR LOS IMPACTOS DEL COVID-19

En 2020, la Fundación Sociedad y Empresa Responsable y la auditora Deloitte analizaron alrededor de 375 iniciativas de responsabilidad social corporativa implementadas por las empresas españolas durante la crisis generada por el COVID-19. Según el referido informe, el 68% de las acciones que fueron objeto de estudio tuvieron impacto en el bienestar social, centrándose en cuestiones como la salud o la educación. En ese sentido, la mayor parte de estos esfuerzos se orientaron principalmente a la compra de material sanitario destinado a centros de salud.

En adición, para garantizar el bienestar social, las empresas aportaron alimentos y otros productos de primera necesidad, así como donaciones monetarias para la compra de estos recursos. De igual modo, las empresas prestaron, de manera gratuita, servicios telemáticos de atención médica y psicológica. Mediante el desarrollo de estas plataformas de acompañamiento se brindó atención a las personas más vulnerables del país (Fundación Sociedad y Empresa Responsable y Deloitte, 2020).

Asimismo, la producción de contenido educativo también fue una de las preocupaciones de las empresas españolas incluidas en el referido informe. Así, las iniciativas empresariales permitieron generar contenido educativo, desplegar o ceder acceso gratuito a plataformas digitales de educación *online* y facilitar recursos tecnológicos para asegurar la conexión diaria de los estudiantes que se encontraban en riesgo de exclusión (Fundación Sociedad y Empresa Responsable y Deloitte, 2020).

En ese orden de ideas, por ejemplo, Santander Universidades movilizó cerca de veinte millones de euros de su mecenazgo en educación para apoyar proyectos de colaboración, liderados por las universidades españolas y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, que hagan frente a los desafíos sanitarios y educativos surgidos en la epidemia de COVID-19 (Fundación Sociedad y Empresa Responsable y Deloitte, 2020).

Además, cobraron importancia otras 54 iniciativas enfocadas en impulsar la economía mediante el apoyo a los *stakeholders* de las compañías. Estas medidas incluyeron el aplazamiento del pago de deudas de clientes y proveedores, así como mejoras en las condiciones económicas de los servicios a través de descuentos (Fundación Sociedad y Empresa Responsable y Deloitte, 2020).

Al respecto, empresas del sistema bancario español adelantaron a sus clientes abonos de la prestación por desempleo del Servicio Público de Empleo Estatal (Fundación Sociedad y Empresa Responsable y Deloitte, 2020). Como muestra, cabe decir que CaixaBank anticipó el pago de 100 millones de euros en prestaciones por desempleo, de forma automática, sin costo y sin necesidad de hacer trámite alguno, para 138,000 personas afectadas por los expedientes de regulación de empleo temporal, medidas que son tomadas por las empresas frente a contingencias económicas, organizativas, productivas u otras causas de fuerza mayor (Fundación Sociedad y Empresa Responsable y Deloitte, 2020).

Adicionalmente, las empresas también desplegaron medidas orientadas a la generación y difusión de conocimiento relativo al virus y su impacto, desarrollo de alianzas y redes de colaboración haciendo uso de su capacidad de influencia y desplegando campañas de comunicación y *crowdfunding*, visibilización del fenómeno solidario y reconversión de la actividad económica para dar respuesta a las necesidades surgidas en esta crisis sanitaria. En suma, cada empresa adaptó su respuesta a la crisis sanitaria según la naturaleza de su organización (Fundación Sociedad y Empresa Responsable y Deloitte, 2020).

En este tenor, cabe resaltar la colaboración entre el grupo de comunicación Atresmedia y Cruz Roja para recaudar más de once millones de euros, gracias a las donaciones y aportaciones de los particulares, destinados a atender a 1,376,348 personas en situación de vulnerabilidad (Fundación Sociedad y Empresa Responsable y Deloitte, 2020). Así también, la empresa de comunicación Atrevia implementó la plataforma #AnálisisParaLaAcción con la finalidad de divulgar informes, entrevistas y opiniones relevantes que pongan en común informaciones, acerquen puntos de vista y clarifiquen las posibles medidas a tomar en medio de la incertidumbre provocada por el COVID-19 (Fundación Sociedad y Empresa Responsable y Deloitte, 2020).

Entre los beneficiarios de las acciones de responsabilidad social corporativa enumeradas en el citado informe se encuentran: 1) agentes sanitarios (27%); 2) sociedad en general (22%); 3) personas en riesgo de exclusión social (15%); 4) personas en situación de vulnerabilidad como niños y niñas, personas mayores y personas con discapacidad (13%); 5) empresas, autónomos y clientes (13%); 6) agentes educativos (6%); y 7) otros (3%) (Fundación Sociedad y Empresa Responsable y Deloitte, 2020).

De igual manera, cabe resaltar que las iniciativas de responsabilidad social corporativa analizadas fueron implementadas durante marzo (31%), abril (52%) y mayo (17%) de 2020. Esta información refleja la rápida respuesta de las empresas ante esta crisis sanitaria (Fundación Sociedad y Empresa Responsable y Deloitte, 2020).

También, merece la pena destacar que, en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, las empresas españolas alinearon su labor con ocho de las diecisiete directrices de Naciones Unidas: 1) salud y bienestar (ODS 3); 2) fin de la pobreza, hambre cero y reducción de las desigualdades (ODS 1, 2 y 10); 3) educación de calidad (ODS 4); 4) trabajo decente y crecimiento económico (ODS 8); 5) industria, innovación e infraestructuras (ODS 9); y 6) alianzas para lograr los objetivos (ODS 17) (Fundación Sociedad y Empresa Responsable y Deloitte, 2020).

Estos resultados coinciden con el estudio realizado por el Monitor Empresarial de Responsabilidad Corporativa (2020) a través de una metodología participativa donde un total de 2,017 ciudadanos y 257 expertos evaluaron la actuación de las empresas españolas tomando en cuenta cinco ámbitos: 1) el mantenimiento del empleo y la protección de los trabajadores; 2) apoyo con material de protección y médico, y donaciones al sistema sanitario; 3) ejemplaridad de los directivos renunciando a parte de su retribución; 4) haber puesto fábricas, logística y/o actividad al servicio de la sanidad, la sociedad o las personas que están sufriendo un mayor impacto de la pandemia; y 5) haber realizado donaciones a ONG y apoyo a iniciativas solidarias.

Así, la experiencia de las iniciativas de responsabilidad social corporativa implementadas en el tejido empresarial español demuestra que es posible generar un impacto positivo en el bienestar social y coadyuvar a los esfuerzos que el Estado realizó para afrontar la crisis generada por el COVID-19 (Ministerio de Sanidad de España, 2023).

Otro aspecto por resaltar es el compromiso de las empresas españolas que sin importar el sector y la rama de actividad económica en el que operan, asumieron como un deber propio el

empleo de sus herramientas de gestión para enfrentar la crisis sanitaria. En otras latitudes, desafortunadamente, la respuesta no fue la misma. Las empresas no siempre cumplieron con las expectativas sociales de buen comportamiento (Salil Tripathi, 2020).

Por ejemplo, un informe elaborado por especialistas del Monitor de Comercio e Integración del Banco Interamericano de Desarrollo indica que “la conmoción sincronizada del sistema comercial global —puso— de manifiesto costos y riesgos que no habían sido internalizados anteriormente y cuya gestión deberá cobrar prominencia en las estrategias empresariales” (Paolo Giordano *et al.*, 2020, p. 48).

A pesar de que el contexto que encararon las empresas fue, por sí mismo, desalentador, el liderazgo del sector empresarial en España supo incorporar una estrategia que incluía la perspectiva de derechos humanos en las acciones emprendidas, a pesar de no existir un mandato legal que le obligara a actuar en ese sentido. La reacción coincidió con el llamamiento de Naciones Unidas que exhortó la adopción de tres medidas fundamentales: 1) respetar las directrices del salud y seguridad y proporcionar un colchón económico para los trabajadores, entre otros medios, garantizando la seguridad de los trabajadores y el distanciamiento social y la seguridad de los sueldos de quienes teletrabajan; 2) prestar apoyo financiero y técnico a los gobiernos contribuyendo al Fondo de respuesta al COVID-19, y 3) reconvertir sus instalaciones y planes de actividades para centrarse en atender las necesidades de esta crisis (2020, p. 7).

Coincidentemente, las acciones emprendidas por el sector industrial en España también contemplaron varios aspectos destacados por Naciones Unidas en su informe sobre las repercusiones socioeconómicas del COVID-19. Las acciones empresariales estuvieron comprometidas con la respuesta gubernamental frente a la crisis, fase que implicó para las administraciones y gerencias del sector privado centrarse en lo esencial, ofrecer la máxima flexibilidad y demostrar velocidad de acción (William Eggers *et al.*, 2020).

Siguiendo a Eric McNulty y Leonard Marcus (2020), los líderes empresariales más eficientes en la crisis son aquellos que aseguran el manejo equilibrado del presente, mientras centran sus esfuerzos en llevar sus organizaciones hacia un futuro más prometedor.⁷ La respuesta empresarial durante el COVID-19 en España pone de manifiesto que, cuando se integran los derechos humanos en los sistemas de gobernanza empresarial para hacer frente las circunstancias adversas, no solo se gestiona una respuesta coherente, sino que se pueden liderar todos los escenarios de crisis.

Por tanto, si se tiene presente que para garantizar el bienestar de las personas y comunidades, es preciso movilizar en simultáneo todos los sistemas de gobernanza empresarial y hacer que avancen en la misma dirección (John Ruggie, 2004; Kenneth Abbott y Duncan Snidal, 2009), el compromiso expresado por las empresas españolas en la crisis generada por el COVID-19 es una reiteración optimista de aquel ideal que busca “dar al mercado un rostro humano”, como reclamó Kofi Annan, ex secretario general de Naciones Unidas, durante el Foro Económico Mundial de Davos de 1999.

VI. CONCLUSIONES

El poder empresarial y su impacto no son una nota suelta en los motivos que justifican la garantía de los derechos humanos en el ámbito corporativo. Por el contrario, en estos elementos reside la eficacia de los derechos humanos como límite al poder privado y justifica su transversalización en los sistemas de gobernanza empresarial, en los que se encuentran incluidas también las herramientas de gestión como la responsabilidad social corporativa.

En un ámbito definido por el compromiso voluntario y la responsabilidad ética de las empresas, la responsabilidad social corporativa surge como un mecanismo con arreglo al cual las empresas deciden de manera voluntaria contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente sano y equilibrado.

A partir de las definiciones esbozadas por las teorías éticas e integradoras, la responsabilidad social corporativa puede convertirse en un instrumento de gestión, relevante en el sistema de gobernanza civil y social, que tiene utilidad para proteger eficientemente los derechos humanos en el ámbito en que operan las empresas.

De esta manera, la experiencia sobre la implementación de iniciativas de responsabilidad social corporativa en España durante la crisis de COVID-19 aporta argumentos favorables al empleo de esta herramienta de gestión en la protección de los derechos humanos. Los documentos revisados previamente enumeran un número significativo de acciones emprendidas a favor de agentes sanitarios, sociedad civil, personas en riesgo de exclusión social, personas en situación de vulnerabilidad, trabajadores autónomos, agentes educativos, entre otros destinatarios.

Por tanto, las acciones realizadas por las referidas empresas, sin importar el sector y rama de actividad económica en el que actuaron, demuestran que es posible generar un impacto positivo en el bienestar social y coadyuvar a los esfuerzos que el Estado ha realizado para afrontar la crisis sanitaria generada por el COVID-19.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, K. y SNIDAL, D. (2009). Strengthening International Regulation through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit. *Vanderbilt J. Transnatl. Law*, 42, 501–578.
- ADHANOM GHEBREYESUS, T. (2020, 11 de marzo). Alocución de apertura del director general de la OMS sobre la COVID-19 [conferencia de prensa]. t.ly/1073.
- ALEDO, A., ACEVEDO *et al.* (2013). La cara oculta de la responsabilidad social corporativa. En CAÑADA, E. (ed.), *Turismo en Centroamérica: un diagnóstico para el debate*, 30-32. Managua: Enlace.
- ALEXY, R. (2013). Derecho, moral y la existencia de los derechos humanos. *Signos Filosóficos*, 15, 153–171.

- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2012). *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación*. Naciones Unidas, HR/PUB/12/2.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2015). *Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*. Naciones Unidas, A/RES/70/1.
- ASÍS, R. de (2000). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Dykinson.
- CANTÚ, H. (2013). Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XIII, 313–354.
- CHINKIN, C. (2000). *Normative Development in the International Legal System*. En SHELTON, D. (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (pp. 21-31). Oxford: Oxford University Press.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2011). *Estrategia renovada de la UE para 2011–2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*. Comisión de las Comunidades Europeas, COM/2011/68.
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO (1987). *Nuestro futuro común*. Naciones Unidas, A/42/427.
- COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (2014a). *Guía de principios sobre responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas*. Organización de Estados Americanos, CJI/RES. 205 (LXXXIV-O/14).
- COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (2014b). *Informe sobre responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas*. Organización de Estados Americanos, CJI/doc.449/14 rev.1 corr.1.
- CONSEJERÍA PRESIDENCIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y ASUNTOS INTERNACIONALES (2015). *Colombia avanza: derechos humanos y empresa. plan nacional de acción sobre derechos humanos y empresas*.
- CONSEJERÍA PRESIDENCIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y ASUNTOS INTERNACIONALES (2020). *Juntos lo hacemos posible, resiliencia y solidaridad. plan nacional de acción de empresas y derechos humanos 2020-2022*.
- CORTINA, A. y CONILL, J. (2007). *La responsabilidad social de la empresa y la ética empresarial*. En CONILL, J. y LUETGE, C. (eds.), *Integración social y ciudadanía corporativa* (pp. 24-37). Valencia: Fundación para la Ética de los Negocios y de las Organizaciones.
- DRUCKER, P. (1993). *La sociedad poscapitalista*. Apóstrofe.
- ECHAIDE, J. (2009). Responsabilidad social empresaria: un sobrevuelo por la norma ISO 26000. *Lan Harremanak Revista de Relaciones Laborales*, 20–21, 137–162.
- EGGERS, W., FLYNN, M., O’LEARY, J. y CHEW, B. (2020). *La respuesta gubernamental al COVID-19. De la crisis pandémica a un futuro mejor*. Deloitte Center for Government Insights.
- EMBED, J. y VAL, P. del (2016). *La responsabilidad social corporativa y el derecho de sociedades de capital entre la regulación legislativa y el soft law*. Boletín Oficial del Estado.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Trotta.
- FORCADELL, F. J. y ARACIL, E. (2021). A Purpose-Action Framework for Corporate Social Responsibility in Times of Shock. *Journal of Cleaner Production*, 312, 1-12.

- NACIONES UNIDAS (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 sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/HRC/17/31.
- NACIONES UNIDAS (2020). *Responsabilidad compartida, solidaridad mundial: responder ante las repercusiones socioeconómicas de la enfermedad por coronavirus de 2019*. Naciones Unidas.
- NACIONES UNIDAS (2022). Homepage UN Global Compact. t.ly/JC5e
- NAGEL, T. (2002). *Concealment and Exposure and Other Essays*. Oxford. Oxford University Press.
- NINO, C. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Astrea.
- OPP, K-D. (2001). Norms. En SMELSER, N.J. y BALTES, P. B. (eds.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* (pp. 10714–10720). Amsterdam: Elsevier.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2017). *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*. Organización Internacional del Trabajo.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2013). *Líneas directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para Empresas Multinacionales. Revisión 2011*. OECD Publishing.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2020). El COVID-19 y la conducta empresarial responsable Medidas políticas clave de la OCDE ante el coronavirus (COVID-19). t.ly/Nwqc
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1989). *Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y derecho*. En J. Murgurza et al., *El fundamento de los derechos humanos* (pp. 265–277). Madrid: Debate.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson.
- PÉREZ CARRILLO, E. F. (2014). *La gestión del patronato de las fundaciones y la responsabilidad social corporativa*. En A. Emparanza (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones* (pp. 73–110). Madrid: Marcial Pons.
- PRANDI, M. (2014). Del Pacto Mundial al compromiso de la empresa con los derechos humanos. *Mediterráneo Económico*, 26, 173–189.
- RUGGIE, J. (2004). Reconstituting the Global Public Domain: Issues, Actors, and Processes. *European Journal of International Relations*, 10, 499–531.
- RUGGIE, J. (2014). *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*. Icaria.
- Social Accountability International (2022). SA8000. Standard. t.ly/hVk6
- TEITELBAUM, A. (2007). *Al margen de la ley. Sociedades transnacionales y derechos humanos*. Gente Nueva.
- TRIPATHI, S. (2020). Companies, COVID-19 and Respect for Human Rights. *Business and Human Rights Journal*, 5, 252–260.

* Profesor de la Universidad Privada Norbert Wiener. Lima, Perú. Máster en derechos humanos y abogado especializado en Derecho Público, Responsabilidad Social y Sostenibilidad. Correo electrónico: claudio.sotelo@uwiener.edu.pe.

¹ La información pone en evidencia graves inconvenientes para las empresas en relación con las cadenas de suministro, el flujo de efectivo y el cumplimiento de los plazos de entrega; así como una débil demanda final de bienes y servicios importados, el aumento de la aversión al riesgo en los mercados financieros y la disminución de la confianza en los negocios (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2020).

² Para la elaboración de la Tabla 1 se han tomado en consideración los planteamientos del profesor John Ruggie sobre los sistemas de gobernanza empresarial que sirvieron como premisa para la formulación del marco de Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar” y de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. En su momento, Ruggie, como representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, tuvo a su cargo esta tarea. Debido a su relevancia teórica y procedimental, estos preceptos han sido incorporados ampliamente en los ordenamientos jurídicos de diversos países. El marco para “proteger, respetar y remediar” y los principios rectores han influido significativamente en los procesos de adecuación normativa, reforma institucional y diseño de políticas públicas en materia de empresas y derechos humanos puestos en marcha durante la última década.

³ Sobre los derechos humanos como punto de encuentro entre derecho y moral, revisar, entre otros, los trabajos de Carlos Nino (1989), Thomas Nagel (2002), Gregorio Peces-Barba (2004) y Robert Alexy (2013). Peces-Barba sintetiza adecuadamente la coexistencia de las dimensiones moral y jurídica de los derechos humanos: “Cuando nos encontramos con pretensiones morales justificadas y que podrían contribuir a facilitar el dinamismo de la libertad y a alcanzar la libertad moral, pero no podemos positivizarlas, incorporarlas al derecho positivo, ni ahora ni previsiblemente en el futuro, no podemos pensar esas pretensiones como derechos humanos”. En ese sentido, “Moral y derecho se distinguen [...] pero no se separan y el punto de encuentro son los derechos humanos que se fundamentan en la ética como forma de realización histórica de la autonomía moral del hombre, posible por su inicial libertad de elección” (Gregorio Peces-Barba, 1989, p. 277).

⁴ Como sostienen Abigail McWilliams y Donald Siegel (2001), la responsabilidad social empresarial hace referencia a la extensión voluntaria de la responsabilidad de las empresas más allá de lo estipulado por la ley.

⁵ Para la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo (1987) el concepto de desarrollo sostenible supone que es posible “satisface[r] las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (p. 59); es decir, el desarrollo no solo debe favorecer a las personas que viven actualmente, sino que debe mantener intactas las posibilidades de desarrollo de las futuras generaciones.

⁶ Esta convergencia no implica sustitución. Las obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos que regulan la actividad empresarial no pueden ser sustituidas por acciones filantrópicas o de beneficencia. Al respecto, el informe que delinea el marco para “proteger, respetar y remediar” indica que, “como la obligación de respetar los derechos es una expectativa básica, una empresa no puede compensar el perjuicio causado a los derechos humanos realizando actos de beneficencia en otra parte”. (Naciones Unidas, 2008, p. 18).

⁷ De acuerdo con un estudio realizado por los economistas Francisco Javier Forcadell y Elisa Aracil (2021) donde se analizan las acciones solidarias llevadas a cabo por las empresas españolas en la primera ola de COVID-19, las eventualidades generadas por la pandemia pueden fomentar el aprendizaje organizacional y el desarrollo de nuevas capacidades para hacer frente a emergencias.



DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18125](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18125)

Recibido el 14 de octubre de 2022

Aprobado el 1 de enero de 2023

EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO EN COLOMBIA: ¿VERDAD Y JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL?

DISCOVERY IN COLOMBIA: RIGHT TO TRUTH AND JUSTICE FOR VICTIMS IN CRIMINAL TRIAL?

Rafael VELANDIA MONTES*

ORCID: 0000-0003-4947-5544

Alejandro GÓMEZ JARAMILLO**

ORCID: 0000-0003-4095-168X

Ana María SOLARTE CUNCANCHÓN***

ORCID: 0000-0002-0539-8738

Resumen:

El nuevo régimen procesal penal en Colombia establecido mediante la Ley 906 de 2004 ha significado una transformación profunda de la cultura jurídica colombiana, se pasó de un sistema de tendencia inquisitiva a uno de tendencia adversativa. Así, se introdujo el descubrimiento probatorio como elemento del debido proceso y mediante el cual, en principio, el acusador debe revelar toda la evidencia que pretenda usar en el juicio. Empero, el descubrimiento probatorio tiene particularidades en cuanto a quiénes están obligados a hacerlo y cómo se cumple tal obligación. En este trabajo se examina qué es el descubrimiento probatorio y sus características mediante el examen y análisis de la doctrina, ley y

Abstract:

Colombia's new criminal procedural regime, established by Law 906 of 2004, has meant a profound transformation of Colombian legal culture since it went from an inquisitorial system to an adversarial one. Thus, discovery was introduced as an element of due process and by which the accuser must reveal all the evidence he intends to use in trial. However, discovery has particularities related to who and how must be done. This paper examines what is discovery and its characteristics. It also studies the role of victims in discovery and their relationship to the right to truth and justice. The conclusion is that discovery is an element of due process and can only be exercised by the parties. Therefore, the victim must act only

jurisprudencia, con énfasis en el derecho procesal penal colombiano. Asimismo, se indaga sobre el papel de las víctimas en el descubrimiento probatorio y su relación con el derecho a la verdad y justicia. Se concluye que el descubrimiento probatorio es un elemento del debido proceso y cuya carga corresponde al acusador y al acusado, mientras que la víctima debe actuar a través del acusador, so pena de generar un desequilibrio en el proceso penal.

Palabras clave:

Descubrimiento probatorio, Derechos a la verdad y a la justicia, Proceso penal, Derechos de las víctimas, Sistema adversativo.

through the accuser, because his direct participation would cause an imbalance in criminal proceedings.

Keywords:

Discovery, right to truth and justice, Criminal trial, Victims' rights, Adversarial system.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El descubrimiento probatorio.* III. *El descubrimiento probatorio en Colombia.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo III del libro III de la Ley 906 de 2004 de Colombia (por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal [CPP], del 10. de septiembre de 2004), a partir del artículo 344,¹ se estableció en Colombia el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física como institución novedosa dentro de la historia del derecho procesal penal colombiano y como elemento característico de un sistema adversativo. ¿Qué y cuál es la finalidad del descubrimiento probatorio? Lord Goldsmith, antiguo *Attorney General*² de Inglaterra y Gales y de Irlanda del Norte, en los *Lineamientos sobre el descubrimiento del attorney general*, dijo al respecto:

El descubrimiento de la prueba es uno de los aspectos más importantes en el sistema de justicia criminal. La aplicación de un descubrimiento de la prueba apropiado y justo es un componente vital de un sistema de justicia criminal justo. La 'regla de oro' es que la justicia requiere que un descubrimiento completo de la prueba sea hecho respecto de todo el material en poder del acusador que debilite su caso o fortalezca el de la defensa (Peter Goldsmith, 2005, p. 1).

Con el descubrimiento, en principio, se hace referencia a la obligación que tiene el acusador “de notificar a la defensa de la evidencia³ en la que la acusación pretende basarse”, que también es nominado como “deber de proveer información por anticipado”, y de poner a disposición de la defensa “cualquier material de relevancia para el caso con el que el acusador no tenga la intención de contar ‘material no usado’” y que es llamado “deber de descubrimiento” (John Sprack, 2004, p. 137). Así, el descubrimiento corresponde al acusador, pero también se discute si la defensa debe

igualmente realizarlo, e incluso la víctima, en aras, se pretexta, de garantizar sus derechos a la verdad y la justicia.

Precisamente, y en relación con el concepto de verdad, es necesario comenzar mencionando que Colombia tenía antes de la expedición de la Ley 906 de 2004 un sistema procesal penal de tendencia inquisitiva. Así, en términos generales, el sistema penal inquisitivo toma como punto de partida central que la finalidad del sistema penal, de manera más específica del proceso penal, es la búsqueda de la justicia a través del descubrimiento de la verdad de lo ocurrido en el caso concreto. En consecuencia, en este sistema se parte de la idea de que existe una realidad objetiva a la que es posible acceder mediante el empleo de los diversos medios de prueba. Empero, el concepto de verdad que se plantea es inaccesible: lo que se determina en un proceso penal como lo ocurrido es simplemente una versión de los hechos que tiene mayor credibilidad que otra, pero no puede afirmarse de manera indiscutible que se trate de la verdad. De hecho, los errores judiciales que se presentan, tanto de condena de inocentes como de absolución de responsables de comisión de delitos, ponen presente lo falible del sistema y la falta de certeza sobre la verdad como aquello decidido por el juez.

Por su parte, el sistema penal adversativo tiene como fin la justicia a través de la resolución legítima del conflicto social que ha surgido como consecuencia de la comisión del delito (Mirjan Damaška, 2002, p. 26; Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 57). En este sistema no se asume, como en el sistema penal inquisitivo, un concepto de justicia como descubrimiento de la verdad de lo ocurrido en el caso en concreto, sino que se entiende a la justicia como la decisión que se toma por parte del juez frente al caso puesto a su consideración, esto es, si una persona es o no responsable penalmente, decisión que debe ser tomada respetando un conjunto de reglas y con base en las pruebas legalmente aportadas al proceso por las partes. La verdad no se entiende como algo existente objetivamente, sino como algo que debe ser demostrado. Sin embargo, se le ha criticado a este sistema el olvido de la verdad con la idea de que tiene como fin la justicia a través de la resolución del conflicto social que ha surgido como consecuencia de la comisión del delito. En tal sentido, “si la meta fuera simplemente resolver conflictos, esto podría ser logrado permitiéndole al juez lanzar una moneda” (Ellen Sward, 1989, p. 304). ¿Por qué, entonces, no se permite al juez hacer esto? Porque tal sistema no sería visto como justo por los ciudadanos, que no se someterían a un sistema cuyas decisiones fueran aleatorias (Ellen Sward, 1989, p. 304). Por tal motivo, esta meta de resolución de conflictos debe ser limitada: se acepta así un sistema en el que dos partes, cada una con una versión de los hechos, concurren ante un tercero imparcial, juez, buscando, mediante mecanismos y cargas probatorias, persuadirlo cada una sobre la verdad de su versión de los hechos (Ellen Sward, 1989, p. 305). Incluso si la decisión no es favorable a una parte no significa que su versión de los hechos no sea verdad, sino que no logró convencer al juez de su veracidad (Ellen Sward, 1989, p. 305). Con esta idea, se puede afirmar que el sistema penal adversativo busca la verdad, pero entendida como relativa (aquella que puede ser probada) y no como un valor absoluto, tal y como se hace en el sistema inquisitivo.

Tanto el sistema inquisitivo como el adversativo han sido objeto de censuras importantes, lo que lleva a la cuestión de cuál de los dos sistemas es mejor. Empero, debe advertirse que estas críticas no recaen sobre sistemas puros, sino sobre sistemas con tendencia inquisitiva o adversativa:

en la realidad contemporánea no existe⁴ un sistema del que pueda predicarse que cumpla al 100% con las características de cada uno de ellos. La respuesta a la interrogante de cuál sistema es mejor, por lo tanto, será sobre sistemas de una u otra tendencias, pero no sobre sistemas puros. En este sentido, estos sistemas de tendencia inquisitiva o adversativa son objeto de críticas en común frente a cuestiones de especial importancia: errores en cuanto a condena de inocentes y absolución de culpables. Además, también se les reprocha a ambos su ineficacia, la que se atribuye a factores en principio ajenos a la configuración del proceso penal como es la sobrecarga del sistema penal debido al aumento de conductas criminalizadas⁵ y un consecuente y considerable incremento de la cantidad de procesos a cargo de fiscales y jueces en contraposición con una escasez de dinero para aumentar los recursos humano y físico del sistema penal (William Van Caenegem, 1999, p. 81). Esto ha tenido como resultado un uso discrecional del derecho penal por parte de los agentes responsables de la persecución penal (es decir, los encargados de la criminalización secundaria),⁶ que deja sin intervención estatal múltiples delitos,⁷ discreción que, a pesar de todo, no logra evitar demoras en los procesos penales en aquellos casos que sí son objeto de intervención a través del derecho penal.

Ahora, en lo que respecta a cuál de los dos sistemas es mejor debe decirse que desde una perspectiva estrictamente teórica puede afirmarse que el sistema adversativo es más garantista para el procesado que el sistema inquisitivo. Con sustento en el hecho de que no existen sistemas puros en la realidad, puede sostenerse que un sistema de tendencia adversativa es más deseable que uno de tendencia inquisitiva. Sin embargo, dos de las críticas más importantes que se hacen a los sistemas de justicia penal, condena de inocentes y absolución de culpables y la ineficacia del sistema para hacer frente a la criminalidad,⁸ no parecen depender de la configuración del proceso penal y, por lo tanto, hacen presente que tal vez la cuestión no es carácter teórico-normativo, sino práctico. Si bien el sistema procesal penal colombiano es mixto, toda vez que exhibe características de los sistemas inquisitivo y adversativo, es de tendencia adversativa, lo que explica la existencia del descubrimiento probatorio en el CPP, 1 de septiembre de 2004. En virtud de esto, en este trabajo se plantea como problema de investigación el siguiente: ¿garantiza la intervención de la víctima en el descubrimiento probatorio sus derechos a la verdad y justicia? De tal suerte, partimos de la hipótesis de que el descubrimiento probatorio es un elemento del debido proceso y que corresponde, de manera exclusiva, a las partes, acusador y acusado, llevarlo a cabo. Por ende, la víctima no debe intervenir en el proceso penal, sino exclusivamente a través del acusador, so pena de generar un desequilibrio en el proceso penal. Entonces, mediante los métodos de análisis y síntesis, a través de la técnica documental, examinaremos qué es el descubrimiento probatorio, sus características y a quién corresponde mediante el examen de la doctrina, la ley y jurisprudencia, con énfasis en el derecho procesal penal colombiano, por lo que revisaremos las decisiones que se ocupan del tema de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, por ser los órganos de cierre en Colombia de las jurisdicciones constitucional y ordinaria penal, respectivamente. De tal suerte, este conjunto de elementos será utilizados luego para reconstruir cómo debe ser entendido el descubrimiento probatorio con especial relación a la víctima. Nos ocuparemos, en primer lugar, de qué es el descubrimiento y cuáles son sus características.

II. EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

Debemos comenzar esta aparte indicando que el descubrimiento se entiende como un deber en el proceso penal impuesto al acusador de poner en conocimiento del acusado qué evidencia va a utilizar en el juicio y todo el material de relevancia que no pretenda usar, pero que debilite el caso del acusador o que sea favorable para el acusado (Rafael Velandia-Montes, 2006, p. 87). Este deber forma parte de uno de los aspectos del proceso adversativo: “reglas y principios para reducir la desigualdad de armas” (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 52). De tal suerte, “uno de los aspectos del proceso adversativo anglosajón está dirigido hacia trasladar exitosamente la teoría adversativa en la práctica de la justicia penal” (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 52). Entonces, para hacer esto, “debe irse más allá de la igualdad formal implícita en la imagen de dos partes equiparadas en contienda por sus respectivos casos frente a un juez imparcial, debido a que una de las partes es el Estado con recursos financieros, técnicos y de información ampliamente superiores” (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 52). Si bien es posible que existan acusados con recursos económicos suficientes para hacer frente a un proceso penal la mayoría de los procesados son personas con escasos recursos económicos,⁹ e incluso para quienes posean recursos un proceso penal largo puede agotarlos (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, pp. 52 y 53), lo que se traduciría en un debilitamiento del derecho de defensa o su vulneración total.

De esta manera, el principio de igualdad de armas “busca reducir las obvias y grandes diferencias de recursos (financieros, de equipos tecnológicos, laboratorios, personal, etcétera) con los que cuenta el Estado (acusador) frente al acusado cuando acuden ante un juez con el fin de resolver la responsabilidad penal del acusado” (Rafael Velandia-Montes, 2006, p. 78), pero sin partir de la idea que se va a lograr una igualdad real entre acusador y acusado, porque ello no es cierto. A pesar de esto, la Corte Constitucional ha planteado lo contrario transmitiendo la opinión de que sí es posible conseguir la igualdad real en el proceso penal:

“Uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la “igualdad de armas”, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, “que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación” (Corte Constitucional, 2005a, pp. 35 y 36).

Esta posición fue reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1194 de 2005:

Algunos doctrinantes y la propia Fiscalía General de la Nación hacen referencia a él como el principio de ‘igualdad de armas’, queriendo indicar con ello que, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales (Corte Constitucional, 2005b, p. 18)¹⁰.

Y continúa en la misma sentencia:

Así entonces, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial (*sic.*), lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección (Corte Constitucional, 2005b, p. 19).

En sentido similar, en la sentencia C-396 de 2007 sostuvo la Corte Constitucional:

Así las cosas, la pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en

el proceso penal. Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción (Corte Constitucional, 2007b, p. 36).

Continúa esta sentencia diciendo sobre la igualdad real en el proceso penal:

En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes (Corte Constitucional, 2007b, p. 36).

Así mismo, se puede leer en la sentencia C-536 de 2008 de la Corte Constitucional:

En relación con el nuevo sistema acusatorio, la jurisprudencia de esta Corte ha concluido que la igualdad de armas es una característica esencial de los sistemas penales de tendencia acusatoria, en cuanto éstos sistemas tienen una configuración estrictamente adversarial (*sic*), esto es, que tanto el ente acusador como el acusado se deben enfrentar en igualdad de condiciones en materia de acusación y defensa, ante un juez imparcial que debe valorar el acervo (*sic*) probatorio para fallar (Corte Constitucional, 2008, p. 25).

En la misma línea se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

... la estructura básica del nuevo sistema penal acusatorio se afianza en el principio de separación de funciones, de acuerdo con el cual dos partes adversarias o contendores jurídicos (fiscalía y acusado-defensor), que representan intereses disímiles, en igualdad de armas se enfrentan con las mismas herramientas de ataque y protección (Corte Suprema de Justicia, 2007c, p. 32).

Esta posición se reiteró por la misma corporación así:

... la finalidad del descubrimiento probatorio al terminar la audiencia de acusación y durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, no es otro distinto que el de hacer efectivo el principio de igualdad de armas, de acuerdo con el cual en un procedimiento de tendencia adversarial (*sic.*) como el que está en vía de implementación en Colombia no cabe admitir la supremacía de una parte frente a las demás, y puesto que se estima que éstas y los intervinientes están amparadas con las mismas oportunidades de contradicción, en materia probatoria han de tener ‘las mismas noticias respecto del proceso y pueden utilizar los mismos medios de prueba (Corte Suprema de Justicia, 2007d, pp. 25 y 26).

Sin embargo, esta “noción de ‘igualdad de armas’ es apta para engañar como quiera que implica que una genuina paridad de recursos entre las partes es el objetivo deseado. En realidad, la mayoría de acusados no podrían ser equipados con suficientes recursos para igualar el aparato estatal de investigación criminal y de acusación, y ellos no deberían estarlo” (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 54). De lo que se trata realmente el principio de igualdad de armas, entonces, es de “encontrar maneras para mitigar el inevitable desbalance entre los recursos del acusador y la defensa hasta lo que sea necesario hasta traducir el modelo del juicio adversativo en prácticas justas y efectivas de investigación y juzgamiento” (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 52). Por

ende, lo que no se puede hacer es pretender que el acusador y el acusado tienen igualdad de medios, sino que la cuestión debe apuntar al establecimiento de “mecanismos que hagan lo menor posible tal diferencia. Entonces, el camino correcto es reconocer la existencia de esa diferencia de recursos, aceptar que es imposible hacerla desaparecer por completo y, por ende, tratar de aminorarla en la máxima medida posible” (Rafael Velandia-Montes, 2006, p. 78). Asimismo, no es adecuado referirse al descubrimiento como principio de igualdad de armas, tal y como lo hace, verbigracia, la Corte Suprema de Justicia: “En cuanto al primer aspecto el mal entendido del fiscal es craso, pues desconoce que la finalidad del descubrimiento probatorio al terminar la audiencia de acusación y durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, no es otro distinto que el de hacer efectivo el principio de igualdad de armas” (Corte Suprema de Justicia, 2007d, p. 25).

En efecto, una de las formas en las que se manifiesta el principio de igualdad de armas es a través del descubrimiento, pero no es su única manifestación (Rafael Velandia-Montes, 2006, p. 78), pues junto al descubrimiento probatorio también están la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el estándar de la prueba; la representación legal gratuita y la ética del acusador (Pau Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, pp. 54 a 57). De esta forma, la presunción de inocencia garantiza que el procesado siempre será considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario, a él no le corresponde demostrar su inocencia. Esto se une a la carga de la prueba: le corresponde exclusivamente al acusador demostrar la responsabilidad del procesado, a éste no le corresponde demostrar nada. El estándar de prueba garantiza que el juez solo podrá condenar cuando exista prueba en el proceso que le brinde certeza más allá de toda duda de la responsabilidad del procesado, en el caso de que tenga alguna duda al respecto debe absolverlo: es mejor dejar libres a cien culpables que condenar a un inocente. La representación legal gratuita garantiza el derecho de defensa en aquellos casos en los que el procesado no cuenta con los medios económicos para pagar un abogado, lo que ocurre en muchos procesos, si se tiene en cuenta el denunciado uso selectivo del poder punitivo que de manera predominante se centra en los delitos de las personas no poderosas socialmente y que no cuentan con los recursos económicos suficientes. La ética del acusador apunta a que si él tiene como función investigar y acusar a aquellas personas que hayan cometido delito, pero el ejercicio de tal función debe hacerse con “templanza y contención (encapsulado en el aforismo que dice que el acusador debe acusar no perseguir)”.¹¹ Entonces, el principio de igualdad de armas, con sus diversas manifestaciones, busca disminuir al máximo las ventajas con las que cuenta el acusador frente al acusado (Rafael Velandia-Montes, 2006, pp. 78 y 79), pero reconociendo que es imposible en la práctica lograr una real igualdad: se trata, entonces, de disminuir al máximo la ventaja con la que cuenta el acusador todopoderoso frente a un procesado en una situación de debilidad e incapaz de enfrentar debidamente a su rival. Por supuesto, en la práctica se ven casos en los que se tiene un procesado que cuenta con abundantes recursos económicos frente a un acusador que se ve débil e incapaz de procesarlo. Esto, sin embargo, no debe significar que se deben disminuir las garantías procesales del procesado, porque, de hecho, este tipo de casos, que son una minoría en el campo de acción del sistema penal, lo que ponen de presente es que las desigualdades de recursos de las partes en el proceso penal deslegitiman socialmente al sistema penal y contribuyen a generar la sensación de injusticia.

Entonces, podemos decir que el descubrimiento probatorio es un instrumento integrante del principio de igualdad de armas y que debe ser entendido, en principio, como una carga impuesta al acusador, mediante un acto complejo compuesto por dos elementos: el primero consiste en la obligación de informar a la defensa sobre la evidencia que servirá de sustento a la acusación en el juicio y el segundo, en el deber de poner a disposición de la defensa cualquier material de relevancia obtenido durante el desarrollo de la investigación que el acusador no tenga la intención de emplear en el proceso y que razonablemente sea considerado capaz de debilitar el caso del acusador en contra del acusado o asistir el caso del acusado, deber de descubrimiento en estricto sentido.¹²

Además, si bien en principio el descubrimiento probatorio ha sido visto como una herramienta del principio de igualdad y, en consecuencia, ha sido establecido en favor del acusado, también se ha establecido un descubrimiento a su cargo, que consiste en informar, en los mismos términos que el acusador, qué evidencia pretende usar en el juicio. Este descubrimiento del procesado tuvo una de sus manifestaciones en la década de los setenta del siglo pasado con dos decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Williams v. Florida* (U.S. Supreme Court, 1970) y *Wardius v. Oregon* (U.S. Supreme Court, 1973), que abrieron el camino para la reciprocidad en el descubrimiento (Rober Mosteller, 2002, p. 535). En Colombia existe este deber para la defensa, que se expone así:

En términos generales, el descubrimiento corresponde a un proceso de doble vía en el que tanto la Fiscalía como la defensa de forma previa al juicio informan, entregan, exhiben o facilitan el acceso a la contraparte a los medios de convicción que emplearán para soportar su propuesta acusatoria o defensiva, respectivamente, con la salvedad que el proveniente del órgano fiscal debe ser integral, incluso si favorece a la defensa, carga que como es obvio, por virtud del principio de no autoincriminación no se impone a ésta última (Corte Suprema de Justicia, 2011a, p. 15).

En sentido similar:

... es un acto en virtud del cual los sujetos procesales, Fiscalía y defensa, se ven apremiados, en desarrollo de los principios de lealtad, equilibrio e igualdad de armas que precisa el sistema procesal acusatorio, a dar a conocer, exhibir y mostrar a la contraparte, aquellos elementos de juicio sobre los cuales soportarán su teoría del caso, entendida ésta como la definición de la estrategia en punto de los propósitos de una actuación particular” (Corte Suprema de Justicia, 2011b, pp. 10 y 11).

Vistos, entonces, el descubrimiento probatorio, el principio de igualdad de armas y la relación existente entre ellos, nos ocuparemos del descubrimiento probatorio en Colombia y los sujetos responsables del mismo.

III. EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO EN COLOMBIA:

1. A cargo del acusador:

Lo primero que debe acotarse es que son características del mismo las siguientes:

...es de la esencia del sistema penal acusatorio; está sustentado en los principios de igualdad lealtad, defensa, contradicción, objetividad y legalidad; es uno de los actos procesales más significativos para el ejercicio del derecho de defensa, en su componente de contradicción; determina el marco del debate probatorio a materializar en el juicio oral; es un proceso de doble vía y en el caso de la Fiscalía debe ser integral; pretende evitar el sorprendimiento (*sic.*) al opositor; hace parte del debido proceso probatorio; repercute seriamente en el derecho de defensa; el correcto ejercicio del contradictorio depende de un adecuado descubrimiento probatorio (Corte Suprema de Justicia, 2022, pp. 18 y 19).

Entonces, el descubrimiento probatorio solo comienza a partir de la presentación del escrito de acusación y, por ende, no hay ningún deber en tal sentido para el fiscal en la etapa de investigación: ... “ya que la etapa investigativa de la fiscalía es preparatoria para el juicio, la obligación de descubrimiento sólo opera concreta a partir de la formulación de acusación y no puede hablarse de ocultamiento de pruebas, cuando es lo cierto que por estas sólo se asumen las practicadas en el juicio probatorio” (Corte Suprema de Justicia, 2007b, p. 39).

De esta manera, el escrito de acusación debe incluir, entre otras cosas, el descubrimiento de las pruebas, mediante un documento anexo que deberá contener, de acuerdo al CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 337, los siguientes elementos:

- Los hechos que no requieren prueba.
- La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo
- El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
- Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.
- La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.
- Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.
- Las declaraciones o deposiciones.

Fíjese que en este escrito están incluidos la evidencia en la que la acusación pretende basarse (deber de proveer información por anticipado) y el material de relevancia para el caso que el acusador no vaya a emplear y que debilite su caso o fortalezca el de la defensa (deber de descubrimiento en estricto sentido). Así: “... el descubrimiento probatorio, conforme a disposiciones constitucionales y legales, tiene el carácter de un deber. Por eso, la Corte ha dicho que, en virtud de ese deber, a la Fiscalía no le está permitido ocultar ningún dato a la defensa, por insignificante que le llegara a parecer y con independencia de las pruebas que finalmente decida solicitar” (Corte Suprema de Justicia, 2022, p. 19).

Ahora, este primer momento del descubrimiento hace parte del deber de proveer información por anticipado, es decir, cuando “la defensa se entera sobre qué va a versar la acusación y cuáles son los elementos de convicción que apoyan los cargos, instante a partir del cual la defensa técnica empieza la tarea propia de la labor a él encomendada” (Corte Suprema de Justicia, 2008, p. 13).

Un segundo momento del descubrimiento, es decir, el deber de descubrimiento en estricto sentido se da cuando:

No obstante, el conocimiento formal de la acusación que por escrito presentó la fiscalía ante el correspondiente juez de conocimiento, se materializa en la audiencia de formulación de acusación, acto en el cual, luego de disponerse por parte del juez “el traslado del escrito de acusación a las demás partes” (artículo 339) y agotados otros ineludibles pasos, se verifica el segundo momento que la ley ha previsto para el “descubrimiento de la prueba”, instante en el que, según lo dispuesto en el artículo 344, es la defensa quien en primer término y si a bien lo tiene, goza del derecho a solicitar al juez “que ordene a la fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física”, evento en el cual se constituye en una obligación por parte de la fiscalía proceder a cumplir el descubrimiento solicitado por la defensa y ordenado por el juez (Corte Suprema de Justicia, 2008, pp. 13 y 14).

Además, corresponde al acusador descubrir los elementos que debiliten su caso o fortalezcan el de la defensa:

Distinto es que si en el curso de su investigación, la fiscalía encuentra elementos de juicio que puedan ser útiles a la teoría del caso de la defensa, está en la obligación, en el marco de los principios de transparencia y lealtad, a descubrirlos, exhibirlos o entregarlos a su contraparte, lo que no deriva en compromiso suyo por presentarlos dentro del juicio oral, por lo que si la defensa no lo solicitó —como carga que le compete para desvirtuar la acusación—, tales elementos no se traducen en pruebas a efectos de la decisión final tomada por el juez (Corte Suprema de Justicia, 2014c, pp. 9 y 10).

Sin embargo, es posible que en este segundo momento el acusador ejecute el deber de proveer información por anticipado, si omitió mencionar evidencia en el escrito de acusación, y adicionalmente el deber de descubrimiento en sentido estricto:

Así, en un primer momento, incumbe a la Fiscalía presentar entre los anexos que acompañan el escrito de acusación una relación detallada —no exhaustiva necesariamente—¹³ de los elementos materiales probatorios y evidencia física que soportan los cargos —artículo 337.5 de la Ley 906 de 2004—, los que luego son expresamente descubiertos —informados, entregados, exhibidos según sea el caso— a la defensa en la audiencia de formulación de la acusación o dentro de los tres (3) días siguientes —artículo 344 *ibidem*— (Corte Suprema de Justicia, 2011a, pp. 15 y 16).

Así mismo, durante la audiencia preparatoria se dará un tercer momento del descubrimiento:

La audiencia preparatoria es otro de los momentos esenciales para el descubrimiento probatorio, que había iniciado propiamente en la audiencia de acusación. En la audiencia preparatoria (artículos 356, 357, 358 *ibidem*), el juez vuelve a cumplir un papel trascendental frente al proceso de descubrimiento probatorio, pues el funcionario judicial debe intervenir proactivamente para garantizar un adecuado descubrimiento; y en particular: i) concederá a las partes la oportunidad de manifestar sus observaciones al respecto, “en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado incompleto”; ii) ordenará a la defensa descubrir sus elementos materiales probatorios y evidencia física; iii) dispondrá que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral; iv) concederá un término para que la Fiscalía y la defensa expresen si harán estipulaciones probatorias; v), a solicitud de la partes, podrá disponer que se exhiban los elementos materiales probatorios y la evidencia física durante la audiencia preparatoria, con el único fin de ser conocidos y estudiados; y, vi) en todo caso, rechazará los descubrimientos incompletos (Corte Suprema de Justicia, 2007a, p. 60).

Estos tres momentos del descubrimiento probatorio, sin embargo, no son limitativos.¹⁴

Se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento; ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el Juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal (Corte Suprema de Justicia, 2007a, p. 64).¹⁵

De tal suerte, el juez puede autorizar un descubrimiento fuera de estos tres momentos, es decir, posterior:

- i) Cuando se acredita que la falta de descubrimiento obedeció a causas no imputables a la parte que quiere hacer valer la prueba (artículo 346 *ibidem*).
- ii) En el evento en que una persona o entidad diferente a la Fiscalía es la que tiene físicamente o dispone de la evidencia o elemento probatorio; tal el caso de los organismos que cumplen funciones de policía judicial (entre ellos: Procuraduría General de la Nación, Superintendencias y Contraloría General de la República); el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y oficinas de peritos.
- iii) Si ocurriere que durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física “muy significativo que debiera ser descubierto”, tiene el deber de ponerlo en conocimiento del Juez, quien “oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba” (inciso final del artículo 344 *ibidem*) (Corte Suprema de Justicia, 2007a, pp. 55 y 56).

Empero, este descubrimiento excepcional no puede ser utilizado como medio “para purgar la «incuria, negligencia o mala fe» de la parte interesada que debido a esos u otros motivos, sin justificación razonable, no la enuncia y solicita en la oportunidad correspondiente” (Corte Suprema de Justicia, 2014a, p. 67). Es decir, el descubrimiento excepcional no se puede convertir en una etapa adicional de solicitud de pruebas.

Asimismo, el hecho de que el fiscal haya descubierto (deber de proveer información por anticipado) una evidencia, no le impone la carga de practicarla como prueba en el juicio,¹⁶ porque corresponde a su libertad como parte decidir qué quiere incluir como prueba:

Y si en ese camino investigativo se encuentra la Fiscalía con elemento de juicio que puedan servir a la teoría del caso de la defensa, su obligación se limita, dentro del principio de transparencia y para hacer efectiva la igualdad de armas, a descubrirlos y dejarlos conocer a la contraparte, pero no, y aquí se hace necesario resaltar el punto, está obligado a presentarlo como prueba dentro del juicio oral, por manera que si la defensa no lo pidió —como carga que le compete para desvirtuar la acusación—, ese elemento no puede ser considerado para efectos de tomar la decisión final (Corte Suprema de Justicia, 2009, p. 30).

Justamente, esa es la diferencia entre el descubrimiento probatorio y la enunciación probatoria:

... el descubrimiento tiene como fin informar a la contraparte de todos y cada uno de los elementos materiales probatorios que se lograron recolectar en las labores investigativas, en orden a facilitar su acceso, ya sea mediante su exhibición o su entrega física; mientras que la enunciación que se adelanta en audiencia preparatoria tiene como propósito dar a conocer cuáles de esas evidencias previamente descubiertas fueron seleccionadas por la Fiscalía o la defensa para demostrar su teoría del caso” (Corte Suprema de Justicia, 2014b, p. 15).

Por otra parte, dentro del descubrimiento probatorio no está incluida la exhibición de la evidencia, pues ésta solo procede si la parte interesada la solicita al juez:

Es claro, entonces, que no es obligatorio para el juez ordenar la exhibición, en la audiencia preparatoria, de los elementos materiales probatorios y la evidencia física; pues corresponde a la parte interesada solicitar al funcionario judicial que ordene a la otra tal exhibición. De ahí que, bajo ciertas circunstancias, un descubrimiento probatorio podría reputarse completo con la enunciación o puesta a disposición real y efectiva de los medios probatorios; pero aún sin la exhibición de las evidencias y los elementos

materiales probatorios, bien porque la contraparte ya los conoce, ya cuenta con ellos, o no hace manifiesto algún interés especial (Corte Suprema de Justicia, 2007a, p. 61).

De tal suerte, el suministro del descubrimiento probatorio se satisface de la siguiente manera:

Se ha venido destacando la palabra “suministrar” que forma parte de la redacción de los textos constitucional y legal, en el sentido que, en el proceso de descubrimiento, es deber de la Fiscalía suministrar a la defensa todas las evidencias y elementos probatorios de que disponga. El verbo suministrar no puede entenderse necesaria y únicamente como entregar físicamente, o dar, o poner en las manos del otro todas las evidencias ni todos los elementos materiales probatorios. Tal interpretación a menudo desbordaría los límites de lo razonable, conduciría a extremos indeseados, a complejidades extremas, a malversación de recursos o dilatación del juzgamiento, siendo todos estos resultados hipotéticos incompatibles con los fines constitucionales del proceso penal... En ese orden de ideas, la Fiscalía cumple el deber de suministrar las evidencias y elementos probatorios de varias maneras, entre ellas: i) Imprescindiblemente y en todos los casos, “descubriéndolos”, esto es, informando a la defensa, en las oportunidades procesales antedichas, con plena lealtad y con sujeción al principio de objetividad, sobre la existencia, naturaleza y ubicación de todos y cada uno de los elementos probatorios y evidencias; máxime si la Fiscalía va a utilizarlos para sustentar la acusación y si podrían generar efectos favorables para el acusado. ii) Entregándolos físicamente cuando ello sea racional y materialmente posible, como con resultados de un informe pericial o policial, la copia de algunos documentos o algunos elementos o muestras de los mismos. iii) Facilitando a la defensa el acceso real a las evidencias, elementos y medios probatorios en el lugar donde se encuentren, o dejándolos a su alcance, si fuere el caso, de modo que pueda conocerlos a cabalidad, estudiarlos, obtenerlos en la medida de lo racionalmente posible y derivar sus propias conclusiones, de cara a los fines de la gestión defensiva. Corresponde al juez, una vez más, velar porque el suministro, así entendido, sea oportuno y lo más completo posible, pues se trata de facilitar a la defensa el acceso real a los medios que utilizará la Fiscalía en contra del acusado. Similares reflexiones caben cuando el descubrimiento corresponda a la defensa (Corte Suprema de Justicia, 2007a, pp. 61 a 63).

A pesar de que el proceso penal colombiano le ha dado prevalencia a la oralidad, todavía hay actuaciones que se llevan a cabo de manera escrita, como es el caso del descubrimiento probatorio que:

... como acto complejo que es, el legislador, en el artículo 336 de la Ley 906 del 2004, ordena precisamente que lo primero que se impone es presentarla mediante “escrito”. Por su parte, el artículo 337 regula que ese “escrito” acusatorio debe ser acompañado por una serie de “documentos”, entre los cuales se encuentra “5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo” con el contenido de los elementos materiales probatorios con que cuente la Fiscalía. Así, es la ley procesal que la que exige que, en el caso concreto de la acusación, el acto se cumpla por escrito y, a la vez, que el descubrimiento probatorio se haga mediante otro escrito que debe ir anexo a aquel (Corte Suprema de Justicia, 2013b, pp. 10 y 11).

2. A cargo de la defensa

Como ya se mencionó, el descubrimiento de la prueba tuvo su origen en la garantía de los derechos del procesado a conocer la evidencia que iba a ser usada en su contra por el acusador. Sin embargo, actualmente se ha incluido para el procesado el deber de dar a conocer, en forma similar a la que hace el acusador, la evidencia que pretende usar en juicio para sustentar su teoría del caso, en el caso de que la tenga. Debe recordarse que, en virtud de la presunción de inocencia y de la carga de prueba (elementos del principio de igualdad de armas), el procesado no está obligado a presentar ninguna teoría del caso, ni a solicitar la práctica de ninguna prueba en el juicio, porque tales cargas solo las tiene como obligatorias el acusador. Es decir, la defensa puede asumir una actitud ciento por ciento pasiva y ello puede ser aceptado como un ejercicio del derecho de defensa. Empero, esto

depende del caso en concreto y de la evidencia que posea el acusador, porque en otro tipo de casos sí que es necesaria la intervención de la defensa para materializar el derecho de defensa.

En Colombia el legislador incluyó el descubrimiento de la prueba para el procesado, deber que comienza ya desde la audiencia de formulación de acusación, según lo dispone el CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 344:

Ahora bien, si en la audiencia de formulación de acusación la defensa cuenta con algunos o todos los elementos materiales probatorios o evidencia física sobre los cuales pretende en el juicio sustentar su tesis argumentativa, en aplicación de los principios de lealtad, igualdad y contradicción, está en la obligación de suministrarlos, situación que, sin duda, dentro de la metodología que prevé la ley, da razón de ser a lo previsto en el citado artículo 344, inciso 2o., cuando consagra que en dicha audiencia también “la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales probatorios de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio”, pues resultaría inadmisibile que contando la defensa con tales elementos se abstuviera de hacerlos conocer, conllevando a una clara trasgresión de los mencionados principios fundamentales sustentadores de la sistemática propia del enjuiciamiento oral (Corte Suprema de Justicia, 2008, pp. 14 y 15).

Este primer momento de descubrimiento de la prueba a cargo de la defensa estará limitado, por supuesto, a que “la defensa realmente acceda al escrito de acusación y sus anexos antes de realizarse la audiencia de formulación de acusación (artículo 338 *ibidem*), lo cual implica una conducta diligente del Fiscal, de la defensa y del Juez de conocimiento” (Corte Suprema de Justicia, 2007a, p. 57). Además, en este momento, el descubrimiento también estará circunscripto al hecho de que el defensor tenga elementos materiales probatorios y evidencia física, lo cual no siempre ocurrirá (Corte Suprema de Justicia, 2008, p. 15).

Luego, la defensa tendrá en la audiencia preparatoria su última oportunidad de presentar dicha evidencia, según el CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 356, numeral 2o., y de acuerdo con el orden que en esta norma se establece, so pena de que no pueda ser considerada como tal (Corte Suprema de Justicia, 2013a, pp. 14 y 15). Así que justo cuando tanto Fiscalía y defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público se constituye en el momento en el que precluye la oportunidad para las partes de incluir evidencia, salvo que se trate de alguna de las hipótesis ya mencionadas cuando se expuso el descubrimiento probatorio a cargo del acusador, por lo que nos remitimos a tal aparte.

3. *¿Descubrimiento a cargo de la víctima?*

En principio, el CPP, del 1 de septiembre de 2004, no incluía a las víctimas como sujetos con capacidad de intervenir en el descubrimiento probatorio. Sin embargo, ello cambió con la sentencia C-209 de 2007 de la Corte Constitucional. En este fallo, entre otros puntos, se declaró: a) la constitucionalidad condicionada del CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 344, “en el entendido de que la víctima también puede solicitar el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica” (Corte Constitucional, 2007a, p. 91); b) la constitucionalidad del CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 356, “en el entendido de que la víctima también puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral” (Corte Constitucional, 2007a, p. 92), y c) la constitucionalidad del CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 358, siempre

y cuando se entienda que la víctima puede solicitar la exhibición de los elementos materiales probatorios y evidencia física, con el fin de conocerlos y estudiarlos (Corte Constitucional, 2007a, p. 92).

La sentencia C-209 de 2007 de la Corte Constitucional tuvo como referencia a la sentencia C-454 de 2006, que a su vez había declarado la constitucionalidad condicionada del CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 357, “en el entendido que los representantes de las víctimas, pueden hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía” (Corte Constitucional, 2006, p. 56), pues el legislador incurrió en: “...una omisión trascendente para el derecho de acceso de la víctima a la justicia (Artículo 229 CP), en cuanto obstruye sus posibilidades de efectiva realización de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, y la coloca, de manera injustificada, en una posición de desventaja en relación con otros actores e intervinientes procesales” (Corte Constitucional, 2006, p. 55).

Entonces, al tomar como referencia la sentencia C-454 de 2006, dijo la Corte en el fallo C-209 de 2007:

En la sentencia C-454 de 2006, precitada en la sección anterior, la Corte precisó el alcance del derecho de las víctimas a solicitar pruebas en la audiencia preparatoria regulada en el artículo 357 de la Ley 906 de 2004 y concluyó que la omisión del legislador al no incluir a las víctimas dentro de los actores procesales que podían hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, era contraria a la Carta. Con el fin de examinar la constitucionalidad de esa omisión legislativa relativa, la Corte resolvió cuatro preguntas: (i) ¿Se excluye de su presupuesto fáctico a un sujeto que por encontrarse en una situación asimilable a los que la norma contempla, debería subsumirse dentro de ese presupuesto?; (ii) ¿Existe una razón objetiva y suficiente que justifique esa exclusión?; (iii) ¿Se genera una desigualdad injustificada entre los diferentes actores del proceso? y (iv) ¿Esa omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador de un deber constitucional, en este caso del deber de configurar una verdadera intervención de la víctima en el proceso penal? La respuesta positiva a las cuatro preguntas planteadas llevó a la Corte a concluir que en el caso del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, para garantizar la efectividad del derecho a acceder a la justicia y del derecho a la verdad, a la víctima debe permitírsele (i) hacer solicitudes probatorias en la audiencia preliminar; (ii) así sea en una etapa previa al juicio; y (iii) tal posibilidad la puede ejercer directamente la víctima (o su apoderado); y (iv) sin que ello desconozca las especificidades del nuevo sistema acusatorio ni los rasgos estructurales del mismo (Corte Constitucional, 2007a, p. 86).

Empero, si bien en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se hacía mención expresa de la participación directa de la víctima, o su apoderado, en la solicitud probatoria y en lo concerniente al descubrimiento, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, tomaba partido por una visión distinta:

Esa alusión a la igualdad de condiciones de la víctima, la defensa y la Fiscalía, en el campo probatorio, no deja de ser un enunciado teórico que no se puede concretar en la práctica, pues el estatuto procesal y las decisiones de constitucionalidad exigen que la práctica de las pruebas en el juicio oral corresponde, de manera exclusiva y excluyente, a las partes, esto es, a la Fiscalía y a la defensa (Corte Suprema de Justicia, 2011d, p. 30).

Esto significa que para la Corte Suprema de Justicia solo la Fiscalía y la defensa pueden solicitar pruebas y las víctimas deben transmitir su solicitud a aquella para que las haga en el momento oportuno procesalmente:

De tal manera que para hacer efectiva la facultad de solicitar pruebas, la situación debe valorarse desde quienes tienen la potestad para intervenir en su práctica. Por tanto, si los llamados a ese procedimiento son exclusivamente Fiscalía y defensa, es a tales partes a las cuales se impone exigir la carga del

descubrimiento probatorio en las instancias de ley. En ese contexto, indefectiblemente, en el tema tratado la víctima tiene la carga de hacer causa común con la Fiscalía, en el entendido de que esta es la titular de la acción penal, la dueña de la acusación (acto que garantiza los derechos de la víctima) y la única llamada a introducir las pruebas. Por tanto, las solicitudes probatorias de la víctima deben ser canalizadas por medio del único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertirlas en el debate oral (Corte Suprema de Justicia, 2011d, p. 30).

Esto, en relación con el descubrimiento probatorio, significa que:

... la víctima, previo su acceso al derecho del artículo 357 debe haber cumplido con la carga de, a través de la Fiscalía, descubrir las pruebas que pretende hacer valer en el juicio, y ese acto de descubrimiento se impone cumplirlo, a satisfacción, antes de la solicitud y necesariamente ese momento tiene que coincidir con las mismas fases regladas para la Fiscalía, con la salvedad obvia de que al director de la audiencia le corresponde concederle un lapso razonable para que se entere con suficiencia de lo propuesto por la Fiscalía en la audiencia de acusación, agotado lo cual, pueda cumplir con su obligación (Corte Suprema de Justicia, 2011d, pp. 34 y 35).

En sentido similar se ratificó la Corte Suprema de Justicia: “... las facultades probatorias de la víctima como interviniente en el proceso penal reglado en la Ley 906 de 2004, deben concretarse a través del fiscal regente de la acusación, y que por lo tanto las respectivas solicitudes y descubrimiento se canalizan a través de ese sujeto procesal en los términos y oportunidades que éste debe observar” (Corte Suprema de Justicia, 2015, p. 9).

Entonces, consideramos que esta posición de la Corte Suprema de Justicia es más adecuada con la estructura del sistema procesal de tendencia adversativa implementado con el CPP, del 1 de septiembre de 2004 , y también pone presente que la solución a la situación de violación de los derechos de las víctimas en el proceso penal reside en la aplicación de la normatividad vigente y en el cumplimiento de los deberes de fiscales y jueces sobre el particular, más que en la concesión de mayores poderes de intervención en el proceso penal a las víctimas. En igual sentido, esta concesión a las víctimas no es deseable desde un punto de vista de política penal, pues ella puede ser considerada razonablemente como una aceptación tácita del sistema penal de su incapacidad para hacer frente a la criminalidad y contribuir a la percepción de inseguridad ciudadana, con todos los problemas que esto acarrea, en especial la maximización del derecho penal (Rafael Velandia-Montes, 2015, p. 238).

IV. CONCLUSIONES

El sistema adversativo brinda más garantías al procesado que uno inquisitivo, pero los dos sistemas son objeto de censura por su ineficacia frente a la criminalidad, que se refleja en la falta de procesamiento de responsables de delitos, en la absolución de culpables cuando son procesados y en la condena de inocentes, lo que permite inferir que estos problemas no dependen de la configuración del sistema penal en el ámbito procesal, sino de factores distintos, lo que hace imperativo emprender investigaciones para comprender cuál es la causa.

El descubrimiento probatorio es un elemento del principio de igualdad de armas y tiene como fin reducir al máximo posible las diferencias que hay, de manera predominante, entre el acusador, es decir, el Estado, y el procesado, pero se reconoce que es imposible lograr una igualdad real.

El descubrimiento probatorio es un deber que se impone al acusador de dar a conocer al acusado los elementos que pretende utilizar como prueba en el proceso penal. Así mismo, incluye todo material de relevancia que no pretenda usar el acusador, pero que debilite su caso o que sea favorable para el acusado.

En virtud del principio de lealtad procesal, el acusado, a través de su defensa, debe presentar al acusador qué elementos materiales pretende usar como prueba en el proceso penal, siempre y cuando pretenda ejercer el derecho de defensa, pues debe tenerse en cuenta que la defensa puede ser por completo pasiva, bajo la materialización de dos elementos del principio de igualdad de armas: la presunción de inocencia y la carga de la prueba.

Los conceptos de verdad y justicia, como conceptos absolutos, corresponden más a un sistema inquisitivo. Empero, ello no significa que en un sistema adversativo no se busque determinar qué ocurrió en un caso en concreto, sino que se reconoce que ello se somete a las reglas de la lógica, en cuanto a persuasión al juez, más allá de toda duda razonable, de la responsabilidad penal del acusado.

La participación de las víctimas en el proceso penal debe darse a través del acusador y no mediante la concesión de mayores poderes de intervención a ellas porque esto rompe el equilibrio del sistema adversativo: si el acusador cumple con sus deberes, se logrará la satisfacción de los derechos de verdad y justicia para las víctimas. Además, la concesión de mayores poderes de intervención en el proceso penal para las víctimas denota un desprendimiento del acusador, y por ende del Estado, de sus deberes frente a ellas, más que una preocupación sobre el particular.

V. REFERENCIAS

- BRAVERMAN, S. (2022). Attorney General's Guidelines on Disclosure. For Investigators, Prosecutors and Defence Practitioners. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2005a). Sentencia C-591 de 2005.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2005b). Sentencia C-1194 de 2005.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2006). Sentencia C-454 de 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2007a). Sentencia C-209 de 2007.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2007b). Sentencia C-396 de 2007.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2008). Sentencia C-536 de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2009). Sentencia T-436 de 2009.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2007a). Proceso 25920, 21 de febrero de 2007.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2007b). Proceso 27108, 3 de mayo de 2007.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2007c). Proceso 26827, de 11 de julio de 2007.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2007d). Proceso 28656, de 28 de noviembre de 2007.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2008). Proceso 28847, 12 de mayo de 2008.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2009). Proceso 31103, 27 de marzo de 2009.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2011a). Proceso Núm. 33.844, 4 de mayo de 2011.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2011b). Proceso 35186, 19 de octubre de 2011.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2011c). Proceso 36788, de 26 de octubre de 2011.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2011d). Proceso 37596, 7 de diciembre de 2011.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Decisión Penal de Tutelas (2013a). Tutela de primera instancia 66691, 9 de mayo de 2013.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2013b). Segunda instancia Proceso 42.315, 16 de octubre de 2013.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2014a). Proceso 43303, 25 de junio 2014.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2014b). Proceso 43857, 30 de julio de 2014.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2014c). Proceso 43470, 22 de octubre de 2014.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2015). Proceso 45327, 9 de septiembre de 2015.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2022). Proceso 60433, 16 de febrero de 2022.
- DAMAŠKA, M. (2002). The Adversary System. En *Encyclopedia of crime and justice*. Joshua Dressler (ed.). Macmillan Reference.
- GOLDSMITH, P. (2005). Attorney General's Guidelines on Disclosure. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/41308526
- LÓPEZ STERUP, H. (2008). *Derecho al debido proceso –algunas consideraciones–. Manual de constitución y democracia*. Volumen I. De los derechos. 2a. ed. Ricardo Posada y Henrik López Sterup (eds.). Universidad de Los Andes.
- MCLEOD, A. M. (2010). Exporting U.S. Criminal Justice. *Yale Law & Policy Review*, 29(1). 83-164. <http://www.jstor.org/stable/41308526>
- MOSTELLER, R. P. (2002). Discovery. *Encyclopedia of crime and justice*. 2nd. Edition. Joshua Dressler (ed.). Macmillan Reference.
- ROBERTS, P. y ZUCKERMAN, A. (2004). *Criminal Evidence*. Oxford University Press.
- SPRACK, J. (2004). *A Practical Approach to Criminal Procedure*, 10a ed. Oxford University Press.
- Sward, E. (1989). Ideology, and the Evolution of the Adversary System. En: *Indiana Law Journal*, 64, (2), Article 4.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ESPAÑOL (1997). Resolución 240 del 28 de octubre de 1997. https://www.cnmc.es/sites/default/files/75198_o.pdf
- U.S. SUPREME COURT, Williams v. Florida, 399 U.S. 78, 1970. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/399/78/>

U.S. SUPREME COURT, *Wardius v. Oregon*, 412 U.S. 470, 1973.
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/412/470/>

VAN CAENEGEM, W. (1999). *Advantages and Disadvantages of the Adversarial System in Criminal Proceedings*. Law Faculty Publications, paper 224.

VELANDIA-MONTES, R. (2006). *Deberes de la Fiscalía con relación al descubrimiento de elementos probatorios en poder de terceros en los derechos procesales penales colombiano e inglés. Prolegómenos, derechos y valores*, Universidad Militar “Nueva Granada”.
<https://doi.org/10.18359/prole.2586>

VELANDIA-MONTES, R. (2015). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, tomo I, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/view/99/191/1075>

ZAFFARONI, E. R. *et al.* (2000). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar.

* Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad de Zaragoza, España; abogado de la Universidad Externado de Colombia; especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma casa de estudios y diploma en Estudios Avanzados de la Universidad de Zaragoza, en el área de Filosofía del Derecho; docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá, D. C. Correos electrónicos: rafaelvelandiamontes@hotmail.com y rafaelvelandia@usta.edu.co.

** Doctor en Sociología por la Universidad Autónoma Metropolitana de México; magíster en sistemas penales comparados de la Universidad de Barcelona; maestro en filosofía de la UNAM-México y abogado de la Universidad Nacional de Colombia, docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: alejandrogomezjaramillo@yahoo.com.mx.

*** Magíster en derecho Penal de la Universidad Libre, sede Bogotá; especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia y abogada de la Universidad de la Sabana, docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Bogotá. Correo electrónico: ana.solartec@campusucc.edu.co.

¹ Es evidente que ya el descubrimiento de la prueba aparece mencionado antes, en el artículo 337 del CPP del 1 de septiembre de 2004, que se ocupa del escrito de acusación, pero es en el artículo 344 en donde el legislador colombiano da desarrollo a este instrumento.

² “El *attorney general* es uno de los oficiales de la ley (*law officers*), junto con el *solicitor general* (que cumple, en términos generales, las funciones del *attorney general* en su ausencia, aunque también tiene funciones propias) y el *advocate general for Scotland*. El *attorney general* es nombrado por el primer ministro y tiene como funciones: 1) ser asesor legal del gobierno, bien sea a uno o los demás ministros, en asuntos legales locales, europeos o internacionales; 2) supervisar y responder ante el Parlamento inglés por el trabajo de los diversas dependencias que constituyen el Departamento de los Oficiales de la Ley; 3) actuar en defensa del interés público; 4) una variedad de funciones que incluyen asesoría al Parlamento inglés en lo que se refiere a la conducta y disciplina de sus miembros, es el líder de la Barra de Abogados, entre otras” (Rafael Velandia-Montes, 2006, p. 80).

³ El término *evidencia* se utilizará como sinónimo de elemento material probatorio y de evidencia, a menos que sea necesario utilizar técnicamente alguno de estos dos últimos vocablos.

⁴ Sin pretender hacer una afirmación definitiva en tal sentido, es razonable inferir que nunca ha existido un modelo que haya sido 100% puro.

⁵ Proceso que se debe a la aparición de una punitividad en las sociedades contemporáneas. Sobre el punto véase Rafael Velandia-Montes (2015, p. 64).

⁶ Por criminalización secundaria se hace referencia a aquella que ejecutan policías, jueces y agentes penitenciarios que, ante la imposibilidad de conocer todos los conflictos criminalizados, operan con carácter selectivo eligiendo actuar sobre ciertos conflictos. Los criterios de tal selección son elegidos por ellos mismos, pero también por empresarios morales, tales como un “comunicador en pos de audiencia como un político en busca de clientela, un grupo religioso en procura de notoriedad, un jefe policial persiguiendo poder frente a los políticos, una organización que reclama por los derechos de las minorías, etcétera”. (Eugenio Zaffaroni *et al.* 2000, pp. 7 y 8).

⁷ En Colombia es un hecho notorio que los procesos penales que reciben atención preponderante sobre los demás son aquellos en los que el procesado se encuentra privado de la libertad, por las consecuencias disciplinarias y penales para los servidores públicos que generan los vencimientos de términos procesales y la consecuente prolongación ilícita de la libertad del procesado.

⁸ Incluso cuando el sistema procesal penal es considerado exitoso ello no siempre se ve reflejado en la opinión pública, como ocurre en el caso de Chile, en donde, a pesar de tal éxito, el miedo al delito en el vecindario aumentó en los ciudadanos chilenos. Al respecto ver Allegra McLeod (2010, p. 153).

⁹ La ya citada criminalización secundaria, que opera selectivamente y en la que, sin duda, el poder punitivo del Estado se ejerce predominantemente contra quienes no tienen ascendiente en quienes lo operan.

¹⁰ No puede dejar de llamarse la atención sobre el hecho de que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1194 de 2005, toma como referencia para estudiar el descubrimiento probatorio en materia penal elementos de otras áreas del derecho como el derecho de la competencia, lo cual es inadmisibles porque vincula dos campos del derecho que tienen finalidades, campos de acción, racionalidades, procedimientos y partes procesales

por completo distintas. Así, dijo la Corte Constitucional: “El Tribunal de Defensa de la Competencia Español (resolución 240), ha establecido, por ejemplo, que el principio de igualdad de armas ‘exige que se conceda el mismo tratamiento a las partes que intervengan en el expediente’” (Corte Constitucional, 2005b, p. 18). Este mismo argumento ha sido repetido, sin ninguna reflexión, entre otras, en las sentencias de la Corte Constitucional C-396 de 2007 (Corte Constitucional, 2007b, pp. 36 y 37); C-536 de 2008 (Corte Constitucional, 2008, p. 24) y T-436 de 2009 (Corte Constitucional, 2009, pp. 25 y 26). La misma mención se puede encontrar en la doctrina, verbigracia Henrik López Sterup (2008, pp. 144 y 145). Por último, debe mencionarse que la ampliamente citada resolución 240 del Tribunal de Defensa de la Competencia Español 1997 —hoy nominado como Comisión Nacional de la Competencia— es una decisión que resuelve un recurso en un trámite sancionatorio por infracciones al derecho de la competencia, en el que la parte investigada buscaba utilizar como prueba de exculpación un documento declarado como confidencial. El Tribunal determinó: “...no se puede olvidar que el mantenimiento de la confidencialidad afecta directamente a los denominados derechos de defensa, de modo que el principio general a establecer es que nadie pueda ser condenado en base a un documento que no ha podido ser rebatido por el mismo por haberse mantenido secreto, pero, del mismo modo y a la inversa, tampoco un documento declarado confidencial puede servir para exculpar a un interesado, ya que en el procedimiento existen otros interesados, como los denunciantes, a los que se les negaría la posibilidad de argumentar sobre dicho documento para obtener la inculpación del afectado y lograr, bien que las prácticas restrictivas de la competencia no se perpetúen en el tiempo o bien una indemnización de daños. El principio de igualdad de armas exige, pues, que se conceda el mismo trato a las partes que intervienen en el proceso” (Tribunal de Defensa de la Competencia Español, 1997, p. 4).

¹¹ “Prosecutors should ‘prosecute, not persecute’” (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 56).

¹² Sobre la relevancia del descubrimiento de material no usado es importante mencionar las palabras de la antigua *attorney general* Suella Braverman: “El adecuado descubrimiento de material no usado sigue siendo una parte crucial de un juicio justo y es esencial para evitar errores judiciales. El descubrimiento sigue siendo una de las cuestiones más importantes y complejas del sistema de justicia penal, y es prioritario para este gobierno alentar a mejorar la práctica del descubrimiento a fin de garantizar que el régimen del descubrimiento funcione de manera eficaz, justa y equitativa” (Suella Braverman, 2022, p. 4).

¹³ En sentido distinto se pronuncia la misma corte: “En cumplimiento de su deber funcional, la Fiscalía está obligada anunciar desde el escrito de acusación, con una lista bien detallada, todas las pruebas que pretenda hacer valer en el juicio oral (artículo 337, numeral 5), el cual deberá contener: una relación de los hechos, las pruebas anticipadas —si las hubiere—, los datos para la localización de los testigos de cargo y de descargo, los datos para la ubicación de los peritos, los documentos que pretenda aducir con los respectivos testigos de acreditación; y además, los elementos que pudieren resultar favorables al acusado” (Corte Suprema de Justicia, 2007a, pp. 56 y 57).

¹⁴ Aunque la Corte alcanzó a plantear una definición distinta de las etapas: “Este descubrimiento se realiza en tres etapas: la primera, a cargo de la Fiscalía quien con el escrito de acusación relaciona los elementos materiales probatorios y las evidencias con las que pretende soportar su teoría del caso, documento que puede aclarar, adicionar o corregir dentro de la audiencia de formulación de acusación en cuya sustentación se realiza el descubrimiento probatorio; la segunda, por cuenta de la defensa quien en forma discrecional puede iniciar su revelación en esta audiencia, pero es en la audiencia preparatoria en donde se le impone tal obligación; y excepcionalmente se admite un tercer estadio procesal en el juicio oral, cuando aparezca un elemento material probatorio o evidencia física ‘muy significativo, caso en el cual se debe poner en conocimiento del juez quien después de oír a las partes decide si resulta excepcionalmente admisible o si opera su exclusión’” (Corte Suprema de Justicia, 2011c, p. 9).

¹⁵ Además: “No es correcta la afirmación de los libelistas, según la cual, la audiencia de acusación es el momento exclusivo que habilita la ley para hacer el descubrimiento probatorio, pues, como se ha explicado, ese descubrimiento es un proceso que usualmente se efectúa en distintos momentos, e inclusive fuera de las audiencias, a condición de que cada parte conozca definitivamente cuáles serán las ‘armas’ que la otra utilizará para soportar su teoría del caso” (Corte Suprema de Justicia, 2007a, p. 65).

¹⁶ Esto, por supuesto, aplica por igual para la defensa.