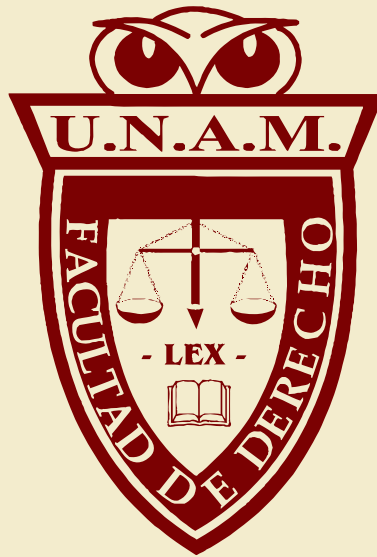


# REVISTA DE LA **FACULTAD DE DERECHO** DE MÉXICO

Tomo LXXII Septiembre - Diciembre 2023 Número 287

*<https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.287>*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

## LIMINAR

**E**n este número 287 de la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, correspondiente al cuatrimestre septiembre-diciembre de 2023, se abordan temáticas de relevancia jurídica e interés académico. Una de ellas, que sin duda representa un reto para los profesionales del derecho, es la regulación de la inteligencia artificial por parte de las autoridades y el fomento de su uso responsable en los diversos campos del conocimiento humano.

En la sección de Doctrina, haciendo énfasis en el perfil internacional de nuestra publicación, se presentan trabajos de investigadores y profesores provenientes de distintos países. A saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia Ecuador, España, Estados Unidos, Uruguay y, por supuesto, México. Todos estos son artículos que ayudan al lector a visibilizar problemáticas y promover soluciones en varias áreas del derecho, incidiendo en el estado del arte de las disciplinas.

Por su parte, en la sección de Análisis de jurisprudencia, se presentan tres trabajos de juristas que comentan al respecto de la actividad jurisdiccional federal. Dos de ellos, analizan sentencias de amparos en revisión, mientras que el tercero, desarrolla el tema de la improcedencia del juicio de amparo en contra del nombramiento del cargo de rector en universidades públicas.

Finalmente, se cierra el número en comentario con la sección de Reseñas, donde académicos valoran por su cuenta el contenido de tres obras: *Atlas de la Seguridad del Estado de México 2022*; *Democracia, bolsonarismo e a percepção do eleitorado, 2022*; y *Apuntes de Historia de la Filosofía del Derecho en México*.

Jorge FERNÁNDEZ RUIZ



## Regulación brasileña de la inteligencia artificial

### Brazilian regulation of artificial intelligence

Antonio PIMENTEL CAVALCANTE \*

**RESUMEN:** Resumen: Los impactos sociales, económicos y políticos, tanto positivos como negativos, causados por la Inteligencia Artificial (IA) han puesto a la humanidad en un momento de establecer parámetros legales para el uso y aplicación de nuevas tecnologías disruptivas. Organizaciones internacionales y gobiernos han comenzado a discutir la regulación de la IA. Brasil está avanzando en el tema y está proponiendo una legislación específica para establecer principios, normas, directrices y fundamentos para regular el desarrollo y el impacto de la inteligencia artificial en la sociedad brasileña, ya sea en el ámbito privado o público. Este artículo, basado en una revisión bibliográfica y de documentos legales, busca investigar cuál es el modelo regulatorio que el país está a punto de adoptar y si el camino brasileño está en armonía con las directrices de la Recomendación emitida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

**PALABRAS CLAVES:** Tecnología; Inteligencia Artificial; OCDE; Estrategia Brasileña; Regulación.

---

\* Graduado por la Facultad de Alagoas. Estudiante de Maestría en Derecho en la Facultad Autónoma de Derecho de San Pablo. Contacto: <pimentelcavalcantedv@gmail.com> Fecha de recepción: 22/08/23. Fecha de aprobación: 16/10/23.

**ABSTRACT:** The social, economic and political impacts, both positive and negative, caused by Artificial Intelligence (AI) have put humanity at a point where it needs to establish legal parameters for the use and application of new disruptive technologies. International organizations and governments have started to discuss the regulation of AI. Brazil is moving forward on the issue and is proposing specific legislation to set out principles, rules, guidelines and foundations to regulate the development and impact of artificial intelligence in Brazilian society, whether in the private or public sphere. This article, based on a bibliographical review and legal documents, seeks to investigate which model of regulation the country is about to adopt and whether there is harmony between the Brazilian path and the guidelines of the Recommendation issued by the Organization for Economic Cooperation and Development (OCDE).

**KEYWORD:** Technology; Artificial Intelligence; OCDE; Brazilian Strategy; Regulation.

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, las tecnologías digitales han provocado cambios sustanciales en la vida cotidiana de las personas, especialmente con la llegada de Internet. Cada día, las personas están conectadas, a pesar de las barreras culturales y geográficas, interactuando desde diferentes dispositivos para formar un ecosistema virtual llamado ciberespacio. Todo, básicamente todo, está conectado, desde los electrodomésticos a los coches, pasando por los teléfonos móviles y los supermercados, compartiendo información con el mundo que nos rodea. Y nuestra dependencia de la tecnología aumenta cada día y de innumerables maneras, desde comunicarnos con familiares y amigos, hasta gestionar nuestras cuentas bancarias e incluso comprar en tiendas y plataformas en línea.

La era digital ha supuesto una auténtica revolución, sentando las bases definitivas de la sociedad de la información<sup>1</sup>. La comunicación instantánea y global, que hace que las distancias físicas pierdan relevancia y las fronteras se diluyan, aunque el mundo

---

<sup>1</sup> “En su Informe Mundial ‘Hacia las sociedades del conocimiento’, las definió como sociedades que se benefician de su diversidad y de su capacidad para fomentar el intercambio de conocimientos. Estas sociedades ofrecen muchas nuevas oportunidades de desarrollo con el apoyo de las innovaciones tecnológicas y la participación a gran escala en la producción y el consumo de información. El informe identificaba cuatro dimensiones de las sociedades del conocimiento: libertad de expresión y libertad de información, acceso universal a la información y al conocimiento, educación de calidad para todos y respeto de la diversidad lingüística y cultural”. MANSELL, Robin y TREMBLAY, Gaëtan, *Renovando a visão das sociedades do conhecimento para a paz e o desenvolvimento*, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, Trad. Melissa Nicolosi e Gustavo Pugliesi Sachs, São Paulo, Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015, p. 1.

signa dividido en Estados soberanos, se contraponen al esquema espacial del espacio físico analógico, porque en el mundo virtual el tiempo y el espacio no existen. El efecto jurídico inmediato es la alteración de las formas tradicionales de producir y aplicar normas jurídicas.

El bienestar de la humanidad debería ser el objetivo de estas tecnologías digitales, ayudando con el diálogo y la tolerancia a formar sociedades más pacíficas, democráticas y cohesionadas, aplicando la justicia social, aunque esto es sólo una parte de la realidad. Hay informes de tecnologías digitales que se utilizan para violar derechos, violar la privacidad, polarizar la sociedad e incitar al odio.

El Derecho Digital<sup>2</sup> es la respuesta a esta posmodernidad líquida, como la llamó el sociólogo y filósofo Zygmunt Bauman (2001). El mundo en el que vivimos es un mundo en constante desmoronamiento y, por tanto, sujeto a continuos cambios. Un mundo que fluye rápidamente y en el que todo se nos escapa de las manos. El mundo digital forma parte de esta modernidad líquida. Es un mundo que no se ve, que no se toca, lo que dificulta su control. Un mundo que debe regularse legalmente.

Máquinas inteligentes que se comunican y aprenden unas de otras son características de la era de la constante innovación tec-

---

<sup>2</sup> “El ‘Derecho Digital’ aspira a ser una nueva disciplina jurídica que nasce como consecuencia de tres circunstancias. En primer lugar, la necesidad de contar con una respuesta jurídica precisa para toda actividad relacionada con los servicios de la sociedad de la información – ya ahora sociedad digital – que disponga de su propia regulación, lenguaje y elementos axiológicos. En segundo lugar, del efecto transversal que las tecnologías, sobre todo Internet ya ahora las tecnologías disruptivas, están suponiendo en nuestras vidas y, por onde, en el resto de las tradicionales ramas des Derecho. Y, en tercer lugar, de promulgar algunas normas jurídicas nuevas para dar respuesta a los cambios que introduce la Cuarta Revolución Industrial (o Industria 4.0)”, BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Manual de Derecho Digital*, 2.ed., Valencia, Tirant to Blanch, 2022, p. 36.

nológica. Los sistemas automatizados están en ramas que antes requerían complejas habilidades cognitivas humanas. La Inteligencia Artificial (IA) ha surgido en un esfuerzo por simular la inteligencia humana y sus repercusiones ya predicen la automatización del mercado laboral a medida que esta tecnología disruptiva sustituya varios puestos de trabajo en poco más de una década<sup>3</sup>.

Isaac Asimov, aunque escribía ciencia ficción, ya previó la necesidad de establecer normas para la tecnología en los años 50, cuando creó las Tres Leyes de la Robótica:

1) un robot no puede herir a un ser humano o, por inacción, permitir que un ser humano sufra algún daño; (2) un robot debe obedecer las órdenes que le den los seres humanos, excepto en los casos en que dichas órdenes entren en conflicto con la primera ley; (3) un robot debe proteger su propia existencia, siempre que dicha protección no entre en conflicto con la primera o la segunda ley.<sup>4</sup>

Al mismo tiempo, en los círculos académicos, demostrando que la ficción se estaba convirtiendo en realidad, surgió el término Inteligencia Artificial (IA) para referirse a la reproducción por parte de las máquinas de la capacidad humana de razonar, calcular e incluso crear artísticamente<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> BRUM, Gabriel, A Inteligência Artificial pode Afetar Futuro do Mercado de Trabalho: Automação e Inteligência Complementam Trabalhos Humanos. Disponible en: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-05/inteligencia-artificial-pode-afetar-futuro-mercado-de-trabalho>> (24 de jun. 2023).

<sup>4</sup> Cfr. ASIMOV, Isaac, *Eu, Robô*, Trad. de Aline Storto Pereira, São Paulo, Aleph, 2015.

<sup>5</sup> “El término Inteligencia Artificial fue acuñado por John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester y Claude Shannon en un documento fechado el 31 de agosto de 1955, titulado *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*. Se trataba de una propuesta para el



A pesar del reconocimiento de que la IA tiene el potencial de promover una mejora en el bienestar de las personas, implementar una economía global sostenible positiva, aumentar la innovación y la productividad y ayudar a resolver los principales problemas de la humanidad, estas transformaciones pueden ser percibidas de manera diferente en cada sociedad y economía, especialmente en lo que respecta a los cambios económicos, la competencia, las transiciones del mercado laboral, las desigualdades, así como tener impactos negativos en la democracia y los derechos humanos, la privacidad y la protección de datos y la seguridad digital.

Ante estos debates técnicos y jurídicos sobre su uso, sus posibles aplicaciones y su interacción con los seres humanos en los procesos de toma de decisiones, se insta a los gobiernos y a las organizaciones internacionales a debatir y promover políticas públicas y la regulación de la IA en relación con sus implicaciones para los derechos humanos, la protección de los consumidores, los datos personales, los derechos de propiedad intelectual, la conducta empresarial responsable y la competencia.

Este trabajo utiliza una revisión bibliográfica sobre el tema y analiza documentos jurídicos internacionales y brasileños, exponiendo las directrices de la OCDE - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en relación a la Inteligencia Artificial, trayendo a colación su Recomendación, ya que reúne los principios y políticas que mejor responden a las aspiraciones del momento actual compartidas por todos sus miembros y países participantes, siendo Brasil uno de ellos.

---

primer evento científico sobre el tema, celebrado en el verano de 1956 en el *Dartmouth College*, que se considera el hito inaugural del estudio de la Inteligencia Artificial, que a partir de entonces se organizó como ciencia autónoma.” MEDINA, José Miguel García; MARTINS, João Paulo Nery dos Passos. “A Era da Inteligência Artificial: As Máquinas poderão tomar Decisões Judiciais?” en *Revista dos Tribunais*, vol. 1020, 2020, p. p. 312.

A continuación, discutimos la Estrategia Brasileña de Inteligencia Artificial, fuertemente influenciada por el documento legal de la OCDE.

Por último, presentamos el proyecto de ley sustitutivo que se está tramitando en el parlamento brasileño para regular la Inteligencia Artificial con disposiciones generales y basadas en principios sobre el uso y desarrollo de esta tecnología en Brasil.

## II. RECOMENDACIÓN DE LA OCDE SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La OCDE, organización internacional que se autodenomina promotora de una vida mejor para la humanidad, trabajando conjuntamente con sus países miembros en la formulación de políticas orientadas a la prosperidad, la igualdad, las oportunidades y el bienestar para todos, elaboró en 2019 un documento legal denominado “Recomendación del Consejo de Inteligencia Artificial”<sup>6</sup>.

El documento pretende potenciar los efectos beneficiosos de la tecnología, neutralizando las externalidades negativas, reconociendo el factor confianza en la IA como clave para su difusión y adopción, lo que requiere un entorno político estable, con un enfoque centrado en el ser humano, transformando la fiabilidad de la IA en un parámetro competitivo en el mercado global. Establece principios para el desarrollo responsable de la IA, así como recomendaciones para las políticas públicas y la cooperación internacional. Pero antes comienza con una conceptualización de los sistemas de IA:

[...] es un sistema basado en una máquina que puede, para un conjunto dado de objetivos definidos por el ser humano, hacer

---

<sup>6</sup> Traducción libre de *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. Disponible en: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>> (23 de jun. 2023)

predicciones, recomendaciones o tomar decisiones que influyan en entornos reales o virtuales. Los sistemas de IA están diseñados para funcionar con distintos niveles de autonomía.”<sup>7</sup>

Entre los elementos contenidos en la recomendación, destacan los siguientes: a) la IA debe beneficiar a las personas y al planeta, impulsando el crecimiento integrador, el desarrollo sostenible y el bienestar; b) los sistemas de IA deben diseñarse de forma que respeten el Estado de Derecho, los derechos humanos, los valores democráticos y la diversidad, y deben incluir mecanismos de protección; c) permitir la intervención humana cuando sea necesaria, para garantizar una sociedad justa; d) las organizaciones y las personas que desempeñan un papel activo en el ciclo de vida de la IA deben comprometerse con la transparencia y la divulgación responsable en relación con los sistemas de IA, proporcionando información pertinente y actualizada que permita (i) promover la comprensión general de los sistemas de IA; (ii) hacer que las personas sean conscientes de sus interacciones con los sistemas de IA; (iii) permitir a los afectados por un sistema de IA comprender los resultados producidos; y (iv) permitir a los perjudicados por un sistema de IA impugnar su resultado; e) Los sistemas de IA deben funcionar de manera robusta, segura y protegida a lo largo de sus ciclos de vida. Los riesgos potenciales deben evaluarse y gestionarse de forma continua.

### III. ESTRATEGIA BRASILEÑA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (EBIA)

Brasil, como miembro de la OCDE, ya había publicado el Decreto nº 9.319/2018, que establece el Sistema Nacional de Transformación Digital (E-Digital) y establece la estructura de gobernanza para la implementación de la Estrategia Brasileña de Transfor-

---

<sup>7</sup> *Idem.*

mación Digital. Y la Ordenanza MCTIC n° 1.556/2018 aprobó la Estrategia Brasileña de Transformación Digital (E-Digital), que ya demostraba la importancia del tema y sus impactos transversales para el país.

Así, siguiendo la recomendación internacional, el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Brasil publicó la Ordenanza MCTIC n° 4.617/2021, que establece la Estrategia Brasileña de Inteligencia Artificial y sus hachas temáticas, con su anexo modificado por la Ordenanza MCTI n° 4. 979/2021, con el objetivo de orientar las acciones del Estado brasileño a favor del fortalecimiento de la investigación, desarrollo e innovación en soluciones de Inteligencia Artificial, así como su uso consciente y ético para un futuro mejor; y garantizar la innovación en el ambiente productivo y social en el área de Inteligencia Artificial, capaz de enfrentar los desafíos asociados al desarrollo del país.

EBIA hace hincapié en el desarrollo tecnológico actual en dos dimensiones: a) el aumento de la potencia de cálculo y del acceso a datos de entrenamiento ha dado lugar en el aprendizaje automático (*Machine Learning*<sup>8</sup>), que permite su dominio y aplicación en campos antes no experimentados, como el diagnóstico del cáncer en el ámbito médico, la automatización de vehículos y los juegos inteligentes; b) la carrera de los responsables públicos y de las empresas por el liderazgo mundial en IA, concomitantemente con la necesidad de regulación, especialmente en lo relativo a los límites de aplicación de la IA, las implicaciones de su uso en diferentes ámbitos económicos y la necesidad de combinar la tecnología con el criterio humano.

Los objetivos a alcanzar son estratégicos y pueden concretarse en acciones más específicas, teniendo en cuenta todo el ecosistema tecnológico: a) Contribuir al desarrollo de principios éticos para el desarrollo y uso de la IA responsable; b) Promover la inversión sostenida en investigación y desarrollo de la IA; c) Eliminar

---

<sup>8</sup> Permite automatizar los procesos cognitivos a partir de un proceso de formación inicial, BARRIO ANDRÉS, *op. cit.*, p. 70.

barreras a la innovación en IA; d) Formar y capacitar profesionales para el ecosistema de la IA; e) Estimular la innovación y el desarrollo de la IA brasileña en un entorno internacional; f) Promover un entorno de cooperación entre entidades públicas y privadas, industria y centros de investigación para el desarrollo de la Inteligencia Artificial.

A la luz de las directrices de la OCDE, para organizar el debate sobre una Estrategia Brasileña de IA, se establecieron 9 (nueve) hachas temáticas, a saber: I - *Hachas transversales*: a) Legislación, reglamentación y uso ético; b) Gobernanza de la Inteligencia Artificial; c) Aspectos internacionales; II - *Hachas verticales*: d) Calificaciones para un futuro digital; e) Mano de obra y capacitación; f) Investigación, desarrollo, innovación y emprendimiento; g) Aplicación en sectores productivos; h) Aplicación en el poder público; e i) Seguridad pública

Para la discusión en esta investigación, sólo se considera la hacha transversal de legislación, regulación y uso ético, cuya preocupación es establecer un punto de equilibrio entre: (i) la protección y salvaguarda de derechos; (ii) la preservación de estructuras adecuadas para incentivar el desarrollo de una tecnología cuyo potencial aún no ha sido plenamente comprendido; y (iii) parámetros legales de seguridad jurídica para la responsabilidad de los actores de la cadena de valor de los sistemas autónomos.

La regulación no es tarea fácil ante la rápida obsolescencia tecnológica. Para lograr los objetivos de EBIA, se estableció la necesidad de comunicar con el marco regulatorio de la gobernanza digital y las políticas públicas y normas existentes relacionadas con el tema.

Uno de los puntos más debatidos a este respecto es el aspecto de la capacidad de la IA para tomar decisiones sin intervención humana, qué decisiones podrían delegarse por completo en las máquinas y cuáles requerirían dicha intervención. Hay una serie de metodologías y herramientas que se utilizan habitualmente para revisar los procesos automatizados de toma de decisiones, como el uso de tecnologías de reconocimiento facial por parte

de las aduanas y las compañías aéreas, ya que, como esto afecta potencialmente a la libertad de circulación de las personas, si se toma una decisión automatizada equivocada, la intervención humana es crucial para salvaguardar este derecho humano fundamental. Así, en situaciones en las que la intervención humana puede ser un factor importante para mitigar el riesgo ante decisiones automatizadas que supongan un alto riesgo para las personas, este aspecto debe ser tenido en cuenta, tanto en el ámbito privado como por parte del sector público.

Profundizando en este aspecto, se destaca la importancia de que los sistemas automatizados puedan ser explicados e interpretados. Aunque las tecnologías de *machine learning* se caracterizan como “sistemas cerrados”, nada impide que la IA incorpore mecanismos que permitan la trazabilidad del proceso de toma de decisiones y el desarrollo y uso de herramientas y técnicas de aclaración. Esto no significa que la divulgación de información sobre un algoritmo concreto deba llegar a poner en peligro los secretos comerciales e industriales y la propiedad intelectual. Se trata de promover una transparencia significativa que permita interpretar el sistema, de esto trata la aclaración.

El respeto de los derechos fundamentales en los sistemas cerrados exige trazabilidad, auditabilidad y comunicación transparente sobre sus capacidades. Siempre debe ser posible saber por qué se tomó una decisión o se alcanzó un resultado concreto, o qué combinación de factores contribuyó a la decisión. La información clara, congruente y suficiente sobre el proceso de toma de decisiones en materia de IA es un requisito indispensable para el ejercicio del derecho fundamental del contradictorio y defensa plena, cuyo corolario es el ejercicio del derecho de revisión de las decisiones automatizadas previsto en la LGPD (Ley General de Protección de Datos - Ley n° 13.709/2018)<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Art. 20: El interesado tiene derecho a solicitar la revisión de las decisiones adoptadas exclusivamente sobre la base de un tratamiento automatizado de datos de carácter personal que afecten a sus intereses, incluidas las decisio-

La Estrategia adopta la posición de profundizar el estudio de los impactos de la IA en diferentes sectores, evitando acciones regulatorias (en sentido amplio) que puedan limitar innecesariamente la innovación, la adopción y el desarrollo de la IA en el proceso de adopción a gran escala en Brasil y la reciente entrada en vigor de la Ley General de Protección de Datos, ya que tiene varias disposiciones relacionadas con el uso de la IA. Afirma que cualquier avance hacia la regulación debe ir seguido de principios como: (i) basarse en los marcos jurídicos existentes; (ii) adoptar un enfoque regulador basado en principios y resultados; (iii) llevar a cabo una “prueba de equilibrio riesgo/beneficio” centrada en el individuo humano y (iv) realizar una evaluación de impacto contextual.

Otro aspecto muy discutido de la toma de decisiones con IA es la discriminación algorítmica. El ordenamiento jurídico brasileño no autoriza este fenómeno y la EBIA, partiendo de este supuesto, defiende que la IA no debe crear o reforzar prejuicios capaces de afectar de forma injusta o desproporcionada a determinados individuos. En este sentido, las personas y organizaciones responsables del diseño y despliegue de los sistemas de IA deben ser responsables del funcionamiento de sus sistemas. El principio de dignidad humana debe estar presente desde la concepción (*ethics by design*) de estas herramientas hasta la verificación de sus efectos en la realidad de los ciudadanos. Los principios éticos deben

---

nes dirigidas a definir su perfil personal, profesional, de consumo y de crédito o aspectos de su personalidad.

“§ 1º El responsable del tratamiento deberá proporcionar, siempre que se le solicite, información clara y adecuada sobre los criterios y procedimientos utilizados para la decisión automatizada, observando el secreto comercial e industrial.

§ 2º En caso de no suministro de las informaciones referidas en el Párrafo 1º de este artículo, basado en el respeto al secreto comercial e industrial, la autoridad nacional podrá realizar auditoría para verificar aspectos discriminatorios en el tratamiento automatizado de datos personales”.

seguirse en todas las fases del desarrollo y uso de la IA, e incluso pueden elevarse a requisitos normativos que formen parte de todas las iniciativas gubernamentales sobre IA.

#### IV. PROYECTO DE LEY PARA REGULAR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN BRASIL

En respuesta a las hachas transversales del EBIA, el Acto del Presidente del Senado brasileño n° 4 de 2022 creó una Comisión de Juristas para subsidiar la elaboración de un proyecto sustitutivo para instruir la evaluación de los Proyectos de Ley n° 5.051 de 2019, 21 de 2020 y 872 de 2021, que tienen por objeto establecer principios, normas, directrices y fundamentos para regular el desarrollo y la aplicación de la inteligencia artificial en Brasil, cuyos trabajos finalizaron el 06/12/2022<sup>10</sup>.

El trabajo de la Comisión se concretó en doce audiencias públicas con formato multisectorial, un Seminario Internacional, contribuciones escritas recibidas de la sociedad, un estudio de las autoridades reguladoras de IA en los países miembros de la OCDE, reuniones y debates internos.

El objetivo del nuevo marco legal propuesto es doble: establecer los derechos de protección de las personas físicas, atestiguan-do su vulnerabilidad al ser impactadas cotidianamente por los sistemas de inteligencia artificial, así como proveer herramientas de gobernanza y un arreglo institucional de inspección y supervisión, para crear condiciones de predictibilidad en cuanto a su interpretación y, en última instancia, seguridad jurídica para la innovación y el desarrollo económico y tecnológico.

Se estructura en 45 (cuarenta y cinco) artículos, divididos en 9 (nueve) capítulos. El capítulo I trata de las disposiciones preliminares centradas en los fundamentos y principios relativos a la

---

<sup>10</sup> Disponible en: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?cod-col=2504&tp=4>> (03 de jun. 2023).



implantación y utilización de los sistemas de inteligencia artificial y las definiciones; el capítulo II trata de los derechos de las personas afectadas por los sistemas de inteligencia artificial; el capítulo III prevé la categorización de los riesgos de los sistemas de inteligencia artificial; el capítulo IV prevé la gobernanza; el capítulo V regula el régimen de responsabilidad civil; el capítulo VI se refiere a la formulación de códigos de buenas prácticas y gobernanza; el capítulo VII prevé los procedimientos relativos a la notificación de incidentes graves; el capítulo VIII trata de la supervisión e inspección; y el capítulo IX trata de las disposiciones finales.

A pesar del amplio debate sobre la no unicidad del concepto de IA<sup>11</sup>, el sustituto decidió hacer una definición para delimitar el objeto a regular cuando lo define en el artículo 4º, I:

Art. 4 [...]

I - sistema de inteligencia artificial: un sistema informático, con diversos grados de autonomía, diseñado para inferir cómo lograr un conjunto determinado de objetivos, utilizando enfoques basados en el aprendizaje automático y/o la lógica y la representación del conocimiento, utilizando datos de entrada de máquinas o humanos, con el objetivo de producir predicciones, recomendaciones o decisiones que puedan influir en el entorno virtual o real.

A pesar de la falta de consenso sobre un concepto mejor, hay una clara referencia al utilizado por la OCDE, precisamente para delimitar la amplitud del término, restringiendo aún más las tecnologías con capacidad de predicción y toma de decisiones y la interferencia en el entorno en el que se utiliza. Parece que en esta

---

<sup>11</sup> “La inteligencia artificial comprende una amplia gama de métodos, algoritmos y tecnologías. La IA es un término genérico o supraconcepto que engloba diversas tecnologías inteligentes con importantes aspectos comunes y estrechamente interrelacionados entre sí, aunque algunas de ellas están adquiriendo sustantividad propias como disciplinas científicas.” BARRIO ANDRÉS, *op. cit.*, p. 69.

conceptualización se han cubierto las subramas y áreas de la IA: aprendizaje automático (*machine learning*); planificación<sup>12</sup>; procesamiento del lenguaje natural<sup>13</sup>; robótica<sup>14</sup>; sistemas multiagente<sup>15</sup>; visión por ordenador<sup>16</sup>; e inteligencia computacional<sup>17</sup>, etc.

Siguiendo en el ámbito conceptual, la propuesta legislativa identifica a los agentes de inteligencia artificial como proveedores y operadores. Los primeros son quienes desarrollan un sistema de

---

<sup>12</sup> Elabora programas de planificación, normalmente llevados a cabo por robots. *Ibidem*, p. 70.

<sup>13</sup> Permite interacciones entre máquinas y humanos en lenguaje natural, realizando extracción de contenidos, clasificación, traducción automática, generación de textos o búsqueda de respuestas, *Ibidem*, p. 70.

<sup>14</sup> La robótica es la ciencia responsable de la tecnología en máquinas, ordenadores, software y sistemas, con control mecánico y automático. El término fue acuñado por el escritor Isaac Asimov en su libro “Yo, Robot”, ASIMOV, Isaac, *Eu, Robô*, trad. de Aline Storto Pereira, São Paulo, Aleph, 2015.

<sup>15</sup> “Un sistema multiagente está formado por un conjunto de entidades (software y hardware) capaces de percibir la realidad circundante y tomar decisiones inteligentes para alcanzar un objetivo común”. ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco; CARNEIRO, Davide; NOVAIS, Paulo, “A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha”, en *Scientia Iuridica*, t. LIX, Minho 2010, n. 321, p. 8.

<sup>16</sup> Incluye visión automática y reconocimiento de imágenes, BARRIO ANDRÉS, *op cit.*, p. 70.

<sup>17</sup> “[...] es una subrama de la Inteligencia Artificial (IA) cuyo objeto de estudio son los mecanismos adaptativos para permitir o facilitar el comportamiento inteligente en entornos complejos. [...] incorporan paradigmas híbridos, como las redes neuronales artificiales, los sistemas difusos y la computación evolutiva, y suelen estar diseñados para imitar uno o más aspectos de la inteligencia biológica”, CENTRO DE INOVAÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E PESQUISA DO JUDICIÁRIO, “Inteligência Artificial: Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro” Rio de Janeiro, FGV, 2022, p. 28. Disponible en: <[https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report\\_ia\\_2edition.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report_ia_2edition.pdf)>. (6 de jun. 2023)

inteligencia artificial, directamente o por encargo, bajo su propio nombre o marca, a título oneroso o gratuito, y pueden ser personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. Los segundos son los que emplean o utilizan un sistema de inteligencia artificial en su nombre o en su beneficio, con excepción de los que lo hacen en un contexto eminentemente personal sin ningún carácter profesional.

Es interesante la referencia a la lucha contra la discriminación algorítmica y su modalidad indirecta en los sistemas de IA, ya que está en sintonía con la principal externalidad negativa de la IA identificada por la doctrina:

Se observa así que, en la propia constitución de los sistemas de IA, se toman decisiones que reflejan también las opiniones y prioridades de los creadores, que influyen directamente en las respuestas del sistema. No podemos ignorar la imposibilidad de una exención completa, incluso cuando hablamos de inteligencia artificial y de sistemas que a menudo se tratan como universales e “imparciales”, porque el punto de partida es siempre una actividad humana de selección de información y datos, que también reflejan el contexto social de quienes los produjeron. Y esta preocupación está directamente vinculada al estudio de los sesgos cognitivos.<sup>18</sup>

El sucedáneo considera discriminación algorítmica indirecta cuando existe una norma, práctica o criterio aparentemente neutro con capacidad para desfavorecer a las personas pertenecientes a un grupo determinado, o ponerlas en desventaja, salvo que dicha norma, práctica o criterio tenga algún objetivo o justificación razonable y legítima a la luz del derecho a la igualdad y de otros derechos fundamentales (art. 4, VII).

---

<sup>18</sup> NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Colho, “Inteligência Artificial e Direito Processual: Vieses Algorítmicos e os Riscos de Atribuição de Função Decisória às Máquinas”, en *Revista de Processo*. vol. 285, 2018. p. 426.

Por último, se menciona el concepto de minería de textos y datos como un proceso de extracción y análisis de grandes cantidades de datos o extractos parciales o totales de contenidos textuales, de los que se extraen patrones y correlaciones que generarán información relevante para el desarrollo o uso de sistemas de inteligencia artificial (Art. 4, VIII).

Los fundamentos propuestos para el desarrollo, implantación y utilización de sistemas de inteligencia artificial en Brasil son: la centralidad de la persona humana; el respeto a los derechos humanos y a los valores democráticos; el libre desarrollo de la personalidad; la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible; la igualdad, la no discriminación, la pluralidad y el respeto a los derechos laborales; el desarrollo tecnológico y la innovación; la libre empresa, la libre competencia y la protección del consumidor; la privacidad, la protección de datos y la autodeterminación informativa; el fomento de la investigación y el desarrollo con el fin de estimular la innovación en los sectores productivos y en los poderes públicos; el acceso a la información y a la educación, así como el conocimiento de los sistemas de inteligencia artificial y sus aplicaciones (Art. 2º).

En cuanto a los principios, siempre guiados por la buena fe, se eligieron los siguientes: el crecimiento integrador, el desarrollo sostenible y el bienestar; la autodeterminación y la libertad de decisión y elección; la participación humana en el ciclo de la inteligencia artificial y la supervisión humana efectiva; la no discriminación; la justicia, la equidad y la inclusión; la transparencia, la aclaración, la inteligibilidad y la auditabilidad; la fiabilidad y la solidez de los sistemas de inteligencia artificial y la seguridad de la información; el debido proceso legal, la impugnabilidad y la contradicción; la trazabilidad de las decisiones durante el ciclo de vida de los sistemas y de la inteligencia artificial como medio de rendición de cuentas y atribución de responsabilidad a una persona física o jurídica; la rendición de cuentas, la responsabilidad y la reparación integral de los daños; la prevención, precaución y mitigación de los riesgos sistémicos derivados de los usos inten-

cionados o no y de los efectos imprevistos de los sistemas de inteligencia artificial; y la no maleficencia y proporcionalidad entre los métodos empleados y los fines determinados y legítimos de los sistemas de inteligencia artificial (Art. 3°).

El capítulo II destaca los siguientes derechos de las personas afectadas: el derecho a la información previa sobre sus interacciones con los sistemas de inteligencia artificial; el derecho a una explicación de la decisión, recomendación o predicción realizada por los sistemas de inteligencia artificial; el derecho a impugnar las decisiones o predicciones de los sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos jurídicos o repercutan significativamente en los intereses de la persona afectada; el derecho a la determinación y participación humana en las decisiones adoptadas por los sistemas de inteligencia artificial, teniendo en cuenta el contexto y el estado de la técnica del desarrollo tecnológico; el derecho a la no discriminación y a la corrección de los sesgos discriminatorios directos, indirectos, ilegales o abusivos; y el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales, en los términos previstos en la legislación aplicable (art. 5°).

También enumera los derechos asociados a la información y comprensión de las decisiones tomadas por los sistemas de inteligencia artificial, de forma clara y adecuada, en relación con: el carácter automatizado de la interacción y decisión en procesos o productos que afecten a la persona; una descripción general del sistema, los tipos de decisiones, recomendaciones o predicciones que pretende realizar y las consecuencias de su uso para la persona; la identificación de los operadores del sistema de inteligencia artificial y las medidas de gobernanza adoptadas en el desarrollo y uso del sistema por la organización; el papel del sistema de inteligencia artificial y de las personas que participan en el proceso de toma de decisiones, predicción o recomendación; las categorías de datos personales utilizados en el contexto del funcionamiento del sistema de inteligencia artificial; las medidas de seguridad, no discriminación y fiabilidad adoptadas, incluidas la exactitud, la

precisión y la cobertura; y otras informaciones definidas por la reglamentación (art. 7º).

En cuanto a la discriminación directa, indirecta, ilícita o abusiva causada por decisiones, predicciones o recomendaciones de sistemas de inteligencia artificial, el texto enumera algunas hipótesis no exhaustivas: por el uso de datos personales sensibles o impactos desproporcionados por características personales; o por el establecimiento de desventajas o empeoramiento de la situación de vulnerabilidad de personas pertenecientes a un grupo específico, aunque se utilicen criterios aparentemente neutros (Art. 12º).

Cabe destacar que el Proyecto de Ley en cuestión incorpora sustancialmente normas constitucionales, consagrando derechos fundamentales y aportando detalles de relevancia para su disfrute<sup>19</sup> como tendencia característica de la producción normativa para regular esta nueva era digital<sup>20</sup>.

El Capítulo III clasifica los riesgos del uso de sistemas de inteligencia artificial en riesgo excesivo, que están prohibidos, y riesgo

---

<sup>19</sup> Cfr. TAVARES, André Ramos; HERANI, Renato Gugliano, “Direito processual constitucional: como técnica e como poder”, en TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda (org.), *Um Código de Processo Constitucional para o Brasil*; Belo Horizonte, Arraes, 2021, p. 41.

<sup>20</sup> “Si bien estas iniciativas no implican formalmente cambios en los textos constitucionales, consagran materialmente categorías de derechos, principios y reglas de gobernanza para Internet, limitando drásticamente el poder de los poderes públicos y de los actores privados en sus relaciones con los usuarios. Por ello, autores como Lex Gill, Dennis Redeker y Urs llegan a afirmar que algunas legislaciones formales sobre Internet, aunque legislaciones sobre Internet, aunque situadas en un nivel infraconstitucional, tienen un verdadero carácter “pre” o “protoconstitucional”, ya que establecen verdaderos bloques intelectuales para la interpretación de las constituciones formales en el ámbito digital”, MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Fernandes, “Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro”, en *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 16, n. 1, p. 1-33, Janeiro-Abril, 2020. p. 08.

alto. Implementa los instrumentos de evaluación preliminar para la clasificación realizada por la autoridad competente, así como la evaluación del impacto algorítmico, siendo esta última obligatoria para los sistemas de IA de alto riesgo.

Son demasiado arriesgados y, por tanto, están prohibidos los sistemas de Inteligencia Artificial que: empleen técnicas subliminales que tengan por objeto o efecto inducir a la persona física a comportarse de forma nociva o peligrosa para su salud o seguridad o en contra de los fundamentos del proyecto de ley; que exploten cualquier vulnerabilidad de grupos específicos de personas físicas, como las asociadas a su edad o discapacidad física o mental, para inducirles a comportarse de forma nociva para su salud o seguridad o en contra de los fundamentos del proyecto de ley; por parte de los poderes públicos, evaluar, clasificar o jerarquizar a las personas físicas en función de su comportamiento social o atributos de personalidad, mediante puntuación universal, para el acceso a bienes y servicios y políticas públicas, de forma ilegítima o desproporcionada (Art. 14).

A su vez, entre los de alto riesgo se encuentran: el control del tráfico y las redes de suministro de agua y electricidad; la educación y la formación profesional; la contratación, selección, filtrado y evaluación de candidatos en los ámbitos del empleo; la prestación de servicios de asistencia pública y seguros; la evaluación de la capacidad de endeudamiento y la calificación crediticia; los diagnósticos y procedimientos médicos; la evaluación de rasgos de personalidad o conducta delictiva; la gestión de la migración y el control de fronteras (art. 17).

El capítulo IV, que trata de la gobernanza, establece que los agentes de inteligencia artificial establecerán normas y procesos internos para garantizar la seguridad de los sistemas y salvaguardar los derechos de los afectados, conteniendo mínimamente: medidas de transparencia cuando interactúen con personas físicas; transparencia respecto a las medidas de gobernanza adoptadas; medidas adecuadas de gestión de datos para la mitigación y prevención de posibles sesgos discriminatorios; legitimación del

tratamiento de datos con técnicas que minimicen el uso de datos personales; adopción de parámetros de formación, prueba y validación de los resultados del sistema; adopción de medidas adecuadas de seguridad de la información desde la concepción hasta el funcionamiento del sistema (Art. 19).

Para el Gobierno, cuando contrate, desarrolle o utilice sistemas de inteligencia artificial considerados de alto riesgo, adoptará medidas adecuadas de seguridad de la información desde la concepción hasta la operación del sistema, en concreto celebración de consultas y audiencias públicas previas; definición de protocolos de acceso; utilización de datos procedentes de fuentes seguras, exactos, pertinentes, actualizados y representativos de las poblaciones afectadas; derecho a explicación y revisión humana de las decisiones de los sistemas de inteligencia artificial; publicidad en vehículos de fácil acceso, con independencia del grado de riesgo; y creación y mantenimiento de una base de datos de inteligencia artificial de alto riesgo de acceso público que contenga los documentos públicos de las evaluaciones de impacto, respetando los secretos comercial e industrial, en los términos que reglamentariamente se establezcan (Art. 21).

Es interesante notar que la propuesta de reglamentación brasileña reconoce mecanismos de autorregulación, llevándola a un escenario de corregulación, como afirma el informe:

Con esto, a partir de un abordaje mixto de disposiciones que se aplican *ex-ante* y *ex-post*, el sustituto delinea criterios cuantitativos y cualitativos para fines de cognición, evaluación y activación granular de qué tipos de acciones deben ser tomadas para mitigar los riesgos en juego. Incluyendo delegaciones para que la regulación sea un esfuerzo colaborativo, que favorezca la participación de los sectores interesados en el proceso regulatorio, en lugar de



conducirlo exclusivamente dentro de las capacidades del Estado (corregulación).<sup>21</sup>

No sólo eso, sino que prevé expresamente un entorno regulatorio experimental, creado con el objetivo de suspender temporalmente la obligación de cumplir las normas exigidas para operar en determinados sectores, permitiendo a las empresas aprovechar un régimen diferenciado para lanzar al mercado nuevos productos y servicios innovadores, con menos burocracia y más flexibilidad, pero con la supervisión y orientación de los organismos reguladores (*Regulatory Sandbox*).

En tema de responsabilidad civil, apuesta por un régimen que cubre tanto al proveedor como al operador del sistema de IA, dejando claro que siempre que cualquiera de estos agentes cause daños a la propiedad, a la moral, a las personas o a la colectividad, estará obligado a la reparación integral, independientemente del grado de autonomía del sistema. De acuerdo con la gradación de las normas en función del riesgo impuesto por el sistema, en el capítulo V de la responsabilidad civil se hace una importante diferenciación: cuando se trate de un sistema de IA de alto riesgo o de riesgo excesivo, el proveedor o operador responderá objetivamente de los daños causados, en la medida de su participación en los mismos. Y cuando se trate de IA que no sea de alto riesgo, se presumirá la culpa del agente causante del daño y se aplicará la inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima.<sup>22</sup>

Finalmente, en lo que se refiere al arreglo institucional para la supervisión y el órgano regulador, el sustitutivo establece que el Poder Ejecutivo deberá designar una autoridad competente que

---

<sup>21</sup> BRASIL. Senado Federal, Relatório Final Comissão de Juristas Responsáveis por Subsidiar Elaboração de Substitutivo sobre Inteligência Artificial no Brasil. Brasília-DF, 2022, p. 13. Disponible en: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2504&tp=4>>. (03 de jun. 2023)

<sup>22</sup> Cfr. BRASIL. Senado Federal, *op. cit.*, pp. 14-15.

centralizará toda la política de supervisión, pero no aclara si se creará un nuevo órgano o sólo se delegará a uno ya existente.

El artículo 42 establece que las actividades de minería de datos realizadas por organismos e instituciones de investigación, periodismo y museos, archivos y bibliotecas, así como por otros actores en situaciones específicas, no violan los derechos de autor, siempre que no se destinen a fines expresivos y cumplan los requisitos establecidos en los convenios internacionales de los que Brasil es parte.

## V. CONCLUSIONES

La necesidad de regular las tecnologías disruptivas, como la Inteligencia Artificial, es un tema actual y relevante dados los impactos deletéreos sobre los derechos de los afectados.

La regulación a través de la legislación ya no es una posibilidad, sino una necesidad, ya que la mayoría de los países del mundo y los bloques están debatiendo e implementando políticas legales para el control adecuado, la rendición de cuentas y la imposición de límites al uso y aplicación de la IA dentro de sus jurisdicciones.

Brasil se ha comprometido a cumplir con las recomendaciones de la OCDE - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, cuando adoptó su estrategia de IA, y está dando grandes pasos con el proyecto de ley que podrá disponer ampliamente con la participación de los actores involucrados en esta actividad. Quiere adoptar un modelo lo suficientemente flexible para adaptarse a cada evolución de las nuevas tecnologías y garantizar así un desarrollo constante, pero no renuncia a imponer normas y responsabilidades e incluso a prohibir determinados modelos que pongan en peligro los derechos humanos.

Regular por ley la Inteligencia Artificial en Brasil no sólo llenará el vacío en el ordenamiento jurídico nacional, sino que también servirá de ejemplo para otras naciones que todavía están

discutiendo medidas y políticas públicas para proteger la ciber-ciudadanía.

La referenciación de otras normas y reglamentos nacionales transversales que comunican con el tema de la Inteligencia Artificial, como el Marco Civil da Internet (12.965/2014), el Código de Defensa del Consumidor (8.078/90), la Ley General de Protección de Datos (13.079/2018), la Ley de Acceso a la Información (12.527/2011), la Ley de Habeas Data (9.507/97), denotan la construcción de un microsistema en el sistema del Derecho Digital brasileño. Aunque también sienta las bases para un Constitucionalismo Digital Brasileño en una interacción inversa entre la Ley y la Constitución. No se puede negar la presencia de normas materialmente constitucionales o protoconstitucionales en estas regulaciones.

No hay duda de que la aprobación de esta nueva Ley brasileña de Inteligencia Artificial contribuirá a la formación de un bloque de protección de los usuarios y promoverá un fortalecimiento de los derechos humanos en el trato con las nuevas tecnologías.

## Un examen prospectivo constitucional sobre la jubilación patronal proporcional

### A prospective constitutional view at Proportional Employer Retirement

Carla ESPINOSA CUEVA \*

**RESUMEN:** Este ensayo analiza con una mirada constitucional la problemática de la pensión patronal proporcional en el Ecuador, para los casos en los que la interpretación literal de la norma puede conllevar a posibles lesiones de los derechos de las personas trabajadoras próximas a acceder a este beneficio. Para ello, esta investigación se desarrolla en tres secciones. La primera examina a la jubilación patronal desde la perspectiva constitucional. La segunda se centra en los presupuestos mínimos requeridos para acceder a la jubilación patronal proporcional. La tercera realiza un análisis crítico constitucional de la jubilación patronal proporcional desde la problemática del incumplimiento de los presupuestos mínimos requeridos para el acceso a este derecho debido a causas atribuibles al empleador, lo que resulta objetable constitucionalmente. En resumen, se plantean ciertas estrategias argumentales de legitimación y

---

\* Abogada y doctora en jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE, posgrado en Derechos Humanos USA, especialista y magíster en Derecho Procesal de la Universidad Andina Simón Bolívar, UASB-E, doctora Phd (c) en Derecho por la UASB-E. Fue Subsecretaria del Ministerio de Derechos Humanos y Cultos, Asesora y Coordinadora General de la Asamblea Nacional. Contacto: <kospinosac@yahoo.es>. ORCID: 0000-0001-9553-3106. Fecha de recepción: 26/09/23. Fecha de aceptación: 07/10/23

reivindicación de los derechos sociales con miras a precautelar el acceso efectivo a la jubilación patronal proporcional.

**PALABRAS CLAVES:** jubilación patronal; jubilación patronal proporcional; derecho social; interpretación; razonabilidad.

**ABSTRACT:** This article analyzes with a constitutional view the issue of the Proportional Employer Retirement Pension in Ecuador, in cases in which the literal interpretation of the norm could violate workers' rights nearby to accessing this benefit. For that, this investigation is developed in three sections. The first studies the Employer Retirement Plan from a constitutional perspective. The second focuses on the minimum requirements to access Proportional Employer Retirement. The third, performs a constitutional critical analysis of the Proportional Employer Retirement from non-compliance with the minimum requirements for access to this right for reasons attributable to the employer himself, which is constitutionally objectionable. In conclusion, it is necessary to suggest certain argumentative strategies for legitimizing and vindicating social rights in order to safeguard effective access to Proportional Employer Retirement.

**KEYWORD:** Employer Retirement; Proportional Employer Retirement; social right; interpretation; reasonableness.

## I. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

Este artículo analiza, con una mirada prospectiva constitucional, la cuestión de la pensión patronal proporcional en el Ecuador, con el fin de fortalecer una argumentación alternativa a la tradicional que explore nuevas técnicas de expansión del derecho objetivo, que diversifiquen los procesos de interpretación, aplicación y entendimiento de este derecho social.

Si bien la normativa constitucional no hace referencia expresa a esta institución sino a través de derechos laborales conexos, no obstante, el artículo 188, numeral 7 del Código del Trabajo<sup>1</sup> sí se refiere a la jubilación patronal proporcional, así como las reglas que deben aplicarse para acceder a este derecho. Con todo, en ocasiones, este derecho se ve mermado a ciertas personas trabajadoras, debido a que la única interpretación vigente y aplicable es la interpretación literal, de corte neoliberal, de la norma que, en parte responde a la intencionalidad previa de rebajar el grado de exigencia de los derechos sociales.

Por ello, es necesario proponer visiones interpretativas *pro laboratoris* diferentes que promuevan la optimización del derecho a la jubilación patronal proporcional en conexión directa con el derecho al trabajo, estabilidad, dignidad humana, seguridad social y vida digna de la persona trabajadora luego del esfuerzo prolongado de trabajo.

Para este propósito, es necesario adentrarse en el análisis de varios principios constitucionales relacionados con los derechos sociales, para luego plantear posibles alternativas interpretativas de solución en función de la mayor realización de la protección de la persona trabajadora.

---

<sup>1</sup> ECUADOR, *Codificación del Código del Trabajo*, Registro Oficial 167, *Suplemento*, 16 de diciembre de 2005 y sus reformas, art. 216.

En este sentido, la hipótesis de este trabajo consiste en establecer si la interpretación literal del artículo 188, inciso 7 del Código del Trabajo para el cálculo y pago de la jubilación patronal proporcional que se aplica a aquellos trabajadores que fueron despedidos faltando pocos meses para acceder a su derecho a su jubilación patronal proporcional resulta adecuada a la luz del derecho tuitivo y la justicia laboral o, si es posible plantear interpretaciones alternativas que supongan una mayor realización de este derecho.

Para cumplir con dicho objetivo, este artículo, en las dos primeras secciones, utiliza como métodos de investigación el interpretativo hermenéutico y hermenéutico lógico, pues existe un interés conceptual y práctico por comprender y problematizar la jubilación patronal proporcional como objeto de conocimiento. Pero, a la vez, la tercera parte realiza un análisis hermenéutico deconstructivo de la problemática de la jubilación patronal proporcional en nuestro país, con el fin de incentivar nuevas lecturas críticas constitucionales más garantistas y razonables de transformación social.

Para abordar el tema propuesto esta investigación se integra de tres partes. La primera aborda la problemática actual de los derechos sociales para luego atarlos a la Constitución ecuatoriana. La segunda aborda ciertas nociones teórico-prácticas sobre la jubilación patronal proporcional. La tercera analiza, desde una perspectiva crítico-constitucional, el problema de la jubilación patronal proporcional en determinados casos, así como se plantean algunas estrategias argumentales para la realización de este derecho. Por último, se dejan sentadas ciertas conclusiones finales.

## II. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

De forma tradicional, la jubilación patronal se insertaba dentro del grupo de derechos sociales que se los consideraba como imperfectos, incompletos y de difícil realización, puesto que resulta-

ban onerosos para el Estado. A partir de la Constitución del 2008, se replantea la cuestión de si estos derechos son auténticos o tan solo constituyen simples pretensiones bien intencionadas o principios programáticos. Este artículo parte de la tesis vigente de que los derechos sociales se presentan hoy como auténticos derechos, exigibles y con igual jerarquía al resto de derechos.

La antigua discusión entre derechos positivos y negativos se disuelve al comprenderse que todos involucran obligaciones de no hacer y de hacer —abstención o de prestación—, en distintas combinaciones. De igual manera, se abandona la noción de “derecho programático” por su poca claridad.

No había criterios para delimitar esa categoría. No se trataba de la necesidad de reglamentación, ya que todo derecho constitucional se ejerce según las leyes. No tenía importancia tampoco su impacto presupuestario: numerosos derechos civiles y políticos (tales como sufragio o la propiedad) requieren presupuesto para asegurarlos. A la vez, un supuesto derecho “programático” siempre permanecería subordinado a los criterios de oportunidad política del legislador ordinario, lo cual contradice la noción misma de los derechos constitucionales como límite al Parlamento.<sup>2</sup>

Entendidos así, los derechos sociales constituyen derechos constitucionales<sup>3</sup> universales que protegen a todas las personas y que forman parte del complejo normativo que la Constitución debe reconocer y garantizar, de forma igualitaria.

---

<sup>2</sup> ETCHICHURY, Horacio, “Los derechos sociales”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *La constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 98.

<sup>3</sup> PÉREZ TREMP, Pablo, “Los derechos fundamentales: Teoría General”, en PÉREZ TREMP, Pablo (coord.), *Los Derechos Fundamentales*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, Universidad Carlos III y otros, 2004, p. 9, quien señala que derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados.



Ello implica que los derechos sociales, en donde se incluye el derecho al trabajo, empleo, descanso, seguridad social, jubilación —por cese o despido— y otros servicios sociales necesarios, deben interpretarse a la luz de la Constitución a base de los métodos de interpretación constitucional y la preservación de los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y fuerza normativa, lo que exige justificaciones públicas del actuar estatal. De esta manera, se supera el “escepticismo interpretativo que intenta vaciar de contenido a los derechos sociales”<sup>4</sup>

Con ello se quiere decir que la interpretación de los derechos sociales debe reemplazarse por una interpretación universal de límites, bajo los principios de cumplimiento inmediato, integridad, progresividad y no regresión arbitraria. Además, se agrega que “[n]o se puede desnaturalizar el texto constitucional por la vía de la interpretación. Cuando no es posible encontrar justificación a una ley dentro de la Constitución, hay que hacer valer la Constitución frente a la ley [...]”<sup>5</sup>

La Constitución de la República no contiene una mención expresa al derecho a la jubilación patronal. No obstante, existen varias normas referentes al derecho al trabajo y derechos conexos y su aplicación se sustenta en los principios *pro homine* y de favorabilidad *pro operario*. Por su parte, la legislación laboral secundaria se refiere a la jubilación patronal como un derecho y una garantía al que tienen las personas trabajadoras que han laborado por el tiempo de veinticinco años o más en forma continua o interrumpida para el mismo empleador (art. 216 del Código del Trabajo), que se genera al momento que cesan sus labores, como una respuesta a una prestación de servicios prolongada que se satisface por medio de una pensión.

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>5</sup> PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 13ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 109.

De igual manera, la parte proporcional de la jubilación patronal también constituye un derecho que se genera cuando las personas trabajadoras: (1) cumplan veinte años y menos de veinticinco de trabajo, en forma continua o interrumpida; y, (2) que sean despedidas en forma intempestiva (art. 188, inc. 7 del Código del Trabajo). En contrapartida, este derecho laboral impone deberes negativos (no hacer) a los empleadores de no vulneración de este derecho por lo que, desde la Constitución este derecho requiere interpretarse, reconocerse y exigirse.

A la vez, en cuanto al alcance y los criterios que deben regir la interpretación de las cláusulas constitucionales laborales, el artículo 326, numeral 2 de la Constitución dispone que los derechos laborales son “irrenunciables e intangibles” y, el numeral 3 añade que, “[e]n caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”.<sup>6</sup>

Por su parte, la Corte Constitucional al referirse a las pensiones jubilares manifiestan:

[...] tienen un doble fundamento que responde a la realidad social, laboral y biológica de las personas: a) porque por el cumplimiento de los ciclos vitales, las personas, luego de haber aportado con su fuerza de trabajo en los procesos económicos, al separarse de los mismos, ya no dispondrán de los ingresos generados con su trabajo, sin embargo, continuarán necesitando de ellos para su subsistencia; y, b) porque las personas, durante el tiempo de servicios, dedican sus ingresos a cubrir sus necesidades, por tanto, es imposible que puedan ahorrar para garantizar la inversión en el futuro que les permita subsistir en la etapa de descanso.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> ECUADOR, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 326, num. 2 y 3.

<sup>7</sup> ECUADOR, Corte Constitucional, “Sentencia n.º 013-14-SEP-CC”, en *Caso n.º: 0594-12-EP*, 15 de enero de 2014.

A su vez, la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, a través del desarrollo jurisprudencial señala que el derecho a la jubilación patronal se consideró como imprescriptible; de ahí que, en ciertas circunstancias en materia laboral, opera el principio de imprescriptibilidad de los derechos.<sup>8</sup> Luego, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia expandió este derecho y señaló que, el derecho a la jubilación patronal proporcional previsto en el artículo 188 del CT con relación al artículo 216 del CT, también es un derecho imprescriptible.<sup>9</sup>

En resumen, queda claro que, en la actualidad la jubilación patronal, sea por cese o por despido, constituye un derecho constitucional de carácter laboral —social— que debe analizarse y resolverse a la luz de los métodos, criterios, técnicas y principios que rigen la interpretación constitucional, sin que las normas infraconstitucionales puedan prevalecer sobre las constitucionales en caso de posibles lesiones a este derecho.

### III. LA JUBILACIÓN PATRONAL PROPORCIONAL

Para efectos de dilucidar la cuestión planteada, es conveniente precisar qué es el derecho a la jubilación, así como ciertos elementos y circunstancias que hacen posible el goce de tal derecho, previo a centrarnos en el tema de la jubilación patronal proporcional y sus condicionamientos necesarios.

Como antecedente a esta institución se puede decir que en 1920 se plantea, por primera vez, “la idea de formar un fondo de

---

<sup>8</sup> ECUADOR, Resolución de la Corte Suprema de Justicia, *Registro Oficial* 233, 14 de julio de 1989.

<sup>9</sup> ECUADOR, Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia, Juicio n.º 17731- 2014-0715 —Voto Salvado—, 9 de noviembre de 2017; Juicio n.º 13351-2013-0525, 8 de julio de 2019; Juicio n.º 17731-2016-1332, 8 de junio de 2018; Juicio n.º 17731-2014-1729, 16 de octubre de 2018.

capital para el pago de jubilaciones al magisterio mediante el descuento mensual de un porcentaje del sueldo percibido”,<sup>10</sup> el que se aprueba en 1923. Luego, el 13 de marzo de 1928, se promulga la “Ley de Jubilación, Montepío Civil, Ahorro y Cooperativa”, mediante la que se crea la Caja de Pensiones y cuya finalidad fue, entre otras, de acuerdo con el artículo 1, el atender el pago de pensiones jubilares a los empleados públicos que alcancen el beneficio de la jubilación.<sup>11</sup>

Por su parte, el artículo 14 de este cuerpo legislativo definía a la jubilación como “la renta mensual que [perciben] los empleados que hubieren prestado sus servicios a la administración pública, fiscal o municipal [...]”. Se fijan como requisitos para obtener esta renta: (1) que el empleado haya consignado el cinco por ciento anual de dicha renta por razón del cargo; (2) que haya prestado, al menos, diez (10) años de servicio; y, (3) que exista cesación en la prestación del servicio.<sup>12</sup>

Por su parte, en 1935 se expide la primera Ley de Seguro Social Obligatorio, ampliando el alcance de los beneficios y protección a toda la población trabajadora del país. Posteriormente, en 1937 comienza a existir la Caja del Seguro de Empleados Privados y Obreros, que busca introducir ciertas reglas de protección de to-

---

<sup>10</sup> MOYANO, Juan, “La jubilación patronal en Ecuador”, *Revistas divulgación*, núm. 2, 2022, pp. 12-7, consultado en: <<https://revistasdivulgacion.uce.edu.ec/index.php/OBSERVATORIO/article/view/325/314>>.

<sup>11</sup> VELA, Carlos, *Derecho ecuatoriano del trabajo*, Quito, La Unión, 1955, pp. 756-7. Un texto similar mantiene Julio César Trujillo, *Derecho del Trabajo*, t. I, 2ª. ed., Quito, PUCE, 1986, p. 424.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 757.

das las personas trabajadoras y empleados privados, con relación a la jubilación de sus afiliados.<sup>13</sup>

Finalmente, con la expedición del Código del Trabajo en 1938 se introducen reglas más precisas sobre la jubilación patronal<sup>14</sup> y que son “producto de una recopilación de leyes existentes aprobadas anteriormente, en gran medida gracias a la lucha incansable de movimientos sociales”.<sup>15</sup>

En resumen, la legislación ecuatoriana incorpora a la jubilación patronal como una alternativa temporal y equitativa para las personas trabajadoras que no podían acogerse al régimen de seguridad social de la Caja de Seguro (actual IESS) por no contar con las aportaciones suficientes para alcanzar la jubilación prevista por este régimen, aunque hubieran laborado —de por vida— para el mismo empleador, debido a que la creación de este organismo es posterior al inicio de sus labores.<sup>16</sup>

En la actualidad, la jubilación patronal se conceptúa como el retiro de la actividad laboral por parte del trabajador por razón de edad o incapacidad, en donde adquiere el derecho a percibir una pensión o prestación económica, con relación al salario percibido,

---

<sup>13</sup> Cfr. ENRÍQUEZ, Gabriela, “Aplicación práctica de las reglas de cálculo de la jubilación patronal de acuerdo al artículo 216 del Código del Trabajo”, tesis de abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador-PUCE, 2015, pp. 9-10. TRUJILLO, “Derecho del Trabajo”, p. 424.

<sup>14</sup> Cfr. ECUADOR, Código del Trabajo, en *Registro Oficiales*, Nos. del 78 al 81 [del 14 al 17 de noviembre de 1938], art. 136.

<sup>15</sup> MOYANO, “La jubilación patronal en Ecuador”, p. 13.

<sup>16</sup> ENRÍQUEZ, “Aplicación práctica de las reglas de cálculo”, p. 12. VELA, “Derecho ecuatoriano del trabajo”, p. 761.

de conformidad con los procedimientos de cálculo que dispone la normativa laboral.<sup>17</sup>

También se señala que la jubilación “es el derecho al que tiene el trabajador para descansar recibiendo una pensión, después de haber servido a la sociedad y contribuido a su desarrollo durante largos años [...]”.<sup>18</sup> Por su parte, Mosquera establece:

La obligatoriedad de la jubilación patronal nace del Código del Trabajo con una contraprestación al esfuerzo físico e intelectual desplegado día a día por los trabajadores, obvio es menester que quien ha entregado los mejores años de su vida y su esfuerzo físico e intelectual, debe ser atendido en su vejez, con una pensión que le permita satisfacer por lo menos sus necesidades básicas con una pensión jubilar.<sup>19</sup>

Por su parte, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia hace hincapié en la jubilación patronal como “el derecho que tiene el trabajador a recibir una mensualidad en forma vitalicia; es el reconocimiento que el empleador hace a la lealtad del trabajador que, durante el tiempo establecido por la ley, 25 años o más, ha dedicado su esfuerzo, experiencia y conocimientos, al logro del objetivo de la empresa para la que ha trabajado.”<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> MAZA GONZA, Jospe, “La jubilación patronal de acuerdo al Código de Trabajo y sus diferencias con el sector público”, tesis de abogacía, Universidad de Cuenca, 2010, p. 13, consultado en: <<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/867/3/Tesis.pdf>>.

<sup>18</sup> BRAVO, Rubén, *Temas laborales y judiciales*, Cuenca: Universidad Católica de Cuenca, sf, p. 107.

<sup>19</sup> MOSQUERA, Jorge, *La jubilación a cargo del empleador en el Ecuador*, Quito, s.e., 2002.

<sup>20</sup> ECUADOR Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, “Resolución n.º 0272-2019”, en *Caso n.º: 09352-2014-0016*, 15 de abril

Es decir, la jubilación patronal, como institución jurídica del derecho laboral, constituye un derecho y garantía que el sistema jurídico ofrece a las personas trabajadoras de carácter intangible, imprescriptible e irrenunciable, que se genera al momento que cesan sus actividades laborales para un mismo empleador, sea por cuenta propia o ajena, como respuesta a una prestación de servicios prolongada o por incapacidad, por medio de una renta que permita satisfacer los costos mínimos que demandan sus necesidades básicas.

Por lo general, el derecho a la jubilación patronal se materializa mediante una renta mensual vitalicia —de tracto sucesivo— para el ex trabajador que laboró por veinticinco o más años con el mismo empleador, continuada o discontinuamente, aunque, otros prefieren acceder al fondo global de jubilación patronal. En el caso de que existan herederos, este beneficio se puede pagar por un año más después del fallecimiento del titular. “Su finalidad es la protección en la ausencia de ingresos fijos que se produce como consecuencia del cese laboral”.<sup>21</sup>

De lo anterior se desprende lo siguiente: (a) Se trata de un derecho vitalicio de carácter imprescriptible, irrenunciable e intangible; (b) el titular del derecho es cada persona trabajadora sin discriminación alguna con o sin derecho al seguro de vejez otorgado por el IESS; (c) es necesario que el sujeto pasivo de pago se encuentre vivo y goce de solvencia económica suficiente para acreditar el cumplimiento de la obligación; (c) la capacidad adquisitiva del dinero que se percibe como pensión, debe ser equi-

---

de 2019.

<sup>21</sup> CHILA MANZABA, Kléver, “Necesidad de incorporar la jubilación patronal por acumulación de años en el Ecuador”, tesis de abogacía, Universidad Nacional de Loja, 2012, p. 13, consultado en: <<https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/3250/1/CHILA%20MANZABA%20KLEVER%20ESTALIN%20.pdf>>.

valente y permanente durante todo el tiempo de vigencia de la obligación.

En la actualidad, la institución jurídica de la jubilación patronal se la examina del artículo 216 hasta el 219 del Código del Trabajo. A la vez, desde entonces es

[...] objeto de múltiples críticas argumentando su anacronismo y el hecho de poder ocasionar, al contrario de su objetivo, afectaciones a los trabajadores, quienes estarían en peligro de ser despedidos cuando se aproximan los años necesarios para acceder a ella, además de las posibles afectaciones de liquidez que podría ocasionar en las empresas debido al doble desembolso que se generaría por un mismo rubro.<sup>22</sup>

Por su parte, el artículo 188, inciso 7 del Código del Trabajo, en adelante CT, se refiere a una nueva forma adicional de jubilación patronal proporcional en el caso de despido intempestivo de la persona trabajadora que cumpla veinte años o más pero menos de veinticinco años de servicio.<sup>23</sup>

Es decir, como objeto de análisis de este artículo, se puede inferir que la jubilación patronal proporcional es una obligación laboral para la parte empleadora que despide, de forma intempestiva.

---

<sup>22</sup> MOYANO, Juan, “La jubilación patronal en Ecuador”, en *Revistas divulgación*, n.º 2, 2022, pp. 12-7, consultado en: <<https://revistasdivulgacion.uce.edu.ec/index.php/OBSERVATORIO/article/view/325/314>>.

<sup>23</sup> Esta protección normativa surge, a la vez, frente a las prácticas reiteradas de los empleadores, que acudían a la figura del despido intempestivo antes de que los trabajadores cumplieran los años requeridos en la ley (artículo 216), para evitar el reconocimiento de este derecho. Por ello, en su momento, se expiden reformas legislativas en las que se dispone sancionar al empleador que hiciera uso del despido intempestivo para eludir su obligación de pago de la jubilación patronal. ECUADOR, *Ley Reformatoria al Código del Trabajo*, Registro Oficial 817, Suplemento, 21 de noviembre de 1991.



tiva, a la parte trabajadora en las condiciones de tiempo previstas en el artículo 188, inciso 7 del Código del Trabajo. Por ello, constituye un derecho adquirido del trabajador que cumple dichos supuestos para un mismo empleador.

La aplicación de esta norma, en la realidad ecuatoriana, es un tema sensible y complejo; pues, si bien, a simple vista, parecería que su aplicación se remite a las prescripciones de los enunciados normativos constantes en el artículo 188, inciso 7 del CT; no obstante, un diagnóstico *a priori*, permite identificar situaciones en las que podrían existir vulneraciones a este derecho cuando se acerca el tiempo establecido para acceder a la jubilación completa o proporcional.

En el Ecuador, la jubilación patronal es un “acto ficto” o de “voluntad tácita” del empleador quienes, a través de la aquiescencia de las autoridades de turno, en ocasiones, se aprovechan de esta figura legal para hacer su voluntad y obstruir el goce de este derecho, lo que provoca que la aplicación de dicha disposición se torne ineficaz.

Por ello, es necesario realizar estudios críticos serios en los que se analice y problematice la jubilación patronal por acumulación de años, a la luz de la interpretación constitucional, a fin de que constituya un mecanismo efectivo que viabilice el reconocimiento de este derecho a las personas trabajadoras.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO CONSTITUCIONAL DE LA JUBILACIÓN PATRONAL PROPORCIONAL Y ESTRATEGIAS ARGUMENTALES

Con la adscripción del Ecuador al nuevo constitucionalismo, se producen transformaciones relevantes en el razonamiento jurídico, entendido como forma de pensar los procesos de interpretación, aplicación y creación del derecho, así como se diversifican los sistemas de fuentes del derecho. Ello obliga a la administración de justicia a fortalecer la argumentación mediante la utilización

de nuevas técnicas de expansión del derecho objetivo hacia la definición de las subreglas jurisprudenciales definidas por las altas cortes de cierre.

En el ámbito laboral, la lógica constitucional conlleva hacia la consolidación de una verdadera hermenéutica creacional conforme sus atribuciones constitucionales y legales más allá de la normatividad jurídica objetiva. Por ello, si bien el artículo 188, inciso 7 del CT establece los presupuestos mínimos requeridos para el pago de la jubilación patronal proporcional, es necesario, analizarlos desde una óptica de respeto y garantía a los derechos laborales y no como mecanismos jurídicos para eludir las responsabilidades de los empleadores frente a los trabajadores.

Desde un punto de vista exegético, la norma del artículo 188, inciso 7 del CT, así como la jurisprudencia reiterada de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia<sup>24</sup> establecen dos condiciones que deben cumplirse, para que el trabajador tenga derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal: 1. Que la relación laboral concluya en forma definitiva por voluntad unilateral del empleador—despido intempestivo—; y, 2. Que labore veinte años y menos de veinticinco años, de manera continuada o interrumpida.

De acuerdo con la concepción formal de la argumentación jurídica, dicho caso se centraría en el análisis de los enunciados deónticos de carácter deductivo y la validez de dicho argumento dependería de la conclusión que se infiere necesariamente de las premisas.<sup>25</sup> Conforme esta tesis, el enunciado proposicional del artículo 188 inciso 7 del CT, a manera, de ejemplo, se lo representaría de la siguiente manera:

---

<sup>24</sup> ECUADOR, Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, Juicio n.º 2016-2749.

<sup>25</sup> ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2005, pp. 8-13. ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 259-63.

La persona trabajadora que cumpla veinte años y menos de veinticinco años de trabajo (continuado o interrumpido) tiene derecho a la jubilación patronal proporcional. ( $\wedge X Px \rightarrow Qx$ ). Luis Zapata no tiene cumplidos 20 años de trabajo (Qa). Por tanto, Luis Zapata no tiene derecho a la jubilación patronal proporcional ( $\neg Pa$ ). En metalenguaje o silogismo judicial se lo representaría se la siguiente forma:

$$\begin{array}{r} \wedge X Px \rightarrow Qx \\ Qa \text{-----} \\ \neg Pa \end{array}$$

Entonces, la interpretación literal del citado enunciado proposicional del artículo 188, numeral 7 del CT producto de la inferencia lógica llevaría a concluir, sin un mayor análisis, que la persona trabajadora que no cumpla, de manera necesaria, con los requerimientos del artículo 188, numeral 7 del CT no tiene derecho a la jubilación patronal proporcional.

Sin embargo, este esquema conceptual plantea algunos inconvenientes en un Estado constitucional de derechos en el que es necesario remitirnos a los principios sociales que guían el derecho del trabajo para resolver los casos que se someten a debate. Para ello, es posible acudir a las “reglas de prioridad”, es decir, aquellas que establecen qué criterios deben prevalecer sobre otros y en qué condiciones.<sup>26</sup>

Así, ¿Qué sucede en el caso de ciertos empleadores que despiden a los trabajadores cuando se aproximan a los años necesarios para acceder a la jubilación patronal proporcional?

De acuerdo con la interpretación literal de los enunciados normativos del artículo 188, inciso 7 del CT, la respuesta es clara en el sentido de dichas personas trabajadoras no tendrían derecho a la jubilación patronal proporcional.

---

<sup>26</sup> Debe recordarse que el objetivo de la interpretación constitucional del derecho social tiene que destinarse, en último término, a administrar justicia y buscar lo mejor.

Sin embargo, se enfatiza que el nuevo paradigma constitucional no solo tiene disposiciones que tienen una necesaria estructura normativa, sino que busca “reconocer y garantizar” derechos —derecho de mínimos—, entre ellos, el derecho al trabajo, dignidad, vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas (art. 33 de la Constitución), a diferencia de la ley que se caracteriza por un contenido normativo en la que se produce la fijación de un presupuesto de hecho y la vinculación al mismo de unas consecuencias jurídicas —derecho de máximos—. <sup>27</sup>

Las normas constitucionales que se denominan principios buscan, a diferencia de las leyes, que los derechos —en este caso laborales— se armonicen y concilien en la mejor medida de lo posible a fin de que el trabajador cuente con una pensión necesaria para su subsistencia después de haber servido a la sociedad, sin que ciertas argucias de los empleadores les impidan el acceso al mismo.

Además, la naturaleza de los derechos laborales y los principios en los que se inspira, la característica tutelar del Derecho del Trabajo y el establecimiento de un conjunto de derechos y principios que son indisponibles, y que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo, obligan a tomar en cuenta los principios constitucionales por lo que, no puede haber contradicción entre estos y los preceptos legales.

En resumen, en estos casos es necesario hacer un análisis de tipo teleológico con respecto al derecho de una persona trabajadora, que tiene cumplidos más de 19 años y se la despide intempestivamente, faltando pocos meses para obtener este beneficio de ley.

Al efecto, la Constitución señala que el trabajo es un derecho y un deber social. A la vez, el artículo 276 numeral 2 de la Norma Suprema añade que el régimen de desarrollo busca la generación de trabajo digno y estable; y, el artículo 326 numerales 2 y 3 de la CRE añade que el derecho al trabajo se sustenta en la

---

<sup>27</sup> PÉREZ ROYO, Javier, *La Interpretación de la Constitución*, pp. 136-8.

irrenunciabilidad e intangibilidad de sus derechos y, que, en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras. Por su parte, el artículo 4 del Código del Trabajo también hace referencia a irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores y al principio de aplicación favorable al trabajador.

Es decir, desde la lógica constitucional el tratamiento del derecho laboral merece especial atención debido a su carácter esencialmente tuitivo, al inspirarse en el principio protector, el de primacía de la realidad y el de igualdad, que responden al objetivo de instaurar un amparo preferente al trabajador frente a los eventuales abusos de que pueda ser objeto, lo rodea de una serie de derechos y garantías que se consideran indispensables a fin de garantizarle un mínimo de bienestar individual y familiar con el propósito de que prevalezca su dignidad humana.

La efectividad de estos derechos no es un asunto que únicamente concierne al trabajador, sino que también compromete a los empleadores, al legislador y demás autoridades, en las que se incluyen las encargadas de impartir justicia en materia laboral.<sup>28</sup> Los principios jurídicos del Derecho Laboral deben entenderse como “[...] líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver casos no previstos [...]”.<sup>29</sup> Estos principios son construcciones teóricas que no se inducen de la aplicación del ordenamiento jurídico, al contrario, se deducen de la razón y de las exigencias de la justicia; su aplicación permite distinguir lo justo en el caso concreto.

---

<sup>28</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, “Sentencia C-968/03”, 21 de octubre de 2003.

<sup>29</sup> PLÁ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, 14.

De igual manera, el principio de irradiación constitucional previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, implica el reconocimiento expreso no solo de la supremacía constitucional, sino paralelamente de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, por lo que el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo fundamental para la garantía plena de los derechos, en tanto permite que los órganos jurisdiccionales no se limiten a un análisis de las disposiciones internas, sino que además recurran a los tratados internacionales, a fin de dotar de contenido integral a los derechos bajo análisis. En tal sentido, conviene destacar las declaraciones de la OIT relativas a los principios y derechos fundamentales al trabajo.

En el caso en concreto, el carácter imprescriptible e irrenunciable que tiene el derecho a la jubilación, se basa en el espíritu protector que lo inspira, que consiste en garantizar, en forma permanente, durante la vida del ex trabajador y un año después de su muerte, un ingreso económico que le permita vivir con dignidad. Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana, señala:

[...] desconocer o limitar el derecho de una pensión jubilar vitalicia de un adulto mayor a las que se refiere el artículo 216 del Código del Trabajo, conlleva someterlo a condiciones de eventuales carencias de medios de subsistencia y de poder gozar de un status de tranquilidad en una etapa respetable en la vida de todo ser humano, cuando también los derechos de los trabajadores son irrenunciables, y que todo ello guarda relación directa con los derechos a la dignidad de las personas, reconocida y plasmados en nuestro texto constitucional y en tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos.<sup>30</sup>

En este contexto, resulta adecuado sentar los mismos criterios vertidos por la Corte Constitucional respecto de la jubilación

---

<sup>30</sup> ECUADOR Corte Constitucional, “Sentencia n.º 039-11-SEP-CC, en caso n.º: 0671-10-EP, 16 de noviembre de 2011.

patronal, en general, para el análisis de la jubilación patronal proporcional, en particular, puesto que sus objetivos con similares que consisten en la concreción de derechos relacionados con la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna.<sup>31</sup>

Al tenor de los postulados del Estado constitucional, el derecho a la pensión jubilar tiene conexión directa con el derecho al trabajo, y lo que persigue es asegurar el descanso remunerado y digno, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución.<sup>32</sup>

En consecuencia, a partir de un análisis de derechos sociales se puede establecer que, en ciertos casos, el criterio interpretativo literal del artículo 188, inciso 7 del CT no siempre es adecuado para el análisis de los casos, sino que es necesario analizar el contexto en el que se desenvuelve la norma y las situaciones fácticas que las rodean. Entre otras cosas, porque el legislador no fue consciente del problema que iba a plantearse con aquellos trabajadores a quienes les faltaban pocos meses para acceder a su derecho a su jubilación patronal proporcional y sus empleadores, sin ningún fundamento, procedieron a despedirlos de forma intempestiva. Además, las normas deben interpretarse de acuerdo con los fines y con los valores que tratan de alcanzar y asegurar; y la interpretación amplia, que optimiza los derechos y los aplica de forma más favorable es aquella que permite entender la fracción de un año como año completo para efectos de cálculo de la jubilación patronal proporcional.

El argumento partidario de una expansión del contenido lingüístico del artículo 188 inciso 7 del CT se fundamenta en la habitualidad y vinculación con los principios constitucionales que ga-

---

<sup>31</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, “Sentencia T-398/13”, en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-398-13.htm>>.

<sup>32</sup> *Idem.*

rantizan la estabilidad laboral y la justicia en materia de derechos sociales. La habitualidad significa que los argumentos interpretativos funcionan como tópicos que se usan con cierta frecuencia en las sentencias. Por su parte, la vinculación tiene relación a su conexión a ciertos valores básicos para nuestro sistema jurídico político, como en este caso, es la estabilidad como fin social.<sup>33</sup>

Sin embargo, supongamos que el derecho a la jubilación patronal proporcional se configura solo por las siguientes razones, que, de forma expresa, señala la ley, esto es: a. Por existir despido intempestivo; y, b. por el cumplimiento de veinte años y menos de veinticinco años de servicios, continuados o interrumpidos. Entonces sería una desmesura calificarlo como un derecho fundamental constitucionalizado. Ahora bien, el derecho a la jubilación patronal proporcional es un derecho fundamental de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución. Por tanto, no cabe suponer que este derecho solo se lo pueda establecer por causas expresamente señaladas en la ley pues ello, podría originar la lesión de otros derechos también fundamentales.

Conforme lo señala Alexy los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, son “mandatos de optimización”. En cambio, las reglas son “mandatos definitivos” que pueden ser cumplidos o no. Por ello, en caso de colisión de los principios o derechos estos deben solucionarse ponderando cada uno de ellos.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> GARCÍA AMADO, Juan A., *Interpretar, argumentar, decidir*, Chile, Anuario de Derecho Penal, 2005, pp. 13-4, consultado en: <[https://www.academia.edu/34449809/Interpretar\\_argumentar\\_decidir](https://www.academia.edu/34449809/Interpretar_argumentar_decidir)>.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 86-7. BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, núm 26, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 2003, pp. 225-38, consultado en: <<http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/>>



En el presente caso, es necesario que la seguridad jurídica ceda frente al derecho a la estabilidad y otros derechos sociales, con el fin de evitar menoscabar los derechos de las personas trabajadoras pues, en el derecho no importan únicamente los valores formales de previsibilidad sino también su coherencia y el consenso con el resto del ordenamiento jurídico.

Además, si bien, el sistema jurídico establece una solución al problema, de forma general, no toma en cuenta como relevante una propiedad o cualidad que tiene ese planteamiento concreto y que, debería ser primordial, para asignarle una solución diferente.<sup>35</sup> Para ello, se plantean reglas interpretativas positivas que marcan la preferencia de una de las interpretaciones posibles, por poseer cierta propiedad a la que la regla alude como dirimente de su preferencia. Así, aparecen reglas como el *favor laboratoris* en derecho laboral o la llamada interpretación favorable a los derechos fundamentales o constitucionales, en las que, entre las interpretaciones posibles en discusión, se elige aquella cuya consecuencia supone una mayor realización de la protección de los derechos de la persona trabajadora.

En este caso, la norma en cuestión no toma en cuenta que el inciso 4 del artículo 188 del CT señala que, en los casos de condena al empleador por despido intempestivo en el cálculo de indemnizaciones la “fracción de un año se considerará como año completo [...]”. Lo mismo debería suceder con relación a ciertas consecuencias derivadas de ese obrar de mala fe del empleador, salvo prueba en contrario, como el caso de la jubilación patronal proporcional conforme una interpretación sistemática de la Constitución (coherencia material).

---

Estructura\_y\_li\_769\_mites\_de\_la\_ponderacio\_\_769\_n.pdf>. BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 96-7.

<sup>35</sup> Sobre las lagunas axiológicas NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 94-5.

En resumen, en el presente caso, resulta incompatible con los principios, directrices y valores de los derechos fundamentales constitucionalizados, interpretar de forma literal el enunciado interpretativo del artículo 188 inciso 7 del CT, con el fin de denegar el derecho a la jubilación patronal proporcional del trabajador, que cumplió más de 19 años de labores, pues, esta forma de interpretación vulneraría la justicia tuitiva y proteccionista del derecho laboral que las autoridades judiciales deben prestar a los trabajadores, para la garantía y eficacia de sus derechos; contraviene los principios de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de los derechos laborales.

## V. CONCLUSIONES

La Constitución de la República del Ecuador del 2008 no presenta mayores avances con relación a la anterior Norma Suprema en materia de jubilación patronal —por cese o despido—, toda vez que no se incorpora, de forma expresa, este derecho en el texto constitucional. Sin embargo, es claro que este derecho se infiere de otros conexos que sí aparecen en la normativa constitucional como una garantía para los trabajadores y un deber del empleador que se encuentra normada en el Código Laboral previa la satisfacción de determinados condicionamientos y reglas.

Por ello, desde los principios y valores constitucionales y la justicia tuitiva del derecho laboral es necesario propiciar lecturas progresivas de la jubilación patronal proporcional que no solo partan de la interpretación literal de la norma jurídica del artículo 188, inciso 7 del Código del Trabajo, sino que también favorezcan una mayor efectivización de los derechos del trabajador, en especial, cuando se identifican situaciones concretas en las que los empleadores, de forma malintencionada, buscan beneficiarse del texto normativo para despedir a sus trabajadores cuando se acerca el tiempo para acceder a este beneficio.

Si bien el artículo 188, inciso 7 del Código del Trabajo se refiere al derecho a la jubilación patronal proporcional en el caso de despi-

do intempestivo de la persona trabajadora que cumpla veinte años o más pero menos de veinticinco años de servicio; no obstante, existen casos concretos, en los que la aplicación literal de dicho enunciado, puede resultar lesiva al valor axiológico del derecho a la jubilación que tiene conexión directa con el derecho al trabajo como fundamento para la satisfacción de las necesidades básicas y el descanso digno y remunerado.

El contenido esencial del derecho a la jubilación patronal, sea por cese o despido, se respalda en la satisfacción oportuna de ciertas condiciones mínimas para el mejoramiento de la calidad de vida y dignidad de las personas. De igual manera, tiene su sustento en la protección a los grupos de atención prioritaria quienes debido a un esfuerzo prolongado de años de trabajo sufren una disminución en la productividad laboral. En esta línea de pensamiento es claro que la jubilación patronal proporcional debe analizarse con nuevas miradas interpretativas a la luz de la Constitución, con el fin de evitar análisis simulados que vacíen de contenido a los derechos sociales.

La deconstrucción de las clásicas formas de interpretación literal de las normas y principios del derecho laboral deben, en casos concretos, reemplazarse por una interpretación universal de límites, y sobre la base de los principios de unidad de la Constitución, fuerza normativa, concordancia práctica, integralidad, progresividad y no regresión arbitraria, con el fin de lograr un efectivo reconocimiento de la jubilación patronal por despido. Esta forma de razonabilidad práctica conduce a pensar el derecho desde el conflicto y no desde las fuerzas de mercado que era la imperante al momento de la promulgación del Código de Trabajo.

Otra solución más tajante pero que rebasa los límites de este ensayo es incorporar en la legislación ecuatoriana la figura de la jubilación patronal (de cualquier empleador) por acumulación de años, con la finalidad de mejorar los sistemas de jubilación patronal y evitar la lesión de este derecho con despidos prematuros innecesarios que vulneran el acceso real a este beneficio por parte de los empleadores.

## Historia, memoria y usos públicos del pasado. Las conmemoraciones del Nunca Más

### History, memory and public uses of the past. The commemorations of the Nunca Más

Vanesa NATALIA RODRIGUEZ\*

RESUMEN: El artículo propone una problematización de las conmemoraciones del Nunca Más a los diez, a los veinte y a los treinta años de la entrega del Informe de la CONADEP. Centrado en las tensiones presentes en torno a memorias, discursos, historias, identidades y olvidos, presta atención a los actores sociales que los llevaron a cabo; en la posición y actuación de la burocracia estatal respecto de la asamblea conmemorativa y/o transmisión del relato; en los consentimientos, omisiones, silencios y ocultamientos de las acciones desencadenadas; y en el papel que en ellos desempeñan los medios de comunicación. *El Nunca Más* forma parte de tensiones y conflictos que conviven en el presente. Problematizar sus conmemoraciones nos permite seguir reflexionando sobre las continuidades, narrativas y disputas actuales como las diferencias, discusiones y objeciones en torno al Informe de la CONADEP, especialmente respecto al Prólogo. Memoria, identidad y olvido están presentes en sus conmemoraciones, de ahí la importancia de su abordaje.

---

\* Maestranda y Especialista en Ciencias Sociales con Mención en Historia Social por la Universidad Nacional de Luján (Argentina). Profesora de Historia. Se desempeña como docente en la Universidad Nacional de La Matanza y en el Instituto Superior Padre Elizalde (Argentina). ORCID: 0000-0002-1324-7171 Contacto: <vanesanataliarodriguez@gmail.com>. Fecha de recepción: 18/09/2023. Fecha de aprobación: 11/10/23.

PALABRAS CLAVES: Nunca Más; Conmemoraciones;  
CONADEP; Memoria; Identidad.

ABSTRACT: The article proposes a problematization of the *Never Again* commemorations ten, twenty and thirty years after the delivery of the CONADEP Report. Focused on the present tensions around memories, discourses, stories, identities and forgetfulness, it pays attention to the social actors who carried them out; in the position and actions of the state bureaucracy regarding the commemorative assembly and/or transmission of the story; in the consents, omissions, silences and concealments of the actions triggered; and in the role that the media plays in them. *Never Again* is part of the tensions and conflicts that coexist in the present. Problematizing its commemorations allows us to continue reflecting on the continuities, narratives and current disputes such as the differences, discussions and objections around the CONADEP Report, especially regarding the Prologue. Memory, identity and oblivion are present in their commemorations, hence the importance of their approach.

KEYWORD: Never Again; Commemorations; CONADEP;  
Memory; Identity.

## I. INTRODUCCIÓN

¿Representa un acontecimiento histórico la entrega del Informe de la CONADEP<sup>1</sup> el 20 de septiembre del año 1984? A

---

<sup>1</sup> El 15 de diciembre de 1983 el presidente Raúl Ricardo Alfonsín, con el fin de investigar los crímenes de lesa humanidad cometidos por la última dictadura cívico militar argentina, creó a través del decreto 187/83, la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. La CONADEP fue un órgano descentralizado creado con el objetivo de investigar la desaparición forzada de personas producidas durante el Terrorismo de Estado, que dio origen al Informe *Nunca Más*, publicado por primera vez en 1984.

Los integrantes de la CONADEP fueron: Ernesto Sabato (1911-2011). Escritor, físico y pintor, presidente de la comisión. Ricardo Colombres (1921-1998), abogado y exrector de la Universidad de Buenos Aires. René Favaloro (1923-2000), destacado médico. Renunció en desacuerdo a que la comisión no estuviese facultada a investigar los crímenes de la Triple A. Hilario Fernández Long (1918-2002), maestro e ingeniero. Decano de la Facultad de Ingeniería y llegó a ser rector de la UBA. Carlos T. Gattinoni (1907-1989), pastor evangélico de la Iglesia Metodista Argentina, involucrado en movimientos de derechos humanos. Gregorio Klimovsky (1922-2009), matemático y filósofo, uno de los mayores especialistas argentinos en epistemología. Marshall T. Meyer (1930-1993), rabino estadounidense, ciudadano argentino y fundador del Seminario Rabínico Latinoamericano, militante de los derechos humanos y fundador del Movimiento Judío por los Derechos Humanos. Jaime de Neves (1915-1995), monseñor y defensor de los derechos humanos. Eduardo Rabossi (1930-2005), filósofo radical y militante de los derechos humanos. Magdalena Ruiz Guiñazú (1935-), periodista radial. Santiago Marcelino López, diputado radical en representación del Congreso. Hugo Diógenes Piucill, diputado radical en representación del Congreso. Horacio Hugo Huarte, diputado radical en representación del Congreso. Los secretarios de la CONADEP fueron: Graciela Fernández Meijide, Daniel Salvador, Raúl Peneón, Alberto Mansur, Leopoldo Silgueira y Agustín Altamiranda. CONADEP, *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, EUDEBA, 1984.

partir de ese momento ¿el *Nunca Más* se transformó en un concepto fundamental e irremplazable? En caso de ser así ¿por qué? ¿Se conmemora la entrega del Informe? ¿De qué manera se conmemora? ¿Sus conmemoraciones son de carácter poliédrico? ¿Cómo, de qué manera y por quiénes fue apropiado el *Nunca Más*? Para poder avanzar sobre estas y otras cuestiones se realizará un acercamiento a los debates actuales sobre las conmemoraciones y sus vínculos con los acontecimientos, los tiempos históricos, la memoria y la identidad.

Luego se pondrá el foco en las conmemoraciones del *Nunca Más* (a los diez, a los veinte y a los treinta años de la entrega del Informe de la CONADEP) porque a través de la presencia o ausencia como, también, de las características que ellas presentan se pueden pensar las relaciones entre tiempo histórico y las construcciones de representaciones del pasado reciente que fueron discurridas por los integrantes de la CONADEP y por los miembros de organismos de derechos humanos que participaron en la investigación y/o en la elaboración del *Nunca Más*; también, por la burocracia estatal, los medios de comunicación y otros colectivos sociales.

Abordar los usos, el alcance, las reflexiones y los vínculos del *Nunca Más* en sus conmemoraciones; sobre todo si se aproximan a un momento considerado importante (por ejemplo, cuando se cumple una, dos o tres décadas de su entrega), permite recordar el lugar que tuvieron. También, habilita la comparación y/o diferenciación con el espacio que ocupan en el presente. No se pretende dar una respuesta final al respecto, sino indagar otras posibles vertientes sobre el debate y la pesquisa de dichas conmemoraciones junto a la problematización de la importancia del *Nunca Más* en la Argentina y en el mundo.

En primer lugar, el artículo analiza a las conmemoraciones como acontecimientos que iluminan imágenes, símbolos, objetos, construcciones, identidades; con el fin de abordar brevemente

---

CONADEP, *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, EUDEBA, 2006.

sus vínculos pasado-presente, presente-futuro. En segundo lugar, se refiere a las conmemoraciones de la entrega del Informe de la CONADEP. Reflexiona sobre las mismas y sobre la existencia o no de conmemoraciones poliédricas. Por último, propone algunas consideraciones finales sobre la relación que las conmemoraciones del *Nunca Más* mantienen con el pasado reciente.

## II. LAS CONMEMORACIONES: PASADOS EN PRESENTES

Para pensar y conocer los sentidos del pasado hay que considerar las relaciones que entabla un grupo humano con ese pasado; pues, las dinámicas del recuerdo en la esfera pública se producen a través de mediaciones llevadas a cabo por múltiples y diferentes actores sociales<sup>2</sup>. Asimismo, para contemplar y discutir las conmemoraciones como manifestaciones amplias y comunes se debe considerar la “cultura histórica”<sup>3</sup>. Ésta, que alumbraba un amplio campo de actividades culturales, permite explorar: ¿De qué manera los sentidos del pasado operan en el presente? ¿De qué manera la presente obra sobre el pasado? ¿Qué y cómo se recuerda en las conmemoraciones?

En *Les lieux de mémoire*<sup>4</sup>, Nora anuncia el retorno de los acontecimientos, es decir, aquello que cambia un curso. Plantea que los acontecimientos se construyen y que los medios masivos de comunicación cumplen un papel clave en esa tarea. Advierte

---

<sup>2</sup> RÜSEN, Jörn, “¿Qué es la cultura histórica?: Reflexiones sobre una nueva manera de abordar la historia”, trad. de F. Sánchez Costa e Ib Schumacher, original en: FÜSSMANN, K., Grütter, H.T., RÜSEN, J. (eds.), *Historische Faszination. Geschichtskultur heute*, 1994, pp. 1-31.

<sup>3</sup> “(...) esfera o parte de la percepción, de la interpretación, de la orientación y del establecimiento de una finalidad, que toma el tiempo como factor determinante de la vida humana.” *Ibidem*, p. 6.

<sup>4</sup> NORA, Pierre, *Le lieux de mémoire*, Montevideo, Ediciones Trilce, 2008.



sobre la centralidad del presente, la existencia de diferentes usos públicos de la historia, el ascenso del testigo y del testimonio, y la modificación de la relación con el tiempo; ya que no se piensa en una continuidad sino en la discontinuidad entre el pasado y el presente. Además, considera que ya no se trata solamente de la historia, sino de la identidad.

Nora enfatiza sobre las diferencias y confusiones existentes entre Historia y memoria<sup>5</sup>, producto de sus abordajes al pasado. La memoria funciona separada, al margen de la historia, pero de ella necesita los lugares para su construcción o conformación. La memoria se constituye así como un deber de la sociedad: necesita hitos, aniversarios, conmemoraciones, archivos, pasajes, entre otras cosas. La reflexión memorística se relaciona con los pasados recientes traumáticos, para el caso argentino ésta se establece alrededor de las sistemáticas violaciones de los derechos humanos y lo acontecido durante el terrorismo de Estado.

Nora caracteriza a los lugares de memoria como restos. “La forma extrema bajo la cual subsiste una conciencia conmemorativa en una historia que la solicita, porque la ignora”<sup>6</sup>. Éstos nacen y viven de la idea que no hay memoria espontánea, que deben construirse conmemoraciones, celebraciones, archivos, etc., que necesitan la vigilancia de la historia. El estallido conmemorativo modificó el régimen de relación con el pasado y la idea de nación; pues, el hombre contemporáneo es consciente de la relatividad de sus pasados. La novedad radica principalmente en la traza de las acciones y el juego de las conmemoraciones, en la construcción de los acontecimientos en el tiempo, en el apagamiento y resurgencia de sus significados, en los replanteos del pasado, en los usos y desusos, y en la administración del pasado en el presente. Hay un vuelco de lo memorial a lo histórico. “Todas las memorias son el aspecto simbólico de una lucha por el poder, por el monopolio

---

<sup>5</sup> Para profundizar sobre la oposición y definiciones de Historia y memoria véase *Ibidem*, pp. 20 y 21.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 24.

del pasado y la reconquista ante la posteridad de lo que se perdió en la realidad”<sup>7</sup>. Asimismo, el pasaje de la memoria a la historia revitalizó las redefiniciones de identidad.

La memoria debe construir un estatuto de justicia en sus relatos además de buscar mayores consensos; los cuales son frágiles, transitorios, provisorios, y que permanentemente están siendo reconstruidos<sup>8</sup>. Las memorias sobre el terrorismo de Estado exigen otros deberes, dentro y fuera de los organismos de derechos humanos. Sus diferencias, sus voluntades de conquista, sus luchas por la memoria y justicia, y sus intentos en universalizar los valores transmitidos quebranta otros hábitos del ámbito de las memorias. Las memorias son plurales y poseen signos políticos. Sus relatos cambian, pero permiten recuperar claves de sentido. Para Calveiro la fidelidad de la memoria está en su “capacidad de puente” entre el presente, el pasado y el futuro<sup>9</sup>. La memoria del terrorismo de Estado posee diferentes momentos y su mayor dificultad es la de conjugar sentido al pasado.

Además, la memoria crea significados y constituye un elemento clave en la construcción de la identidad. Las disputas que existen por la apropiación social del pasado, en el proceso de elaboración y aceptación de los discursos, genera una variedad de representaciones posibles. La existencia de incorporaciones, silencios y olvidos son constantemente “reelaborados en función de factores ideológicos, generacionales, culturales o históricos”<sup>10</sup>. Dichos discursos sobre el pasado se enfrentan, complementan o niegan. Aunque también habilitan el surgimiento de una memo-

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>8</sup> GORELIK, Adrián, “Ciudad y terrorismo de estado”, en: *Jornada Arquitectura y memoria*, Buenos Aires, Memoria Abierta, 2009, pp. 16-23.

<sup>9</sup> CALVEIRO, Pilar, “Puentes de la memoria, terrorismo de Estado, sociedad y militancia”, en: *Lucha Armada en la Argentina*, núm. 1, vol. 1, 2004, pp. 71-77.

<sup>10</sup> LORENZ, Federico, “La memoria de los historiadores”, en: *Lucha Armada en la Argentina*, núm. 1, vol. 1, 2004, pp. 64-70.

ria dominante. Son el resultado exitoso de un proceso de “producción social del pasado” llevado a cabo bajo un contexto de dominación política<sup>11</sup>.

Las conmemoraciones hablan más del presente que del pasado, “operan como laboratorios privilegiados para percibir las dinámicas socio-político-culturales que una comunidad exhibe en un contexto históricamente situado”<sup>12</sup>. En ellas se hallan presentes diferentes modos selectivos de narrar, por ejemplo, lo recordado y lo olvidado, lo visible y lo invisible, lo manifiesto y lo latente, lo dicho y lo silenciado. El presente es el que crea los instrumentos de conmemoración, el que indica qué conmemorar, cómo, cuándo, dónde<sup>13</sup>.

En el presente hay una re-fabricación del pasado, un juego de la memoria y la historia, un cambio perpetuo que revela una nueva figura del pasado. Por ello, aunque existan continuidades, se generan tensiones y olvidos alrededor del *Nunca Más*. Sus conmemoraciones son retrospectivas del pasado reciente y evocaciones cargadas de sentido. Incluyen el re-arraigo de una narrativa del pasado argentino, los compromisos con respecto a las memorias, los olvidos y la construcción de la identidad. El pasado dejó de ser garantía del futuro. El presente historizado es el que carga con la promoción de la memoria y la emergencia de la identidad.

Los testigos y sus testimonios se colocan en un lugar fundamental para recordar el pasado reciente. Lo cual puede advertirse en las conmemoraciones. Aún así, algunos sectores sociales y políticos continúen cuestionando o enfrentando la imagen y el valor del testigo; lo mismo sucede con los testimonios. A pesar de ello, la narrativa del *Nunca Más* le otorgó un lugar central a los

---

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> PAGANO, Nora y RODRÍGUEZ, Martha, (comp.), *Conmemoraciones, patrimonio y usos del pasado. La elaboración social de la experiencia histórica*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2014, p. 8.

<sup>13</sup> *Idem.*

testigos y a los testimonios, que desde entonces poseen una voz autorizada para hablar del pasado reciente argentino.

Los acontecimientos traumáticos conllevan grietas en las narraciones y en las memorias. La imposibilidad de dar sentido a ese pasado, de incorporarlo narrativamente, es lo que evidencia la presencia de lo traumático. Por ello, el olvido no es ausencia sino vacío. “Es la presencia de esa ausencia”<sup>14</sup>. El poder de las palabras se encuentra en la autoridad que representan y en los procesos vinculados a las instituciones que le dan legitimidad<sup>15</sup>. El *Nunca Más*, además de representar ese poder, es vehículo de la memoria. Materializa sentidos del pasado y propaga la memoria, por ejemplo, a través de su presencia en conmemoraciones, discursos, museos, monumentos, filmes, bibliotecas públicas, libros de historia, fotografías, obras de arte, grafitis, etc.

Los conceptos transforman experiencias en vivencias. Las personas establecen un vínculo existencial con el mundo a través del lenguaje<sup>16</sup>. Además de las palabras, se necesitan nexos de sentidos que se densifican y se transforman en nodos semánticos que permiten transmitir experiencias a través de la articulación de una red de significados. De este modo, un concepto resulta fundamental cuando es irremplazable en una cultura; pues conecta y sintetiza significados particulares y complejos.<sup>17</sup> El *Nunca Más* como concepto, incluso antes del retorno democrático en la Argentina, empieza a adquirir ese carácter insustituible.

---

<sup>14</sup> JELIN, Elizabeth, “¿De qué hablamos cuando hablamos de memorias?”, en: JELIN, E., *Los trabajos de la memoria*. Madrid, Siglo XXI editores, 2001, p. 9.

<sup>15</sup> Al respecto véase JELIN, Elizabeth, “Memorias en conflicto, Debate: Entre el pasado y el presente”, en *Puentes*. 1, (1), 2000, p. 6-13.

<sup>16</sup> KOSELLECK, Reinhart, *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*, núm. 61, Barcelona, Paidós básica, 1993.

<sup>17</sup> En su estructura el concepto es dual: es semántico y pragmático. Semántico porque posee un significado establecido y consolidado, pragmático porque representa un uso particular para cada caso. La variación del uso pragmático puede otorgar nuevos significados. *Idem*.

Resulta importante estudiar los significados de un concepto y las palabras que en un determinado momento hayan significado lo mismo. Las fuentes lingüísticas nos hablan de hechos y según cómo se las aborde o indaguen, nos acerca a diferentes aspectos y cuestiones del pasado, como ocurre con el *Nunca Más*. Koselleck propone una tipificación de textos que puede acceder el historiador: los memoriales, las cartas y la prensa (lo pragmático y cotidiano); los diccionarios, las enciclopedias y los manuales (usos de la palabra y su cambio gradual); y los clásicos (que buscan generar significados de larga duración)<sup>18</sup>. Este último podría ser el caso del *Nunca Más*; el cual, es un clásico y, al igual que un acontecimiento, es único e irrepetible y participa en su disposición a la repetición.

A través de las conmemoraciones, también, podemos pensar el tipo de relación que las sociedades entablan con el pasado como formas que contribuyen a la constante constitución de la memoria y la identidad colectiva<sup>19</sup>. Los conflictos que las mismas despliegan nos muestran las diferentes interpretaciones y sentidos que grupos de personas le dan al pasado, formando parte de los problemas que surgen por las relaciones cambiantes que éstos establecen con el pasado. Es la semántica de los tiempos históricos, gravitada por la tensión entre el campo de la experiencia y el horizonte de expectativa. La misma que condujo a Hartog a inquirir sobre los modos de articulación del pasado, presente y futuro; es decir, sobre el “régimen de historicidad”<sup>20</sup>. El cual ayuda a explorar las formas adoptadas por la tensión entre la experiencia y la expectativa, ayer, hoy, aquí y allá<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> RABOTNICOF, Nora, “Política y tiempo: pensar la conmemoración”, en: *Sociohistórica*, Cuadernos del CISH, núm. 26, 2009, pp. 179-212.

<sup>20</sup> HARTOG, François, “Sobre la noción de régimen de historicidad. Entrevista con François Hartog”, en DELACROIX, Christian; DOSSE, François y GARCÍA, Patrick, *Historicidades*, Buenos Aires, Waldhuter, 2010, pp. 145-163.

<sup>21</sup> *Idem.*

Las conmemoraciones son un tipo de acontecimiento especial; siempre previsto, esperado, construido y convencional.<sup>22</sup> Presentan un “horizonte de expectativas” (concepto empleado por Koselleck) en su realización por parte de quienes la formulan y/o la esperan. Todas las conmemoraciones son poliédricas.<sup>23</sup> Los actores sociales las perciben y se relacionan con ellas de diferentes formas, y les imprimen distintos sentidos. Aunque dicho carácter poliédrico posee una declinación temporal.

De acuerdo a Jelin “(...) poder recordar y rememorar algo del propio pasado es lo que sostiene la identidad”<sup>24</sup>. La relación con el pasado siempre es aplicada para lograr una intervención sobre el presente para construir identidad. Devoto recomienda analizar las conmemoraciones colocándolas en una temporalidad más larga, atendiendo especialmente a los números redondos (por ejemplo, década, centenario, bicentenario). Sugiere indagar cómo se conmemora un acontecimiento haciendo hincapié en la reutilización del pasado en los presentes. Las conmemoraciones históricas son lugares y laboratorios privilegiados para estudiar lo social. A través de ellas se pueden ver a los diferentes grupos de la sociedad en acción, por ello son más dinámicas que los patrimonios. Pero también, en las conmemoraciones hay conflictos y tensiones, y muchas veces tienen una contra-conmemoración. Aun así, son

---

<sup>22</sup> Devoto distingue los acontecimientos inesperados de los esperados. Las conmemoraciones forman parte del último grupo. DEVOTO, Fernando, “Conmemoraciones poliédricas”, en: PAGANO, N. y RODRIGUEZ, M. (comps), *La elaboración social de la experiencia histórica. Conmemoraciones, patrimonio, y usos del pasado*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2004, p. 19.

<sup>23</sup> El análisis de las conmemoraciones poliédricas nos permite entender cómo funciona el pasado en determinada sociedad. Por otra parte, el carácter poliédrico “es algo inherente a cualquier conmemoración”. *Idem*.

<sup>24</sup> JELIN, Elizabeth, *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2002, p. 25.

importantes lugares de la memoria por formar parte de una construcción identitaria<sup>25</sup>.

Para analizar las conmemoraciones hay que tener en cuenta los semióforos, entendidos como objetos que contienen significados, objetos tangibles, visible, poseen un soporte material y un signo de algo. Los semióforos posibilitan una historia aunque no la constituyen. Su función tiene que ver con la que es demandada. Implican un determinado lenguaje, un dialecto de la percepción (directa o indirecta), una huella entre el pasado y el presente. Permiten ver cómo una sociedad se vincula con el tiempo. Cuando los semióforos son valiosos se busca preservarlos y cuando son considerados peligrosos se intenta destruirlos<sup>26</sup>.

¿Funciona el *Nunca Más* como semióforo? ¿Semióticamente brinda sentido? ¿Se busca su preservación o conservación? ¿Se busca su modificación o destrucción? En primera instancia podemos decir que la teoría de la guerra sucia busca su eliminación, mientras que la actual y “recargada” teoría de los dos demonios pretende su modificación. Asimismo, la narrativa del *Nunca Más* sufre los perjuicios de la descontextualización y el olvido. Muchas veces los semióforos son descontextualizados en el presente produciéndose diferencias entre el uso original y el uso actual; por ello, al igual que con el Informe *Nunca Más*, se debe distinguirse su uso original del uso actual.

Ante lo expuesto podemos considerar el *Nunca Más* como un lugar de la memoria. Pues se constituye como portador de una memoria que tiene sus contrapuestos, por ejemplo, la teoría de la guerra sucia defendida por el sector castrense. Pensar el Informe *Nunca Más* siempre requiere un ajuste en la relación con el pasado reciente argentino. Más adelante veremos que las conmemoraciones del Informe *Nunca Más* no llegan a transformarse en un

---

<sup>25</sup> DEVOTO, Fernando, *op. cit.*, p. 19.

<sup>26</sup> POMIAN, Krzysztof, “Historia cultural, historia de los semióforos”, en RIOUX Jean-Pierre y SIRINELLI, Jean François, *Para una historia cultural*, México, Taurus, 1999.

objeto privilegiado, quizás por la masiva utilización del concepto en otras conmemoraciones, manifestaciones, publicaciones, discursos, etc. Aún así, todas ellas son representativas de un lugar de la memoria, presentan letras de sangre y terror, conforman sitios de la memoria. La entrega del Informe de la CONADEP contiene una significativa carga simbólica, a pesar de ello hubo momentos en donde su conmemoración no fue apoyada social, política y culturalmente. Un ejemplo de ello es cuando se cumplieron los diez años de la entrega del *Nunca Más*.

Las conmemoraciones del *Nunca Más* supusieron una relación diferente con el pasado, una vinculación en constante elaboración, la operación de diferentes lógicas. Por ello nos interesa advertir que hay una multiplicidad de iniciativas conmemorativas alrededor suyo; las cuales, casi siempre descentradas, mostraban el rol fundamental y el lugar privilegiado que ocupan los medios masivos de comunicación en la trasmisión de su dramática narrativa.<sup>27</sup>

### III. LA AUSENCIA CONMEMORATIVA EN SU DÉCIMO ANIVERSARIO

Desde que se efectuó la entrega del Informe se desarrollaron diferentes actos y conmemoraciones evocando el *Nunca Más*. Su discurso homogéneo basado esencialmente en una narrativa humanitaria para denunciar las atrocidades cometidas por el terrorismo de Estado, su evocación y adopción de un tipo de relato sobre la violencia de Estado, el nuevo conocimiento sobre la dimensión sistemática de las detenciones-desapariciones, la creación o conformación de un corpus probatorio del terror hacen del *Nunca Más* un símbolo cuyo carácter canónico posee un sentido que no deja de ser resignificado. Ese volver a significar se produce a partir de nuevas interpretaciones que cuestionan ciertas premi-

---

<sup>27</sup> Nora se refiere a dicho fenómeno. NORA, Pierre, *op. cit.*, pp. 172 y 173.



sas del régimen de memoria que el Informe (o la CONADEP) había configurado en un primer momento.

El *Nunca Más* logró ser el vehículo para transmitir el pasado reciente argentino, por ello continúa siendo utilizado por diferentes grupos de la sociedad y el gobierno para exponer sus lecturas e interpretaciones sobre lo acontecido durante el terrorismo de Estado. Esas diversas lecturas pueden encontrarse en las conmemoraciones y posibles contraconmemoraciones del *Nunca Más*. Particularmente es la efeméride del 24 de marzo, aniversario del golpe de Estado, la que muestra con mayor claridad cómo se fueron trasladando las distintas narrativas de la memoria a diferentes finalidades conmemorativas. El *Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia* posee su conmemoración oficial y sus contraconmemoraciones, principalmente por grupos castrenses y por los defensores de la reconciliación nacional. No obstante, esa fecha conmemorativa junto con la del 16 de septiembre, *Día de los Derechos de los Estudiantes Secundarios*, muestran que la narrativa del *Nunca Más* es la que se ha mantenido, aún con tensiones y resignificaciones, con más vigor.

Rápidamente el emblemático *Nunca Más* fue logrando hegemonía en el discurso público, en los estrados judiciales, en el debate político, en reproducciones culturales, en los medios masivos de comunicación y en las conmemoraciones. A pesar de ello, no desaparecieron las disputas por el sentido del Informe; las cuales, desde un primer momento, dividen a las Fuerzas Armadas, el gobierno de Alfonsín y a los organismos de derechos humanos. En líneas generales los organismos de derechos humanos calificaron al Informe como documento vital para solicitar justicia, pues incluía pruebas irrefutables. Unificador de principios democráticos, su título *Nunca Más* condensa una verdad y un deseo. Una verdad sobre las desapariciones y las pruebas fundamentales para reclamar justicia. Un deseo sobre una efectiva democracia, opuesta a la dictadura, a las injusticias, a la violencia desencadenada y sufrida en el pasado reciente, y al nefasto método del terrorismo de Estado.

Sin embargo, como antepusimos, su forma simbólica no está exenta de tensiones.

Las fracturas de sus significaciones se evidencian desde un primer momento, por ejemplo, en el Prólogo del año 1984 y en el programa televisivo *Nunca Más* donde Tróccoli<sup>28</sup> realiza una introducción enlazada a la teoría de los dos demonios. Las vinculaciones de los familiares y amigos de los detenidos desaparecidos, de las organizaciones de derechos humanos y de los sobrevivientes para la búsqueda de castigo a los culpables, la utilización de sus causas, narraciones y sentidos por parte de la fiscalía para el juzgamiento a las Juntas Militares<sup>29</sup>, los usos y críticas que hizo del

---

<sup>28</sup> Antonio Tróccoli (1925 –1995) fue un abogado y político argentino partidario de la Unión Cívica Radical, que se desempeñó como diputado y ministro del Interior. En 1983 fue designado por el presidente Raúl Alfonsín como Ministro del Interior cargo que desempeñó hasta 1987.

<sup>29</sup> La primera Junta Militar argentina correspondiente a la última dictadura cívico militar se compuso por los comandantes Jorge Rafael Videla (del Ejército), Emilio Eduardo Massera (de la Armada) y Orlando Ramón Agosti (de la Fuerza Aérea). En el curso de la última dictadura cívico militar, los integrantes y presidente de la Junta Militar fueron siendo reemplazados. Por parte del Ejército, Roberto Viola, Leopoldo Fortunato Galtieri y Cristino Nicolaidis ocuparon el cargo respectivamente. En la Marina, el cargo fue ocupado por Armando Lambruschini, luego por Jorge Isaac Anaya y posteriormente por Rubén Oscar Franco. En la Aeronáutica, sucedió lo mismo con Omar Domingo Rubens Graffigna, Basilio Lami Dozo y Augusto Hughes. Entre el 22 de junio y el 10 de septiembre de 1982 no hubo Junta Militar. Reynaldo Benito Antonio Bignone fue el último presidente de facto del autodenominado Proceso de Reorganización Nacional.

El 15 de diciembre de 1983 el presidente Alfonsín sancionó el Decreto N.º 158/83 que ordenó someter a juicio sumario a nueve de los diez militares de las tres armas que integraron las Juntas que dirigieron el país desde el golpe militar del 24 de marzo de 1976 hasta la Guerra de las Malvinas en 1982: Jorge Rafael Videla, Orlando Ramón Agosti, Emilio Eduardo Massera, Roberto Eduardo Viola, Omar Graffigna, Armando Lambruschini, Leopoldo Fortunato Galtieri,

Informe la defensa de los militares, la política oficial de limitar su significación a los juicios, las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, los Indultos y los Juicios por la Verdad, son algunos ejemplos de los cambios y fracturas operadas alrededor de su forma simbólica.

Su publicación y lectura desencadenó una gran conmoción social en el país como en el mundo entero. Amplios grupos de la sociedad civil enarbolan el *Nunca Más* reclamando la continuidad de los juicios. A diez años de la publicación del Informe de la CONADEP y a once de la reinstauración democrática, la promoción y protección de los derechos humanos, en gran medida, continuaba siendo una labor pendiente. El Estado de derecho no garantizaba la eliminación de violaciones a los derechos humanos. La violencia institucional, las leyes de impunidad<sup>30</sup> y las dificultades de acceso a la justicia eran claros ejemplos de la precedente afirmación. Por ese motivo, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)<sup>31</sup> con colaboración de la Facultad de Filosofía y Letras de la

---

Basilio Lami Dozo y Jorge Anaya. Alfonsín excluyó de la acusación al general Cristino Nicolaides.

El tribunal que enjuició a las juntas fue la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, integrada por los jueces Jorge Torlasco, Ricardo Gil Lavedra, León Carlos Arslanián, Jorge Valerga Araoz, Guillermo Ledesma y Andrés J. D'Alessio. El fiscal fue Julio César Strassera con quien colaboró el fiscal adjunto Luis Gabriel Moreno Ocampo, quienes utilizaron como base probatoria el informe *Nunca más* realizado por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP).

<sup>30</sup> Con leyes de impunidad nos referimos a la Ley 23 492 de Punto Final y a la Ley 23 521 de Obediencia Debida, dictadas en 1986 y 1987 respectivamente; y a una serie de decretos presidenciales de indultos y amnistía sancionados en la Argentina entre 1989 y 1990, los cuales impidieron el juzgamiento o la ejecución de las condenas contra los perpetradores de crímenes de lesa humanidad durante el Terrorismo de Estado llevado a cabo entre 1976 y 1983.

<sup>31</sup> Organización de derechos humanos nacido en 1978, en plena dictadura cívico militar argentina.

Universidad de Buenos Aires elabora y difunde un *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina, Año 1994*. En su Introducción se refiere al Informe prohibido elaborado por la Comisión Interamericana de derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1980 pero hace lo mismo con respecto al de la CONADEP (CELS y FFYL, 1995). Podemos decir que 1994 es un año más que particular. A pesar de cumplirse diez años de la publicación del *Nunca Más*, no se efectúa conmemoración alguna. Asimismo, se incorporan tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución Nacional a partir de su reforma. Por otra parte, se lleva a cabo el atentado a la Asociación de Mutuales Israelitas de la Argentina (AMIA), entre otros tantos retrocesos gubernamentales en materia de derechos humanos.

Once años después de la publicación del Informe en formato libro, el Concejo Deliberante de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece una ordenanza que declara obligatoria la lectura del *Nunca Más* en las escuelas secundarias. En ese contexto de preocupación por la transmisión de lo acontecido a las nuevas generaciones, en el mes de julio de 1995 el diario *Página /12* comienza a ofrecer a sus lectores 30 fascículos semanales que componen el *Nunca Más*. Los mismos incluían collages de León Ferrari<sup>32</sup> quien, además de ser un reconocido artista, era víctima del terrorismo del Estado por ser padre de un desaparecido y un exiliado político. La preocupación de la editorial del diario estaba puesta en cómo transmitir a las nuevas generaciones lo acontecido durante el terrorismo de Estado. La publicación de *Página/12* se convirtió en la tirada más significativa luego de la edición original del *Nunca Más*<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> León Ferrari (1920 - 2013) fue un artista plástico argentino. Su obra denuncia los genocidios, los abusos de poder de las instituciones y la intolerancia. Continúa siendo considerado uno de los artistas plásticos más provocadores del mundo.

<sup>33</sup> CRENZEL, Emilio, "El Nunca Más en fascículos: el infierno resignificado", *X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia*. Escuela de Historia

La reedición del *Nunca Más por Página/12* realiza cambios con respecto al libro original: excluye algunos croquis y fotografías de los centros clandestinos de detención (sucede lo mismo con las publicaciones on-line del Informe), incluye los anexos con las listas excluidas por EUDEBA de los detenidos desaparecidos, y suma los ya mencionados collages de León Ferrari. Al igual que el libro original no incluye un relato histórico que explique el terror acontecido en el pasado reciente de nuestro país. Igualmente, con los collages se produce una fractura en el relato. Sabato celebra la reedición porque permite actualizar la memoria de una sociedad hipnotizada para preservar la memoria, enfrentar la impunidad<sup>34</sup>.

Los collages de León Ferrari vinculan el pasado y el presente, muestran las complicidades de la cúpula de la Iglesia Católica, de la justicia, la jerarquía empresarial y de la sociedad civil. La tapa del último fascículo de la edición del *Nunca Más de Página /12* incluye al final una fotografía sin intervenir, es decir, es la única tapa que no es un collage. En la misma está Hijos e Hijas por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio (H.I.J.O.S.)<sup>35</sup> ingresando a Plaza de Mayo, lo cual representa un homenaje a la lucha pero también su transmisión generacional al incluir a los miembros de H.I.J.O.S. junto a una Madre de Plaza de Mayo.

---

de la Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional de Rosario, Departamentos de Historia de la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional del Litoral, Rosario, 2005.

<sup>34</sup> Véase *Ídem*.

<sup>35</sup> En 1995 se conforma la agrupación de derechos humanos H.I.J.O.S. (Inicialmente conformada por hijas e hijos de militantes víctimas del terrorismo de Estado,) para luchar por el Juicio y Castigo a los genocidas miembros de la última dictadura cívico militar argentina. Actualmente hay regionales de H.I.J.O.S. en Rosario, Santa Fe, Córdoba, Formosa, Chaco, Jujuy, Salta, Tucumán, Corrientes, Santiago del Estero, Paraná, Bahía Blanca, La Plata, La Matanza, Presidente Perón, Lanús, Almirante Brown, Necochea, Lomas de Zamora, Quilmes, Concordia y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

#### IV. LAS CONMEMORACIONES EN SU VIGÉSIMO ANIVERSARIO

Para conmemorar la entrega del Informe en su vigésimo aniversario, Memoria Abierta produjo una muestra gráfica itinerante: *El Nunca Más en imágenes, XX años del Nunca Más*. El video (cuya duración es de 00:21:22) inicia con una voz en of que corresponde al 10 de diciembre del año 1983, día en que se reanuda la vida constitucional y republicana de la Argentina, y con la jura del Presidente electo Raúl Alfonsín. Tras la muestra del decreto que crea la CONADEP, aborda el debate sobre la solicitud de una comisión bicameral<sup>36</sup>. En el video se pueden apreciar diferentes testimonios de integrantes de organismos de derechos humanos, de Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, y de sobrevivientes; también se observan imágenes y voces de archivo relativas a la CONADEP y al *Nunca Más*<sup>37</sup>.

El testimonio de Enrique Pochat<sup>38</sup> menciona que los organismos que deciden aceptar a la CONADEP por considerarla necesaria a pesar de no ser bicameral fueron: La Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, La Liga Argentina por los Derechos del Hombre y El Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos. Raúl Aragón, integrante de la APDH y secretario de la CONADEP, se refiere al trabajo que realizaban en los campos de detenidos durante la investigación.

---

<sup>36</sup> El Archivo Oral de Memoria Abierta posee y produce testimonios referidos al período del terrorismo de Estado, a la vida social y política de las décadas de 1960 y 1970 en la Argentina. Se pueden acceder a los mismos a través del siguiente enlace <<https://memoriaabierta.org.ar/wp/archivo-oral/>>.

<sup>37</sup> Memoria Abierta, *XX años del Nunca Más*, 2004. También se produjo una muestra gráfica, consultado en: <<https://www.memoriaabierta.org.ar/materiales/nuncamas.php>>.

<sup>38</sup> Enrique fue militante cristiano y de distintas agrupaciones políticas. Durante la dictadura militar y hasta mediados de la década de 1990 fue integrante del Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos (MEDH).

Las Madres que prestan testimonio aclaran que no aceptaban a la CONADEP. Lidia Anselmi de Díaz comenta estar arrepentida de no haber ido en ese momento a la Comisión a hacer la denuncia. Lola Weinschelbaum de Rubino asegura que las madres que iban a la CONADEP a hacer la denuncia lo hacían en secreto. Por su parte Mario Villani, un sobreviviente, reconoce el trabajo de la CONADEP pero también sostiene que se lo enmarcó en la teoría de los dos demonios. El documental finaliza destacando el trabajo de la CONADEP y aclarando las limitaciones de la investigación por parte del sistema.

Durante su investigación, la CONADEP conformó el primer archivo que centralizó y concentró las denuncias por las detenciones-desapariciones, hasta entonces esparcidas por el país y el exterior. Luego del trabajo de recolección de testimonios y otras pruebas, la CONADEP creó un archivo que reunió diferentes evidencias. En primer lugar, los testimonios orales, los cuales poseían un carácter amplio y plural. En segundo lugar, amplía el acervo fotográfico, por ejemplo, los familiares entregaron fotos de identificación de los desaparecidos para dar cuenta de sus identidades. La CONADEP utilizó dichas imágenes con los sobrevivientes, esperando que logren identificarlos<sup>39</sup>.

También la Comisión fotografió los centros clandestinos de detención mientras se realizaban las inspecciones. La fotografía era otra prueba de confirmación de la palabra de los testigos. Recolecta fotos del interior de los centros clandestinos de detención cuando estaban en funcionamiento; obtiene las fotografías de Víctor Bastera de la ESMA, de detenidos-desaparecidos en cautiverio; recolecta fotos de los perpetradores, algunas sacadas por Bastera y otras provenientes de los archivos de los organismos de derechos humanos. En tercer lugar, reúne planos de los centros

---

<sup>39</sup> CRENZEL, Emilio, “El Archivo de la CONADEP. Una perspectiva desde la experiencia de la investigación en Ciencias Sociales”, *III Encuentro Regional de Archivos y Derechos Humanos. El archivo y el testimonio*, Memoria Abierta, 21 y 22 de septiembre de 2009, p. 62-66.

clandestinos de detención realizados por los sobrevivientes. En cuarto lugar, recolecta pruebas en cárceles, comisarías, hospitales, cementerios, morgues, entre otros<sup>40</sup>.

La documentación aportada por la Comisión fue conservada por la Dirección de Derechos Humanos, la Subsecretaría de Derechos Humanos y la Secretaría de Derechos Humanos. Asimismo, fue la base de la documentación con la que se creó en diciembre del año 2003 el Archivo Nacional de la Memoria. Los objetivos del Archivo son: mantener viva la historia contemporánea de nuestro país; fomentar el estudio, investigación y difusión de la lucha contra la impunidad y por los derechos humanos; y permitir el acceso al material recolectado para generar conocimiento alrededor del pasado reciente.

En el año 2009, al conmemorarse los 25 años de la entrega del Informe, el Fondo documental de la CONADEP fue declarado Memoria del Mundo por la UNESCO junto a 18 archivos del patrimonio documental sobre derechos humanos en la Argentina referidos a los años del terror: 1976 a 1983. Actualmente los legajos originales están bajo un proceso de conservación y restauración, la mayoría están siendo microfilmados. Dicho Archivo es considerado esencial para la preservación de lo acontecido durante el terrorismo de Estado, para el esclarecimiento de la verdad y para la justicia<sup>41</sup>.

## V. LAS CONMEMORACIONES EN SU TRIGÉSIMO ANIVERSARIO

En conmemoración de su trigésimo aniversario, el 18 de septiembre del año 2014 tuvo lugar un acto en el Salón Rojo de la Facultad

---

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> Véase Torres Molina, Ramón, “Veinticinco años del informe de la Conadep”, *Página/12*, 15 de septiembre de 2009. Consultado en: <<https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-131783-2009-09-15.html>>.



de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. La mesa de oradores estuvo integrada por Magdalena Ruiz Guiñazú, Santiago López, Graciela Fernández Mejjide, Norberto Liwski y Mónica Pinto, quienes brindaron diferentes anécdotas e informaciones sobre su tarea en la Comisión. Dicha conmemoración fue auspiciada por la Cátedra libre Democracia y Estado de Derecho Raúl Alfonsín y el Instituto de Derechos Humanos Mario Abel Amaya. En el acto también estuvieron presentes Carlos Arslanián, Jorge Torlasco, Jorge Valerga Araoz y Guillermo Ledesma, integrantes de la Cámara que juzgó a los comandantes; y Claudio Avruj, subsecretario de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

La conmemoración inicia con la proyección de un video en donde se observa la entrega del Informe de la CONADEP al Presidente Alfonsín. Continúa con el discurso de la Decana Mónica Pinto, en el cual plantea la misión de la Comisión y la tarea de la justicia en delimitar las responsabilidades y a los culpables. Luego comienzan las exposiciones de algunos ex integrantes de la CONADEP. Santiago López, quien integró la Comisión en su condición de diputado Nacional por la UCR, subrayó que el surgimiento de la CONADEP no puede analizarse fuera de contexto y se refirió a la teoría de la seguridad nacional como el telón que cubrió los crímenes perpetrados.

Graciela Fernández Mejjide, estuvo a cargo la Secretaría de Recepción de Denuncias de la CONADEP y fue miembro activo de la APDH durante la última dictadura cívico militar. Mencionó que los organismos de derechos humanos deseaban una bicameral para luchar contra la autoamnistía de los militares. Recordó que en los documentos hablaban de una condena social y moral, y no de juicio. Destacó el coraje de los sobrevivientes que dieron testimonio porque permitieron construir la prueba más importante para exigir justicia, y a la figura de Alfonsín,

Magdalena Ruiz Guiñazú, quien fue miembro ad honorem de la Comisión y tuvo un papel significativo en lo que respecta a la divulgación de la investigación, la edición del libro *Nunca Más* y

de la proyección del documental televisivo homónimo, se refirió al humilde y respetuoso trabajo llevado a cabo por la CONADEP. También destacó la significativa contribución de la Comisión para que los responsables fueran condenados y/o llevados a juicio. Asimismo, planteó como algo pendiente y fundamental reconstruir e investigar las desapariciones que ocurrieron durante el gobierno constitucional de Isabel Perón.

Por su parte, Norberto Liwski, presidente del Comité para la Defensa de la Salud, la Ética y los Derechos Humanos (CODESEH) y profesor asociado de la Cátedra Cultura para la Paz y Derechos Humanos, de Adolfo Pérez Esquivel, comentó que con el paso de los años se advirtió que los testimonios sirvieron para acceder a la justicia. Además, subrayó que el Nunca Más posee un gran valor intergeneracional. La Decana cerró el acto planteando que la memoria se construye día a día y que por ello hay que seguir haciendo memoria en el futuro.

En la localidad de Santos Lugares del distrito Tres de Febrero se conmemoró los treinta años de la entrega del Informe con la inauguración de la Casa Museo de Ernesto Sabato, sitio donde vivió los últimos años de su vida el célebre escritor y ex presidente de la CONADEP. Previo al inicio de las visitas guiadas en la casa, se realizó un acto que contó con la presencia de la familia, del Intendente Curto, de ex integrantes de la CONADEP, uno de los fiscales del juicio a las Juntas Militares, políticos, amigos del escritor, y ciudadanos. Se homenajeó a Sabato por ser un hombre que luchó por los derechos humanos, que enfrentó la oposición de los militares cuando aún detentaban el poder, que refugió en el sótano de su casa a perseguidos políticos, que aceptó presidir la CONADEP en tiempos de mucha tensión, que prestó las instalaciones de su vivienda para diversas reuniones de la CONADEP; en síntesis, se lo recordó como un hombre comprometido con su país.

Mario Sabato luego de invitar a subir al escenario a Carlos Arslanián y a Ricardo Gil Lavedra (ex miembros del tribunal que juzgó a las Juntas Militares), a Magdalena Ruiz Guiñazú y Graciela Fernández Meijide (exintegrante y colaboradora de la CONADEP)

pronuncia las siguientes palabras: “Éstos son los héroes vivos que nos quedan”. Cada uno de ellos reflexionó sobre la importancia del *Nunca Más* y el juicio a las Juntas Militares. Se proyectó un video sobre el Nunca Más y, posteriormente, los invitados relataron sus experiencias en la Comisión y/o en el juicio<sup>42</sup>.

Durante el discurso emitido Arslanián se detuvo en la importancia del juicio a las Juntas Militares, “En Núremberg los vencedores juzgaron a los vencidos—explicó. El juicio a las Juntas, en cambio, tuvo todas las garantías, se hizo con respeto por la Constitución y respeto por la ley. Magdalena Ruiz Guiñazú pronunció un relato más íntimo y personal compartiendo el espanto del que fueron testigos los integrantes de la CONADEP. Recordó que recorrieron 340 centros de represión clandestinos, que en el transcurso de las investigaciones fueron insultados y amenazados por grupos castrenses, que sufrieron espionaje a través de la vigilancia sobre ellos y sobre los documentos, y finalmente que les enviaban datos falsos para confundirlos y desacreditar el trabajo de la Comisión<sup>43</sup>.

Graciela Fernández Mejjide relató los sucesos de la noche en que un grupo de tareas irrumpió en su vivienda y se llevó para siempre a Pablo, su hijo adolescente. Mencionó que cuando ingresó a la CONADEP comprendió que estaba buscando a su hijo y a muchos otros, y que lo hacía ante el silencio y la indiferencia absoluta de quienes podían dar una respuesta. Comentó que todo el odio que sentía fue cediendo a otro sentimiento que la mantuvo en pie, y que, si bien nunca podría perdonar, también se dio cuenta de que lo verdaderamente importante era lograr justicia para todos. Ricardo Gil Lavedra, prefirió detenerse en el presente. Reflexionó sobre los significativos aportes que puede brindar el estudio del Nunca Más a las nuevas generaciones y a la memoria

---

<sup>42</sup> SABATO, Mario, *Acto de inauguración de la Casa Museo Sabato*, Santos Lugares, Provincia de Buenos Aires, 2014.

<sup>43</sup> *Idem.*

colectiva, y sobre su indiscutida contribución a afianzar la democracia<sup>44</sup>.

Sabato habló de la vida y carácter de su padre. Indicó que la decisión de presidir la CONADEP iba a significar un honor, pero también un castigo para alguien que proponía a sus contemporáneos observar lo que no querían ver y ni comprender lo acontecido. Relató que días después del golpe de Estado, su padre había recibido insultos y que ignorando las advertencias aceptó almorzar con Videla en la Casa Rosada acompañado por Borges, Horacio Ratti y Leonardo Castellani. Comenta que Sabato fue acusado de canalla y oportunista por los antiperonistas hasta quienes nunca olvidaron su paso por la Juventud Comunista de la Argentina. También se refirió a “la verdad de ese almuerzo” donde Sabato y el padre Castellani le entregaron a José Rogelio Villarreal, secretario general de la Presidencia, una lista de once detenidos y desaparecidos. También hizo referencia al Prólogo de su padre y al imprudente e irrespetuoso agregado del año 2006<sup>45</sup>.

El último orador, Ricardo Alfonsín, habló de su padre y de Sabato como protagonistas indiscutidos en la búsqueda de la verdad y la justicia frente al terrorismo de Estado, la impunidad y el olvido. Fue un acto con fuerte dimensión simbólica y política, que continuó con las narrativas de las conmemoraciones anteriores ya que refleja la mirada de los ex integrantes de la CONADEP y de los ex fiscales del juicio a las Juntas Militares. Por otra parte, a causa de no poseer presupuesto necesario, no pudieron llevarse a cabo reformas edilicias en el sótano de la casa de Sabato, sitio donde la familia desea brindar un espacio de recuerdo o memoria al *Nunca Más* por ser el lugar donde se refugiaban cada vez que se sentían gravemente amenazados<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> *Idem.*

<sup>46</sup> SABATO, Mario, *Comunicación personal*, 3 octubre de 2015. También en D'AMICO, Héctor, “La última lección de Ernesto Sabato”, *La Nación*,

El fiscal del juicio a las Juntas Militares, Julio Strassera envió su adhesión y sus disculpas por no poder asistir al acto a causa de una pequeña intervención quirúrgica que lo obliga a guardar reposo. En su escrito destacó la figura de quien fue el encargado de presidir un organismo compuesto con gente de igual generosidad, procedente de las ciencias jurídicas, del periodismo y de las religiones; un organismo superior a una comisión bicameral que algunos postularon y que a la postre tuvieron que reconocer el acierto de su constitución cuyo trabajo que fue posteriormente imitado en otras partes del mundo.

Strassera se reconoce agradecido a la CONADEP, ya que sin su trabajo difícilmente hubiera podido conformar la base del juicio a las Juntas. Antes de cerrar la nota, agrega: “Sólo a un insolente se le pudo haber ocurrido injertar un inútil párrafo al Nunca Mas, para pretendidamente corregir una teoría inventada para justificar lo injustificable.” Sostiene que el Prólogo de Sabato dice la verdad de lo acontecido en el pasado reciente, y que desea la corrección de ese adefesio. Miguel Ángel Estrella, Embajador argentino en la UNESCO, también envía su adhesión. Lo mismo hace De Jorge Casaretto, Obispo Emérito de San Isidro, quien caracteriza al trabajo de Sabato y de la CONADEP como algo realmente profético en la vida argentina<sup>47</sup>.

Por su parte, la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires incorporó al calendario escolar del ciclo lectivo 2014 para todos los niveles, ciclos y modalidades del sistema educativo el 20 de septiembre como *Día por el Nunca Más*, de acuerdo al Boletín Oficial<sup>48</sup>. En los fundamentos de la iniciativa

---

1 de octubre de 2014, consultado en: <<https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-ultima-leccion-de-ernesto-sabato-nid1731699/>>.

<sup>47</sup> SABATO, Mario, *Comunicación personal*, 22 de septiembre de 2014. También en *Inauguración de la Casa de Ernesto Sabato* en Santos Lugares, Provincia de Buenos Aires, 19 de Septiembre de 2014.

<sup>48</sup> Provincia de Buenos Aires Dirección General de Cultura y educación, Resolución N° 37 La Plata, 17 de enero de 2014. Expediente N° 5801-3046937/13,

se considera al *Nunca Más* como parte indisoluble de la política estatal de derechos humanos e inescindible del patrimonio cultural democrático del pueblo argentino. Esto se replicó en otras provincias de la Argentina, por ejemplo, en Chaco, en Tucumán y en Neuquén<sup>49</sup>.

En cada aniversario de la entrega del Informe de la CONADEP se llevan a cabo varias campañas televisivas y radiales. En el caso del trigésimo aniversario la editorial EUDEBA presentó varios spots audiovisuales con una duración de 0:28 segundos, donde luego de observarse la leyenda “En algo podemos estar de acuerdo” diferentes figuras públicas con el libro en sus manos dicen “¡*Nunca Más!*”<sup>50</sup>.

---

incorporación al Calendario Escolar del día 20 de septiembre como Día por el Nunca Más, al cumplirse 30 años de la entrega del informe final por parte de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) al Presidente de la Nación Raúl Alfonsín. Consultado en: <<https://www.mardelplata.gob.ar/Contenido/amplaci%C3%B3n-calendario-escolar-2014>>.

“Suman al calendario escolar el Día por el Nunca Más”, Noticias, *Radio Universidad UNLP*, 4 de febrero de 2014, consultado en: <<https://www.radiouniversidad.unlp.edu.ar/suman-al-calendario-escolar-el-dia-por-el-nunca-mas>>.

<sup>49</sup> Ley 8.719, Tucumán, 20 de Septiembre “Día Provincial del Nunca Más”, *Boletín Oficial*, 6 de Octubre de 2014. Ley N° 2931, Neuquén, 20 de Septiembre “Día Provincial por la memoria Histórica y contra la Impunidad”, 2014.

“El 20 de septiembre se conmemorará el Día Provincial del Nunca Más”, Representantes, *Diario Chaco*, 26 de noviembre de 2014, consultado en: <<http://www.diariochaco.com/noticia/el-20-de-septiembre-se-conmemorara-el-dia-provincial-del-nunca-mas>>.

<sup>50</sup> Campaña *Nunca Más, 30 Años*, EUDEBA, 2014. A 30 años de la primera publicación del Nunca Más la Editorial Eudeba presenta este homenaje: “En algo podemos estar de acuerdo: Nunca Más!” Recuperado de: <<http://www.eudeba.com.ar/>>. Véase el Spot 2 en UBA ubaonline: <<https://www.youtube.com/watch?v=nIjGdzRUMl0>>.

También, el canal Infojus Noticias, Agencia Nacional de Noticias Jurídicas, presentó *30 años del Nunca Más: los archivos inéditos de la TV francesa*. Ese documento, inédito en la Argentina, corresponde a un especial sobre el trabajo de la CONADEP emitido en la televisión francesa el 2 de febrero del año 1984 por Antenne. El mismo se refiere al trabajo de la Comisión como una tarea dolorosa y terrible, a los testimonios de los exiliados obtenidos en Francia, al temor y al miedo que presentan los testigos del horror y los miembros de la Comisión por las constantes amenazas, y al testimonio que solicitó brindar un represor detenido<sup>51</sup>.

Para cada conmemoración de la entrega del Informe de la CONADEP se escriben artículos de opinión y se realizan programas o bloques especiales en los medios masivos de comunicación; pero el trigésimo aniversario resultó más productivo en materia conmemorativa. Por ejemplo, el programa de la Asociación Madres de Plaza de Mayo emitido por la televisión pública, en el capítulo número 12 de *Madres Nuestra Historia* se presentó: *La CONADEP, juicios y cadáveres*. Allí, desde una mirada distante, relata la resistencia a la Comisión de notables, explica los motivos de ello, indica que solamente la Asociación de Madres de Plaza de Mayo no asistió a la entrega del Informe, denuncia la no inclusión en el libro *Nunca Más* de una lista con los nombres de los represores y, a diferencia de lo informado por la CONADEP y por Crenzel, indica que el Informe era confidencial en el momento de la entrega. También desde una mirada crítica se refiere al juicio a las Juntas Militares y la reducción del relato oficial sobre lo acontecido, eliminando la militancia de sus hijos<sup>52</sup>.

Otro programa especial emitido el 29 de noviembre del año 2014 por la televisión pública, es: *30 años del libro "Nunca más" de Científicos Industria Argentina*. El programa inicia con las pre-

---

<sup>51</sup> “30 años del Nunca Más: los archivos inéditos de la TV francesa”, *Infojus Noticias*, 19 de septiembre de 2014, consultado en: <<https://www.youtube.com/watch?v=7P7c1lxIXsk>>.

<sup>52</sup> Madres de Nuestra Historia, *Ibidem*.

guntas: ¿En qué se modificó el derecho en la Argentina? Mirándolo desde el lugar de la ciencia. ¿Qué es lo que aprendimos? ¿Qué aprendieron aquellos que se dedican específicamente a investigar? Inmediatamente después muestra las conocidas imágenes de la entrega del Informe de la CONADEP e inicia un breve relato sobre la creación de la Comisión<sup>53</sup>.

También incluye entrevistas a diferentes actores, por ejemplo al Dr. León Carlos Arslanián (ex integrante del tribunal que condenó a las Juntas Militares) quien se refiere a las características del juicio a las Juntas Militares; Roberto Berdún (trabajador de la CONADEP) quien hace referencia sobre la progresiva adhesión que logra la Comisión y la posibilidad que brinda para que se esclarecieran muchos crímenes de lesa humanidad; Miriam Lewin (periodista detenida durante la última dictadura cívico militar) quien relata sus pasos por diferentes centros clandestinos de detención; Emilio Crenzel (sociólogo y autor del libro *La Historia Política del Nunca Más*) quien destaca la importancia del *Nunca Más* indicando que sirvió de modelo a cerca de cuarenta comisiones de la verdad en el mundo entero, que muchos de sus informes llevaron por título *Nunca Más*, y que fue la primera a escala internacional en ser exitosa; María Gabriela Pacheco (Conservadora. Archivo Nacional de la Memoria) describe el archivo de la CONADEP; Antonella Di Vruno (Arqueóloga. Archivo Nacional de la Memoria) también se refiere a los archivos de la memoria subrayando su condición federal; Julio Menajovsky (Dir. de Gestión de los Fondos Audiovisuales. Archivo Nacional de la Memoria) se refiere a la importancia de la conservación de las fotografías tomadas por

---

<sup>53</sup> *Científicos Industria Argentina* “30 años del libro Nunca más”, Televisión Pública Argentina, 29 de noviembre de 2014, partes 1, 2, 3 y 4. consultado en: <<https://www.youtube.com/watch?v=SQfQXnpGbmw>>, <<https://www.youtube.com/watch?v=J8oTGn4uId4>>, <<https://www.youtube.com/watch?v=Obm4bsiwxNg>>, <[https://www.youtube.com/watch?v=YWxis5E\\_uBo](https://www.youtube.com/watch?v=YWxis5E_uBo)>.



la CONADEP durante las visitas a los centros clandestinos de detención.

El programa, que va mostrando fotografías de la CONADEP principalmente en los centros clandestinos de detención y de los lugares actuales de trabajo de los científicos argentinos como el Archivo Nacional de la Memoria, finaliza con las imágenes que contienen las últimas palabras pronunciadas por el fiscal Strassera en el alegato del juicio a las Juntas Militares: “Quiero utilizar una frase que no me pertenece porque pertenece ya a todo el pueblo argentino, Señores jueces: ¡Nunca Más!”<sup>54</sup>

Durante los meses de septiembre y diciembre del año 2014 se llevó a cabo la muestra: *Los 280 días: La CONADEP* en el Centro Cultural San Martín, 15 de diciembre de 1983 al 20 de septiembre de 1984. Posteriormente a la muestra, el Centro Cultural y ex sede de la CONADEP, elaboró un video que incluye entrevistas a Santiago Marcelino López (ex integrante de la Comisión); Leopoldo Silgueira (secretario administrativo); Graciela Fernández Mejjide (secretaria de recepción de denuncias) quien destaca el trabajo previo de los organismos de derechos humanos en tiempos de la dictadura y reconoce que por muchos años sintió un gran odio por la detención-desaparición de su hijo; Daniel Salvador (secretario de documentación y procesamiento de datos); Alberto Mansur (secretario de asuntos legales); Horacio Hugo Huarte (ex integrante de la Comisión) quien, citando a Sabato, indica que luego de la CONADEP ninguno de sus integrantes eran las mismas personas porque habían descendido a los infiernos; Magdalena Ruiz Guiñazú (ex integrante de la Comisión) quien vuelve a recordar el clima de tensión, ansiedad y angustia que vivieron durante la investigación, también se refiere al documento realizado por la CONADEP en contra de las leyes de perdón durante el gobierno de Alfonsín.

---

<sup>54</sup> *Idem.* Véase última parte del alegato desde el minuto 12:52, consultado en: <[https://www.youtube.com/watch?v=YWxis5E\\_uBo](https://www.youtube.com/watch?v=YWxis5E_uBo)>.

Además, incluye los testimonios de Pepe Eliashev (periodista y autor de *Los Hombres del Juicio*) quien sostiene que la base legal del alegato, de la prueba contra las Juntas Militares, está en los testimonios del Nunca Más; Julio César Strassera (fiscal en el Juicio a las Juntas) quien sostiene que se acercó a varios fiscales y que el único que lo aceptó fue Moreno Ocampo, quien trabajaba en la Procuración General de la Nación; Luis Moreno Ocampo (fiscal adjunto en el Juicio a las Juntas) quien relata el momento de la entrevista a Videla; Javier Torre (Director del Centro Cultural San Martín entre los años 1883-1888); Ricardo Gil Lavedra (ca-marista nacional en el Juicio a las Juntas)<sup>55</sup>.

Si tenemos en cuenta las conmemoraciones del *Día nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia*, en las cuales el lema más reivindicado es *Nunca Más*; rápidamente advertimos las significativas diferencias con respecto a las conmemoraciones referidas a la entrega del Informe de la CONADEP. Éstas últimas ocuparían un orden menor con respecto a las primeras. Igualmente, el consenso (tensionado) del *Nunca Más* se encuentra presente en ellas y de más conmemoraciones vinculadas al pasado reciente en nuestro país.

Las conmemoraciones del 20 de septiembre tienen la particularidad de llevarse a cabo, casi en su totalidad, a través de los medios masivos de comunicación; por ejemplo: videos documentales, especiales televisivos, notas de opinión periodísticas, reediciones del libro *Nunca Más*. Solamente hallamos cierta particularidad para el caso del trigésimo aniversario, donde existió un acto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; otro acto que, en este caso vincula conmemoración y patrimonio, en la Inauguración de la Casa Museo de quien fuera presidente de la CONADEP el escritor Ernesto Sabato; y la decisión de incluirlo como fecha conmemorativa en el calendario escolar

---

<sup>55</sup> Canal *elcultural sannartín*, “Los 280 días: La CONADEP en el Centro Cultural San Martín del 15 de diciembre de 1983 al 20 de septiembre de 1984”, 10 de febrero de 2015.

de actos de la Provincia de Buenos Aires (lo que fue replicado en otras provincias del país). La preeminencia de los medios masivos de comunicación en las conmemoraciones y en la construcción del acontecimiento ya había sido advertida y divulgada por Nora.

El *Nunca Más*, transformado en un símbolo para repudiar el terrorismo de Estado, los genocidios, los crímenes de lesa humanidad y todo tipo de injusticia, continúa vigente. En palabras de Crenzel fue modelo de decenas de comisiones de la verdad creadas a escala global, el basamento para convocar la reanudación de los juicios por la verdad y para activar el recuerdo de las militancias de los años setenta. Sigue siendo un libro de consulta obligada para los juicios actuales por los crímenes de lesa humanidad, para la trasmisión de la memoria, para pensar y estudiar el pasado reciente del país, para examinar la memoria que se forjó en la Argentina sobre los detenidos-desaparecidos, y para exponer las violaciones de derechos humanos<sup>56</sup>.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Ninguna conmemoración se encuentra exenta a conflictos, tensiones y debates, principalmente porque existen diferentes interpretaciones del pasado. ¿Qué, cómo, cuándo, por qué, de qué manera y a quiénes conmemorar? Son preguntas difíciles de resolver porque nunca falta un sector no se encuentre conforme con las decisiones tomadas al respecto. Extrañamente pueda darse un consenso social absoluto. La situación se agrava cuando el tema o problemática involucrada se vincula a los genocidios y a las violaciones sistemáticas de los derechos humanos.

Las diferentes interpretaciones del *Nunca Más* reflejan la lenta y dificultosa comprensión por parte de la sociedad argentina de su pasado y presente. A pesar de existir un reducido sector que dis-

---

<sup>56</sup> CRENZEL, Emilio, *La historia política del Nunca Más. La memoria de las desapariciones en la Argentina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.

cute y niega las pruebas incluidas en el Informe o que de manera tendenciosa cita la cifra de detenidos-desaparecidos hallada en el año de 1984 sin haber transcurrido ni un año del fin de la dictadura como si fuese un dato inamovible, podemos decir que en líneas generales existe consenso frente al *Nunca Más*.

Es en el plano político donde se presentan o visibilizan mayores divergencias. Principalmente en lo que respecta al Prólogo del Informe de la CONADEP, ocupando un lugar central en las discusiones y disputas sobre las conmemoraciones del 20 de septiembre. ¿Qué lo hace discutible? ¿Cuál es su contenido? ¿Quiénes lo reivindicán y quiénes no? ¿Por qué? ¿Avala la teoría de los dos demonios? ¿Resulta pertinente la aclaración al Prólogo del año 2006? ¿Por qué? ¿Sabato escribió y firmó el Prólogo original? Estas son algunas de las problemáticas que suscita.

El relato del *Nunca Más* estructuró la forma de evocar el pasado como también de pensar las desapariciones y la violencia política en la Argentina. Su sentido está modificado por nuevos modos de recordar e interpretar ese proceso. En un primer momento, la narrativa de la figura de la víctima pasiva o inocente alcanzó gran legitimidad y desplazó a los actores comprometidos, militantes políticos, erigiéndose como una voz autorizada para abordar la verdad de lo acontecido y definir lo concerniente a la memoria.

En la década de 1990, en un contexto de políticas del olvido e indultos, el *Nunca Más* mantuvo un lugar esencial y primario en la transmisión del pasado reciente. Igualmente sufrió cuestionamientos y resignificaciones a lo largo de todos estos años. El *Nunca Más* es un símbolo escindido donde cada sector le imprime cierto rasgo peculiar y distintivo, llevando a cabo un uso diferente de él. Una de las resignificaciones que resultó más tardía fue la renovación del examen en las responsabilidades jurídicas, políticas e incluso morales de los actores no estatales, principalmente de las corporaciones económicas, aunque también religiosas.

En las conmemoraciones analizadas el *Nunca Más* posee un carácter canónico que convoca al recuerdo y conjuga una esperanza colectiva por un futuro mejor: sin terrorismo ni represores

libres, sin genocidios y sin violaciones sistemáticas de los derechos humanos y, en menor medida, sin el avasallamiento de grupos económicos a la población. Un futuro donde la democracia, verdad y la justicia se encuentren a la orden del día. Como transmite el spot de EUDEBA en un contexto de grieta alimentada por la lógica amigo-enemigo: “En algo podemos estar de acuerdo, ¡Nunca Más!”

En la multitudinaria Marcha de los Pañuelos Blancos de Plaza de Mayo el 10 de mayo del 2017 convocada por Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, Abuelas de Plaza de Mayo y otros organismos de derechos humanos bajo el lema “Ningún genocida suelto”, la hegemonía del *Nunca Más* se evidenció una vez más. Bajo su consigna se rechazó masivamente al fallo de la Corte Suprema de Justicia y la posibilidad de una nueva amnistía, el 2x1 para los genocidas. Ello sucedió a pesar de la ausencia de Madres de Plaza de Mayo y del rechazo de su titular, Hebe de Bonafini.

*Nunca Más*, Verdad y Justicia van de la mano. La vinculación del *Nunca Más* con el juicio a las Juntas Militares continúa vigente. Se efectuó desde el comienzo y se mantuvo a través de las diferentes conmemoraciones en el transcurso de los años ¿Sucederá lo mismo en la conmemoración por los 40 años? El alegato de los fiscales se basó en los fundamentos y testimonios incluidos en el Informe de la CONADEP. El juicio demostró que la ley podía alcanzar a militares poderosos como habían sido los integrantes de cada una de las Juntas y reinstaló a la justicia penal como herramienta fundamental para confrontar las sistemáticas violaciones a los derechos humanos. Como resultado de los procesos de Memoria, Verdad y Justicia los juicios actuales, imbuidos en el *Nunca Más*, permiten buscar nuevas pruebas sobre las responsabilidades corporativas en los crímenes de lesa humanidad realizados en el marco del genocidio desarrollado durante la última dictadura cívico-militar en la Argentina (1976-1983).

El análisis sobre las conmemoraciones del *Nunca Más* permite alumbrar algunos cambios y continuidades sustantivos en torno a la narrativa y la memoria social del pasado reciente. La memoria

siempre es selectiva, por ello en las narrativas del pasado, el olvido y el silencio ocupan un espacio central. “Sólo podemos recordar cuando es posible recuperar la posición de los acontecimientos pasados en marcos de la memoria colectiva (...). El olvido se explica por la desaparición de esos marcos o parte de ellos”<sup>57</sup>. Hay una presencia de lo social aún en los momentos más individuales. Toda memoria es una reconstrucción más que un recuerdo y lo que no encuentra lugar o sentido en ese cuadro es material para el olvido hasta que cambie ese cuadro o contexto.

Las conmemoraciones por la entrega del *Nunca Más* ayudan a construir identidad, aún cuando éstas no suelen ser masivas ni se desarrollen siempre en un espacio público como una plaza, museo o calle. Sus oradores principales fueron los ex integrantes de la CONADEP, los fiscales y camaristas del juicio a las Juntas Militares. Aun así, luego del 20 de septiembre del 1984 no participaron más todos los miembros juntos en un acto o conmemoración alusivo al Informe. Los medios masivos de comunicación, que ocupan un lugar central en cuanto a la función conmemorativa, transmiten en líneas generales un relato inspirado en el Informe. Eso no significa que no puedan encontrarse otras voces y narrativas.

En cada conmemorar existen gestores que establecen lo que hay que recordar. En el caso del Informe de la CONADEP los medios masivos de comunicación ocuparon un indiscutido papel estructurando y organizando la presencia del *Nunca Más*; es decir, del pasado reciente que se relata en el presente. Existen grupos con memorias comunes y, en simultáneo, hay sectores que interpretan los acontecimientos de manera diferenciada. Ese último sector esta representado por quienes niegan la narrativa del *Nunca Más* como, por ejemplo, el grupo castrense. En el mismo momento en que se efectuaba la entrega del Informe de la CONADEP y luego la publicación del libro *Nunca Más*, los sectores castrenses o prodictadura llevaron a cabo actos de rechazo.

---

<sup>57</sup>Cita de Halbwachs en JELIN, Elizabeth, *op. cit.*, 2002, p. 20.

El *Nunca Más*, una vez disuelta la CONADEP, fue apropiado por los organismos de derechos humanos y por la sociedad. El *Nunca Más* es un símbolo, un *locus memoriae* en palabras de Nora, un espacio de verdad y justicia, de esperanza y lucha. Es un indiscutido portador de significación, es un semióforo. El valor original del *Nunca Más* trascendió toda imaginación, actualmente representa el testimonio consagrado y esencial de la cultura. Forma parte de la cultura histórica, del grupo humano que habita o se identifica con la historia de la Argentina y de Latinoamérica. Aún así existen pequeños sectores que intentan cuestionar su contenido al imprimirle nuevos significados y/o pretender completar su narrativa. Asimismo, podemos afirmar que el *Nunca Más* posee un valor socio-cultural escasamente cuestionable en la Argentina y gran parte del mundo occidental.

Las conmemoraciones de la entrega del Informe de la CONADEP son miradores esenciales para indagar sobre las diferentes mediaciones a través de las cuales se establecen y/o modifican los lazos presentes con el pasado reciente. Su perdurabilidad conmemorativa depende de que sus núcleos interpretativos y narrativos sean reproducidos por actores diversos a lo largo del tiempo y que logren trascender los cambios sociales, culturales y políticos. Las proposiciones de un tipo o de un régimen de memoria permiten organizar el debate público, dotar de sentido al pasado, moldear y delimitar interpretaciones divergentes y/o peligrosas del presente.

Son muchas las aristas que se abren a partir del análisis de las conmemoraciones del *Nunca Más*. Esperamos haber contribuido con valiosos aportes con el fin de iluminar las interpretaciones de sus conmemoraciones, las cuales abordan un pasado argentino y latinoamericano reciente, terrible y extremadamente doloroso. Indagar sobre ellas nos permite continuar un proceso simultáneo, paralelo y divergente de elaboración y de transmisión de diferentes memorias sobre el pasado reciente.

Se acercan los 40 años de la entrega del informe de la CONADEP. Consideramos necesario continuar con investigaciones sobre los modos en que el pasado reciente es evocado en el presente y sobre

las políticas oficiales como no oficiales alrededor del mismo. Son desafíos que debemos seguir enfrentando para poder acercarnos un poco más al conocimiento de ese pasado, los modos que asumen sus memorias, las tensiones, las prácticas y discursos con los cuales se conmemora y se construye identidad. Por su importancia en la construcción y significación del pasado reciente, el abordaje de las conmemoraciones del *Nunca Más* demanda un gran compromiso ético con la dignidad humana.





## Los pueblos indígenas como sujetos políticos, un enfoque constitucional argentino

### Indigenous peoples as political subjects, an Argentine constitutional approach

Jeanne SOLOFRIZZO\*

**RESUMEN:** El reconocimiento jurídico internacional progresivo de la validez de la existencia de pueblos indígenas y la inscripción de sus derechos particulares se enfrentaron, durante la reforma constitucional argentina de 1994, a su deficiencia moderna. El artículo 75 inc. 17 y su expansión doctrinaria se extraen del postulado de la subjetividad; la libertad como emancipación nos ofrece una alternativa a la dicotomía público-privado permitiendo el fomento de la interculturalidad, y abre las puertas, desde el campo jurídico y filosófico, al derecho constitucional

**PALABRAS CLAVES:** Pueblos indígenas; libre determinación; libertad como emancipación; derecho constitucional; contemporaneidad.

---

\* Graduada en Derecho de la European School of Law de la Université Toulouse I Capitole (2022) y ha sido estudiante visitante de la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad de Valparaíso. Está cursando el máster de derecho público del numérico de la Université Paris I Panthéon-Sorbonne y los cursos intensivos de doctorado en derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Es investigadora de la cátedra Rafael del Riego de Buen Gobierno de la Universidad de Oviedo. Contacto: <jeanne.solofrizzo@gmail.com>. Fecha de recepción: 06/08/ 2023. Fecha de aprobación: 04/09/2023.

**ABSTRACT:** The progressive international legal recognition of the validity of the existence of indigenous peoples and the inscription of their special rights were confronted, during the Argentinean constitutional reform of 1994, with their modern deficiency. The article 75.17 and its doctrinal expansion are drawn from the postulate of subjectivity; the concept of freedom as emancipation offers us an alternative to the public-private dichotomy allowing the promotion of interculturality, and opens the doors, from the legal and philosophical field to the contemporary constitutional law.

**KEYWORD:** Indigenous peoples; self-determination; freedom as emancipation; constitutional law; contemporaneity.

*La libre determinación no sólo involucra a los seres humanos, estodo lo que nos rodea. Es parte de la naturaleza que está afuera, el medio ambiente, el ecosistema, la atmósfera, las tierras, los recursos. Todos esos componentes definen cuál es nuestra libre determinación. Tenemos que respetar esas existencias.*

Navajo Human Rights Commission, 2021.

## I. INTRODUCCIÓN

**P**or razones históricas y estructurales ampliamente documentadas, los pueblos indígenas de la región han sufrido tradicionalmente de los mayores abusos de derechos humanos. El Estado colonial primero, el Estado republicano después, -en su momento, la Iglesia, los colonizadores, las empresas multinacionales y demás instituciones de la sociedad dominante-, han violado la integridad, dignidad y libertad de los pueblos; pues han sido responsables de toda clase de violaciones, desde el genocidio hasta la exclusión política o la discriminación socioeconómica. El triunfo, aún parcial y amenazado, de este discurso en la memoria colectiva, ha sido estrechamente respaldado por la evolución del marco jurídico internacional de protección de los pueblos indígenas. La Organización Internacional del Trabajo primera (en adelante, OIT), reforma su Convenio 107 y da luz en 1989 al Convenio 169<sup>1</sup>. Este texto, que se traduce en un avance para el goce de los derechos y

---

<sup>1</sup> En su momento, la Oficina internacional del Trabajo declaró que “se adoptó una importante decisión conceptual en el sentido de reconocer explícitamente en algunas disposiciones que los pueblos indígenas y tribales deberían desempeñar un papel activo en la toma de decisiones y en la planificación y administración de los programas que les afecten”, citada por el Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación argentina, *Derechos colectivos de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, SAIJ, 2017, p. 11.

de la libertad por parte de los pueblos indígenas, se ve lentamente complementado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2016). La promesa de cambio del estatus, en la que los indígenas eran objetos de políticas y programas a ser sujetos consultables y consultados, también fue traducida en el derecho interno argentino. Los arquitectos de 1994 se opusieron a la dinámica asimilacionista y artificial en el texto original de 1853 que preveía en su artículo 67 inciso 15 “el trato pacífico en las fronteras y la conversión de los indios al catolicismo”, al inscribir el fundamental artículo 75 inciso 17:

Corresponde al Congreso: [...] Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Y por primera vez en la historia del derecho argentino, la Constitución Nacional (en adelante, CN) ofrece una vía alternativa a la tarea de imposición de una cultura sobre otra<sup>2</sup>. Las nociones de pueblo y de Estado-nación, alegorías de la teoría moderna, se ven

---

<sup>2</sup> Cabe recordar los cuatros principios (o vías) de aquella imposición: *el principio de disyunción* que separa para clasificar en dualismo opuestos, *el principio de reducción* que exige la firme toma de partido por uno de ellos, *el principio de abstracción* que subordina una categoría a otras, que concibe a uno de muchos como elemento más valioso, y *el principio de idealización*, medio

fuertemente impactadas. El mero hecho de concebir a los pueblos indígenas como entes colectivos, incorporados al ámbito público dentro del Estado, con debidos derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, obliga la atribución fundamental de derechos a la autonomía, a la libre determinación y a la identidad. La definición y el desenvolvimiento de ambos derechos interrelacionados dentro de la esfera internacional permite a los pueblos indígenas superar el aplastamiento total que sufrieron desde la época de la conquista y conlleva una promesa de reparación histórica. Esta evolución también implica retos para la ciencia jurídica y gubernamental para asegurar un equilibrio y nuevas formas de cohesión.

## II. DESARROLLO

### A) CONCEPCIONES PRELIMINARES

#### *Sobre la distinción entre libertad positiva y libertad negativa*

En su ensayo de 1958, *Dos conceptos de libertad*, Isaiah Berlin propone una defensa de la política afirmando el carácter infranqueable del antagonismo en la identificación de las metas individuales y sociales. La política, siempre necesaria, interviene para arbitrar las diferentes metas identificadas y en conflicto: busca un compromiso. Lo hace reconociendo la imposibilidad de eliminar las discrepancias, apoyando la existencia y los beneficios de la diversidad, y desaprobando las teorías políticas que proponen un futuro libre de discordias. El autor identifica el problema fundamental de su época en la obediencia, y analiza la noción de libertad considerando que la coacción implica la privación de esta. En

---

de abstracción para realizar conceptos y teorías por sobre la realidad material. Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 52.

cuanto a la libertad negativa, se trata de identificar las esferas en las que el sujeto puede o debe hacer o ser lo que es capaz, sin interferencia de los demás. En cuanto a la libertad positiva, esta trata de determinar qué o quién es la causa del control o interferencia que puede determinar que alguien haga algo, que alguien sea una cosa u otra. En otras palabras, buscamos la presencia, o no, de autonomía.

En el lenguaje jurídico, hablamos de derecho negativo cuando se presupone la no interferencia del Estado (tal como el derecho de expresión o el derecho de protesta) y, de derecho positivo, cuando el Estado interviene precisamente para producir un efecto (tal como el derecho a la vivienda o el derecho a la educación). Estas dos concepciones aparecen sucesivamente en el derecho internacional y corresponden respectivamente a lo que llamamos “derechos de primera generación” (derechos civiles y políticos)<sup>3</sup> y “derechos de segunda generación” (derechos económicos, sociales y culturales)<sup>4</sup>.

### *Sobre la distinción entre libertad antigua y libertad moderna*

En un discurso pronunciado en la Athénée Royal de París en 1819, el político e intelectual Benjamin Constant conceptualizó dos libertades. Su discurso, transcrito en *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* (De la libertad de los Antiguos comparada a la de los Modernos) comienza con una definición de lo que se entendía por libertad en aquella época: “Es para todos el derecho a no estar sometidos más que a las leyes, a no ser arrestados, detenidos, condenados a muerte o maltratados de cualquier

---

<sup>3</sup> Cuyos derechos fueron consagrados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (a continuación, PIDCP) en 1966 por las Naciones Unidas.

<sup>4</sup> Cuyos derechos fueron consagrados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (a continuación, PIDESC) en 1966 por las Naciones Unidas.

modo por la voluntad arbitraria de uno o varios individuos”<sup>5</sup>. Lo que ya resuena en nuestras mentes modernas como una reformulación de los derechos civiles y políticos se describe con más detalle en las siguientes líneas: “Es para toda persona el derecho a expresar su opinión, a elegir su industria y a ejercerla, a disponer de su propiedad, incluso a abusar de ella; a ir y venir sin obtener una razón o permiso, y sin tener que rendir cuentas de sus actos”<sup>6</sup>. Esta definición, cuyos inicios jurídicos aparecen en 1789 en la fundamental Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>7</sup> (en adelante, DDHC), es la de una sociedad moderna adquirida de la lucha revolucionaria contra los privilegios. Considerando ilegítimo y despótico que un individuo se someta a la voluntad colectiva, la transición pretende ser radical, reconociendo garantías individuales frente a esta voluntad y frente al Estado: los derechos subjetivos.

Para los antiguos, la libertad estaba estrechamente ligada a su objetivo: el reparto del poder social entre todos los ciudadanos. Por el contrario, la verdadera libertad moderna, la libertad individual, política, consiste en la seguridad del goce de la propiedad privada y la protección de la individualidad: “Somos Modernos, que deseamos disfrutar, cada uno, de nuestros derechos; desarrollar, cada uno, nuestras facultades como mejor le parezca, sin perjudicar a los demás”<sup>8</sup>. Y resume: “Así, con los Antiguos, el individuo, casi generalmente soberano en los asuntos públicos, es esclavo en todas las relaciones privadas. [...] Con los modernos, en cambio, el individuo, independiente en su vida privada, es, incluso en los Estados más libres, soberano solo en apariencia. Su soberanía está restringida, casi siempre suspendida”<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> CONSTANT, Benjamin, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, París, 1819, Mille et une nuit, 2010, p. 35. La traducción es mía.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 36. La traducción es mía.

<sup>7</sup> Me refiero a los artículos primero, 4 y 17 del texto.

<sup>8</sup> CONSTANT, *op. cit.*, p. 42.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 43.



## B) UN INSUFICIENTE PRINCIPIO DE IGUALDAD

En aras de fundamentación, cabe enfocarnos en una evolución, tanto del constitucionalismo argentino, tanto del acceso a la libertad por parte de los pueblos indígenas: las tres lecturas del principio de igualdad.

La igualdad como no discriminación se desprende de la naturaleza del género humano, es inherente a la dignidad de las personas, razón por la cual es incompatible que toda situación que, por considerar superior a un grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o por considerarlo inferior, se lo discrimine del goce de derechos. Nos referimos aquí a una concepción formal de la igualdad: el derecho debe tratar a las personas de forma igual, sin hacer diferencias o distinciones arbitrarias; se extiende esta designación a la igualdad formal de oportunidades: las diferencias que se producen tienen por objeto combatir las contingencias sociales y naturales, consideradas moralmente como arbitrarias. La lectura del principio de igualdad, bastante intuitiva, corresponde a la libertad negativa definida por Isaiah Berlin y al primero principio de Justicia defendido por John Rawls<sup>10</sup>: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas, que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Se trata de una versión individualista de la igualdad: los derechos de primera generación tienen como función independizar al individuo del colectivo, considerado como fuente potencial de arbitrariedad. Se traduce en la Constitución Nacional argentina en su artículo 16<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> RAWLS, John, *Teoría de Justicia*, trad. de María Dolores González, México, FCE, 1995, p. 67.

<sup>11</sup> Véase art. 16 CN: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

La segunda lectura del principio de igualdad -aún fiel al postulado moderno-, la igualdad como no subordinación de grupos, rompe el hielo universalista e impulsa la definición de deberes estatales específicos de adopción de normas, políticas públicas, en fin de generar espacios en los cuales se toma conciencia de prácticas discriminatorias y se busca reducirlas<sup>12</sup>. La exclusión de un determinado grupo en este esfuerzo no tiene nada que ver con un criterio irrazonable, sino con razones complejas que se deben a prácticas políticas, económicas, culturales, sociales, que conducen a una condición de exclusión permanente y sistemática. Se constitucionaliza en 1994 con el artículo 75 inciso 23.<sup>13</sup> Esta lectura sustantiva de la igualdad, sostenida por el segundo principio de justicia rawlsiano,<sup>14</sup> puede comprenderse como la materialización concreta del principio igualitario a la vida comunitaria; como el esfuerzo para que todos gocen con efectividad de los derechos de manera igual y con la libertad. Las discriminaciones, además de no figurar en el ordenamiento jurídico, deben ser erradicadas de la estructura social sobre la cual el derecho opera.

---

<sup>12</sup> Los seres humanos somos de hecho desiguales, la igualdad siendo un bien ideal y comunitario. La primera concepción de la igualdad (ante la ley) es una isonomía insuficiente, “un mundo básico en el que cada uno queda asignado a su suerte ante que a sus necesidades” precisa el autor. FERREYRA, Raúl Gustavo, “Gobernar es igualar”, en *Revista sobre enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, año XIV, núm. 28, 2016, p. 197. Al reconocer solamente el primer principio de Justicia de Rawls, estaríamos negando cobardemente la necesidad de una intervención estatal para tender hacia la igualdad material.

<sup>13</sup> Véase art. 75 inc. 23 CN: corresponde al Congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad [...]”

<sup>14</sup> RAWLS, *op. cit.*, p. 63.

La tercera lectura del principio de igualdad, emancipatoria, introducida en el campo de la investigación jurídica argentina por la profesora Silvina Ramírez, y en el texto constitucional en 1994, con el artículo 75 inc. 17, que sostiene otro lema sobre el reconocimiento de mecanismos de dominación entre grupos en una misma estructura estatal. Al admitir la *preexistencia étnica y cultural* de los pueblos indígenas en la *Carta Magna*, se reconoce implícitamente que el Estado, tal como lo conocemos hoy, ha sido creado con base a la voluntad moderna de asimilación de lo indígena, por lo que constituye un grupo aparte no solamente en término estructural, sino en lo genético de la estatalidad. Esta igualdad interviene como una herramienta que permite a los pueblos indígenas luchar y obtener lo que les permite existir, desarrollarse en toda autonomía y dignidad, esto es, alcanzar una igualdad real. Dicho de otra manera, se puede entender como una categoría que oriente la jerarquización de valores y derechos, que respete la cosmovisión indígena y su sistema de creencias. A diferencia de las dos primeras lecturas de este principio, no se trata aquí de derechos subjetivos, que sean universales o de grupos: son derechos colectivos de incidencia personal, a veces denominados desde nuestros sesgos individualistas, derechos intersubjetivos. Este cambio de paradigma, que afecta pues la dicotomía moderna individuo-colectivo o público-privado, da la oportunidad jurídica del buen ejercicio, por parte de los pueblos originarios<sup>15</sup>, de su autodeterminación: permite traducir en el lenguaje dominante -el derecho- su inescindible realidad y modo de existencia peculiar. Los derechos de tercera generación son entonces emancipatorios en la medida que constituyen una herramienta disruptiva que alude a los pueblos indígenas a luchar por sus derechos y así, lograr alcanzar una igualdad real. Citando a Silvina Ramírez, este nuevo principio “operaría entonces jerarquizando valores sin una pretensión de universalidad, evaluando cada situación en su

---

<sup>15</sup> En este artículo se utilizan indistintamente las denominaciones “pueblos indígenas” y “pueblos originarios”.

contexto y aportando criterios objetivos fundados en el análisis de las condiciones históricas que se presenten”<sup>16</sup>.

### C) DERECHOS INDIVIDUALES, DERECHOS COLECTIVOS

El esquema clásico de los derechos humanos consagrado en la DUDH, el PIDCP, el PIDESC, la Declaración Americana (1948) o el Pacto San José (1969), es meramente moderno por fundarse en un ejercicio individual -o más bien individualista- del derecho. De acuerdo a las dos primeras lecturas del principio de igualdad (la igualdad como no discriminación, y la igualdad como no subordinación de grupos) y a los dos principios de Justicia expuestos por Rawls<sup>17</sup>, distinguimos aquí dos clases de derechos: los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales.

El disfrute de los derechos civiles y políticos es mayor cuando el Estado no interviene, pues encarnan la expresión más pura de la libertad negativa tal como entendida por Berlin y de la libertad moderna tal como defendida por Constant. En esta configuración, el Estado solamente tiene vocación a intervenir para garantizar el buen ejercicio de estos y mantener un entorno dentro del cual puedan ejercerse libremente. El Estado debe ser pasivo, restringido, recatado.

---

<sup>16</sup> RAMÍREZ, SILVINA, “Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas”, en ALEGRE, Marcelo, y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El Derecho a la igualdad, aportes para un Constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Abedelo Perrot, p. 72.

<sup>17</sup> El autor argumenta en cuanto al primer principio que “Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”, y agrega para el segundo que “Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) Se espere razonablemente que sean ventajosas para todos; b) Se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”. RAWLS, *op. cit.*, p. 67.

Los derechos económicos, sociales y culturales son frutos de luchas políticas, de la diversificación de la escena política, del debate según el cual el único ejercicio de los derechos de primera generación es ilusorio para el pleno disfrute de la libertad política. El Estado debe ser responsable, re-distributor, regulador. Estos derechos -de segunda generación- no pueden ser entendidos como instancia de aplicación de la primera generación de derechos modernos, sino como una ampliación de los derechos humanos. Cabe recordar que, en la medida en que todos los seres humanos no son entes abstractos que viven fuera de su tiempo, contexto y espacio, el concepto mismo de derecho humano solo adquiere su significado en un marco cultural específico. Dicho de otra manera: existe, en el postulado moderno, un núcleo de derechos básicos universales y una periferia con garantías específicas destinadas a grupos que han sido tradicionalmente marginados, discriminados u oprimidos. *In fine*, la construcción teórica y conceptual de los derechos humanos refleja las asimetrías y desigualdades históricas de la sociedad humana; la apreciación conceptual de cuyos derechos, consiente de la herencia colonial e influencia occidental -multi-cultural- de las ciencias jurídicas, opera entonces una crucial disociación entre los principios *pro persona* y *pro homine*.

En este marco, caben las preguntas: ¿Son los derechos específicos a los pueblos indígenas una ampliación y consolidación del núcleo básico de los derechos humanos? ¿Pueden ser considerados los pueblos indígenas como colectividades modernas con personalidad propia? Defiendo con mucha convicción que no son la periferia: no fueron invisibilizados por la clase aristócrata (o por la alta burguesía recién llegada a las esferas del poder político) durante la creación del Estado moderno en Francia. No son incluidos en el postulado moderno, por lo que los positivistas revolucionarios consagraron la individualidad para sociedades en las cuales no se observaban grupos cuya existencia era previa al Estado. Los pueblos indígenas no son un grupo marginalizado como el de las mujeres, de los niños, niñas y adolescentes, de las personas no blancas: mientras pueden conectarse con ellos en un

mismo esfuerzo interseccional, no pertenecen al Estado moderno. El acceso por parte de los miembros de los pueblos indígenas del goce de la libertad política no puede entonces ser construido y defendido con instrumentos modernos. La lucha por atribuirles el estatus de sujeto político depende meramente de instrumentos creados disruptivamente. La adhesión a estos grupos, la experiencia de su identidad tal como el ejercicio de su libre determinación se sitúan, teórica y normativamente, fuera de la cultura jurídica occidental.

Los pueblos indígenas son consagrados como sujetos colectivos en el fundamental Convenio 169 de la OIT (en oposición al artículo 27 del texto anterior, el Convenio 107, que reconocía “poblaciones”). A la luz de esta diferencia, nos corresponde pensar las tensiones entre los individuos y el conjunto ajeno a la dicotomía público-privado: los Estados no son sujetos de derechos humanos, y los pueblos indígenas, no cuentan con un aparato organizado de coacción. Anaya resume: “la conceptualización y articulación de estos derechos colisiona con la dicotomía conceptual individuo-Estado que se ha mantenido en las concepciones dominantes de la sociedad humana y persistido en la formulación de las normas internacionales”<sup>18</sup>. El comentario de México en el proceso de revisión del Convenio de la OIT reasegura ciertas crispaciones: “el término ‘pueblo’, referido a la autodeterminación y autonomía, no implica necesariamente la separación del Estado, sino que, por el contrario, consolida a este último”<sup>19</sup>.

El estatus de sujeto colectivo de derecho es meramente relacionado con la autonomía personal del individuo dentro del pueblo indígena. Sin conformarse a un rasgo absolutista -fiel al Estado prerrevolucionario francés y la libertad antigua tal que de-

---

<sup>18</sup> ANAYA, S. James, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 89.

<sup>19</sup> Citado por GOMIZ, María Micaela, y SALGADO, Juan Manuel, *El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y su aplicación en el derecho argentino*, Neuquén, ODHPI, 2010, p. 65.

finida por Constant-, o al rasgo subjetivo, este peculiar disfrute individual de la libertad política depende de la protección de características grupales. Las garantías modernas son entonces insuficientes e inadecuadas para estas formas de civilizaciones que poseen características colectivas únicas. Mackay explica: “los derechos vinculados con estas características culturales dependen de la protección del pueblo o del pueblo como un todo, además de la de sus miembros individualmente considerados”<sup>20</sup>. Dicho de otra manera, el disfrute por parte de cada miembro, del derecho, de la religión, de la identidad política o del idioma, no puede realizarse de modo individual, sino como parte integrante de la colectividad; “la protección de los derechos individuales requiere la protección del colectivo humano al cual el individuo pertenece”<sup>21</sup>. La preservación de la identidad indígena colectiva es un rasgo fundamental al disfrute de los derechos humanos individuales. El artículo 29 de la DUDH sostenía únicamente que el individuo en comunidad puede desarrollar su personalidad de forma libre y plena<sup>22</sup>; se trata pues del derecho que permite acceder al estatus de sujeto político, el derecho a existir como grupo humano no conforme al postulado moderno. Desde la antropología del Derecho, la etnicidad pasa de ser entendida como pertenencia a una nación o una raza (del griego *εθνικος*), a ser interpretada como pertenencia a un grupo humano unido (del griego *εθνισος*)<sup>23</sup>.

Estas peculiares formas de vida responden a un proceso de realización humana que solamente los pueblos indígenas, en el

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>22</sup> Véase art. 29.1 DUDH: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.”

<sup>23</sup> ALTABLE, Ricardo, BRAUSTEIN, José, y GONZÁLEZ, Jorge, “Derechos indígenas en la Argentina, reflexiones sobre conceptos y lineamientos del artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional”, en *Relaciones de la Sociedad Argentina de Antropología*, Buenos Aires, núm. 21, 1996, p. 82.

ejercicio de su libre determinación, pueden experimentar y definir. La identidad indígena es netamente colectiva y la etnicidad no es un dato de la mera subjetividad, resulta de una auto adscripción compuesto de un reconocimiento externo de carácter intersubjetivo: se entiende culturalmente a sí mismo y al mundo como organización y estructuras políticas de sus vidas colectivas e individuales. Desde nuestro marco conceptual, ya sacudido por una tercera lectura del principio de igualdad, este proceso, meramente interrelacionado con los derechos colectivos de incidencia personal, debe ser estudiado desde una nueva perspectiva autonomista. No se trata de buscar algún determinismo comprometido con el segundo principio rawlsiano tal como lo hizo preponderantemente el sociólogo Pierre Bourdieu en Francia durante el siglo XX o de los trabajos feministas acerca de la autonomía relacional<sup>24</sup>. Los derechos colectivos indígenas no pueden entenderse como la suma de derechos y condiciones individuales. Deben más bien ser abordados desde una perspectiva macro sistémica,<sup>25</sup> pues los derechos individuales solos son insuficientes para garantizar el desarrollo y disfrute del plan de vida de los miembros de los pueblos y comunidades indígenas; estos planes de vida no son individuales y dependen del colectivo. Se trata de una nueva forma de autonomía personal para el derecho occidental, fuera del ámbito positivo y negativo, antiguo y moderno; se trata de una puerta abierta a la teorización pluricultural del derecho contemporáneo.

#### D) LIBRE DETERMINACIÓN

Determinarse libremente era uno de los objetivos de la Revolución francesa; la libertad moderna siendo la liberación de toda

---

<sup>24</sup> Se recomienda la lectura: ÁLVAREZ, Silvina, “La autonomía personal y la autonomía relacional”, en *Análisis Filosófico*, vol. XXXV, núm. 1, mayo de 2015, pp. 13-26, Buenos Aires.

<sup>25</sup> El término es mío.



forma de interferencia<sup>26</sup>. Es precisamente por eso que el enfoque tradicional se opuso y sigue oponiéndose a los derechos colectivos: los derechos universales y fundamentales constituyen una victoria histórica para la libertad individual en contra del Estado, absolutista, y de las limitaciones impuestas al individuo por instituciones que exigen su sumisión, reclaman su lealtad y limitan su capacidad de elección. La Asamblea General de Naciones Unidas, proclamando el PIDCP y el PIDESC en 1966, prohíbe toda interferencia sobre los pueblos en el mismo artículo primero: “Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y garantizan libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

La afirmación jurídica en la escena internacional de la existencia y protección de los pueblos indígenas que opera desde la segunda mitad del siglo XX<sup>27</sup>, atacó disruptivamente la relación sinonímica entre los términos nación y pueblo. Al entender este último como un colectivo dentro de un Estado, la libre determinación se desdobra para ser considerada también dentro del territorio nacional. En este sentido, Stavenhagen plantea: “La libre determinación es un concepto diferente de la secesión y de la independencia política. Se refiere a diversas formas de autoridad

---

<sup>26</sup> Interferencia percibida por el grupo positivista que representaba, en aquella época, la elite aristócrata. Se recomienda en este sentido la lectura: Taine, Hippolyte, *Un séjour en France de 1792 à 1795. Lettres d'un témoin de la Révolution française*, 1795, 3ª ed., París, Hachette, 1872.

<sup>27</sup> Me refiero al Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2007), a la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2016), tal como al artículo 27 del PIDESC (1966), al artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (1989), y a la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1969). Cabe también mencionar aquí que la reforma del año 1994, al inscribir el artículo 75 inciso 22, dió valor constitucional a los tratados supranacionales de derechos humanos.

política, territorial y económica, porque autonomía, autogobierno y autodeterminación constituyen términos relativos que son actualmente considerados como esenciales para el pleno desarrollo de los derechos humanos indígenas”<sup>28</sup>

Este desdoblamiento sabe despertar algunas tensiones meramente modernas. Se teme la esencialización de las identidades de los pueblos. Conforme a lo expuesto anteriormente -no se pueden analizar los pueblos indígenas y sus necesidades jurídicas a la luz de dicha teoría moderna- la Coalición Nacional de Organizaciones Aborígenes de Australia recuerda durante la sexagésima quinta sesión de la conferencia de la OIT del 13 de junio de 1988 lo siguiente: “Definimos nuestros derechos en términos de libre determinación. No estamos buscando desmembrar sus Estados y ustedes lo saben. Pero insistimos en el derecho de controlar nuestros territorios, nuestros recursos, la organización de nuestras sociedades, nuestros propios órganos y el mantenimiento de nuestras culturas y modo de vida.”<sup>29</sup> Bajo este nuevo paradigma, cabe distinguir dos formas de libre determinación: la primera, interna al funcionamiento de los pueblos indígenas, la segunda, externa.

### *Libre determinación interna*

La libre determinación interna se refiere a la libertad de un pueblo a organizarse económica y políticamente, sin que sean afectadas las relaciones externas ya establecidas<sup>30</sup>. El lema será proteger la dignidad y la integridad de los pueblos, con instrumentos que, a su imagen, no se conforman con el postulado moderno de exclusión al ámbito privado de las distinciones. El permitir la libre determinación interna indígena requiere un esfuerzo particular: pues hace falta superar el postulado subjetivo y operar una rup-

---

<sup>28</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, en *Nueva Antropología*, vol. XIII, núm. 43, 1992, p. 99.

<sup>29</sup> Citado por ANAYA, *op. cit.*, p. 64.

<sup>30</sup> STAVENHAGEN, *op. cit.*, p. 97.

tura dentro del derecho positivo -sobre todo, constitucional- con el principio *pro persona*. El reconocimiento de una tercera lectura del principio de igualdad -que deberá ser complementado por una tercera definición de la libertad, contemporánea-<sup>31</sup>, permite la introducción del principio *pro emancipación*, sostenido por una aproximación intersubjetiva del derecho. Esta experiencia de la autonomía personal, que no puede ser asociada al periodo antiguo o al periodo moderno,<sup>32</sup> es algo meramente específico de los miembros de aquellos pueblos: la emergencia del sujeto humano depende de la protección de características colectivas. Dicho de otra manera, no hay emancipación o atribución implícita del estatus de sujeto político si no se les reconoce estos derechos de tercera generación, si esta igualdad emancipadora es negada dentro del texto constitucional cuya función vital es la ordenación comunitaria de la paz<sup>33</sup>. Para las diversas minorías étnicas, el pleno ejercicio de los derechos indígenas pasa por los derechos colectivos que observan una vital incidencia individual. Nosotros, juristas occidentales, debemos entender y aceptar que, por una parte de la población originaria, el desarrollo individual responde a un proceso que todavía no ha sido traducido en nuestro lenguaje jurídico y filosófico. No se pueden reconocer de manera tan binaria derechos individuales y colectivos; son intrínsecamente conectados en la misión de respetar el imperativo moral de los derechos humanos de los indígenas: respetar el valor intrínseco de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano.

---

<sup>31</sup> Este planteamiento figura como objetivo en mi plan de tesis doctoral: será objeto de futuros esfuerzos.

<sup>32</sup> Leer en este sentido: YOUNG, Robert, *Personal Autonomy: Beyond negative and positive Liberty*, Londres, Routledge, 1986.

<sup>33</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo, *Malestar en el Estado*, Buenos Aires, EDIAR, 2020, p. 63. El autor enfatiza: “esta dirección suprema de los asuntos comunitarios [la Constitución] siempre ha de ser plural si guarda alguna ilusión de concretar [...] una ‘tierra prometida’, la democracia, que no es más que un método de creación y recreación para la ordenación comunitaria de la paz”.

Esta libre determinación debe entenderse más que todo en términos de derechos económicos, sociales y culturales, es decir, que permitan el florecimiento de los individuos. En este sentido, el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho indígena al propio desarrollo, a determinar las prioridades, a controlar el proceso de toma de decisión y al autogobierno<sup>34</sup>. La garantía de un nivel de vida adecuado no es solamente un derecho individual, sino también un prerequisite del desarrollo cultural colectivo. Hace falta destacar que las dominaciones de un grupo sobre el otro son estructurales y observadas mediante experiencias individuales cotidianas. Esta estructura debe entonces estar puesta en relación con estados sociales o posiciones que enfrentan, de manera desigual, los individuos a diferentes obstáculos y posibilidades. Las pruebas desafiadas definen, pues, diferentes formas de desigualdad, exclusión social y dominación<sup>35</sup>.

Motivada por esta apreciación sociológica, la libre determinación se asocia a la autoidentificación. Esta limita el poder del Estado y constituye un fundamental derecho político. Consistiría en una denegación grave de la autonomía que el Estado atribuya de manera exclusiva quién es indígena y quién no. Se aplica también el criterio de no-discriminación: este proceso de autoidentificación debe realizarse sin discriminación de hecho o de derecho; de otra forma, el no autoidentificarse indígena sería una

---

<sup>34</sup> Véase, a título de ejemplo, el art. 7 inc. 1º del Convenio 169 OIT: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

<sup>35</sup> MARTUCCELLI, Danilo, “L’interculturel à l’épreuve de la dynamique entre l’exclusion et l’intégration sociale », en *CIDOB d’Afers internacionals*, n. 66-67, 2004, p. 265.

consecuencia de las desventajas observadas y no la experiencia de una identidad libremente asumida. El Convenio 169 de la OIT, tal como se encuentra en el texto constitucional argentino reformado, se abstiene de dar una definición de los requisitos para ser reconocido como indígena, teniendo aquí el asumido objetivo de respetar las particularidades de culturas diversas. Se limitan a la definición de la figura de la comunidad indígena: el artículo 1 inc. 1 al. b) del Convenio prevé que son “aquellos grupos étnicos que se identificaban como tales por descender de la población que habitaba el territorio nacional en las épocas de la conquista, de la colonización o de la organización nacional”. Dicho de otra manera, el uso de definiciones por parte de un poder externo no indígena sería más bien compatible con una pretensión homogeneizadora<sup>36</sup>; las soluciones clásicas del derecho, consistentes en la aplicación homogénea de la regla y definición general, se revelan inadecuadas<sup>37</sup>. El poder legal de definición tiene otra cara, el poder de exclusión<sup>38</sup>.

### *Libre determinación externa*

La libre determinación externa, intrínsecamente relacionada con la interna, encarna una nueva forma de convivencia política en el

---

<sup>36</sup> KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 14.

<sup>37</sup> Cabe mencionar aquí que será aquella consideración que motivará a los redactores del PIDCP omitir toda definición del término minoría en su artículo 27.

<sup>38</sup> Desde de un punto de vista doctrinal, ver: THORNBERRY, Patrick, *International Law of the Rights of Minorities*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 89, se proponen tres condiciones en cuento a su definición: el pueblo reivindica vínculos espirituales con la tierra; su sobrevivencia cultural pese a la persistente opresión del Estado; y el pueblo sufrió de la experiencia colonial. Con enfoque constitucional argentino, el artículo 75 inc. 17 resume por la *preexistencia étnica y culturas* de aquellos pueblos.

marco de un Estado cuya unidad nacional es pensada de modo diferente. Se expresaría en una mayor independencia política y/o en la posibilidad de negociar en igualdad de circunstancias y de poder con el Estado, la gestión de los territorios y de los recursos naturales. En este sentido, la Comisión IDH, en su trabajo preparatorio de la Declaración de la OEA de 1995, destaca que los organismos internacionales consideran que los pueblos indígenas:

Deben tener el derecho a ser autónomos en sus asuntos internos, así como en el control y manejo de sus territorios, dentro del marco de estatutos nacionales de carácter federativo. Agregan que este derecho implica tener sus propias autoridades y regímenes tradicionales de gobierno local y hasta el nivel étnico, es decir, del conjunto de comunidades identificables como del mismo origen, y sin que a esas autoridades y regímenes se sobrepongan las del Estado correspondientes en su mismo nivel.<sup>39</sup>

Por libre determinación externa, nos referimos entonces más bien a la garantía de un desarrollo autónomo dentro del ámbito público estatal. La OIT reseña cuatro condiciones: el derecho a que se realicen estudios de la incidencia de los proyectos de desarrollo, con carácter previo a toda planificación relativa al desarrollo; el derecho a decidir el tipo de desarrollo, de sus formas y de sus ritmos; el derecho a participar en todas las etapas de los planes y programas pertinentes al desarrollo local, nacional o regional; y el derecho a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural, a generar sus propias instituciones e iniciativas<sup>40</sup>.

La libre determinación externa se expresa también en la conceptualización del derecho a un medio ambiente sano, cuya protección debe ser realizada con participación indígena, lo que implica un control de las actividades mineras, forestales, camineras, y petroleras. La legislación argentina reconoce la dimensión cul-

---

<sup>39</sup> CIDH citada por GOMIZ Y SALGADO, *op. cit.*, p. 139.

<sup>40</sup> OIT citada por GOMIZ Y SALGADO, *op. cit.*, p. 140.

tural del medio ambiente por el artículo 41 de la Carta Magna<sup>41</sup> o el apartado a) del artículo 2 de la Ley argentina número 25.675<sup>42</sup>. La protección del medio ambiente con perspectiva indígena conlleva componentes que sobrepasan su concepción occidental, pues contribuye a la libre determinación. Tenemos que comprenderla desde una doble perspectiva: como un derecho al mantenimiento y promoción de la relación especial entre los pueblos indígenas y el medio ambiente, por una parte, como un derecho de protección de esta relación, materializado a través del derecho a la tierra, a los recursos naturales y al territorio, por otra<sup>43</sup>.

El territorio, y por extensión, el derecho a la propiedad colectiva, permiten el respeto de la relación material y espiritual que mantienen aquellos pueblos con una zona geográfica (a la diferencia de la tierra, objeto sobre el cual un propietario ejerce su poder jurídico con el fin de obtener la satisfacción de sus intereses): el territorio es un elemento vital. En este sentido, Jesús Piñakwe describe:

Es algo que vive y permite la vida, en él se desenvuelve la memoria que nos cohesiona como unidad de diferencias. El territorio, ámbito espacial de nuestras vidas, es el mismo que debe ser protegido por nuestros pueblos del desequilibrio, pues necesitamos de él para sobrevivir con identidad. Existe una reciprocidad entre

---

<sup>41</sup> Véase art. 41 CN: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano [...]”

<sup>42</sup> Véase art. 2 de la Ley 25.675: “La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos: a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; [...]”

<sup>43</sup> BERRAONDE LÓPEZ, Mikel, “Tierras y territorios como el sustantivo del derecho humano el medio ambiente”, en BERRAONDE LÓPEZ, Mikel (coord.), *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 470.

él y nosotros, que se manifiesta en el equilibrio social que permite un aprovechamiento sustentable de los recursos de que nos provee este. El equilibrio social debe manifestarse en la protección del territorio para proveer a las futuras generaciones, un espacio rico en recursos y lleno de memoria.<sup>44</sup>

Estas características tienen como misión asegurar el estatus de sujeto político de los pueblos indígenas y permitir un nuevo proceso de intercambio con un Estado exentado de todo tratamiento semejante (se equiparán las necesidades de un ciudadano indígena a un ciudadano occidental) o de todo tratamiento paternalista (se deriva una atención integral al indígena como individuo sin verlo en su contexto). Se trata aquí de la construcción de la interculturalidad y reconocer un desafío para los países andinos de no quedarse en un Estado pluricultural en el cual ciertos grupos se benefician de garantías específicas, fomentando una sociedad en la cual se lucha por la protección, extensión y visibilización de las culturas indígenas en el resto de los grupos; un esfuerzo estatal de validación de aquellas. En este sentido, el Convenio 169 de la OIT lo define en su artículo 4 inc. 8: se trata de la “presencia e interacción equitativa de diversas culturas y posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo”. Esta nueva forma de ver al individuo dentro del grupo afecta la dicotomía público-privado y da lugar a una nueva forma de equilibrio político, una mejor coexistencia armónica, dependiendo del aprendizaje por parte de ambos lados de la estructura<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 484.

<sup>45</sup> Y, por extensión, una nueva forma de gobernabilidad -no conforme al postulado moderno. Este proceso de visibilización de las demandas indígenas podría plasmarse en un movimiento estructural de mutación de las estructuras básicas del Estado. En este sentido, el Ministerio de la Justicia argentino destaca que “las actuales instituciones del sistema político argentino merecen una revisión honesta, profunda e intercultural. Si somos capaces de construir un Estado



### III. CONCLUSIONES

La reforma constitucional de 1994 dio lugar a relecturas posmodernas y contemporáneas del principio de igualdad y, por extensión, de los objetivos enunciados en el preámbulo del texto de 1853. Los nuevos escritos laicos argentinos transcriben los dos principios rawlsianos y tropiezan con una incoherencia. El artículo 75-17, al prever derechos colectivos de ejercicio colectivo va en contra del fundamento moderno según el cual “la igualdad es un bien para los componentes individuales de una totalidad comunitaria”<sup>46</sup>. La tierra prometida -la democracia formal- se basa en la ciudadanía plural<sup>47</sup> cuya traducción normativa de las garantías necesarias para el correcto desarrollo de los individuos se aleja de la subjetividad. El constitucionalismo igualitario plasmado en el artículo 75-17 persigue un objetivo intercultural y constituye una construcción política y jurídica que no pretende esencializar identidades ni establecer un simple contacto entre culturas, sino proponer una lectura del principio de igualdad consciente del contexto en el que surgió el Estado, única promesa viable de convivencia democrática en la Argentina. La transición por parte de los pueblos indígenas del estatus de objeto al estatus de sujeto político depende de una intrínseca voluntad política de sostener la mutación de la cultura jurídica y su despliegue fuera de la teoría moderna occidental. Si los instrumentos internacionales y nacionales permiten el mejor goce de la libertad, los investigadores y positivistas deben consagrar en nuestro lenguaje dominante -el derecho- la intersubjetividad

---

sin discriminación, sin colectivos subalternos, sin sometimiento de personas a grupos, el derecho constitucional podrá aportar a un mundo más democrático, más igualitario y respetuoso de la diversidad.”Ministerio de la Justicia, *op. cit.*, p. 23.

<sup>46</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo, “Gobernar es igualar”, en *Revista sobre enseñanza del Derecho*, año XIV, núm. 28, Buenos Aires, 2016, p. 196.

<sup>47</sup> FERREYRA, *op. cit.*, 2020, p. 61.

(libre determinación interna), y la interculturalidad (libre determinación externa). Debemos empujar el pensamiento moderno clásico hacia una forma pluricultural de contemporaneidad en la cual no solo encaje la primacía del individuo.

Más allá del trauma absolutista francés y de algunas crispaciones étnicas, la interculturalidad aparece como un cambio afectando estructuras jurídicas y, por extensión, de poder. El reconocimiento de la diversidad de los pueblos en el espacio democrático cuya condición pluricultural ha sido reconocida sociológicamente no conduce en modo alguno a la fragmentación comunitaria. Los derechos de tercera generación, intersubjetivos, no esencializan las identidades y no excluyen a los pueblos indígenas. Proponen una nueva forma de entender el nacimiento y la evolución del individuo en el grupo, y por extensión, una nueva manera de analizar y abordar los conflictos entre el conjunto y las personas. La única y sola transcripción de los dos principios de Justicia de Rawls en el derecho constitucional de un Estado pluricultural conlleva, al siglo XXI, una explícita voluntad asimilacionista.

Cabe recordar finalmente que los derechos humanos encarnan procesos institucionales, económicos y sociales, que permiten artificialmente la apertura, y culturalmente la consolidación, de espacios de lucha por la dignidad humana. Admitir derechos de tercera generación en el texto constitucional federal estampa una perspectiva nueva, crítica, contextual, inclusiva, emancipatoria en el campo positivista y filosófico del Derecho.

Este esfuerzo, disruptivo, obliga la adopción de una mirada decolonial de lo que ha sido heredado del postulado moderno -no podemos decentemente seguir puliéndolo. El inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional argentina vigente ofrece la oportunidad doctrinal del fomento de una nueva era jurídica para contribuir, desde la particularidad pluricultural, a la definición de lo que será el Estado contemporáneo.



## La lucha contra la violencia de género en la Unión Europea: una propuesta de directiva y varios interrogantes a resolver

The fight against gender-based violence in the European Union: a proposal for a directive and several questions to be solved

Raquel BORGES BLÁZQUEZ\*

RESUMEN: La falta de un concepto de violencia de género a nivel europeo complica el reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. La redacción de un concepto de violencia de género es algo técnicamente sencillo pero políticamente complejo. Las distintas sensibilidades frente al problema de la violencia de género sitúan a la Unión en una encrucijada de difícil solución. Al legislador europeo se le presentan dos alternativas. La primera es la creación de una directiva de mínimos para así conseguir un respaldo sin oposición de todos los países del entorno. La segunda alter-

---

\* Graduada en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Actualmente trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia como Profesora Ayudante Doctora en el departamento de Derecho Administrativo y Procesal. He realizado estancias en diversos centros de investigación europeos de prestigio en materia de Derechos Humanos (Max Planck Institut de Freiburg, Fundamental Rights Agency de Viena, Max Planck Institut de Heidelberg) y soy autora de dos monografías en editoriales españolas de prestigio. Además, obtuve el premio Olga Quiñones y el Premio Extraordinario de Doctorado por mi tesis doctoral sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección para las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Contacto: <Raquel.Borges@uv.es> ORCID: 0000-0003-4899-406X. Fecha de recepción: 29/09/2023. Fecha de aprobación: 23/10/2023.

nativa corresponde a una apuesta decidida por luchar contra la lacra social de la violencia contra las mujeres, forzando así a los legisladores nacionales con menor conciencia social del problema a adaptar sus legislaciones. Como veremos, en determinados aspectos la propuesta de directiva ha sido valiente, pero en otros parece que ha optado por el conservadurismo para así obtener un mayor apoyo de los diferentes países. No es ésta una decisión sencilla, por las implicaciones políticas que trae consigo. En el trabajo nos limitaremos al análisis del punto de vista jurídico comparando los avances de la directiva junto con los que se han dado en España.

**PALABRAS CLAVES:** Violencia de Género; Unión Europea; Reconocimiento Mutuo; Armonización; Proceso Penal.

**ABSTRACT:** The lack of a concept of gender-based violence at European level complicates the mutual recognition of criminal decisions at EU level. The creation of a concept of gender-based violence is technically simple but politically complex. The different sensitivities to the problem of gender-based violence place the EU at a crossroads that is difficult to resolve. The European legislator is presented with two alternatives. First one is the creation of a minimum directive in order to obtain unopposed support from all neighbouring countries. Second one would be to show an strong commitment to fight against violence against women, forcing national legislators who are less socially aware of the problem to adapt their legislation. As we shall see, in certain aspects the proposal for a directive has been courageous, but in others it seems to have opted for conservatism in order to obtain greater support from the different countries. This is not a simple decision, given the political implications it entails. In this paper we will limit ourselves to an analysis of the legal point of view, comparing the advances of the directive with those that have taken place in Spain.

**KEYWORD:** Gender Violence; European Union; Mutual Recognition; Harmonisation; Criminal Procedure.

*Los trabajos preparatorios han revelado la necesidad de actuar en los ámbitos del acceso a la justicia, incluidas las normas mínimas sobre las definiciones y sanciones correspondientes a determinadas infracciones penales, los derechos y la protección de las víctimas en relación con los procesos penales, el apoyo especializado a las víctimas, la prevención de este tipo de violencia y el refuerzo de una coordinación y cooperación más estrechas a escala de la UE y nacional. Las normas pertinentes de la UE están fragmentadas en diversos instrumentos jurídicos y no han dado lugar a un seguimiento y un cumplimiento eficaces.<sup>1</sup>*

## I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

Tanto el Parlamento como la Comisión Europea acusan la necesidad de una directiva para combatir la violencia de género a nivel europeo pues, aunque reconocen que los diversos Estados miembros tienen en agenda la lucha contra este tipo de violencia, las legislaciones distan mucho en cuanto a protección otorgada así como a definiciones de qué se considera violencia de género. La falta de armonización, como se verá más adelante, dificulta el reconocimiento mutuo de resoluciones. Además, la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula von der Leyen, ha puesto énfasis en la gravedad de la violencia de género y ha propuesto que sea una prioridad para la Comisión durante su período de mandato (2019-2024). Así, el 8 de marzo de 2022, coincidiendo con el Día Internacional de la Mujer Trabajadora, la Comisión Europea adoptó una propuesta legislativa para combatir la violencia de

---

<sup>1</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Estrasburgo, 8.3.2022 COM (2022) 105 final 2022/0066 (COD), p. 4. Consultado en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0105&from=ES>>.

género y doméstica con el objetivo de buscar unos estándares mínimos en toda la Unión. Esta propuesta se envió el 12 de enero de 2023 a los diferentes Parlamentos nacionales y a diversos comités. Fruto de estos debates y aportaciones, el 28 de febrero de 2023 se incluyeron hasta 481 enmiendas a la propuesta original.<sup>2</sup>

La violencia de género no es sólo una violación flagrante de Derechos Humanos, es también un grave problema para la Unión en términos económicos. Según el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), la violencia de género le cuesta a la UE 289.000 millones de euros al año. La investigación del EPRS también ha cuantificado el coste de la ciber violencia contra mujeres y niñas entre 49.000 y 89.300 millones de euros al año.<sup>3</sup> No obstante, como el propio informe reconoce, no tenemos datos para cuantificar la entidad del problema y la última macroencuesta realizada por la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA) es de 2014.<sup>4</sup> Diez años han pasado, con numerosos cambios sociales, una pandemia y una guerra incluidas. Trabajamos con aproximaciones y por eso la propia propuesta de directiva propone la creación de registros. Además, sería conveniente realizar de nuevo una macroencuesta de este calibre para disponer de datos actualizados.

La UE ha tenido un rol importante impulsando políticas que garanticen la igualdad entre hombres y mujeres.<sup>5</sup> El artículo 2 del

---

<sup>2</sup> SHREEVES, Rosamund, *European Parliament - Combating violence against women and domestic violence*, 2023. p. 1.

<sup>3</sup> Traducción libre: “According to the European Institute for Gender Equality (EIGE), it costs the EU €289 billion per year. EPRS research quantifies the cost of cyber-violence against women and girls at €49.0 to €89.3 billion per year”. SHREEVES, Rosamund, *op. cit.*

<sup>4</sup> Consultado en: <<https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report>>.

<sup>5</sup> GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, “La invisible perspectiva de género del TJUE en asuntos que afectan exclusivamente a las mujeres: generalidad frente a especificidad”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA

Tratado de la Unión Europea (TUE) indica que la “igualdad de mujeres y hombres” es fundamento de la propia Unión y el apartado tercero del artículo 3 TUE compromete a la Unión a “fomentar la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres”, asumiendo, por ende, que se parte de una situación de desigualdad. El artículo 13 TUE permite la adopción de acciones adecuadas para luchar contra todo tipo de discriminación, entre otras, por razones de sexo u orientación sexual. Pero comparto con Gutiérrez-Solana Journoud que la labor desarrollada por las instituciones de la Unión ha tenido un carácter parcial, centrando su labor en determinadas áreas e ignorando la transversalidad del heteropatriarcado. La normativa europea se ha centrado en la lucha contra la desigualdad de género en el ámbito laboral.<sup>6</sup> De nue-

---

GEZURAGA, IXUSCO; OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 838.

<sup>6</sup> Entre otras, STJUE, Asunto C-426/75, Alemania c. Consejo, de 9 de noviembre de 1995 (ECLI:EU:C:1995:367). Sentencia Defrenne II de 8 de abril de 1976 (asunto C-43/75): efecto directo del principio de igualdad de retribución de hombres y mujeres tanto en empresas públicas como privadas; STJUE, Asunto 170/84, Bilka – Jauflhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz, de 13 de mayo de 1986 (ECLI:EU:C:1986:204). Sentencia Bilka de 13 de mayo de 1986 (asunto C-170/84): una medida que excluyese a los trabajadores a tiempo parcial de un régimen de pensiones profesional constituía una “discriminación indirecta” si ésta afectaba a un número más elevado de mujeres que de hombres salvo que pudiese demostrarse que se basaba en factores objetivamente justificados ajenos al sexo; STJUE, Asunto C-262/88 INT, Barber (Manuel Enrique Peinado Guitart), de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:EU:C:2010:795). Sentencia Barber de 17 de mayo de 1990 (asunto C-262/88): los derechos en materia de jubilación o de supervivencia deben darse a la misma edad en hombres y mujeres; STJUE, Asunto C-409/95, Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen, de 11 de noviembre de 1997 (ECLI:EU:C:1997:533). Sentencia Marschall de 11 de noviembre de 1997 (asunto C-409/95): el Tribunal declaró que la legislación comunitaria no se oponía a la norma nacional que obligase a promover de ma-



vo, suscribo lo referido por Vidal Fernández, aunque numerosos instrumentos normativos nacionales y supranacionales regulan la protección de las víctimas en la UE, las normas básicas en la materia son pocas y, además, ninguna específica<sup>7</sup> siendo “dicho panorama es el resultado visible de la batalla institucional<sup>8</sup> librada en defensa del derecho de iniciativa legislativa entre el Consejo y la Comisión, modificado por el Tratado de Lisboa”.<sup>9</sup> Probablemente aquí resida gran parte de la novedad e importancia de la Directiva.

Pero no es ésta la primera vez que desde el Parlamento Europeo se pide que la Comisión proponga legislación a nivel de la Unión sobre la violencia contra las mujeres. De hecho, existe diversa normativa europea que, poco a poco, ha ido abriendo camino a algo que parecía tan lejano como la creación de un concepto de violencia de género y la tipificación de delitos a nivel europeo. Algunas de estas normas son específicas para las víctimas de violencia de género y otras son legislación que las com-

---

nera prioritaria a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad en los que las mujeres eran menos numerosas que los hombres; STJUE, Asunto C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros, de 1 de marzo de 2011 (ECLI:EU:C:2011:100). Sentencia Test-Achats de 1 de marzo de 2011 (asunto C-236/09): el Tribunal declaró que debe aplicarse el mismo sistema de cálculo actuarial a hombres y mujeres en el momento de determinar las primas y las prestaciones a efectos de seguros.

<sup>7</sup> VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, “Capítulo IV (1) Instrumentos procesales. Protección de las víctimas en el proceso penal”, en: JIMENO BULMES, Mar (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia. Hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, 2014, p. 157.

<sup>8</sup> En el mismo sentido, PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *Civitas Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 46, 2013, p. 16.

<sup>9</sup> VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, “Capítulo IV (1) Instrumentos procesales. Protección de las víctimas en el proceso penal”, en: JIMENO BULMES, Mar (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia. Hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, 2014, p. 157.

plementa. En este segundo supuesto es en el que se encuentran la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección y la Directiva 2012/29/UE de derechos de las víctimas, instrumentos que la propia propuesta de directiva cita expresamente. Como he indicado estos instrumentos no son específicos para las víctimas de violencia de género. La ampliación para abarcar y proteger a un mayor número de víctimas, aunque pudiera parecer beneficiosa, resta especificidad y olvida matices importantes respecto de las víctimas. En cambio, existen una serie de directivas sobre la igualdad de género en materia laboral y de acceso a bienes y servicios específicas y de las que la propia propuesta de directiva se hace eco: la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 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 (refundición), la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

Es precisamente intentando prevenir y combatir esta violencia que surge la propuesta de directiva para dotar de mayor eficacia a los instrumentos ya existentes. Para ello propone la tipificación penal de aquellas formas de violencia que afectan de manera desproporcionada a la mujer. Toma como punto de referencia el Convenio de Estambul y da una definición de violencia de género en línea con este instrumento internacional así como con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)<sup>10</sup> y la Conferencia de Pekín de

---

<sup>10</sup> *Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo (indica sexo y no género) que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil,*

1995.<sup>11</sup> No en vano, refiere que sucede tanto en el ámbito público como el privado, siendo ésta una de las mayores aportaciones que realizó CEDAW en 1979 y que fue reiterada 16 años después en Pekín. Así, CEDAW hacía referencia a la esfera pública con múltiples ejemplos para terminar haciendo referencia a “o en cualquier otra esfera” que sería la privada. En Pekín, indica pública o privada, sin distinción alguna.

Pero, además, indica que quién más sufre la violencia doméstica son las mujeres.<sup>12</sup> Esto es importante porque, en cierto modo, la propuesta de directiva aúna el concepto internacional de violencia de género junto con el que manejamos en nuestro país con la Ley Orgánica de Violencia de Género (LOVG)<sup>13</sup> siendo que la mayoría de las medidas de protección que encontramos en la propuesta van dirigidas a las víctimas de violencia de género en el ámbito del hogar. La similitud de conceptos facilitará la adopción de la futurible directiva por el Estado español.

La propuesta de directiva es valiente y apuesta por referir las diversas vulneraciones de derechos humanos respecto de la violencia sobre las mujeres llamando a las cosas por su nombre. En su Considerando (7) refiere que “La violencia contra las mujeres

---

sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, *de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.* (Artículo 1).

<sup>11</sup> *Todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada.* (Párrafo 113 Plataforma Acción de Beijing).

<sup>12</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, pp. 2-4.

<sup>13</sup> La violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. (Artículo 1).

es una manifestación persistente de la discriminación estructural contra las mujeres, resultado de relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Es una forma de violencia de género, infligida principalmente a mujeres y niñas, por hombres.” Y continúa refiriendo que sus orígenes se encuentran en aquellos roles y comportamientos que como sociedad venimos manteniendo desde el origen de los tiempos. Pero que estos roles cada vez sean más difusos no significa que las vulneraciones de derechos humanos dejen de existir. Del mismo modo, en el Considerando (8) refiere que la violencia doméstica es un problema social grave que a menudo permanece oculto. Puede ocasionar traumas psicológicos y físicos importantes de graves consecuencias, porque el autor suele ser una persona conocida para las víctimas, en la que ellas esperarían poder confiar. Ambas violencias se entrecruzan y superponen en determinados momentos siendo que las víctimas de violencia contra la mujer en el ámbito del hogar tienen un mayor riesgo de intimidación, represalias y victimización secundaria. Su victimario sabe todo de ellas, tiene una sociedad (cada vez menos) cómplice y las víctimas no son capaces de valorar su riesgo con objetividad porque son las únicas víctimas que quieren o han querido a su agresor. En las siguientes páginas presentaremos el contexto global que proporciona las bases para el trabajo actual y los principales objetivos que se persiguen, junto con la estructura y metodología seguida para realizar la investigación.

## II. HIPÓTESIS

La disyuntiva entre una directiva puntera o conservadora la encontramos en la historia de la lucha por la conquista de derechos de las mujeres. Sirva a modo de ejemplo, el debate que Maud y Ethel mantienen en la caída de los gigantes respecto del voto femenino en la Inglaterra de la primera guerra mundial y postguerra. Mientras que Ethel –hija de un minero– considera que la

obtención del voto femenino solo a aquellas mayores de 30 años es un avance y las conquistas deben ir realizándose poco a poco Maud –hermana de un conde– considera que no existen motivos para excluir al resto de mujeres y que no caben las conquistas a medias. Refiere Maud, “la mayoría de las mujeres que se dedican a la fabricación de armamento, y que son esenciales para la campaña de guerra, serán demasiado jóvenes para votar. Y también la mayoría de las enfermeras que han arriesgado su vida al cuidar a los heridos en Francia. Las viudas de los soldados no pueden votar, pese al terrible sacrificio que han hecho, si resulta que viven en casas de alquiler”<sup>14</sup> Ethel, en cambio, considera que “las reformas tienen que hacerse paso a paso. Poco a poco, todos los hombres han ido consiguiendo el derecho al voto. Incluso ahora, solo la mitad de ellos puede votar...”<sup>15</sup> Ken Follet ilustra a la perfección la lucha feminista. La disyuntiva entre progresismo y conservadurismo, al fin y al cabo no tiene otra que valorar si se está avanzando demasiado rápido en determinadas cuestiones y cuántos escollos va a tener que superar la propuesta.

La realidad es que nuestro legislador tiene de sobra la técnica para crear un “código penal europeo” o una legislación en materia de protección de mujeres porque dispone de ejemplos en los diversos países así como de las críticas que tanto la doctrina, la sociedad civil como la judicatura han hecho a la aplicación de las leyes para poder mejorarlas. La hipótesis de partida que mantene-mos es que, de fondo, existen razones políticas<sup>16</sup> que harán que el legislador opte, en determinados casos, por una política de mínimos y, en otros, decida ser valiente.

---

<sup>14</sup> FOLLET, Ken, *La caída de los gigantes*, Barcelona, Plaza & Janes, 2010, p. 647.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> En el mismo sentido, “National identity rethoric currently permeates the political debate in many European countries”. CLOOTS, Elke, *National Identity in the EU Law*, Oxford University Press, 2015, p. 1.

La protección de los derechos básicos de naturaleza procesal solo podrá considerarse efectiva en el momento en que se haya instituido y consolidado un sistema europeo de cooperación judicial (de carácter penal)<sup>17</sup> por medio de disposiciones que bien unifiquen o armonicen<sup>18</sup> las legislaciones procesales nacionales y doten así de operatividad al principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, pilar de la cooperación judicial.<sup>19</sup> Es éste el objetivo de la propuesta de directiva que analizamos.

La armonización legislativa penal –sustantiva y procesal– a través del proceso legislativo ordinario, consagrado en los artículos 82, 83 y 84 del Tratado de Lisboa se ha llevado a cabo con referencias de política criminal centradas en tipologías delictivas tales como el terrorismo, la delincuencia organizada y económica, el tráfico de drogas o la delincuencia informática intentado armonizar primero y aproximar más tarde las diferentes legislaciones de los estados miembros en materia de investigación, enjuiciamiento

---

<sup>17</sup> Indica Vervaele que los EEMM son libres para establecer las sanciones en vía civil, administrativa o penal de acuerdo con su tradición jurídica. Es el legislador comunitario en que tiene, consecuentemente, una competencia normativa centrada en la instauración y puesta en funcionamiento de los sistemas de tutela dentro de los distintos EEMM. Éstos deben presentar los resultados, pero son libres de elegir el instrumento a utilizar para alcanzarlos. VERVAELE, John A. E., “De Eurojust a la fiscalía europea en el espacio judicial europeo. ¿El inicio de un derecho procesal penal europeo?”, en: ESPINOSA RAMOS, Jorge A.; VICENTE CARBAJOSA, Isabel (dir.) *La futura Fiscalía Europea*, 2009, p. 135.

<sup>18</sup> A propósito de la armonización judicial de carácter penal, puede leerse: BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, “La Orden Europea de Investigación Penal en España: aplicación y contenido. Posible relación con la Orden Europea de Protección (1)”, *Diario La Ley*, núm. 8660, 2015.

<sup>19</sup> FAGGIANI, Valentina, “I. Derechos y garantías procesales ante el reto del espacio de libertad, seguridad y justicia”, en: GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, FAGGIANI, Valentina, “La armonización de los derechos procesales en la UE”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013, p. 7.

y ejecución.<sup>20</sup> La violencia de género no había sido una prioridad en esta armonización. El informe 38/2022 de las Cortes Generales<sup>21</sup> tilda a la propuesta de “necesaria y urgente” para que así la UE, dentro de su ámbito de competencia, pueda forzar la tipificación de determinadas formas de violencia que afectan de forma desproporcionada a las mujeres y que no siempre encuentran una respuesta óptima en su país. Reconocemos la valentía del legislador europeo al indicar que la violación se basa meramente en la falta de consentimiento, forzando así a los estados miembros que para tipificar el delito piden que haya fuerza o amenaza a modificar sus legislaciones. Aunque se comentará más adelante, la importancia que se da al consentimiento en las agresiones sexuales debe leerse en clave política atendiendo a las reformas legislativas que estamos viviendo diversos países europeos. Por otro lado, refuerza los derechos de las víctimas a la protección potenciando diversos instrumentos europeos de reconocimiento mutuo. Pero, tal vez aquí, el legislador se quede corto. La cuestión de fondo en esta potenciación es el conocimiento y la efectividad de los instrumentos, porque, como veremos, no basta con que la directiva refuerce instrumentos ya existentes, debe realizarse una labor de formación a los diversos operadores jurídicos para que conozcan las herramientas que les brinda el sistema europeo y para, como refiere la magistrada Lucía Avilés, que el juez nacional tenga conciencia de juez europeo.

---

<sup>20</sup> GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Justicia penal e integración europea: hacia nuevos modelos de cooperación judicial penal”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 793.

<sup>21</sup> Informe 38/2022 de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 18 de mayo de 2022, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. A 004016, 20.05.2022,

### III. METODOLOGÍA

La metodología seguida para el desarrollo de este trabajo se basa en la investigación doctrinal tradicional, que implica la revisión de doctrina, legislación, jurisprudencia y datos estadísticos para analizar la situación actual de un instrumento jurídico particular y construir un argumento que sea consistente dentro de la disciplina del derecho procesal para desarrollar propuestas que mejoren las medidas de protección de las víctimas de violencia de género dentro de la UE. Por lo tanto, las fuentes utilizadas para realizar la presente investigación pueden ser clasificadas en los siguientes grupos: literatura científica, informes oficiales, legislación y jurisprudencia, con variación en la importancia de cada una según los diferentes campos de estudio y etapas de la investigación.

Para analizar el surgimiento y expansión de los derechos de las mujeres a una vida sin violencia, la investigación se ha centrado principalmente en el análisis de herramientas jurídicas nacionales e internacionales, informes oficiales y la jurisprudencia más reciente de las autoridades españolas y europeas. Además, la información recopilada por medio de estas fuentes se ha completado, en la medida de lo posible, con literatura nacional e internacional. Además, se ha analizado la literatura científica sobre el surgimiento y expansión de un sistema penal a nivel europeo. Por ello, la investigación ha consistido en la revisión de literatura sobre la construcción de la UE y los acuerdos de reconocimiento mutuo más importantes para la protección de víctimas en el espacio UE. Si bien este trabajo escapa de lo meramente jurídico y enlaza con cuestiones políticas a la hora de decidir hasta donde está dispuesta la Unión a llegar en materia de protección de víctimas, no es éste el objeto sobre el que se reflexionará al escapar del ámbito de conocimiento de quién suscribe estas líneas. Por ello, nos limitaremos a reflexionar respecto de aspectos concretos de la propuesta de directiva que tienen especial relevancia para el derecho procesal.



#### IV. REFLEXIONES

De entre las novedades de la propuesta de directiva me gustaría detenerme en el impulso decidido a los instrumentos de reconocimiento mutuo y la tipificación del delito de violación para aportar una pequeña reflexión a la doctrina. La elección se debe a la falta de espacio para realizar un estudio exhaustivo de todos. He optado por el consentimiento penal por referirse a éste expresamente nuestras Cortes en el informe que realizan y por el reconocimiento mutuo de instrumentos de protección al ser éste un tema en el que llevo trabajando desde mi tesis doctoral y que considero clave en la lucha contra la violencia de género pues, como indica Pérez-Olleros, “la calidad nuclear de nuestra vida no se mide en kilómetros de carreteras o en cifras de sueldo. La calidad esencial de nuestra vida empieza por no tener miedo”.<sup>22</sup>

*Reflexión primera:* El impulso decidido a los instrumentos de reconocimiento mutuo de protección de víctimas, entre estos la Orden de Protección Europea.

Probablemente sea en este punto en el que considero que el legislador europeo ha sido más conservador. Considero que no proteger o proteger de manera insuficiente manda el mensaje a la sociedad de pasividad estatal que favorece la reiteración de las conductas por parte de los agresores.<sup>23</sup> Los derechos deben ser protegidos por el propio Estado que debe, también, favorecer su ejercicio real e igualitario.<sup>24</sup> El TEDH se ha pronunciado en este sentido en diversas sentencias, entre ellas: A. v. Croatia, núm. 55164/08, de 14 de octubre de 2011, Hajduová v. Slovakia,

---

<sup>22</sup> PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, Francisco Javier, “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley*, 13 de junio de 2005, p. 12.

<sup>23</sup> FRA, *Women as victims of partner violence. Justice for victims of violent crime. Part IV*, 2019, p. 60.

<sup>24</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *Indret*, 2016, p. 5.

núm. 2660/03, de 30 de noviembre de 2010 y Opuz v. Turkey, núm. 33401/02, de 9 de septiembre de 2009. Entre las medidas de protección, la propuesta de directiva indica expresamente que se busca “garantizar la protección mediante órdenes urgentes de prohibición y de protección”. Estas medidas urgentes invocan, en cierto modo, lo que Ruiz López ha denominado el “derecho a la presunción de victimidad”, que consistiría en adelantar derechos procesales como puede ser el de la protección “antes de que exista resolución judicial firme que acredite su condición de víctima con un carácter procesal”.<sup>25</sup>

En los considerandos (33) a (37) la propuesta de directiva reitera la necesidad de la adopción de medidas de protección además del artículo 21. Pero, al igual que lo fue con la promulgación de la Directiva sobre la orden europea de protección, el legislador europeo es cauteloso y no entra a valorar cómo deben adoptarse dichas medidas: “El presente artículo no obliga a los Estados miembros a modificar sus sistemas nacionales por lo que respecta a la clasificación jurisdiccional de las órdenes urgentes de alejamiento y las órdenes de protección en el Derecho penal, civil o administrativo” (art. 22.5). En el año 2011 no fue posible el consenso respecto del concepto de medida europea de protección, se optó por el pragmatismo. El derecho procesal penal debía ser el encargado de ir acercando, poco a poco, las legislaciones a medida que el instrumento se utilizase. No en vano, disponemos de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección y del Reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil como dos instrumentos casi idénticos para el mismo uso dependiendo de si nos movemos en ámbitos civiles o penales.

Ya me pronuncié en el pasado respecto del profundo respeto que tiene el legislador europeo de las legislaciones nacionales. La

---

<sup>25</sup> RUIZ LÓPEZ, Cristina, *Las víctimas de violencia contra las mujeres en la Unión Europea: Derechos procesales desde una perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 267.

creación de un Código Penal Europeo no presenta problemas técnicos, los problemas son políticos por la complicación que supone que todos los Estados renuncien a sus diferentes historias legislativas para crear categorías jurídicas comunes. El derecho procesal está armonizando las legislaciones poco a poco. Mientras sigamos utilizando los diferentes instrumentos de reconocimiento mutuo acercaremos los diferentes sistemas entre sí manteniendo lo mejor de cada uno.<sup>26</sup>

*Reflexión segunda:* Basar la existencia, o no, del delito de violación en el consentimiento y la prueba de éste.

Como se indicó previamente, considero que la decisión de basar la existencia del delito de violación en el consentimiento debe leerse en clave política. La base jurídica existe, pues el artículo 83.1 TFUE abre la puerta a que se requiera a los diversos Estados miembros legislar y criminalizar ofreciéndoles unas reglas mínimas al respecto. Cuestión diferente será valorar si efectivamente podría dar lugar a una inversión de la carga de la prueba o si el principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 24 de la Constitución Española hace que la duda respecto del consentimiento traiga consigo el *in dubio pro reo*. Esta cuestión deberá ser estudiada a la luz de la jurisprudencia más reciente pues a efectos de prueba deviene complicado exigir al acusado

---

<sup>26</sup> Traducción propia de la propuesta cuarta: “The creation of a European Criminal Code does not present technical problems. The problems are political due to the complication that involves all the States to give up their different legislative histories in order to create common juridical categories. Procedural law is harmonizing legislations little by little. As long as we keep using the different mutual recognition instruments we will approach the different systems to each other keeping the best of each one.” BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tesis defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 2019, p. 558.

que pruebe que sí que existió el consentimiento ya que se es inocente hasta que se pruebe lo contrario y compete a la acusación presentar las pruebas de cargo. En caso contrario corremos el riesgo de invertir la carga de la prueba. Permaneceremos atentos a las novedades jurisprudenciales. A este respecto, García Arroyo, no deja de ser significativo tener que indicar una y otra vez -y siempre que se trata de mujeres- que la presunción de inocencia no va a verse vulnerada.<sup>27</sup> Como refiere Lorente Acosta nadie pone en duda las estafas a los seguros cuando entran a robar en una casa, pero el argumento a las denuncias falsas en violencia de género es recurrente cuando tratamos de legislar para conseguir una igualdad real.<sup>28</sup>

No obstante, no quería dejar de mencionar esta cuestión en el estudio y apuntar las reflexiones de nuestras propias Cortes Generales: “El texto es muy novedoso y destaca la importancia que se da al consentimiento: dice de forma muy concreta la Directiva que si se da consentimiento inicial este debe poder retirarse en cualquier momento del acto, en consonancia con la autonomía sexual de la víctima, y no debe implicar automáticamente el consentimiento para actos futuros. La ausencia de consentimiento no puede ser refutada exclusivamente por el silencio de la mujer, la no resistencia verbal o física o la conducta sexual anterior. Se incluyen los supuestos en que la víctima no está en condiciones de consentir libremente (sueño, intoxicación, discapacidad ...). En el considerando se indica que la penetración sexual no consentida

---

<sup>27</sup> A este respecto: GARCÍA ARROYO, Cristina, “Solo ‘el sí es sí’ no es suficiente para acabar con la cultura de la violación”, Diario de Pontevedra, 22 de agosto de 2022.

<sup>28</sup> LORENTE ACOSTA, Miguel, “¿...Y los hombres asesinados?”, Disponible en: <[https://www.huffingtonpost.es/miguel-lorente/y-los-hombres-asesinados\\_b\\_8953808.html](https://www.huffingtonpost.es/miguel-lorente/y-los-hombres-asesinados_b_8953808.html)>; LORENTE ACOSTA, Miguel, “¿... “Hombres asesinados y mentiras resucitadas”, Disponible en: <<https://blogs.elpais.com/autopsia/2013/06/index.html>>.

debe constituir una violación incluso cuando se comete contra el cónyuge o la pareja.”<sup>29</sup>

En el caso Español, recoge el citado informe 38/2022, no nos será difícil adaptarnos a la tipificación propuesta pues ya disponemos de una redacción muy similar en nuestro país. Considero que este artículo debe entenderse incluyendo factores sociopolíticos que deberán ser estudiados por los profesionales en la materia y que nos haría iniciar un debate que excede del objeto de estas líneas: el uso de la política criminal de urgencia cuyo eje esencial es la neutralización del riesgo.<sup>30</sup> Aunque pudiera parecer que las víctimas de violencia de género<sup>31</sup> no forman parte de este “populismo punitivo”, la realidad nos muestra que, frente a los crímenes más espantosos frente a mujeres –y niños–, la sociedad despierta y pide condenas ejemplares contra la barbarie.<sup>32</sup> En nuestro caso,

---

<sup>29</sup> Informe 38/2022 de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 18 de mayo de 2022, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. A 004016, 20.05.2022, p. 5.

<sup>30</sup> DONINI, Massimo, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Lima, Ara Editores, 2010, pp. 37-46.

<sup>31</sup> En este caso vamos a utilizar el concepto género en un sentido omnicompreensivo, agresiones contra mujeres y niños en el marco de una relación de afectividad (LOVG) y agresiones contra mujeres por su género (Pacto de Estado).

<sup>32</sup> Tras el crimen de las niñas de Alcàsser, el periódico El País publicó el Editorial “Espanto y talió” (1993): “La utilización del dolor de otros niños, compañeros de las víctimas, para convertir el drama en espectáculo resulta indecente. Especialmente cuando, como ocurrió ayer en algunos espacios televisivos, se aprovecha la tensión vivida por esos niños durante más de dos meses para convertirlos en heraldos de la ley del talió”. Disponible en: <[https://elpais.com/diario/1993/01/29/opinion/728262007\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1993/01/29/opinion/728262007_850215.html)>. Esta misma sed de venganza puede leerse en distintos Editoriales a propósito del caso Diana Quer (2017) populismo punitivo a costa del dolor de las víctimas: <[https://elpais.com/diario/2017/01/29/opinion/728262007\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2017/01/29/opinion/728262007_850215.html)>.

esta modificación surgió de una demanda social a raíz del conocido caso de “la manada” en unas fiestas de San Fermín.<sup>33</sup>

## V. CONCLUSIONES PRELIMINARES

*Primera.* Como ha podido leerse a lo largo de estas páginas, estamos ante una propuesta de directiva valiente que en la disyuntiva ha optado por el progreso. La tipificación de las conductas hará que aquellos países que minimizan los actos de violencia de género, deban reconocerlos y condenarlos. Vaya por delante mi valoración positiva a la creación de un delito de violencia de género en la Unión y en los términos en los que está plasmado en la propuesta de la Directiva. Por un lado, la tipificación penal de la violencia de género a nivel UE responde a una demanda feminista que facilitará el reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas por los diversos Estados miembros. Además, puede acabar generando el efecto de lluvia fina que la profesora Martínez García refiere en diversos textos.<sup>34</sup> Es decir, que aquellos estados que no reconocen esta lacra social como una vulneración de derechos humanos y, consecuentemente, un delito, terminen por acercarse a las legislaciones de aquellos países que sí lo hacen.

---

com/elpais/2018/03/14/opinion/1521045684\_650337.html> o Gabriel Cruz (2018) y el contagio del odio: <[https://verne.elpais.com/verne/2018/03/12/articulo/1520864657\\_272631.html](https://verne.elpais.com/verne/2018/03/12/articulo/1520864657_272631.html)>.

<sup>33</sup> Puede leerse la STS 344/2019 en: <<https://ep00.epimg.net/descargables/2019/07/05/6c492a5ff38b11ed77a1a8166acec175.pdf>>.

<sup>34</sup> Por todos: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea” en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.) y VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 40-58.

*Segunda.* El derecho penal (procesal y sustantivo) europeo acercará los diversos ordenamientos jurídicos de la Unión en temas sensibles y de derechos humanos. La directiva ha dado un paso adelante muy importante dejando claro que la UE ya no solo se mueve por intereses económicos, también busca ser un lugar en el que los derechos humanos se respeten. Por otro lado, incide en la necesidad de reforzar las medidas de protección, pues existen retos importantes en cuanto al fortalecimiento de las medidas de protección actualmente existentes.

*Tercera.* Finalmente, deviene necesario poner de relieve la falta de datos estadísticos concretos que necesitaríamos para realizar estudios más precisos en la materia. Esto se observa en la recogida de datos para conocer la entidad del problema. Como he indicado en la introducción, nos movemos con datos aproximados y no es posible realizar un estudio riguroso sin datos estadísticos concretos y actualizados. Es ésta una demanda que también se viene realizando desde hace tiempo. Y no es la primera vez que se apuesta por la recogida de datos y acaba siendo un brindis al sol. En este sentido, el Considerando (32) de la Directiva sobre la orden de protección europea: “Con el fin de facilitar la evaluación de la aplicación de la presente Directiva, los Estados miembros deben facilitar a la Comisión datos pertinentes sobre la aplicación de los procedimientos nacionales relativos a la orden europea de protección, al menos sobre el número de órdenes europeas de protección solicitadas, dictadas o reconocidas. A este respecto, también serían útiles otros tipos de datos, referentes, por ejemplo, a los tipos de delitos de que se trata”. Estos datos no se han facilitado. Esperemos que con la propuesta de directiva se cree finalmente dicho registro que, ya en repercusiones presupuestarias, ha dejado indicado que sería el *European Institut for Gender Equality* (EIGE) el encargado de 1) desarrollar e implantar la herramienta, 2) asegurar el mantenimiento técnico y funcionamiento de ésta, 3) desarrollar e implantar la metodología y desagregación de datos comunes en materia de cooperación con los diversos Estados así como 4) elaborar directrices que armonicen y normalicen las estadísticas sobre delitos de violencia de género y doméstica.

## Vicisitudes de la fiscalidad del deporte en México

### Vicissitudes of sports taxation in Mexico

Sonia VENEGAS ÁLVAREZ\*

**RESUMEN:** Si bien es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 31, fracción IV, establece la obligación de contribuir a los gastos públicos cuando haya una manifestación de capacidad económica, el poder legislativo se encuentra facultado para establecer las excepciones a dicha obligación. De tal suerte, el legislador ha establecido regímenes fiscales de exención o con múltiples beneficios para algunas asociaciones deportivas con la intención de incentivar el deporte y la cultura física siempre que no exista la obtención de un lucro. Sin embargo, hay contratos atípicos celebrados por dichas asociaciones que han generado controversias jurisdiccionales. La autoridad fiscal considera que hay una ganancia lucrativa y las asociaciones consideran que tales ingresos no gozan de tal naturaleza y, por ende, no deben gravarse. Esta situación que se ha tenido que resolver en los órganos jurisdiccionales.

**PALABRAS CLAVES:** Fiscalidad del Deporte; Patrocinio; Entidades no lucrativas; planeación fiscal; licencia de uso o goce temporal de marca.

---

\* Licenciada en Derecho y Doctora en Derecho Fiscal por la UNAM, profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM, miembro del Sistema Nacional de Investigadores Conahcyt, nivel I. Contacto: <[svenegas@derecho.unam.mx](mailto:svenegas@derecho.unam.mx)>. Fecha de recepción: 05/07/2023. Fecha de aprobación: 24/07/2023.



**ABSTRACT:** While it's true that the Political Constitution of the United Mexican States, in its Article 31, Section IV, establishes the obligation to contribute to public expenses when there is a manifestation of economic capacity, the legislative branch is empowered to establish exceptions to this obligation. As a result, the legislature has established tax regimes of exemption or with multiple benefits for certain sports associations with the intention of promoting sports and physical culture, provided that there's non profit-making. However, there are atypical contracts entered into by these associations that have generated jurisdictional controversies. The tax authority considers them to be lucrative gains, while the associations argue that such income does not have such a nature and therefore they shouldn't be taxed. This situation has been resolved in courts.

**KEYWORD:** Sport taxation; sponsorship; non profit entities; tax planing; use licence or temporary enjoyment of brand.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo ahondar en un tópico de escaso desarrollo en la academia: la fiscalización en el ámbito deportivo para ello se han seleccionado dos objetivos concatenados de investigación jurídica: i) régimen tributario aplicable a las asociaciones civiles deportivas en su vertiente de personas morales sin fines lucrativos; ii) esquemas de planeación fiscal implementados por la Federación Mexicana de Fútbol Asociación Civil. La fiscalidad en el deporte oscila desde el establecimiento de regímenes fiscales privilegiados a determinado tipo de asociaciones deportivas sin fines de lucro con el fin de promover, fomentar, la práctica de actividades físico-deportivas, o la aplicación de beneficios fiscales específicos hasta la implementación de disposiciones antielusivas cuando el deporte como espectáculo masivo genera ingresos que denotan capacidad contributiva.<sup>1</sup>

El *régimen tributario aplicable a las asociaciones civiles deportivas*, como primer tema analizado permite conocer (si bien desde sus más elementales nociones) el esquema tributario aplicable a las personas morales sin fines lucrativos dedicadas al deporte. En su estudio se ha procurado de manera exhaustiva abordar los procedimientos de determinación del remanente distribuible buscando allanarse el camino para la comprensión de los dos supuestos que darían lugar a la determinación del impuesto sobre

---

<sup>1</sup> Así por ejemplo la derrama económica en espectáculos deportivos como el fútbol alcanza no solo a los propios jugadores y a los clubes hay toda una cadena de productos y servicios alrededor tales como agencias de publicidad, medios, empresas encargadas de la infraestructura, prestadores de servicios turísticos, etc. AMOROSO, Claudio, “Fiscalidad en asociaciones deportivas desde una perspectiva comparada entre España e Italia”, *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, nov.-dic. 2022, vol.6, no.6, p. 2986.

la renta sobre utilidades al amparo del régimen general de personas morales, el tema aborda las sutilezas propias del Derecho Fiscal pero también las modificaciones a la ley del ISR que con el propósito de poner fin a prácticas fiscales indebidas insertaron requisitos administrativos cuya idoneidad es fuente de necesarios cuestionamientos legales.

Esquemas de planeación fiscal implementados por la Federación Mexicana de Fútbol Asociación Civil, permite corroborar con escasa agudeza el móvil detrás de la emisión del criterio no vinculativo emitido por el SAT a través del cual y de un único plumazo modificó por entero el procedimiento del cálculo de las utilidades fiscales generadas por personas morales sin fines lucrativos. Al profundizar el conflicto ventilado entre la Federación Mexicana de Fútbol y el Servicio de Administración Tributaria quedaron al descubierto cuestiones altamente técnicas, la naturaleza de las obligaciones derivadas del contrato de patrocinio para efectos fiscales o bien de aquellas derivadas de los contratos de licencia de uso y/o goce de marca, el destino del remanente distribuible una vez determinado sin dejar de mencionar la obligatoriedad o no de distribuirlo entre los miembros o accionistas de las personas morales sin fines lucrativos son tan solo algunas de las cuestiones aquí planteadas de todas las cuales se termina por nutrir la primera parte de este trabajo de investigación.

## II. ASOCIACIONISMO DEPORTIVO: CRITERIOS DE TRIBUTACIÓN DEL IMPUESTOS SOBRE LA RENTA

El asociacionismo es inherente al deporte mediante la asociación se obtienen metas que en lo individual no se podrían alcanzar, el deportista se asocia entre otros propósitos para la práctica y

regulación de su actividad, en suma para organizarse y prosperar en dicha actividad.<sup>2</sup>

El fenómeno del asociacionismo deportivo en México ha tenido un escaso desarrollo teórico, limitados son los autores que se abocan a su estudio; se trata de un movimiento social encaminado a crear asociaciones vinculadas con el deporte, es decir y desde una perspectiva jurídica, es un movimiento que implica la concreción del derecho de asociación en el ámbito del deporte, dando origen a las asociaciones deportivas del sector privado (personas morales o colectivas de naturaleza privada), que necesariamente coadyuvan con el Estado en el estímulo y promoción del adecuado ejercicio del derecho al deporte y de otros valores vinculados al mismo caracterizado por los principios fundamentales siguientes:

- i) Implica la creación e interacción de entidades deportivas que se organizan por sí mismas y realizan funciones públicas de carácter administrativo;
- ii) Necesariamente apoya la promoción del adecuado ejercicio del derecho a la cultura física y al deporte.

Lo anterior significa la creación e interacción de entidades deportivas que se organizan a sí mismas y realizan funciones públicas de carácter administrativo, esto es, el establecimiento de uno o varios entes colectivos (entidades) o mejor dicho, de una o varias personas morales o jurídicas vinculadas con el deporte. Adicionalmente, la presencia de varias entidades deportivas también conlleva que el asociacionismo deportivo haga referencia al orden que van a guardar entre sí dichas entidades, como lo es la interacción entre cada una de ellas y en conjunto, predominando en esa interacción, el principio de colaboración responsable entre todos los interesados. Si bien, resulta lógico mencionar que la especi-

---

<sup>2</sup> CALONGE RAMÍREZ, Ángel Luis, *La organización y administración de clubes deportivos. Manual práctico de gestión. Modalidad futbol, Andalucía*, CIVITAS, 1999, pp. 31 y 39.

cidad de la naturaleza jurídica de estos entes colectivos, así como su organización institucional y las relaciones respectivas, sea dada por los propios asociados o socios que, por regla general son particulares (privados) que pueden ejercer su libertad de asociación, sin eximir la observancia de la ley, ni alterarla, ni modificarla, o bien, sin afectar el interés público, lo anterior a través de un contrato asociativo. Aunado a lo anterior, dada la relevancia social que significa la cultura física y el deporte y su protección por la ley de la materia, que es de orden e interés público y de observancia general en toda la república a esas personas morales, que generalmente son de naturaleza privada, se les atribuye funciones públicas, particularmente administrativas.<sup>3</sup>

El asociacionismo deportivo necesariamente apoya la promoción del adecuado ejercicio del derecho a la cultura física y al deporte, para cumplir con dicho deber, lógicamente el Estado mexicano debe coordinarse con los diversos sectores que integran la sociedad, pues por sí solo estimamos que no podría hacerlo, ya que no tendría la capacidad, ni los recursos, ni los medios suficientes para ello. De ahí que resulte necesaria la participación de todos los entes deportivos que integran el asociacionismo deportivo, pues es claro que los mismos coadyuvan a fomentar el desarrollo de la cultura física y el deporte en todas su manifestaciones y expresiones, al agremiar a deportistas, técnicos, entrenadores, árbitros, jueces, directivos, etcétera, de una disciplina deportiva, además de fijar las reglas y el orden en torno a la misma, completando el panorama con la realización de diversas actividades que permiten su óptimo, equitativo y ordenado desarrollo, incentivando así, el

---

<sup>3</sup> Desde el reconocimiento del deporte y la cultura física como derecho humano en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estado está obligado a garantizar la vigencia del mismo, para ello se vale del establecimiento de diversas políticas públicas en algunas de ellas involucra a actores del sector privado, como es el caso de asociaciones deportivas.

crecimiento de la cultura física y del propio deporte.<sup>4</sup> La estructura de organización que se requiere en actividades deportivas sobre las cuales se realizan justas, torneos o campeonatos, tiene en su base a las asociaciones. La razón de abordar el asociacionismo deportivo es que, tratándose del sistema tributario mexicano, esté tiene particular relevancia para el pago del impuesto sobre la renta de las asociaciones deportivas.

Para el estudio de este primer tópico es menester diferenciar los dos tipos de figuras que reconoce el entramado jurídico aplicable en el marco del asociacionismo deportivo. Es el capítulo II, del título segundo, de la Ley general de cultura física y deporte la que establece los dos tipos de ficciones jurídicas reconocidos por el Derecho deportivo: asociaciones y sociedades. Son asociaciones deportivas aquellas personas morales sin importar su estructura, denominación y naturaleza jurídica aquellas que conforme a su objeto social se dediquen a la promoción, difusión, práctica y contribución al desarrollo del deporte sin fines preponderantemente económicos (art. 43), por el contrario, las sociedades deportivas son también personas morales cuya naturaleza jurídica, estructura o denominación no resulta relevante que conforme a su objeto social promuevan, practiquen o contribuyan al desarrollo del deporte con fines preponderantemente económicos (art.45). Esta última característica, es de vital importancia.

Retómese la vieja distinción entre la asociación civil y las sociedades mercantiles, desde una perspectiva eminentemente teórica la asociación civil es un conjunto de personas físicas que se reúnen para la consecución de un fin previamente determinado, el cual no es inminentemente lucrativo.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, David y MONTENEGRO GONZÁLEZ, Sadara, “Reflexiones jurídicas en torno al asociacionismo deportivo mexicano”, *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, México, año 7, núm. 13, julio 2009, pp. 120 y ss.

<sup>5</sup> MAGALLÓN IBARRA, Mario (coord.), *Compendio de términos de Derecho Civil*, México, Porrúa, 2004, p. 17.

Misma definición aportada por la legislación civil federal al describir a las asociaciones como el producto del acuerdo de voluntades de individuos que conviniendo en reunirse de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico.<sup>6</sup>

Inversamente la sociedad mercantil es la persona jurídica distinta de los socios que la integran derivada del contrato de sociedad, por medio del cual se obligan mutuamente a combinar sus recursos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico y con fines de especulación comercial,<sup>7</sup> que no es lo mismo que el lucro. La especulación comercial es la realización ordinaria o habitual de actos que el Código de Comercio reputa con carácter de comerciales mientras que el lucro es la ganancia obtenida, el resultado de una actividad y la especulación es el propósito de ese resultado; es por lo tanto toda ganancia o utilidad obtenida en la celebración de ciertos actos jurídicos, que el ordenamiento legal califica de lícita o ilícita según su exceso o proporción, para atribuirle determinadas consecuencias de derecho.<sup>8</sup>

### III. RÉGIMEN DE LAS ASOCIACIONES DEPORTIVAS CON FINES NO LUCRATIVOS

Este régimen se aplica a múltiples sujetos como las asociaciones deportivas reconocidas por la Comisión Nacional del Deporte siempre y cuando sean miembros del Sistema Nacional de Cultu-

---

<sup>6</sup> Artículo 1670 del Código Civil Federal.

<sup>7</sup> Tesis P.XXXVI/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 254.

<sup>8</sup> GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, 3a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México, t. IV., 2012, p. 1067.

ra Física y Deporte<sup>9</sup> conforme a lo establecido por la Ley general de cultura física y deporte este sistema es un órgano colegiado integrado por:

- i) Dependencias;
- ii) Organismos;
- iii) Instituciones públicas y privadas;
- iv) Sociedades;
- v) Asociaciones nacionales
- vi) Consejos Nacionales del Deporte estudiantil.

Por otra parte, las asociaciones deportivas son las personas morales cuyo objeto social sea la promoción, difusión o contribución del deporte siempre que no persigan fines preponderantemente económicos pudiendo tener dicho carácter:

- i) Equipos o clubes deportivos;
- ii) Ligas deportivas;
- iii) Asociaciones deportivas municipales, estatales o regionales y
- iv) Asociaciones deportivas nacionales y organismos afines.

El procedimiento para la inscripción ante la Comisión Nacional del Deporte y la obtención del registro como asociaciones o sociedades deportivas establece la obligación de acreditar su legal existencia a través de la exhibición del acta constitutiva con la que se acredite que se trata de una persona moral cuyo objeto social es la promoción, práctica o contribución al desarrollo del deporte; los estatus sociales y el acta en la que conste la elección de sus órganos de gobierno y representación todos ellos debidamente

---

<sup>9</sup> En términos del artículo 73 fracc. XXIX-J de la CPEUM El deporte y la cultura física son materias concurrentes entre Federación, Estados, municipios y demarcaciones de la CDMX, además de la participación de los sectores social y privado, el Sistema Nacional del Deporte se constituyó a efecto de coordinar a los partícipes.



protocolizados e inscritos en el Registro Público de Comercio correspondiente. Además acreditar su representatividad exhibiendo la lista de socios, asociados y afiliados en los que conste de modo detallado los nombres e identificación; los programas operativos sobre programas de corto, mediano y largo plazo en los que conste la misión, visión, estratégica, objetivos, metas, estrategias financieras, operaciones, sistemas de evaluación, calendarios de actividades y convocatorias de eventos deportivos también, los reglamentos técnicos, deportivos y demás normas que aplique la persona moral en la práctica organizada e institucional de su actividad y el listado de clasificación deportiva de sus afiliados.

De tal suerte que actualmente las asociaciones deportivas para poder acogerse al régimen de personas morales con fines no lucrativos deben cumplir ambos requisitos obtener un registro frente la Comisión Nacional del Deporte y formar parte del Sistema Nacional del Deporte.

Lo anterior producto de la reforma fiscal de 2013 que desde ese entonces y con un lustro de anticipación al tópico objeto principal de estudio trazaba la ruta de la estrategia de fiscalización a las sociedades o asociaciones civiles organizadas con fines deportivos conforme a las razones siguientes:

De acuerdo al Código Civil Federal, tanto la asociación civil como la sociedad civil admiten en alguna proporción la presencia de un fin económico que si bien puede ser preponderante o no, resulta trascendente desde el punto de vista fiscal debido a que en la práctica puede contraponerse al concepto de “fin no lucrativo” que persiguen aquellas personas que históricamente han sido consideradas como no contribuyentes del <sup>ISR</sup>.

En este sentido, la evidencia ha demostrado que algunas asociaciones o sociedades civiles dedicadas a los fines deportivos, reciben cuantiosos ingresos derivados no sólo de las actividades relacionadas con su objeto social, sino /de otras que en estricto sentido no forman parte de su labor de impulso al deporte [...] prestación de servicios de entrenamiento físico personalizado, entrenamien-

tos privados, sauna, masajes, tratamiento de relajación y spa, entre otros, tratándose de los llamados clubes deportivos.

[...]

En cuanto a las asociaciones o sociedades con fines deportivos que en la Ley del ISR vigente se consideran como personas morales con fines no lucrativos, debe señalarse que éstas han demostrado que persiguen un fin preponderantemente económico lo que impide que sean consideradas personas con fines no lucrativos, razón por la cual, el Ejecutivo Federal a mi cargo propone a esa Soberanía que reciban el tratamiento fiscal acorde a su verdadero objetivo y tributen conforme el régimen general de las personas morales.

Es decir, previo a la modificación legal se consideraban como personas morales con fines no lucrativos a las asociaciones o sociedades civiles organizadas con fines políticos, deportivos o religiosos sin mediar como requisito para dicha condición el otorgamiento de registro por la Comisión Nacional del Deporte.<sup>10</sup> Atendiendo la exposición de motivos de la reforma, el propósito de la inscripción es comprobar la promoción, práctica y contribución al desarrollo del deporte sin que se persigan fines lucrativos por parte de las asociaciones civiles frente a ello dos conclusiones pueden formularse: a partir de la lectura del Reglamento de la ley general de cultura física y deporte con la exhibición del acta constitutiva de las asociaciones civiles comprueban la promoción, práctica y contribución del desarrollo del deporte además de ser este, requisito intrínseco de las asociaciones en términos del artículo 43 de la LGCFD. Pero una segunda aproximación no permite saber cómo un organismo público descentralizado rector de la política nacional en materia de cultura física y deporte puede

---

<sup>10</sup> Este estatus de privilegio se mantuvo en la LISR desde 1925 hasta 2013, PAZ PÉREZ, Daniel Eduardo, “Esquemas tributarios de las entidades no lucrativas en México,” *Biolex* [online]. 2020, vol.12, n.22, pp.149-168. Disponible en: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-55452020000100149&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-55452020000100149&lng=es&nrm=iso)> [consultado el 02 de mayo de 2023].

conocer el fin preponderantemente económico o no de las asociaciones deportivas que es en todo caso, lo que se argumenta como propósito vital en materia de fiscalización tributaria.

La tramitación del amparo en revisión 194/ 2018 a cargo del Centro Asturiano de México, A. C., supuso (entre otros asuntos) el planteamiento acerca de la equidad que representaba el trato diferenciado en materia del impuesto sobre la renta respecto asociaciones civiles con fines deportivos registradas ante CONADE y aquellas que no poseían dicho registro, cuya resolución conviene en negar la inequidad de dicho trato al existir un procedimiento asequible que les permite acceder a los interesados a dicho reconocimiento. No obstante, bien pudo haberse planteado el cómo un procedimiento administrativo consistente en la inscripción ante CONADE implica el reconocimiento de los fines lucrativos o no lucrativos de dichas asociaciones, toda vez que la legislación aplicable no precisa los criterios por evaluar en función de las actividades económicas por desarrollar.

En líneas generales la LISR tratándose de las personas jurídicas prevé dos esquemas de entero del impuesto a partir de la finalidad que persiguen: actividades lucrativas (obtención de beneficios económicos o ganancias) o actividades no lucrativas (actividades que no generan utilidades) las primeras tributan al amparo del título II de las personas morales lo que implica que el impuesto se entera conforme a las utilidades que se generan mientras que las segundas tributan en el régimen del título III que supone la no generación de impuesto a cargo, salvo que se cuente con un remanente distribuable supuesto en el cual el entero ocurrirá hasta el momento de su entrega a los miembros de la persona moral.

Así las personas morales consideradas como no contribuyentes del ISR y por tanto sujetas al régimen de fines no lucrativos están previstas en las veintiséis fracciones del artículo 79: sindicatos obreros, asociaciones patronales, sociedades cooperativas de consumo, asociaciones o sociedades civiles dedicadas a la promoción y difusión de música, de colonos, de inversión especializada de fondos para el retiro y evidentemente las asociaciones depor-

tivas por citar algunos ejemplos. Dichas ficciones jurídicas, por antonomasia al no obtener utilidades no están sujetas al entero de dicho impuesto no obstante existen supuestos en los cuales se produce lo que en términos de la LISR se conoce como *remanente distribuible*, el equivalente a las ganancias o utilidades que producen las personas morales con fines lucrativos.<sup>11</sup> Se obtiene de sustraer las deducciones y el impuesto sobre la renta a la suma de los ingresos, al tratarse de entidades no lucrativas se supone que todos sus ingresos se aplican a su objeto social y que un remanente distribuible sería en todo caso una excepción.

Las particularidades de este remanente distribuible pueden englobarse en tres rubros:

- i) Se determina en función de la naturaleza jurídica que para efectos fiscales tienen la mayoría de sus integrantes;
- ii) Solo hasta ser entregado en bienes o efectivo a los integrantes o accionistas adquiere dicha naturaleza jurídica;
- iii) El remanente distribuible genera la obligación de enterar el impuesto correspondiente única y exclusivamente hasta ser distribuido a las integrantes o accionistas de la persona moral.

#### A) CÁLCULO DEL REMANENTE DISTRIBUIBLE

Es el artículo 80 de la LISR el que prevé (aunque no explícitamente) los procedimientos aplicables al cálculo del remanente distribuible diferenciables como ya se dijo en función de la naturaleza mayoritaria de los integrantes o accionistas de la asociación civil: i) personas físicas que tributen únicamente en el régimen *de las personas físicas con actividades empresariales* y ii) personas morales.

---

<sup>11</sup> Tesis P/J.31/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 1, diciembre de 2012, p.65.

## *Personas físicas que perciben ingresos por actividades empresariales y profesionales*

Tratamiento aparte supone la determinación del impuesto a cargo si los integrantes son personas físicas con actividades empresariales puesto que a los ingresos obtenidos al amparo del capítulo II del título IV se agregará los que se reciban en bienes o efectivo por remanente distribuible pudiendo deducirse conceptos como las devoluciones, descuentos o bonificaciones, la adquisición de mercancías, materias primas, productos semiterminados o terminados empleados para la prestación de servicios, fabricación de bienes o para enajenarlos, gastos, inversiones, intereses pagados por actividad empresarial o profesional o prestamos, cuotas de seguridad social o pagos por el impuesto local sobre los ingresos empresariales o servicios profesionales.

Un segundo punto por abordar son los *otros* ingresos que obtengan las personas físicas previstos por el artículo 142 de los cuales resulta relevante la fracción X:

[...]

La parte proporcional que corresponda al contribuyente del remanente distribuible que determinen las personas morales a que se refiere el Título III de esta Ley, siempre que no se hubiera pagado el impuesto a que se refiere el último párrafo del artículo 79 de la misma Ley.

## *Personas morales*

Cuando la mayoría de los integrantes o accionistas de las asociaciones civiles deportivas sean contribuyentes a su vez del régimen de personas morales el remanente distribuible recibido en bienes o efectivo tiene la calidad de ingreso acumulable y para el entero del impuesto se procede a sustraer las deducciones autorizadas para dicho título. Una intrigante cuestión la del tratamiento fiscal

que el remanente recibido por las personas morales tendrá, toda vez la existencia de posiciones que pugnan por considerarlo como no acumulables atendiendo al último párrafo del artículo 16 que reputa bajo esa categoría los ingresos provenientes de dividendos o utilidades de otras personas morales residentes en México aún y cuando de manera técnica y contable las utilidades representan lo mismo que el remanente distribuible, resulta interesante la vaguedad del lenguaje.

## B) FONDO DE LA CUESTIÓN

Una vez agotado el procedimiento de determinación del remanente distribuible en sus tres posibles escenarios es posible adentrarse en el contenido del sexto párrafo del numeral 80 que por su singular importancia se replica:

[...] En el caso de las personas morales a que se refiere este Título enajenen bienes distintos de su activo fijo o presten servicios a personas distintas de sus miembros o socios, deberán determinar el impuesto que corresponda a la utilidad por los ingresos derivados de las actividades mencionadas, en los términos del artículo del Título <sup>11</sup> de esta Ley, a la tasa prevista en el artículo 9 de la misma, siempre que dichos ingresos excedan del 5 % de los ingresos totales de la persona moral en el ejercicio de que se trate.

Lo anterior implica que si las asociaciones deportivas que tributen al amparo de este régimen de entidades no lucrativas efectúan ventas de objetos diferentes a ese conjunto de bienes tangibles empleados para la realización de sus actividades que por el uso y transcurso del tiempo se demeritan <sup>12</sup> o bien a personas que no figuran en los estatutos sociales como miembros debe calcular y enterar el impuesto sobre la utilidad generada sin importar si esos

---

<sup>12</sup> Atendiendo a la definición de activo fijo prevista por el artículo 32 de la LISR.

beneficios les fueron o no entregados en bienes o efectivo aplicando al resultado fiscal la tasa del 30 %, pero solo si esos ingresos exceden el 5 % del total de los percibidos por la persona moral sin fines de lucro. Es decir, y esta es la conclusión más relevante: la aplicación del procedimiento de determinación del ISR empleado por las personas morales del régimen general solo aplica para los ingresos cuyo monto exceda el 5 % de los totales y siempre que provengan de enajenaciones de bienes que no sean activo fijo o de servicios prestados a personas que no sean miembros o socios.

De la mano y en atención a dichos esquemas de tributación el SAT emitió el criterio no vinculativo de las disposiciones fiscales 37/ISR/NV que al recoger las reformas en materia de asociaciones deportivas previstas por el impuesto sobre la renta pretende frenar esquemas de defraudación fiscal a través de los cuales, estos entes desarrollan actividades que generan utilidades fiscales pero al amparo de su estatus de personas morales sin fines lucrativos, terminan por no determinar el impuesto a su cargo, estableciendo lo siguiente:

[...]

Considerando lo señalado e independientemente de que los fines de las Asociaciones Deportivas no sean preponderantemente económicos, deben pagar ISR en términos del Título II de la Ley del ISR, cuando enajenen bienes distintos de su activo fijo o presten servicios a personas distintas de sus miembros o socios, siempre que dichos ingresos excedan del 5 % de los ingresos totales de la persona moral en el ejercicio de que se trate; asimismo, se encuentran obligadas a realizar el pago del ISR por la obtención de los ingresos que se consideren acumulables por otros artículos de la Ley del ISR.

Al respecto, se ha observado que algunas Asociaciones Deportivas realizan actividades que se pueden calificar como actos de comercio [y que por ende entran en una zona de incertidumbre e inseguridad sobre si son hechos impositivos sobre los cuales recaiga un tributo

o no, tales como contratos de patrocinio, de uso o goce temporal, cesión de derechos entre otros].

Por lo anterior, se considera que realizan una práctica fiscal indebida:

i- Las Asociaciones Deportivas que no consideren como ingresos por los que están obligadas al pago del ISR, los obtenidos por la realización de actividades comerciales y derivado de la práctica anterior no determinen el ISR en términos del Título II de la Ley del ISR.

ii- Quien asesore, aconseje, preste servicios o participe en la realización o la implementación de la práctica anterior.

De manera que la ley aplicable constriñe a la aplicación de la tasa del 30 % sobre el resultado fiscal solo a dos supuestos específicos condicionado a su vez al monto de los mismos, la resolución de la autoridad fiscal, amplía el radio de aplicación de esa misma tasa a cualquier otro ingreso sin que su naturaleza y monto resulte relevante, yendo así más allá de lo previsto por la ley fiscal.

#### IV. EL CASO DE LA FEDERACIÓN MEXICANA DE FUTBOL VS. EL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

La Federación Mexicana de Fútbol Femexfut es el ente regulador del fútbol en México, organiza los torneos relevantes en este deporte tales como la Liga MX, la copa MX, la Selección Nacional, al tener la doble afiliación a la Confederación de Fútbol de la Asociación del Norte Centro América y del Caribe CONCACAF y a la Federación Internacional de Fútbol Asociación FIFA.

La atención mediática sobre la Federación Mexicana de Fútbol y el Servicio de Administración Tributaria se ha nutrido por la relevación de los estratosféricos ingresos derivados de prácticas proscritas por las reglas de la FIFA en materia de intermediación en la compra y venta de jugadores, así como la posible red de corrupción entretejida para esos fines. Sin embargo, el puntual caso



de mayor relevancia a juicio de la autora se refiere a lo sucedido hace más de una década y que por un lado pudo haber motivado la reforma fiscal de 2013 y por el otro el posicionamiento del Servicio de Administración Tributaria sobre el régimen fiscal aplicable a las personas morales sin fines lucrativos, particularmente las asociaciones civiles deportivas, que con tan solo un plumazo de la autoridad hacendaria vino a modificar lo establecido por la ley. Para su estudio se ha considerado oportuno seccionarlo cuatro grandes rubros: hechos, argumentos de las partes y razonamientos de la Sala; el propósito de esa exposición es mostrar por un lado los esquemas de tributación intentados por la Federación Mexicana de Fútbol y por el otro la respuesta de la autoridad fiscalizadora finalizando con la conclusión armónica que implica la consideración armónica de los argumentos expuestos.

La Federación Mexicana de Fútbol A. C. es una persona moral que tributa bajo el título III de la LISR en su calidad de asociación civil con fines deportivos sin ánimo de lucro, consecuentemente el total de sus ingresos deben destinarse al desarrollo de los fines para los que fue creada y de determinarse alguna diferencia se estará frente al remanente distribuible; no obstante tal y como ha sido explicado con anterioridad frente a la posibilidad de obtener ingresos considerados por la LISR como acumulables es obligatorio determinar el tributo aplicable a las utilidades y enterarlo con base en las disposiciones del título II considerando siempre los supuestos de excepción previstos por el artículo 79: la prestación de servicios a miembros distintos de sus socios y la enajenación de bienes distintos al activo fijo.

Durante el ejercicio fiscal 2009 la Federación Mexicana de Fútbol obtuvo ingresos<sup>13</sup> por la prestación de servicios de enseñanza a personas distintas de sus miembros o socios y por la celebración de convenios tildados contratos de patrocinio bajo el

---

<sup>13</sup> La versión pública de la sentencia recaída al amparo directo 548/2015 atendiendo a la protección de datos personales suprema la información concerniente al monto de las prestaciones, ingresos, multas etcétera.

nombre de licencia de uso o goce temporal de marca; dichos contratos comprendían los derechos y obligaciones siguientes:

Derecho a instalar en zona promocional y realización de actividades en la misma en un área de hasta 30 metros cuadrados en las explanadas de los estadios en donde juegue la selección nacional [...] tanto la producción de material como su colocación y operación corren a cargo y expensan del Licenciatario.

Derecho de exposición de la marca del licenciario mediante una valla publicitaria fija en cada uno de los partidos de clasificación al Mundial Sudáfrica 2010 y en cada uno de los partidos amistosos que la selección nacional juegue en México.

Derecho de exposición de la marca del licenciario mediante la colocación de un pendón en el exterior de los estadios en la totalidad de las fechas en que se realicen partidos a jugarse dentro del territorio como local.

Derecho a contar con la presencia de hasta doce jugadores en total para la grabación o filmación de tres comerciales durante el término del contrato.

Derecho a contar con la presencia del director técnico de un evento publicitario o bien una grabación de comercial, a elección del licenciario durante el término del presente contrato.

Derecho a un minuto comercial en las pantallas electrónicas de estadios que cuenten con ellas en cada uno de los partidos que se realicen en el territorio como local.

Derecho a dos menciones en vivo de veinte segundos cada uno, por partido en el sonido local de los estadios en los que se realicen partidos de la selección nacional como local.

Derecho de presencia de marca en el autobús oficial de la selección nacional.

Entregar boletos para convivios.

Entregar paquetes dobles al mundial de Sudáfrica

Entregar paquetes dobles a la copa de oro

Entregar paquetes dobles a partidos

Otorgar un minuto comercial en las pantallas

Asignación de un ejecutivo del área comercial de la Federación y otro del área de mercadotecnia para atención de la cuenta  
Presencia de ejecutivos de la Federación Mexicana de Fútbol y un integrante de la selección nacional para presentaciones o pláticas en convenciones o eventos.

Este hecho es particularmente notable: el contenido de tales contratos y las facturas correspondientes fue conocido de primera mano por la autoridad fiscalizadora durante el ejercicio de facultades de comprobación y reproducido su contenido en la resolución determinante del crédito fiscal tras la reposición efectuada por los visitantes. Sin embargo, la Sala del entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa nunca pudo imponerse del mismo toda vez que como estrategia fiscal la Federación optó por la negación simple y llana de la existencia no de los contratos sino de la realización de las operaciones allí plasmadas,<sup>14</sup> buscando revertir así la carga de la prueba.

Posteriormente y en el ejercicio de sus facultades de comprobación el SAT emprende la revisión de los estados financieros del contribuyente por el ejercicio fiscal 2009 y tras considerar insuficiente la información y los documentos exhibidos en la revisión de dictamen ordena la práctica de una visita domiciliaria, producto de la cual se determinó un crédito fiscal a cargo de la Federación Mexicana de Fútbol.

#### A) ARGUMENTOS

La defensa jurídica de la Federación Mexicana de Fútbol tomó como argumento principal el que la resolución de la Sala no men-

---

<sup>14</sup> En términos del artículo 68 del Código Fiscal de la Federación: Los actos y resoluciones de las autoridades fiscales se presumirán legales. Sin embargo, dichas autoridades deberán probar los hechos que motiven los actos o resoluciones cuando el afectado los niegue lisa y llanamente, a menos, que la negativa implique la afirmación de otro hecho.

cionará ni pudiera identificar la operación de enajenación, el bien objeto de la operación, precio, fecha de transacción así como, el contenido de los servicios de enseñanza prestados a personas distintas de los miembros de la asociación, el acto o monto de la contraprestación toda vez que la existencia del contrato no prueba por sí mismo la realización de las obligaciones pactadas ni el reclamo de los derechos convenidos, de allí que tampoco pudiera determinarse el monto al que alude el artículo 79 de la ley relativo al 5 % que deben rebasar los ingresos para considerarse acumulables y tributar conforme al título II. Ante la negación de la existencia de dichas contraprestaciones la carga de la prueba sería revertida a la autoridad fiscal obligada entonces a probar su dicho.

Más allá de lo anterior, el núcleo central de lo argüido por la Federación es que los contratos materia del litigio tenían la naturaleza jurídica de contratos de patrocinio bajo el nombre de licencia de uso o goce temporal de marca y no contratos de venta o enajenación de bienes menos aun contratos de prestación de servicios por lo cual los ingresos así obtenidos estaban fuera de los dos supuestos de excepción establecidos por la ley y por tanto no calificaban como ingresos acumulables.

Los argumentos esgrimidos por parte del Servicio de Administración Tributaria tomaron como punto de partida el análisis del contenido de los contratos, el asentamiento de los mismos en los registros contables y lo vertido en la declaración anual de la Federación Mexicana de Fútbol. A partir de lo anterior considero que los ingresos obtenidos por concepto de enseñanza y derivados de los contratos de patrocinio encuadraban tanto en el supuesto de ingresos derivados por la prestación de servicios como por la enajenación de bienes distintos al activo fijo, de tal suerte que la declaración anual contenía errores, resultando así un crédito fiscal a cargo.

El análisis efectuado por la Sala es por muchos motivos interesante.

Desde la perspectiva procedimental y en consecuencia de la estrategia de defensa jurídica seleccionada por la Federación, se

optó por la negación lisa y llana de la efectiva realización de las operaciones a la par de la exhibición del expediente como una prueba durante el juicio contencioso administrativo en el cual no figuraban las documentales consistentes en los contratos de patrocinio<sup>15</sup> y su respectivas facturas, quedando así el Servicio de Administración Tributaria obligado a probar dichas actividades. Frente a ello la Sala determinó que la negación así efectuada implícitamente entrañaba la afirmación de ubicarse dichas operaciones en algún otro régimen fiscal diverso al aludido por la autoridad fiscalizadora, debiendo dicha afirmación probarse por la Federación situación que no ocurrió.

De modo que la *litis*<sup>16</sup> verso únicamente sobre la determinación de la naturaleza jurídica de las operaciones descritas en las actas de visita que reproducidas en la resolución determinante del crédito fiscal, las cuales fueron calificaron a juicio de la Sala no solo como obligaciones sobre el otorgamiento de uso y goce temporal de bienes sino también como de dar y hacer a cargo de la parte actora a cambio de una prestación económica persiguiendo un fin preponderantemente económico y lucrativo ajeno al régimen previsto en el título III de la ley del impuesto sobre la renta. Si bien es cierto que la autoridad jurisdiccional non pudo imponerse del contenido de los contratos para determinar la clase de obligaciones ni los montos, lo cierto es que se atuvo a lo analizado por la autoridad fiscalizadora que en la resolución determinante del crédito fiscal reprodujo parcialmente los mismos y contabilizó

---

<sup>15</sup> Al decir de la doctrina, el contrato de patrocinio no requiere necesariamente de la forma escrita, cfr. OLIVAR CUELLO, Rafael, “Fiscalidad del mecenazgo y patrocinio deportivo”, en *Fiscalidad del Deporte*, Bosch Editor, Barcelona, 2008.

<sup>16</sup> Ni la Federación ni el Servicio de Administración Tributaria impugnarón la naturaleza de contratos de patrocinio, de manera que ambas partes convinieron en que dichos convenios versaban sobre publicidad. Otro tanto sucedió con la recepción de los ingresos por servicios de enseñanza, los cuales fueron tácitamente aceptados por la Federación.

tanto los ingresos declarados al amparo del título de personas morales con fines lucrativos como aquel en el cual no se genera sino remanente distribuible pudiendo así incluso establecer el monto del 5 % que contempla la legislación federal.

Llegado el asunto al amparo directo en la resolución del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito se llegó a la conclusión que la Sala no llevó a cabo una indebida o una dogmática interpretación de los contratos de que se trata, pues de las cláusulas se desprende que las prestaciones ahí pactadas no solamente correspondían al otorgamiento de uso y goce temporal de bienes, sino también en obligaciones de dar, y de hacer a cargo de la entonces parte actora, a cambio de una contraprestación económica, lo que evidentemente persigue un fin preponderantemente económico y lucrativo ajeno al régimen previsto en el título III de la ley del impuesto sobre la renta.

#### B) EL PATROCINIO COMO FIGURA CONTRACTUAL EN CONFLICTO

De manera conjunta al esquema de tributación aplicable a las personas morales sin fines lucrativos existe otra figura jurídica crucial en el tema: el contrato de patrocinio. De la atenta lectura del litigio origen del criterio no vinculativo del SAT puede advertirse la preminencia del contrato de patrocinio en cuanto al fondo de la cuestión, por un lado la Federación Mexicana de Fútbol consideró que las prestaciones allí pactadas constituían licencia de uso o goce temporal de derechos respecto de la selección mexicana de fútbol mientras que la autoridad fiscal (sin abocarse al estudio de dicha figura contractual) determinó la existencia de obligaciones de hacer origen de actos de enajenación.

*Publicidad* es el primer eslabón en el entendimiento del contrato de patrocinio. Surgida como una simple forma de propaganda de nulo impacto con el surgimiento de la revolución tecnológica y la comunicación de las masas, la publicidad tiene en función de sus usos, posibilidades, peso, mecanismos, tecnologías

el poder de modificar sus estructuras económicas presidiendo el cambio de las estructuras políticas y sociales de la aldea global. Así la constante evolución tecnológica, la globalización de los mercados y la publicidad han contribuido a que en el ámbito jurídico y de negocios surjan diversas formas de comunicación a través de instrumentos que les permiten a los empresarios, diversificar sus inversiones en publicidad con la finalidad de alcanzar objetivos: aumentar el valor de la marca o las ventas de determinados productos. Pero debido también a esa incesante evolución tecnológica y al cambio que se efectúa en los ámbitos que determinan la aparición y profusión de relaciones contractuales es que se generan nuevas figuras contractuales ocasionando que los clásicos contratos típicos no resulten (...) en efecto las partes del contrato de patrocinio han pactado este tipo acuerdo, pero frecuentemente sin conciencia de que se trata de nueva modalidad contractual denominada patrocinio o esponsorización (*sponsorship*) y en general se ignora la naturaleza contractual del acuerdo y por ende, puede recurrir que en su estructura se involucren diversas prestaciones inherentes a contratos afines, como podrían ser la prestación de servicios, publicidad, difusión, creación publicitaria o incluso donación.

Tomando en consideración lo anterior, es posible señalar que la doctrina dominante considera que el contrato de patrocinio es aquel por el cual el patrocinado, a cambio de una ayuda económica del patrocinador, realiza su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de cualquier otra índole, comprometiéndose a colaborar en publicidad del patrocinador.<sup>17</sup>

En este atípico contrato intervienen dos tipos de sujetos:

---

<sup>17</sup> GUZMÁN MONTER, José Luis, “El contrato de patrocinio”, *Logos boletín científico de la Escuela Preparatoria No.2*, vol. 3, no. 6, julio 2016, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, <[www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/prepa2/n6/e1.html](http://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/prepa2/n6/e1.html)>; AQUAVIVA, Mariano, “Il contratto di sponsorizzazione”, <[www.laleggepertutti.it/299312\\_il-contratto-di-sponsorizzazione#Sponsor\\_cos'e](http://www.laleggepertutti.it/299312_il-contratto-di-sponsorizzazione#Sponsor_cos'e)> [consultado el 25 de mayo de 2023].

- a) Patrocinador. Es la persona que va a aportar sus recursos a la actividad del patrocinado, por lo general suele tratarse de una persona moral que persigue fines comerciales.
- b) Patrocinado. Es la persona que va a recibir la ayuda económica del patrocinador para un fin determinado.

Cuyo objeto es: La ayuda económica concedida por el patrocinador para realización de la actividad determinada, a cambio de que el patrocinado colabore con la publicidad del patrocinador. Es decir, el esponsor o patrocinadora de proveer de recursos al esponsorizado para que pueda realizar su actividad. Dicha aportación debe ser medible económicamente, pudiendo devenir en una contribución concreta y determinada; en una prestación *a priori*, indeterminada en cuanto a la cuantía o su plazo de abono, *a posteriori*, determinable en función de parámetros diversos; en una atribución pecuniaria o en el otorgamiento del uso o titularidad de bienes o servicios propios, ya sea que el esponsor los produzca o suministre ya porque le pertenezcan por otro título.<sup>18</sup>

La Cámara de Comercio Internacional define al patrocinio como todo acuerdo comercial por el que un patrocinador se obliga a otorgar un apoyo de cualquier naturaleza a otro sujeto denominado patrocinado con el propósito de establecer una asociación entre la imagen, las marcas o los productos del patrocinador y el sujeto, actividad o bien patrocinado.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, “El patrocinio publicitario: una novel figura contractual, una nueva forma de comunicar y una modalidad de la estrategia de marketing”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 123, septiembre-diciembre 2008, pp. 1344 y ss. También en CHAURAND ARZATE, Carlos, “Contrato de patrocinio”, *Perspectivas actuales de la Justicia Fiscal y Administrativa en Iberoamérica*, Tribunal Federal de Justicia Administrativa, México, 2016, pp. 743 y ss.

<sup>19</sup> Capítulo B del Código consolidado de la Cámara de Comercio Internacional sobre prácticas publicitarias y de comunicación de marketing, cit. Por



Una conclusión similar fue esbozada por la autoridad jurisdiccional al destacar que el contrato de patrocinio es un contrato atípico e innominado, ya que no se encuentra regulado por los ordenamientos que regulan la publicidad, y la legislación civil y mercantil carecen de especificación y denominación del contrato: además, que dicho contrato consiste en que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica que ha de percibir para la realización de su actividad deportiva, se compromete a colaborar con la publicidad del patrocinador, el cual es un fenómeno de inversión publicitario de los patrocinadores a fin de lograr que sus logotipos, emblemas o marcas, sean mostrados en el evento patrocinado obteniendo así una publicidad indirecta [...] a través de dicho contrato el patrocinado, a cambio de una ayuda económica ha de percibir para la realización de su actividad, en este caso deportiva, se compromete a colaborar con la publicidad del patrocinador; por ende el contrato de patrocinio implica obligaciones de hacer.<sup>20</sup>

Luego entonces los fines de la esponsorización pueden ser la comunicación institucional o fines de comercialización de modo que a través de ese contrato el sujeto auspiciado se obliga a proporcionar prestaciones de portación o transportación de la marca u otros mensajes del patrocinador a cambio de la respectiva contraprestación determinada caracterizado por:

- a) *Contrato patrimonial*. Al estar completamente identificado con intereses de índole económico.
- b) *Intuitu personae*. Toda vez que se concreta cuando se tiene dicho contrato con persona individualmente considerada o con un club, además de la impartición económica de su prestación, el mayor o menos prestigio del patrocinador y su mayor o menor solvencia son elementos que también resultarán importantes para elegir al patrocinador.

---

SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, “Concepto de patrocinio”, en *Los Contratos Publicitarios*, Navarra, Aranzadi, 2011, pp. 264 y 265.

<sup>20</sup> Amparo directo 548/2015.

- c) *Atipicidad*. En el marco del régimen jurídico mexicano carece de tipicidad de configuración contractual por ello se rige por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y por las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía.
- d) *Contrato único y simple*. En su calidad de contrato marco es único en virtud de que conforma una singular figura contractual de manera que la figura no recurre en principio a ninguna acumulación, yuxtaposición o fusión de distintos contratos. El contrato genera una o varias obligaciones a cargo de cada uno de los contratantes, mediante las que se materializará la prestación económica a cargo del patrocinador y la colaboración publicitaria del patrocinador.
- e) *Oneroso*. El canje entre prestación económica y colaboración publicitaria se convierte en el fin económico-objetivo o causa del contrato. Deviene un contrato de atribución patrimonial con causa onerosa, por cuanto establece gravámenes para sendas partes, pero también otorga beneficios. Además, en tanto gravoso, el contrato de patrocinio es conmutativo, en la medida en que cada uno de los contrayentes obtienen un equivalente de su prestación, remuneradora y determinada o determinable al momento de perfeccionarse el pacto.
- f) *Bilateral*. Es bilateral o sinalagmático porque genera para ambas partes, esto es, para el patrocinador la de consumir la prestación económica y para el patrocinado la de contribuir a publicitar al primero. Los compromisos derivados del contrato son recíprocos en tanto uno es contraprestación del otro, correlativamente al surgimiento de la obligación del patrocinador nace, a cargo del patrocinado la de colaboración publicitaria, de forma tal que ambas cargas de prestación provocan la interdependencia de prestaciones.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> RUIZ SÁNCHEZ, Mercedes, *op. cit.*, p. 280.

Lo anterior supone el panorama indispensable frente al esbozo de algunas observaciones en la mencionada controversia jurídica entre la Femexfut vs. SAT:

i) El planteamiento central del litigio consistió en determinar si las prestaciones pactadas entre la Federación y las empresas con las cuales celebró los contratos de patrocinio cuestionados se ubicaban en alguno de los supuestos que, de realizarse actualizaría los supuestos que obligan a la Federación a determinar el impuesto sobre la renta a la utilidad por los ingresos derivados de dichas actividades conforme a la tasa general respectiva. Hecho que frente a la estrategia de defensa fiscal seleccionada no pudo ocurrir, toda vez que al pretender revirar la carga de la prueba hacia la autoridad fiscalizadora dichos contratos no fueron exhibidos y en consecuencia la autoridad pudo conocer parcialmente y solo a través de la reposición algunas de las obligaciones allí pactadas, sin que en ningún momento se hubiera controvertido por alguna de las partes que la naturaleza de los contratos bajo el nombre de licencia de uso o goce temporal de marca de la selección mexicana de fútbol fuera otra que esa.

ii) A partir del contenido de la sentencia pueden identificarse dos tipos de vínculos: el primero concerniente al derecho a instalar en zona promocional y realizar actividades en la misma en las explanadas de los estadios donde jugará la selección nacional, derecho de exposición de la marca mediante vallas publicitarias y pendones gigantes por mencionar algunos, las segundas destinadas a la entrega de boletos para convivios, paquetes dobles al mundial de Sudáfrica, paquetes dobles a la Copa Oro, paquetes dobles a partidos, series de boletos para los partidos y boletos para partidos.

Desde una perspectiva estrictamente teórica son dos los tipos de contratos mencionados: patrocinio y licencia de uso de marca; el primero ha sido ya abordado, el segundo alude a un contrato oneroso y *sui generis* en virtud del cual el licenciante autoriza al licenciario a ejercitar todos o algunos de los derechos que se derivan de la marca; un acuerdo de voluntades a través del cual el titular de un derecho de marca (licenciante) conviene en otorgar una

autorización a un tercero denominado licenciatario, para que éste la utilice en el comercio por un período de tiempo determinado y cambio de la contraprestación pactada.<sup>22</sup> Una precisión académica en apariencia permite desentrañar la naturaleza de los ingresos, cuestión que por otro lado quedó pendiente, pues la Sala no pudo pronunciarse sobre si los ingresos derivados del patrocinio en forma de uso o goce de marca encuadran como ingresos acumulables previstos por el artículo 80 de la ley.<sup>23</sup>

La autoridad fiscalizadora determinó que la contribuyente al otorgar el uso y goce temporal de derechos respecto de la selección nacional mexicana de fútbol lo hizo buscando un lucro o empresarial por lo que aun y cuando tal operación por dicha figura se conoció fue una enajenación de bienes [...] por lo que se considera ingreso por dicho título. Si bien es cierto que las obligaciones consistentes en la entrega de boletos para convivios, boletos dobles para partidos, paquetes al mundial etcétera., son actividades de enajenación diversas al activo fijo también lo es que equiparar los ingresos derivados del patrocinio y la licencia por uso o goce temporal de marca es erróneo, pues ninguna de ellas encuadra en los supuestos de enajenación previstos por el CFF.

Es una práctica fiscal indebida declarar ingresos propios de las personas morales sin fines lucrativos, los obtenidos por la enajenación de boletos y paquetes, pero también lo es considerar ingresos que no están descritos por los dos supuestos de excepción de la ley como acumulables por la ley solo por el hecho de provenir de actividades lucrativas. En todo caso dichos ingresos serán contabilizados para efecto de la determinación del remanente distribuible y de decidir-

---

<sup>22</sup> LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, “La licencia de uso de marca ¿franquicia o arrendamiento?”, *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, núm.6, julio-diciembre de 2014, pp. 77 y sucesivas.

<sup>23</sup> La Federación Mexicana de Fútbol Asociación, A.C. es la titular de la marca “Selección Nacional de México” y “Patrocinador Oficial de la Selección Nacional Mexicana” por mencionar algunas y son empleadas por terceros bajo la figura de licencia de acuerdo al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

se su distribución será ese el momento de la determinación y entero del tributo, atendiendo a las reglas descritas.

Cuestión aparte es conocer si la distribución del remanente obtenido es obligatoria o bien pueden los integrantes y socios optar por la reinversión, prolongando así en el tiempo el entero del impuesto determinado en razón de los ingresos obtenidos por publicidad, goce y uso de marcas.

## V. CONCLUSIONES

*Primera.* El deporte es un derecho humano previsto en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y dada su relevancia se ha establecido como una materia concurrente en donde para su desarrollo convergen además los sectores público, social y privado por lo que su andamiaje regulatorio es complejo y no pocas veces confuso.

*Segunda.* El deporte de gran competitividad es una actividad económica que genera ingresos en un amplio espectro, los cuales atendiendo al mandato constitucional establecido en el artículo 31 fracción IV, deben ser gravados y de este modo atender los gastos públicos.

*Tercera.* Históricamente el legislador había venido tratando con un régimen fiscal privilegiado a todas las asociaciones deportivas, el de entidades no lucrativas, bastaba cumplir con el requisito de obtener un registro en la CONADE. Al tomar conciencia de que como actividad económica especulativa el deporte deja cuantiosas ganancias, el legislador restringe el acceso al régimen fiscal de entidades no lucrativas solo para las asociaciones integrantes del Sistema Nacional del Deporte adicional al del registro en la CONADE ya existente.

*Cuarta.* Las entidades no lucrativas de fines deportivos pueden sin embargo realizar actividades los cuales se pueden calificar como actos de comercio y que por ende entran en una zona de incertidumbre e inseguridad sobre si son hechos impositivos so-

bre los cuales recaiga un tributo o no, tales como contratos de patrocinio, de uso o goce temporal, cesión de derechos entre otros.

*Quinta.* En la controversia analizada entre la Femexfut vs. el Servicio de Administración Tributaria, se buscó conjuntar ingresos acumulables derivados por la enajenación de bienes diversos al activo fijo dentro del rubro de los obtenidos por el uso o goce temporal de bienes, al encontrarse estos últimos excluidos de los dos supuestos de excepción previstos por la legislación tributaria como causantes de utilidad, mientras que los obtenidos por servicios prestados a personas distintos de los miembros de la Federación Mexicana de Fútbol fueron deliberadamente omitidos y asignados al título tercero de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

*Sexta.* El litigio se ocupó de diferenciar y desentrañar la naturaleza de las obligaciones del contrato de patrocinio y sus implicaciones para efectos del impuesto sobre la renta, con especial énfasis en lo concerniente a las asociaciones civiles con fines deportivos. Existe un tópico que desde la perspectiva propuesta quedó en el tintero: a lo largo de la sentencia no queda expresamente determinado qué parte del monto recibido por concepto de contraprestaciones podría atribuírsele a las obligaciones derivadas del uso o goce temporal de marca y por tanto exento de calificar como ingreso acumulable y qué porción de los ingresos derivo efectivamente de la enajenación de bienes diversos al activo fijo sujetos al título segundo de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

*Séptima.* La fiscalidad del Deporte sobre todo el de alta competitividad en ámbitos empresariales presenta características propias, que el legislador debe tener en cuenta e ir actualizando de manera constante.



## Transparencia, publicidad y concurrencia en la contratación de obras públicas en Argentina

### Transparency, publicity and competition in the procurement of public works in Argentina

Mariano TATE \*

**RESUMEN:** El objeto de este trabajo es analizar diversas técnicas, institutos y normas que se han implementado en el último lustro con el fin de fomentar la gestión transparente y eficaz de las contrataciones de obras públicas y concesión de obras públicas en la Administración Pública Nacional de la República Argentina, valorar sus aspectos más salientes, como identificar ciertos problemas que presentan. La diversidad y variedad de los institutos jurídicos incorporados dan cuenta de las múltiples facetas que presenta la corrupción, el rol central que adquiere para el derecho público y los distintos cambios normativos que se generaron a fin de abordar esta problemática crucial para el desarrollo de la infraestructura pública a partir de hechos bochornosos acontecidos recientemente en el país.

**PALABRAS CLAVES:** Obra pública; infraestructura; corrupción; transparencia; concurrencia.

---

\* Abogado (Universidad Católica Argentina), Especialista en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina), Asociado en Cassagne Abogados. Contacto: <mat@cassagne.com.ar>. Fecha de recepción: 03/06/2023. Fecha de aprobación: 04/10/2023.



**ABSTRACT:** The purpose of this work is to analyze various techniques, institutes and regulations that have been implemented in the National Public Administration of the Argentine Republic in the last five years to promote transparent and effective management of public works contracting and concessions. The present effort assesses its most significant aspects, such as identifies problems that the institutes present. The diversity and variety of the incorporated legal institutes account for the many faces of corruption and the central role they acquire to guarantee transparency to develop public infrastructure in Argentina.

**KEYWORD:** Public Works; infrastructure; corruption; transparency; competition.

## I. INTRODUCCIÓN

**S**e ha producido en los últimos años en Argentina una mayor conciencia respecto de la gravedad de los hechos de corrupción y los efectos negativos que esos actos acarrearán a la sociedad<sup>1</sup>. Este fenómeno puede adoptar distintas facetas de aproximación para su estudio, pues plantea una problemática con infinidad de perspectivas para su abordaje.

En este trabajo nos ceñiremos a analizar distintas técnicas e instituciones normativas que fueron incorporadas en el ámbito de la Administración Pública Nacional de la República Argentina (a nivel federal), que pretenden orientar su actuación, a fin de vencer arraigadas prácticas corruptivas en la gestión de los contratos y fomentar la concurrencia en la contratación de obras públicas y la concesión de obras públicas.

El interés en esta temática se ha visto recientemente renovada e impulsada con motivo de los hechos bochornosos que se hicieron públicos a partir de investigaciones periodísticas y judiciales que acontecieron como consecuencia de delitos que se imputan a los más altos rangos de funcionarios de la Administración nacional y la participación extendida de empresas contratistas del Estado en maniobras de colusión y cohecho, entre otros delitos, lo

---

<sup>1</sup> DÍAS, Leandro A. y BÉGUELIN, José R., “Argentina”, en OLASOLO, H., BUITRAGO DÍAZ, E., MANÉ GRANDADOS, C.S., SANCHEZ SARMIENTO, A. (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción*, Capítulo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 133-135

que se ha dado en conocer popularmente como la “*Causa de los Cuadernos*”<sup>2</sup> y otras investigaciones derivadas o vinculadas<sup>3</sup>.

A partir de haber tomado estado público estos hechos escandalosos de corrupción, el “sector” de la contratación pública en Argentina ha estado sujeta a reformas y adecuaciones a partir de distintas acciones por parte de Estado Nacional en el plano normativo. Así, se introdujeron modificaciones al régimen general de las contrataciones de la Administración Pública Nacional (decreto 1030/2016), se implementó un nuevo régimen de conflictos de interés (decreto 202/2017), se sancionó la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria como consecuencia de la implementación de la tercera fase (bis) de la Convención celebrada en el marco de la OCDE para combatir la corrupción transnacional, se incorporaron nuevas modalidades de gestión electrónica en los procesos de contratación de obras públicas y concesión de obras públicas (decreto 1336/2016, Sistema CONTRAT.AR), como por ejemplo, mecanismos de participación ciudadana para el control (vgr., el Observatorio de la Obra Pública convocada por el Estado Nacional<sup>4</sup>) y acceso a la información pública sobre contratación.

En este mismo orden, el Poder Ejecutivo Nacional dictó en el año 2018 el decreto N° 1169/2018, que reorganiza las funciones y competencias de los distintos órganos de la administración central

---

<sup>2</sup> Dicha causa es considerada el hecho de corrupción más importante de la historia argentina y la administrativa, con especial referencia a la República Argentina”. DPCE Online, [S.l investigación judicial más trascendente en la persecución del delito de la corrupción. Crf. IVANEGA, Miriam Mabel, “Apuntes acerca de la corrupción en las contrataciones”, v. 38, n. 1, apr. 2019. Consultado en: <<http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/674>>.

<sup>3</sup> Entre otras, causa N° 5048/2016 (expediente de la “Obra Pública”), causa N° 15.734/2008 caratulada “*Kirchner, Néstor y otros s/ asociación ilícita*”, y otras causas conocidas públicamente como “*Los Sauces*” (causa N° 3732/2016) y “*Hotesur*” (Expte. N° 11.352/2014).

<sup>4</sup> Resolución 32/2020, Ministerio de Obras Públicas de la Nación, del 5 de mayo de 2020.

involucrados en la contratación de obras públicas y concesiones: como también, dispone cambios en el régimen para la inscripción, calificación y contralor de firmas constructoras y consultoras de obras públicas, y consecuentemente, amplía las causales de inelegibilidad de los oferentes, adjudicatarios y cocontratantes y modifica el régimen sancionatorio de dichos sujetos.

El propósito de este trabajo es analizar los institutos que se han incorporado en este último tiempo para fomentar la gestión transparente y eficaz de las contrataciones de obras públicas y concesiones.

## II. INSTITUTOS QUE CONTRIBUYEN A LA TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD Y CONCURRENCIA EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y CONCESIONES

En lo que respecta al sistema de contrataciones de obras públicas y concesión, los principios generales a los que debe ajustarse la gestión de la Administración Nacional tienen su reconocimiento positivo en los artículo 3° del decreto 1023/01 y 9° del decreto 1030/16 (Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, por sus siglas “RCAN”), entre los que se enumeran la promoción de la concurrencia (acápite b), la transparencia de los procedimientos (c), publicidad y difusión de las actuaciones (acápite d). En el mismo sentido el artículo 9° del RCAN promueve que la contratación pública sea desarrollada

En todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la

gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad.<sup>5</sup>

Está fuera de toda controversia la vigencia de estos principios en la contratación pública nacional, que se complementan con los tradicionales del derecho en general<sup>6</sup>, que deben guiar la conducta de los sujetos involucrados en la actividad, en la medida que estas contrataciones comprometen recursos públicos y las infraestructuras están destinadas a satisfacer políticas de interés general y fomentar el desarrollo social<sup>7</sup>.

En línea con los principios formulados, la sanción del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1169/18 (en adelante, decreto 1169/18) promueve la implementación de medidas tendientes a fomentar una mayor publicidad, transparencia y concurrencia en

---

<sup>5</sup> Desde ya el rol de los principios jurídicos no depende de su recepción formal en el ordenamiento jurídico positivo, puesto que constituyen el fundamento de las demás fuentes del derecho, y los enumerados no son los únicos que deben ser valorados en la contratación (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, Buenos Aires, La ley, 2015, p. 87. En el entendimiento que los mecanismos de selección de contratistas son en esencia típicos procedimientos, debe también reconocerse aplicables para la contrataciones de obras públicas y concesiones los principios generales del procedimiento, siempre que no colisionen con su especialidad o las particularidades específicas que le son inherentes al contrato en particular de que se trate (cfr. REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, op. cit., p. 38. En similar sentido, COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 1-5).

<sup>6</sup> A modo de ejemplo, el principio de la buena fe que deben observar las partes durante todas las fases, tanto en la preparación, formación, celebración y ejecución del contrato administrativo. Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 21 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. DE LA RIVA, Ignacio María, *Derecho de las infraestructuras*, Buenos Aires, La Ley, 2018, cap. 1

la actividad contractual de lo que pasa a denominar el ‘*sistema de contrataciones de Obras Públicas y concesiones de Obras*’. Entre las medidas adoptadas se destacan las siguientes:

- i) incorpora el “Sistema de Gestión Electrónica CONTRATAR” – creado por decreto 1336/2016– las contrataciones de obra pública y concesiones de obra pública para el seguimiento de su ejecución que habían sido excluidas con anterioridad;
- ii) ordena la publicación de información y documentación “relevante” sobre los procedimientos de selección y ejecución de las contrataciones, en forma completa y con el mayor nivel de desagregación posible respecto de cada procedimiento de selección y obra en ejecución, para lo cual establece la información y documentación mínima que debe ponerse a disposición al público;
- iii) instruye a la Oficina Nacional de Contrataciones<sup>8</sup> (por sus siglas, en adelante “ONC”) a elaborar un Programa de Gobernanza, abierto a la participación y del que surgirían propuestas regulatorias en la materia<sup>9</sup>;

---

<sup>8</sup> La Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) se creó por decreto 1545/1994 como órgano desconcentrado que actualmente está bajo la dependencia funcional y orgánica de la Secretaría de Innovación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros, con rango de Subsecretaría. Las competencias de la ONC tienen como eje central la promoción de políticas para el cumplimiento de los principios a los que debe ajustarse la gestión de las contrataciones de obra pública y concesión, administrar e implementar herramientas de información, entre otros instrumentos y acciones tendientes a dotar de mayor transparencia, eficiencia y eficacia al sistema de contratación; y por último, dotar al organismo de las facultades necesarias para administrar, gestionar y ejercer el control del Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, como aplicar penalidades contractuales.

<sup>9</sup> Por disposición ONC 93/2020 del 29 de julio de 2020 se dictó un reglamento de organización, convocatoria y funcionamiento de las reuniones y foros de debate que lleve a cabo la ONC.

- iv) encomienda a la ONC a elaborar el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, el que luego fue dictado por disposición ONC 22/2019;
- v) incorpora un nuevo régimen de inelegibilidad de los oferentes en los procedimientos de contrataciones de obra y concesión de obra pública;
- vi) adecúa el régimen sancionatorio (Anexo II del decreto) y dota a la ONC de la facultad de aplicarlas a los oferentes, adjudicatarios o cocontratantes;
- vii) instruye como nuevo órgano rector de la contratación de obra pública y concesión de obra pública a la ONC<sup>10</sup> y modificó el sistema de registro para la inscripción, habilitación y calificación de las empresas constructoras, consultores y proveedores de obras públicas. Consecuentemente, establece un nuevo reglamento para el funcionamiento del Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas (disposición ONC 16/19, que reemplazó al previsto en el decreto N° 1424/93).

Estas técnicas se complementan con otras medidas adoptadas en distintos ámbitos de gobierno, tales como la sanción por parte del Congreso de la Nación de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas<sup>11</sup>. Esta ley fue receptada en las disposiciones reglamentarias del decreto 1169/18<sup>12</sup>, que incorporan como exigencia contar con un programa de integridad, entre otras acciones y procedimientos internos de promoción, supervisión y control obligatorios, orientados a prevenir, detectar y corregir irregulari-

---

<sup>10</sup> El decreto 1169/18 amplió el repertorio de contratos públicos bajo la órbita del control “rector” de la ONC, al incorporar la obra pública y concesión de obra pública dentro de su competencia de control, lo cual pasa a integrar lo que se denomina como el “Sistema Nacional de Contrataciones de la Administración Pública Nacional”.

<sup>11</sup> Ley 27.401.

<sup>12</sup> Disposición ONC 22/2019, que promulga el Pliego Único de Contrataciones.

dades y actos ilícitos para ser contratista de obra pública o concesionario del Estado Nacional<sup>13</sup>.

También caben mencionarse otras técnicas de política criminal implementadas que se orientan a combatir delitos de corrupción pública, por ejemplo: las leyes que promueven la prevención y sanción del lavado de activos procedente de la corrupción (Ley 25.246), la creación de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA, Ley 27.148)<sup>14</sup> y la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC)<sup>15</sup>, estas últimas dependientes de la Procuración General de la Nación. Otras medidas de trascendencia de la política criminal en materia de lucha contra la corrupción son la sanción de las mal llamadas “Ley del

---

<sup>13</sup> Esta obligación está prevista en el art. 24 de la ley 27.401 y en el decreto 277/2018 del Poder Ejecutivo Nacional.

<sup>14</sup> La Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA), integra la Procuración General de la Nación, y se encarga de la investigación de hechos de corrupción y de irregularidades administrativas cometidas por agentes de la administración nacional, lo que la convierte en uno de los organismos más importantes en la materia. Conf. GIULLITTI, Marcelo. y LAVIN, Renzo, “Las causas de la impunidad. Las deficiencias del sistema de investigación y sanción penal de la corrupción en Argentina”, en *Poder Ciudadano: corrupción y transparencia. Informe 2016-2017*, Buenos Aires, 2017, Eudeba, pp. 217-248.

<sup>15</sup> La Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC) es una procuraduría especializada en criminalidad organizada de la Procuración General de la Nación, que fue creada en el año 2012 por la resolución PGN 914/12 como una estrategia para lograr perseguir la criminalidad económica organizada. Conf. ARGIBAY MOLINA, Juan Agustín, “Desafíos para la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC) en contextos de corrupción”, *Poder Ciudadano: corrupción y transparencia. Informe 2016- 2017*, Buenos Aires, 2017, Eudeba, pp. 134-139.



Arrepentido” (Ley 27.304)<sup>16</sup> y “Ley de Extinción de Dominio” (Decreto 62/2019)<sup>17</sup>.

Estudiar todas estas normas e institutos excedería largamente las pautas de este trabajo, por ello nos limitaremos a analizar aquellas que son más relevantes para la contratación de obras públicas y concesión de obras públicas y describir sus aspectos centrales.

#### A) INCORPORACIÓN DE TÉCNICAS DE GOBIERNO ABIERTO EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS E INTERACCIÓN CON LOS AGENTES DEL SECTOR DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las nuevas formas y facilidades en la comunicación impulsan una nueva cultura en las organizaciones públicas y facilitan la

---

<sup>16</sup> En rigor se trata de una ley que establece la posibilidad de una reducción de la pena a quienes intervinieron en un delito (entre ellos, los delitos de corrupción, como el cohecho) y durante el proceso penal brinden información que permita el esclarecimiento del hecho y la determinación de intervinientes cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del “imputado arrepentido” (art. 3, ley 27.304). En ese sentido, no hace falta ningún “arrepentimiento” genuino, sino que se habilita una negociación del imputado y el fiscal sobre la acción penal. Conf. SANCINETTI, Marcelo A., “Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamado, de Arrepentido y de Extinción de Dominio”, Revista Pensamiento Penal, 16/8/2016, p. 3; disponible en <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/02/doctrina47338.pdf>>.

<sup>17</sup> Por Decreto (de necesidad y urgencia) 62/2019 el Poder Ejecutivo creó el “Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio”. Se trata de un procedimiento judicial autónomo por el cual la Procuración General de la Nación puede promover la acción tendiente a recuperar valores y bienes que se hayan incorporado al patrimonio de los sujetos involucrados en la comisión de delitos (conf. BIANCHI, Alberto, “Notas al régimen de la acción civil de extinción del dominio”, en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, CACBA, t. 79, núm. 1, julio 2019, p. 49. Consultado en: <<http://www.colabogados.org.ar/larevista/79t1/>>.

introducción de cambios que promueven prácticas e interacciones participativas y colaborativas en la gestión de los bienes públicos. En la actualidad existe cierto consenso que al referirse al concepto de 'gobierno abierto' se hace referencia a principios que se manifiestan en: a) la mejora de los niveles de transparencia y acceso a la información pública y la reutilización de la información del sector público para promover el desarrollo e innovación económica; b) facilitar la participación de la ciudadanía en el diseño e implementación de políticas públicas e incidir en la toma de decisiones; c) favorecer la generación de espacios de colaboración entre los diversos actores, particularmente entre la administración pública, sociedad civil y sector privado. Estos esfuerzos tienen por objeto fortalecer los sistemas democráticos, incrementar los niveles de confianza de la ciudadanía en las instituciones, potenciar la participación y compromiso cívico, como también, mejorar la calidad eficacia y eficiencia de la actuación administrativa, bajo principios de equidad, integridad y transparencia<sup>18</sup>.

Esto implica una mayor interacción entre el Estado, la sociedad civil y el sector de la industria involucrado, en un espacio en el que sea posible la rendición de cuentas y la promoción de la participación como un modo de creación de valores económicos y sociales<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro, "Gobierno abierto", *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, Universidad Carlos III, Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, núm. 5, septiembre 2013-febrero 2014, pp.201-2016; WOJCIK, Stephanie; "Open Government and Open Data" en *Electronic Democracy*, KERSTING Norbert, STEIN Michael, and TRENT John (eds.), Oplade, Berlin-Toronto; published by Verlag Barbara Budrich, 2012, pp. 125-52. Consultado en: <<https://www.jstor.org/stable/j.ctvddzwcg.9>>.

<sup>19</sup> GALLI BASUALDO, Martín; *La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global. Gobernanza, gobierno abierto, simplificación administrativa, better regulation y administración electrónica*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2019, pp. 179-199.

En ese orden, se implementaron distintas medidas que fomentan la participación de los distintos actores de la industria de la construcción y el ejercicio del control activo de la sociedad civil y el sector empresario en general. Aquí mencionaremos al menos dos, el compromiso asumido en el art. 3° del decreto 1169/18 de publicar información y documentación relevante sobre los procedimientos de selección y ejecución de contrataciones de obras públicas y concesiones de obra pública incorporados en el Sistema de Gestión Electrónica CONTRAT.AR y la convocatoria efectuada por el Ministerio de Obras Públicas de la Nación en orden a conformar un 'Observatorio de la Obra Pública', como un espacio de participación e intercambio entre los distintos actores de la industria.

El decreto 1169/18 prevé la creación de un espacio digital de publicidad en la página web oficial del gobierno nacional<sup>20</sup> de 'sets de datos abiertos' en cuya plataforma se ofrece información de la ejecución de los contratos de obra pública celebrados por la administración central.

La información que se publica en los sets carece de tratamiento ni elementos de interpretación con el fin de reducir pretendidamente sesgos, de modo que sea la sociedad la que pueda extraer de ella sus propias conclusiones. El objetivo de su publicación es facilitar al público en general que pueda utilizarla de la forma que se considere apropiada para su análisis. Esta liberación de información tiene por objeto la creación de valor público y económico, e incrementar la transparencia sobre la actividad contractual del gobierno y la ejecución de los contratos de obras públicas.

El decreto 1169/18 enumera con precisión cuál es la información mínima que debe publicarse sobre las contrataciones y la ejecución de los contratos<sup>21</sup>, no obstante, si se realiza un análisis

---

<sup>20</sup> Accesible en la página oficial: <<https://datos.gob.ar/dataset/jgm-contratar>>.

<sup>21</sup> El Anexo I al decreto 1169/18 enumera al menos treinta y cinco elementos que de modo obligatorio debe informar set de datos, lo que constituye

minucioso de la información publicada y contrasta con la apertura de los ítems mínimos que la Administración se compromete a suministrar, se advierte que tal apertura carece en muchos aspectos de la profundidad y calidad que se requiere para que la misma sea de utilidad o provechosa para ejercer un control efectivo sobre la actividad estatal y tomar conocimiento del grado de cumplimiento de las partes en la ejecución de un contrato. A modo de ejemplo, si bien se informa la fecha de última actualización de la información pública que se suministra por contrato en ejecución, se advierte que en muchos casos la información no se corresponde con el grado de ejecución de la obra a la fecha de publicación. Lo que es más grave, siquiera se brinda la totalidad de la información de los datos obligatorios que el decreto establece que deben ponerse a disposición, ni en la calidad y/o profundidad que permita su valoración o facilitar el ejercicio del control y dotar de utilidad a los datos publicados.

Por otra parte, la totalidad de la información tampoco es accesible irrestricta e indiscriminadamente para el público, pues una parte de esta está contenida en portal *CONTRAT.AR*, al que solamente pueden acceder quienes estén registrados y aceptados por la Administración en el Registro de Constructores de Obras Públicas (y no el público en general).

Adicionalmente, no se cumple de modo alguno con la publicación de la totalidad de la información mínima exigida<sup>22</sup>, y en muchos casos, la que se publica se limita a brindar datos de cumplimiento de cierta condición contractual, pero no hace pública la documentación respaldatoria. En definitiva, sólo es de acceso pú-

---

la información mínima que debe publicar.

<sup>22</sup> Basta advertir por ejemplo que según la normativa debe ser público acceder vía web a los documentos de las garantías exigidas en el contrato, las circulares aclaratorias y/o modificatorias, las impugnaciones y observaciones y actos administrativos que decidan sobre las mismas, documentación del contrato, certificado de aptitud Ambiental, ente otra información que obligatoriamente debe estar publicada en la web de “*datos.gob*”.

blico una síntesis de los datos obligatorios que el Estado Nacional debe declarar, pero no su totalidad.

El decreto 1169/18 establece la obligatoriedad de mantener actualizada la base de datos y proceder a su publicación trimestralmente, circunstancia que tampoco se acredita. En muchos casos la que se publica como nueva, está desactualizada. También conspira contra el ejercicio de un control activo que la Jefatura de Gabinete de Ministros solo deje publicado en su sitio el último informe, lo que dificulta realizar un seguimiento dinámico (en serie) de los datos de la ejecución de los contratos en un período prolongado de tiempo.

En consecuencia, el modo en que se publica la información y su escasa calidad atenta contra la transparencia de la actuación estatal y el ejercicio del control de las acciones de los representantes, lo que pone en duda que la información suministrada cumpla el objeto propuesto o fomentar la vocación de un verdadero '*gobierno abierto*' en la mejora de la calidad de las decisiones públicas.

En esencia, publicar un '*set de datos*' de la contratación pública se trata de abrir los asuntos públicos manejados por el Estado al escrutinio de la ciudadanía, amparándose en el derecho a la información y en la obligación legal de rendir cuentas acerca de la forma, fondo y contenido de la administración de los recursos públicos<sup>23</sup>, lo que difícilmente puede llevarse a cabo con la información que publica actualmente la Jefatura de Gabinete de Ministros en cumplimiento -deficitario- de lo que establece el decreto 1169/18.

En síntesis, se incumplen varios de los principios que se aconsejan que deben seguirse como buenas prácticas del *open data*,

---

<sup>23</sup> SPANO TARDIVO, Pedro, "El principio de transparencia de la gestión pública en el marco de la teoría del buen gobierno y la buena administración", *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, núm. 1, Enero/junio, 2016, pp. 225-267. DOI: <<https://doi.org/10.14409/aada.v0i15>>

conforme observa RAMÍREZ ALUJAS<sup>24</sup>, en tanto la información no es oportuna, adolece de permanencia (esto es, los datos no están disponibles en el sitio de modo estable e indefinido en el tiempo), asimismo; solo parcialmente los datos están disponibles al público, sin necesidad de registro u otra barrera de acceso. Ahora bien, aun cuando acertadamente están publicados en un formato accesible, reutilizable y abierto (licenciamiento libre), la información que se suministra no ofrece garantías de su actualidad e integridad (exactos y fiables), ni se presentan en un formato que facilite su análisis.

B) LA APLICACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS  
AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SELECCIÓN  
Y CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS  
DE OBRAS PÚBLICAS

La incorporación de tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración pública, y especialmente en la contratación administrativa, ofrecen un instrumento muy útil para mejorar la participación de los ciudadanos, la eficacia, calidad, transparencia y control de los contratos públicos, como de la gestión del estado en general. En ese contexto, las contrataciones públicas electrónicas forman parte de una tendencia que se conoce como Gobierno Electrónico (e-Government)<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> RAMÍREZ ALUJAS, Álvaro, “Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: Tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales”, *Revista Enfoques*, vol. IX, núm. 15, 2011, Santiago, Universidad Central de Chile, pp. 99-125; TAUBERER, Joshua, *Open data is civic capital: Best practice for open government data*, 2ª ed., 2014, consultado en: <<https://opengovdata.io/>>; GALLI BASUALDO, Martín, *La buena administración en las organizaciones públicas nacionales ...op. cit.*, pp. 201-207.

<sup>25</sup> CORRÁ, María Inés, “La contratación pública electrónica”, en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Buenos Aires, Ediciones RAP, mayo 2006, pp. 281-300. La Carta Ibe-

Por decreto 1136/16 se implementó el Sistema de Gestión Electrónica para las contrataciones de Obra Pública, concesiones de Obra Pública y Servicios Públicos y licencias, “CONTRAT.AR”, como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de contratación y seguimiento de la ejecución de dichos contratos.

El Sistema de Gestión Electrónica no es meramente una herramienta de apoyo al proceso de selección del contratista, sino más bien, está diseñado como un portal de contratación electrónica propiamente dicha, en tanto por dicho medio se forma la voluntad de contratar, en tanto se transmiten las ofertas y se lleva a cabo la adjudicación, entre otros actos esenciales del proceso de selección<sup>26</sup>.

El uso de la tecnología de la información tiene entre otros objetos lograr una mayor transparencia de los procedimientos administrativos, al favorecer el acceso a la información, la consulta de

---

roamericana de Gobierno Electrónico entiende que las expresiones Gobierno Electrónico y Administración Electrónica son sinónimos, ambas consideradas como uso de las TIC en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública y la participación de los ciudadanos. Cfr. GALLI BASUALDO, Martín; *La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global. Gobernanza, gobierno abierto, simplificación administrativa, better regulation y administración electrónica, op. cit.*, p. 278.

<sup>26</sup> En la plataforma CONTRAT.AR se publican los Pliegos de Condiciones Generales y Particulares, de Especificaciones Técnicas, los procesos de contratación abiertos y los próximos llamados a licitaciones y actos de apertura de ofertas, se cursan automáticamente invitaciones a los constructores según la especialidad y capacidades reconocidas. También el constructor puede efectuar por esa plataforma consultas, solicitar aclaraciones, recibir circulares y cargar sus propuestas para que la misma sea considerada en el acto de apertura y se realizan notificaciones. Asimismo, obliga a los interesados a presentar las garantías de mantenimiento de ofertas por la plataforma. El perfeccionamiento del contrato se lleva a cabo mediante la notificación del documento contractual al adjudicatario y su difusión en el sitio.

los procedimientos en curso, el mejoramiento del control interno y social de la gestión pública, ampliar la concurrencia y la competencia al permitir superar los límites creados por la distancia y otras dificultades materiales, así como, asegurar mayor eficacia, calidad y economía de la gestión al reducir costos y estandarizar tramites o automatizaciones.

El Sistema de Gestión Electrónica para las contrataciones de obras públicas implica un salto cualitativo en la gestión de las contrataciones<sup>27</sup>, sin embargo, no alcanza a un grado de desarrollo que admita a cualquier ciudadano tomar conocimiento total mediante el sitio *CONTRAT.AR* del estado de las licitaciones, puesto que se exige previamente estar inscripto al Registro Nacional de Constructores y de Firmas Consultoras de Obras Públicas para poder operar en el portal *CONTRAT.AR* e informarse sobre las contrataciones electrónicas en curso y las adjudicaciones de los procedimientos de selección, así como, acceder a documentación contractual y la actividad estatal vinculada a dicho contrato.

Sin lugar a duda es positivo que los principales interesados en la actividad –los constructores y proveedores de servicios de la construcción– tengan acceso, pero también es imprescindible que otros actores puedan conocer de primera mano la información relevante publicada para que la sociedad civil disponga de la información, ya sea para alejar las dudas y temores de corrupción o ejercer los controles que consideren adecuados.

---

<sup>27</sup> Plan Nacional de Modernización de la Administración Pública Nacional, aprobado por decreto 103/01; Gobierno Electrónico y los Planes Sectoriales de Gobierno Electrónico, aprobado por decreto 378/05. Más recientemente, por decreto 733/18 (BO del 9 de agosto de 2018) se implementó la instrumentación y tramitación digital completa, remota, simple, automática e instantánea de todos los documentos, comunicaciones, expedientes, actuaciones, legajos, notificaciones, actos administrativos y procedimientos ante la Administración Pública Nacional (Sistema de Gestión Documental Electrónica) como parte del Plan Nacional de Modernización.



Asimismo, si bien los recursos tecnológicos existentes admitirían utilizar los datos recopilados en esta aplicación para sistematizar la información sobre la ejecución de las contrataciones y hacer el seguimiento del nivel de pago y cumplimiento de las partes (al menos conocer grado de avance y certificación) esa información no es revelada apropiadamente, ni de ella se extrae evidentemente la información que luego se vuelca al ‘*set de datos abiertos*’ que publica la Jefatura de Gabinete de Ministros. Es decir, no existe una comunión de datos entre distintos sistemas de información, pese a que se trata de la misma actividad, ni mucho menos, se permite un acceso irrestricto a esa información.

Por lo tanto, si bien el avance es significativo para lograr dichos objetivos, resulta insuficientes los esfuerzos insumidos y existen múltiples medidas que pueden adoptarse para desarrollar instrumentos que mejoren la gestión de los intereses públicos y privados, como garantizar a la ciudadanía el acceso oportuno e irrestricto a información adecuada y precisa sobre la gestión contractual.

Las falencias que se verifican en la implementación de los sistemas que admitan el acceso abierto a la información pública de calidad, sin restricciones arbitrarias e irrazonables, y en la implementación de tecnologías de la información, sugieren que se valora adecuadamente la importancia de avanzar hacia la incorporación de herramientas que forjen una mejor calidad institucional. Sin embargo, se requieren mayores compromisos por parte del Estado para desarrollar adecuadamente estas herramientas a fin de garantizar la calidad de la información y su accesibilidad.

### C) LA SANCIÓN DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE INTEGRIDAD

El concepto de *compliance* se ha extendido en los últimos años en referencia a los programas de integridad que deben implementar las personas jurídicas que realizan algún tipo de transacción eco-

nómica con dependencias estatales del ámbito nacional, lo que comprende a un conjunto de acciones y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos<sup>28</sup>.

En este sentido, el ejemplo más claro de la incorporación del “*compliance*” al ordenamiento jurídico argentino está dado por la sanción de la Ley Nacional N° 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, que en su articulado establece incentivos claros para que las empresas adopten programas de integridad que pueden acarrear una atenuación en la graduación de la sanción penal (art. 8°), eximición de pena o responsabilidad administrativa (art. 9°) y acceso a un acuerdo de colaboración eficaz (art. 18); constituyéndose, asimismo, en un requisito ineludible para ser contratista del Estado Nacional en ciertas contrataciones (art. 24), entre los que se incluyen, los contratos de obras públicas<sup>29</sup>.

Al igual que ocurrió en EE. UU, la República Argentina incorporó prácticas de la cultura del cumplimiento con motivo de grandes casos de corrupción público-privada, con un doble propósito. Primero, dar una respuesta pública en resguardo de las arcas públicas<sup>30</sup>. Segundo, adaptar el sistema penal argentino a las exigencias de cumplimiento que los lineamientos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (“OCDE”) en materia de delitos contra la administración pública (que impliquen corrupción) y los estándares internacionales a los que la República

---

<sup>28</sup> Cfr. MORALES OLIVER, Gustavo L., “Programas de *compliance* anticorrupción: Aspectos complejos, legislación comparada y consecuencias” en SACCANI, Raúl R. y DURRIEU, Nicolás (dir.), *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, La Ley, Buenos Aires, 2018, pp. 199-209.

<sup>29</sup> Estos contratos están listados en el art. 24 de la ley 27.401 y en el decreto 277/2018 del Poder Ejecutivo Nacional.

<sup>30</sup> Cfr. PAPA, Rodolfo G., “Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401”, en SACCANI, Raúl R. y DURRIEU, Nicolás (dir.), *op. cit.*, pp. 9-20.

Argentina se obligó a adherir al suscribir la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho Internacional<sup>31</sup>.

El objeto de la ley 27.401 es elevar los estándares de integridad y buenas prácticas empresarias, procurando prevenir cualquier eventual quiebre de la ley y, a su vez, contar con herramientas idóneas para la detección, gestión interna y denuncia en aquellos casos donde el quebrantamiento se haya producido. Estas políticas de integridad no han sido ajenas al ámbito de las contrataciones públicas, en especial, las obras públicas.

La ley 27.401 incorpora en el ordenamiento un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas privadas (ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal) por los delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y balance e informes falsos<sup>32</sup>.

La norma viene a modificar el clásico principio de subjetividad de la acción delictiva, considerando como efectiva la expresión de la psiquis del sujeto (*societas delinquere non potest*) paradigma sobre el que se asienta el derecho penal y la doctrina clásica<sup>33</sup>. La persona jurídica responde por los delitos que se cometan, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio, aun cuando quien actúe fuere un tercero que carezca de representación, siempre que se compruebe el vínculo. Es decir, la norma presume que, si el empleado o funcionario de una organización comete un delito, ello se debe a que no ha estado sujeto a

---

<sup>31</sup> Ley 25.319, cfr. KAMAROFKY, Nadia, “El nuevo régimen legal de responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos que impliquen corrupción”, ADLA 2017-12, 10; GONZALEZ GUERRA, Carlos M. y TAMAGNO, María José, “Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica” en *Ibidem*, pp. 1-9.

<sup>32</sup> Tipificados en los artículos 258, 258 bis, 265, 268 y 300 bis del Código Penal de la Nación.

<sup>33</sup> PTN, Dictamen 307:176, con cita de SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 5ª ed., Buenos Aires, TEA, t. I, 1987, pp. 329-335.

un adecuado y correcto control, entonces, la ley extiende las consecuencias penales a las personas jurídicas. Así, se ponen el foco en la obligación de las organizaciones a ejercer un control sobre sus empleados y funcionarios.

Los requerimientos que la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas son complementados por los “*Lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la ley N° 27.401*”, aprobados por la resolución 27/2018 de la Oficina Anticorrupción<sup>34</sup>, y por el “*Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional para las Contrataciones de Obras Públicas*” promulgado por disposición ONC 22/2019.

En línea con lo dispuesto por la ley 27.401 y el decreto N° 1169/2018, el Pliego Único prevé la obligación de los contratistas de obras públicas de acreditar la implementación de un Programa de Integridad adecuado al tiempo de presentar una oferta y cumplir con la Declaración Jurada de Intereses prevista en el decreto N° 202/17<sup>35</sup>. Inclusive, una vez vigente la ley, la Subsecretaría de Investigaciones Anticorrupción de la Oficina Anticorrupción propició que se modifiquen los contratos administrativos en ejecución<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> La resolución ofrece una guía técnica sobre los principios y pautas de cumplimiento de los programas de integridad a fin de contar con herramientas de interpretación que permitan ajustar su estructura organizacional y procesos a prevenir, detectar y remediar hechos de corrupción. Cfr. BARBUTO, Alberto S., “Los lineamientos del Programa de Integridad aprobados por la resolución 27/2018: desafíos para las empresas, los abogados y para las agencias del sistema penal a la luz de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (ley 27.401), ADLA 2018-11, pp. 3-19.

<sup>35</sup> En este documento, debe declararse la existencia o inexistencia de vínculos con funcionarios de rango no inferior a ministro, o funcionarios de rango inferior que tengan competencia o capacidad para decidir sobre la contratación o acto que interese al declarante.

<sup>36</sup> Cfr. PTN, Dictámenes 307:445.

En ese sentido, el Pliego Único prevé la obligación de los interesados, oferentes, proponentes, contratistas y subcontratistas –durante todas las etapas de contratación y ejecución del contrato– a cumplir con las reglas éticas, abstenerse de realizar prácticas prohibidas, asegurando al respecto una supervisión interna adecuada y suficiente, las que denomina genéricamente como políticas de “*Integridad en las Contrataciones de Obra Pública*”<sup>37</sup>.

#### D) IMPLEMENTACIÓN DEL PLIEGO ÚNICO DE OBRAS PÚBLICAS PARA TODAS LAS JURISDICCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL Y DESCENTRALIZADA

Por Disposición ONC 22/2019<sup>38</sup>, se aprobó el “*Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional para las Contrataciones de Obras Públicas*” (en adelante, “PUCG”) que es obligatorio, a partir del 1 de septiembre de 2019, para todos los procedimientos relativos a obras públicas que lleve a cabo la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada.

El Pliego incorpora las pautas de inelegibilidad e inhabilidad dispuestas en los decretos 1023/16 y 1169/18, así como, las de política de integridad de la ley 27.401 en las contrataciones de obras públicas, detallando, por un lado, las obligaciones de los oferentes y las prácticas prohibidas (de corrupción, fraudulentas, obstructivas y anticompetitivas o colusorias) y, por otro lado, las vías de reporte –anónima– a través de los canales dispuestos por la Oficina Anticorrupción ante cualquier práctica irregular contraria a la política de integridad, ilícito o circunstancia contraria a la ética pública o a la transparencia institucional.

Se señala habitualmente que las irregularidades en una licitación frecuentemente comienzan con la redacción de pliegos, tal es así, que algunas prácticas se extendieron tanto que fueron expresa-

---

<sup>37</sup> Cfr. art. 1.15 del Anexo I de la disposición 22/2019, Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para la contratación de obras Públicas.

<sup>38</sup> Emitida por la ONC el 1º de agosto de 2019.

mente proscriptas, como es la exigencia de condiciones que sólo puede reunir un oferente determinado, o prácticas restrictivas de inclusión de requisitos innecesariamente estrictos para calificar como oferentes admisibles y la redacción de cláusulas contractuales leoninas que disuadan a los particulares (o lo que es lo mismo, obliguen a cotizar precios muy elevados) a quienes no estén confiados de obtener un trato razonable de parte del organismo contratante<sup>39</sup>. La casuística acredita un sin número de restricciones a la formación competitiva de precios por la inclusión en los Pliegos de Condiciones, de mecanismos que la restringen o exigencias particulares que dificultan, impiden o inducen a desincentivar la participación<sup>40</sup>.

Por ello, la implementación de un pliego único es una herramienta útil para reducir las irregularidades en la redacción de pliegos dirigidos a condicionar la concurrencia de oferentes, aun cuando se trate de un pliego general.

En otro sentido, contar con un pliego general para todas las jurisdicciones que contraten obras públicas presentará, entre otras, la ventaja de uniformar decisiones de la Administración, pues extenderá sus prácticas a ciertos organismos que aplicaban pliegos que contenían procedimientos de dudosa legalidad o que generaban prácticas abusivas por parte de las autoridades. Esto permitirá a los operadores jurídicos mayor previsibilidad y seguridad jurídica, en tanto fomenta al establecimiento de condiciones de contratación estables y públicas<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Cfr. MAIRAL, Héctor A., *Las raíces de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Cuadernos Res Publica Argentina, Ediciones RAP, 2007, pp. 76-80; REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 149-151

<sup>40</sup> DRUETTA, Ricardo T., "Introducción de competencia efectiva entre operadores económicos en el mercado de la contratación pública", *Revista de Derecho Administrativo*, septiembre de 2004, p. 595 (ED-DCCLXVI-474).

<sup>41</sup> NINO, Carlos, *Un País al Margen de la Ley*, 2ª ed., Buenos Aires, Emecé Editores, 1992, p. 39.

Cabe esperar que la práctica reiterada de la Administración y las interpretaciones que de dicho pliego efectúen la Oficina Nacional de Contrataciones, la Procuración del Tesoro de la Nación, entre otros servicios jurídicos del Estado, colaborarán en el tiempo a dotar a la contratación de obras públicas mayor previsibilidad, en la medida que deban interpretar sus conceptos e ir eliminando las ambigüedades o contradicciones que se presenten en su aplicación frente a casos particulares.

E) LAS PAUTAS DE INELEGIBILIDAD E INHABILIDAD  
PARA SER CONTRATISTA DE OBRAS PÚBLICAS, COMO MEDIO  
DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS Y LA LUCHA CONTRA  
PRÁCTICAS CORRUPTIVAS

Estrictamente vinculada a la transparencia en la contratación pública y la actividad administrativa en la gestión de estos contratos, se introdujeron con el decreto 1169/18 nuevas pautas de inelegibilidad e inhabilidad para ser contratista de obras públicas del Estado Nacional, que complementan las prohibiciones de contratación previstas en los artículos 10<sup>42</sup> y 28<sup>43</sup> del decreto 1023/01.

---

<sup>42</sup> El art. 10 del decreto 1023/01 prevé que es causal de rechazo sin más trámite las propuestas u ofertas que, en cualquier estado de la licitación, o de rescisión de pleno derecho del contrato dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva para hacer valer una influencia a fin de que un funcionario o empleado haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones. Son considerados sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa.

<sup>43</sup> El art. 28 del régimen de contrataciones vigente de la Administración Nacional -decreto 1023/01- (inc. c, art. 2.4 PUCG) describe siete causales de inhabilidad para ser contratista: a) Las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas en virtud de las disposiciones previstas en los apartados

Antes del dictado del art. 5° del decreto 1169/18 el régimen de obras públicas carecía de una regulación específica sobre estos aspectos, por lo que era necesario acudir a los artículos 10 y 28 del decreto 1023/18, que enumeran ciertas reglas generales de prohibición para contratar. Ahora bien, estas nuevas causales del decreto 1169/18 son específicas para la contratación de obras públicas y concesión. Sin embargo, en modo alguno suprimen las causales del régimen general, sino que, se complementan, por lo cual, deben ser interpretadas en su conjunto y concordantemente<sup>44</sup>.

El artículo 5° del decreto 1169/18 prevé que debe evaluarse la idoneidad del oferente en oportunidad de analizar las ofertas, e identificar si se configura alguno de los supuestos de exclusión tipificados en la norma<sup>45</sup>. Se tratan, en síntesis, de supuestos que

---

2. y 3. del inciso b) del artículo 29 del presente. b) Los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquéllos tuvieren una participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ética Pública, N° 25.188. c) (Inciso derogado, art. 19 de la Ley N° 25.563, B.O. 15/2/2002). d) Los condenados por delitos dolosos, por un lapso igual al doble de la condena. e) Las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción. f) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales. g) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido en tiempo oportuno con las exigencias establecidas por el último párrafo del artículo 8° de la Ley N° 24.156. h) Los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (art. 44 de la Ley N° 26.940 B.O. 2/6/2014);

<sup>44</sup> Los supuestos desarrollados en ambos regímenes normativos se reiteran en algunos casos y superponen. La originalidad del decreto 1169/18 es establecer un decálogo y preveer algunas herramientas específicas para poder identificar la violación a los principios de concurrencia y transparencia y penar a los contratistas u oferentes.

<sup>45</sup> El artículo 5° del decreto 1169/18 prevé como conductas reprochables que determinan la inhabilidad para ser contratista del Estado en la licitación en



deniegan el acceso a la contratación pública a aquellos oferentes que incurran en condutas que pretenden simular la competencia, incurrir en un fraude en la licitación, cartelización o incurran en actos que obstruyan la concurrencia o presenten antecedentes que admitan “sospechar razonablemente” de la comisión de alguna de las modalidades contrarias a la concurrencia.

Llamativamente el decreto 1169/18 sugiere que los supuestos de exclusión no son en desmedro de otros que puedan establecerse en la documentación licitatoria o de la normativa aplicable, lo que en definitiva sugiere que el decálogo pueda ser ampliado a otras circunstancias subjetivas y objetivas no previstas. No compartimos el criterio expuesto, en la medida que resultaría controvertido extender las exclusiones a nuevos supuestos no contemplados en la norma expresamente en la medida que ello atenta contra la concurrencia y el principio de legalidad, en el caso que se prevean exigencias desmedidas u orientadas a disponer mayores exclusiones que no ofrecen mayores garantías.

Dentro de los requisitos esenciales para contratar con la Administración aparecen entonces, condiciones subjetivas de capacidad y solvencia moral de los oferentes, a los que se suman

---

curso y su consiguiente exclusión del Registro de Contratistas de Obras Públicas que para el caso que se presenten integrantes de empresas no habilitadas para contratar con la Administración nacional; existan indicios o se presuma que se hayan coordinado acciones de colusión, simulación de competencia o concurrencia; se corrobore la existencia de sanciones judiciales o administrativas dentro de los tres años anteriores por conductas anticompetitivas; incumplimientos contractuales anteriores; se trate de personas jurídicas con condena firme en el extranjero, por prácticas de soborno o cohecho transnacional en los términos de la Convención de la OCDE para *Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales* (en adelante abreviada, “Cohecho Internacional”); personas humanas o jurídicas inhabilitados por el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BMD), por conductas o prácticas de corrupción contempladas en la Convención precedentemente citada.

aquellas reglas propias que le imponen a la administración especial diligencia, en cuanto es garante de los fines públicos que se propone y gestora de fondos públicos

La aplicación de estas limitaciones a la contratación, en orden a excluir de la selección a concursantes, es exigida por principios de transparencia, igualdad y seguridad jurídica, especialmente porque la celebración de este tipo de contratos con la Administración supone el reconocimiento de cierta garantía directamente relacionada con la realización de una obra que afecta el interés público.

Estas circunstancias subjetivas y objetivas contempladas implican una privación o restricción al derecho de los ciudadanos a participar en los procedimientos de selección, con el propósito de obtener la elección de un contratista que asegure el cumplimiento del interés público, de los principios de buena administración y transparencia en la contratación y ejecución posterior, o al menos mínimamente, excluya a quienes probadamente se han conducido de forma reprobada o no ofrezca la idoneidad moral esperada.

Como podrá advertirse de la enumeración de las restricciones a la concurrencia, contienen una serie de prohibiciones basadas en presupuestos de hecho muy heterogéneos y que no responden a las mismas causas. En algunos casos se vinculan a la comisión cierta de delitos penales o infracciones administrativas, e incluso bajo ciertas circunstancias, es admitida la mera comprobación de la existencia de indicios que hicieran presumir -por su precisión y concordancia- la comisión de las conductas reprochables. En otros, el presupuesto es ajeno a la existencia de un delito o falta administrativa, como puede ser el supuesto de estar incurso en estado de falencia, carecer de inscripción vigente en el Registro de Constructores, sea cual fuere su causa.

Sin perjuicio de la marcada variedad de supuestos muy disímiles, todos responden a la necesidad de exigir a quienes pretendan ser contratistas del estado que reúnan un mínimo nivel de idoneidad técnica, financiera y moral, tanto en oportunidad de la

fase inicial de la contratación, como con posterioridad, durante toda la ejecución y conclusión del contrato.

Las prohibiciones para contratar tienen como fundamento, privar a ciertas situaciones personales del administrado el acceso al contrato, con el objeto de eliminar (o reducir) riesgos en la contratación. Esta precaución resulta razonable y necesaria en la etapa de admisión de los interesados, no obstante, no representa una garantía plena de cumplimiento posterior de los contratos, aun cuando se exija mantenerse la condición subjetiva y objetiva de elegibilidad durante la ejecución, ni concurra una causal de prohibición.

En consecuencia, nos encontramos frente a un instituto de carácter preventivo establecido con el objeto de tutelar el interés general, que limita la opción de la Administración a contratar con determinados sujetos incurso en circunstancias subjetivas y objetivas previamente establecidas por la norma con carácter general. Al restringir un derecho, las conductas deben ser interpretadas restrictivamente, sin que sea admisible por analogía, extenderse la prohibición a otros supuestos no enumerados expresamente en la norma.

Esta prohibición se presenta como una verdadera supresión del derecho a concurrir al proceso de selección del contratista (según sea el supuesto, de carácter temporal) y no como una mera limitación al ejercicio de un derecho. Es decir, los sujetos que están incurso en alguna de las limitaciones dispuestas por la norma carecen de derecho a contratar con la Administración.

En definitiva, podrán ser contratistas de obra pública las personas que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera, técnica, moral y no se hallaren incurso en alguna de las prohibiciones de contratar que se establecen, pues de lo contrario, la adjudicación de un contrato en violación de los supuestos comprendidos será reputada nula.

## F) LA SUSPENSIÓN DEL REGISTRO DE CONTRATISTAS. LA DECLARACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

El artículo 6° del decreto 1169/18 (Anexo II), incorpora el régimen sancionatorio aplicable para los contratistas de obras públicas y califica las conductas de los oferentes, adjudicatarios y contratistas del Estado que se reputan reprochables o incurso en prácticas prohibidas, tanto en el proceso de selección, como durante la ejecución del contrato, conforme a las figuras que se describen en el artículo 5° de la misma norma. Las sanciones establecidas son dos, el apercibimiento y la suspensión del Registro de Contratistas, y según la gravedad de la falta, ésta última puede ser declarada por el término máximo de un año o de un plazo mayor y hasta cinco.

En orden a describir los supuestos de suspensión y declaración de la inhabilidad para ser contratista es posible agruparlos en cuatro categorías de estudio. Ellas son básicamente: a) faltas imputables que pueden verificarse en el proceso de selección; b) incumplimientos dolosos a los deberes de información; c) incumplimientos que por su gravedad en la ejecución de los contratos determinen la prohibición de contratar y, por último, d) que se verifique que el oferente o contratista esté incurso en alguna de las causales de inelegibilidad previstas en el art. 5° del decreto 1169/18.

El decreto 1169/18 distingue distintas sanciones penales e infracciones administrativas y maniobras prohibidas que acarrearán la suspensión de la certificación que expide el Registro de Constructores y la consecuente prohibición de ser contratista de la Administración. Se tratan de causales vinculadas a la comisión de infracciones administrativas y delitos penales que se asocian a riesgos en la gestión de los contratos públicos, lo que supone un juicio de hecho sobre figuras penales y sanciones administrativas que determinan una restricción a la concurrencia.

El diseño de los supuestos de inelegibilidad y las sanciones que acarrearán la verificación de las conductas reprochadas tiene por miras tutelar el interés legítimo de la Administración a escoger con quién contratar (en este caso, desechar a quien carece de un estándar mínimo de solvencia técnica y moral), pues, al margen de la eventual condena penal o sanción administrativa que se

haya verificado, aquí se exige al contratista que esté exento de una condena, e incluso bajo ciertos supuestos, la mera sospecha de haber incurrido en alguna de las faltas enumeradas en el art. 5 del decreto 1169/18. Con miras a dicho objetivo, el texto de la norma enumera variadas figuras delictivas y sanciones administrativas que son susceptibles de generar desconfianza en la honradez de los contratistas y, consecuentemente, determinan prudentemente a la Administración a abstenerse a proceder a la contratación con dichos sujetos durante un término determinado.

La condición subjetiva y objetiva de la calidad y capacidad de los proponentes nace con la presentación de la oferta. En consecuencia, será ese el momento propicio para verificar si el oferente está incurrido en alguna de las causales previstas en el art. 5° del decreto 1169/18 o que acontece alguno de los supuestos del art. 10 del decreto 1023/01 para calificar si el proponente es un sujeto elegible. Por el contrario, de advertirse que el oferente es inelegible y, aun así, se presentó a un procedimiento, está prevista la aplicación de una sanción “ejemplificadora” de suspensión para contratar por un plazo mayor a un año y hasta cinco años (último párrafo, art. 5 y art. 2.4 del inciso b. del art. 1 del Anexo II).

Ahora bien, en caso de que sobreviniera la condición luego de presentada la oferta, pero con posterioridad a la calificación de los oferentes, también le será legítimo a la Administración valorar la inelegibilidad del sujeto proponente<sup>46</sup>.

En ese sentido, el artículo 2.2, inciso b) del artículo 1° del Anexo II admite que se aplique una sanción de suspensión para contratar de verificarse que el “*oferente, adjudicatario o cocontratante hubiere incurrido en las conductas descritas en el art. 10 del decreto 1023/01*”, por lo cual, es de interpretar que sin perjuicio de los efectos sobre el contrato que la comisión de la conducta determine, se reconoce que una vez verificado, en cualquier instancia,

---

<sup>46</sup> Sobre este aspecto la norma no es muy clara al precisar hasta qué momento puede valorarse si el oferente está incurrido en alguna de las causales de inelegibilidad.

el cocontratante o adjudicatario también será pasible de la aplicación de la sanción correspondiente.

### III. CONCLUSIONES

El régimen de contrataciones de obras públicas y concesiones de obras públicas no se ha visto ajeno al impacto de las investigaciones penales acontecidas, las que demuestran con crudeza la profunda debilidad de los sistemas de control de la administración y la complicidad de distintos actores de la sociedad.

La diversidad y variedad de los institutos descriptos precedentemente dan nota de las múltiples facetas que presenta la corrupción y el rol central que adquiere para el derecho público y los distintos cambios normativos que se generaron para intentar abordar este problema desde distintos ángulos<sup>47</sup>. De ello también resulta evidente que la “lucha contra la corrupción”, abarca medidas llevadas a cabo por distintos poderes del Estado, que involucran cuestiones tan disímiles como la creación y modificación legislativa de delitos, el establecimiento de organismos especializados para la investigación de ciertos hechos o las medidas de prevención y control a nivel administrativo<sup>48</sup>.

Los distintos institutos descriptos que se incorporaron al régimen de contrataciones de obras públicas y concesión de obras públicas dan un paso importante en revalorizar la acción de la Ad-

---

<sup>47</sup> PONCE SOLÉ, Juli, “Transparencia y buen gobierno”, XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lima, Perú, 10-13 de noviembre de 2015.

<sup>48</sup> Cfr. SPANO TARDIVO, Pedro, “El principio de transparencia de la gestión pública en el marco de la teoría del buen gobierno y la buena administración”, *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, núm. 1, enero-junio 2016, pp. 225-267. DOI: <<https://doi.org/10.14409/aada.v0i15>>.

ministración Pública nacional en la lucha contra la corrupción y perseguir una administración transparente de los bienes públicos.

En ese sentido, está fuera de toda controversia que la incorporación de técnicas de gobierno abierto en la gestión, la aplicación de nuevas tecnologías a los procedimientos de contrataciones, la ampliación de los espacios de participación y publicidad de las acciones de gobierno en la gestión de los contratos, la extensión de la responsabilidad penal a las sociedades que contratan con la administración y la incorporación de nuevas pautas para la valoración de prácticas prohibidas son herramientas que contribuyen a reducir aquellos ámbitos que son propicios para el desarrollo de conductas anticompetitivas y corruptoras de la gestión contractual, en este caso, de la obras y concesiones públicas.

Ahora bien, la experiencia reciente ha demostrado que el éxito de las políticas de transparencia depende en buena medida del comportamiento ético de los funcionarios y los distintos actores involucrados<sup>49</sup>.

El decreto 1169/18 no ha trazado sin embargo un cambio radical en el diseño de los mecanismos para ejercer el control de la idoneidad técnica y moral de los eventuales oferentes, consultores y empresas contratistas de obras y concesiones públicas, pues no innova sustancialmente en el sistema registral que se promueve.

En los repertorios que hace público la Oficina Nacional de Contrataciones no se informa en la actualidad ningún precedente de aplicación concreta de sanciones de suspensión e inhabilidad de contratistas de obras o concesiones públicas por aplicación de este nuevo régimen a cinco años de su entrada en vigor. En atención al tiempo que ha estado en vigencia el decreto 1169/18, es de preverse que los resultados de los cambios implementados se puedan valorar luego de una práctica más extendida y sostenida.

---

<sup>49</sup> Cfr. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y la buena administración*, Madrid, Editorial Reus, 2012, pp. 4-35.

La reforma de la administración dentro del sistema democrático implica necesariamente un esfuerzo permanente de adecuación de todos los Gobiernos en miras de satisfacer las necesidades e intereses de los ciudadanos y muy especialmente en la promoción de mejores condiciones de vida que permitan el desarrollo personal, el ejercicio de la libertad y solidaridad de las personas. La implementación de mayores prácticas de transparencia y la sanción de conductas que conspiran contra la buena administración de los bienes públicos son herramientas activas que afirman dichos valores.

Es de esperar que las soluciones que se ofrezcan sobre la problemática abordada no respondan a la coyuntura circunstancial, y más bien, tengan por objeto perfeccionar los mecanismos constitucionales, políticos y jurídicos que definen el Estado de Derecho, así como, contribuir a la mayor transparencia y ejercicio ético de los bienes públicos.





## El consentimiento informado y la tutela de la autodeterminación del paciente en el derecho civil brasileño

### Informed consent and the protection of patient self- determination in brazilian civil law

Éfren Paulo PORFÍRIO DE SÁ LIMA\*

RESUMEN: El presente estudio tiene como objetivo demostrar que la autodeterminación del paciente en materia de salud está en el centro del consentimiento informado. A través del método de investigación documental, de carácter cualitativo, se parte de tres premisas básicas: (i) la relación género-especie, situando el consentimiento informado como una especie del género acto médico; (ii) la distinción entre información clínica e información terapéutica favorece la comprensión de que el acto médico puede descomponerse en dos partes, el consentimiento informado y la prestación de cuidados de salud; (iii) el consentimiento informado se encuentra en el acto médico, independientemente de la naturaleza contractual o extracontractual del vínculo médico-paciente. A continuación, se analiza el complejo programa obligacional del consentimiento informado, destacando la prestación positiva de información y la negativa de abstenerse de llevar a cabo la prestación de cuidados de salud “sin” o “en contra de” la manifestación de la voluntad del paciente. Por último, se discute la naturaleza del asentimiento del paciente, para encuadrarlo en la figura de la aceptación en la formación de los contratos, aplicando el régi-

---

\* Faculdade de Direito da UFPI, Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI. Contacto: <efrencor-dao@ufpi.edu.br>. Fecha de recepción: 11/09/2023. Fecha de aprobación: 18/10/23.

men jurídico respectivo, con las excepciones de la libre revocabilidad y sin indemnización.

**PALABRAS CLAVES:** Consentimiento informado; relación médico-paciente; derecho de obligaciones; cambios en el orden civil; formación de los contratos.

**ABSTRACT:** The aim of this study is to demonstrate that the patient's self-determination in health matters constitutes the central core of informed consent. Using the method of documentary research, of a qualitative nature, it starts from three basic premises: (i) the genus-species relationship, placing informed consent as a species of the genus medical act; (ii) the distinction between clinical information and therapeutic information favors the understanding that the medical act can be broken down into two parts, informed consent and the provision of health care; and (iii) informed consent is found in the medical act, regardless of the contractual or non-contractual nature of the doctor-patient relationship. Next, the complex obligatory program of informed consent is analyzed, highlighting the positive provision of information and the negative provision of refraining from carrying out the provision of health care without or against the patient's manifestation of will. Finally, the nature of the patient's consent is discussed, in order to fit it into the figure of acceptance in the formation of contracts, applying the respective legal regime, with the exceptions of free revocability and without compensation.

**KEYWORD:** Indigenous peoples; self-determination; freedom as emancipation; constitutional law; contemporaneity.

## I. INTRODUCCIÓN

**T**ras un siglo desde la festejada sentencia de Juez Cardozo,<sup>1</sup> la intensa producción jurídica sobre el consentimiento informado permite concluir que existe un sistema autónomo de protección al paciente frente a intromisiones no voluntarias en su propio cuerpo.

El sistema de protección y tutela de la persona se encuentra vinculado al cambio operado en el seno de la relación médico-paciente, antes asentada en el principio del paternalismo, que suponía que el paciente carecía de condiciones objetivas y subjetivas para regir sus propios intereses, y hoy basada en el principio de la autonomía de la voluntad, que concibe al paciente no solo como el destinatario de los servicios médicos, sino también como el titular del derecho de autodeterminación en materia de salud.<sup>2</sup>

Este derecho proviene de la máxima de que toda persona, en el ejercicio de su libertad, puede, por sí o por medio de representantes, contraer derechos y asumir obligaciones. En el ámbito de la sanidad, para que el paciente pueda ejercer el derecho a decidir sobre su destino es necesario, con antelación, que se le brinden informaciones claras y precisas respecto a la asistencia sanitaria.

En este contexto aflora el consentimiento informado, que consiste en el derecho reconocido al paciente de obtener información clara y precisa con respecto a la finalidad y la naturaleza de cada acto médico que se realice, sus riesgos y consecuencias para que, en el poder de estas informaciones adecuadas, él pueda

---

<sup>1</sup> Estados Unidos de América, *Schloendorff V. Society of New York Hospitals*, 211 N.Y.125, 105 N.E. 92-96, 1914. Disponible en: <<https://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/schoendorff.htm>>. (06/09/2023).

<sup>2</sup> TEIXEIRA PEDRO, Rute, *A responsabilidade civil do médico-Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 38.

libremente decidir acerca de la práctica del acto propuesto por el profesional sanitario.<sup>3</sup>

Con el objetivo de extraer su esencialidad, a través del método de investigación documental, de carácter cualitativo, este estudio se dedica a analizar la compleja obligación que conforma el consentimiento informado en la teoría de las obligaciones en Brasil, para concluir que la autodeterminación es el elemento central de la protección del paciente.

Se parte tres premisas. La primera, que el acto médico es género y sus especies son el consentimiento informado y la prestación de cuidados de salud; la segunda, la distinción entre información clínica e información terapéutica; la tercera, el consentimiento informado es independiente de su origen contractual o extracontractual y se encuentra en el acto médico, incluido entre los deberes inherentes a la “lex artis ad hoc”.

Superada las premisas, el estudio se desarrolla en tres partes. En la primera, empieza por las prestaciones que componen el programa de prestación del consentimiento informado a la luz de la dogmática civil-obligacional. En la segunda sección, se subraya que el consentimiento informado constituye una especie de obligación objetivamente compleja y con finalidad simple. Con efecto, separadas por el tiempo y por la naturaleza del comportamiento, las acciones de informar y abstenerse de llevar a cabo la prestación de cuidados de salud “sin” o “en contra de” la manifestación de voluntad del paciente están dirigidas hacia el mismo fin: la tutela de la autodeterminación del paciente. En la tercera parte, se analiza el consentimiento como un derecho que integra la esfera jurídica del paciente, señalando su naturaleza de adhesión al acto médico propuesto.

---

<sup>3</sup> PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, *El consentimiento informado: estudio comparativo de los sistemas español y brasileño de protección al paciente*, Salamanca, Ratio Legis Ediciones, 2017, p. 24.

## II. LAS TRES PREMISAS: ACTO MÉDICO, CONSENTIMIENTO INFORMADO Y PRESTACIÓN DE CUIDADOS DE SALUD; INFORMACIÓN CLÍNICA “VERSUS” INFORMACIÓN TERAPÉUTICA; CONSENTIMIENTO INFORMADO Y “LEX ARTIS AD HOC”

Del nacimiento de la relación médico-paciente surge el acto médico, desarrollado en dos fases o ciclos: en primer lugar, por medio del consentimiento informado; después, por la prestación de cuidados de salud. El consentimiento informado, por su turno, se despliega por medio de las acciones informar y abstenerse de llevar a cabo la prestación de cuidados de salud “sin” o “en contra de” la manifestación de voluntad del paciente, encerrándose con la decisión acerca de la ejecución de la prestación de cuidados de salud.<sup>4</sup>

El acto médico existe “per se”, mientras que la existencia del consentimiento informado presupone la del acto médico. Ante la prestación de cuidados de salud, el consentimiento informado tiene autonomía y, aunque sean independientes uno del otro, la validez de la primera depende del cumplimiento del segundo. Indicar que la prestación de cuidados de salud se encuentra jurídicamente dependiente del consentimiento informado implica las siguientes conclusiones: el incumplimiento del consentimiento informado resulta, simultáneamente, en maltrato del acto médico y en la invalidez de la prestación de cuidados de salud; el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación de cuidados de salud maltrata el acto médico y en nada interfiere en el consentimiento informado. Por no malherir el consentimiento informado, se puede concluir que existe una recíproca autonomía de estas fases que componen el acto médico.

Tomado el acto médico en toda su extensión, parece oportuno separar las prestaciones que provienen de la relación médico-paciente en dos fases, teniendo como marco referencial el con-

---

<sup>4</sup> PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, *op. cit.*, p. 92.

sentimiento informado. Con el intento de identificar cada una de estas fases, importa realzar la distinción entre información clínica e información terapéutica.<sup>5</sup>

En la relación médico-paciente existen dos especies de deberes informativos: deberes informativos prestados para obtener asentimiento e información terapéutica. En la fase del ciclo del consentimiento informado, la información debida es requisito para la validez del asentimiento, es previa a este y debe comprender las características, necesidad, riesgos, beneficios y consecuencias de la intervención, de forma que permita al paciente una toma de decisión libre y consciente. En la fase de la información terapéutica los deberes informativos no están restringidos a un momento preciso, sino que se configuran como una obligación de tracto sucesivo durante todo el tratamiento, alcanzando el deber de informar de manera amplia al paciente sobre todo su proceso.<sup>6</sup>

El consentimiento informado produce efectos jurídicos en la relación médico-paciente; integra el contenido de la *lex artis*; es aplicable al acto médico de prevención, diagnóstico, terapéutico y rehabilitación; se aplica a la investigación y experimentación médica y debe ser registrado en el histórico clínico del paciente. De ahí resulta que, a nuestro juicio, el consentimiento informado, en términos topográficos, se encuentra en la actividad médica y no en los sujetos de la relación, es decir, la acción de informar para obtener el consentimiento integra el contenido del acto médico, otorgándole carácter jurídico.<sup>7</sup>

Las situaciones de mutación subjetiva en la relación médico-paciente muestran que el consentimiento informado está en el acto médico y acompaña al paciente, ya que la sustitución de un

---

<sup>5</sup> DIAS PEREIRA, André Gonçalves, *O consentimiento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 71-73.

<sup>6</sup> PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, *op. cit.*, pp. 93-94.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ LEÓN, Carmen, “La protección del paciente y el consentimiento informado”, en *Separata de Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, año 6, núm. 12, 2009, p. 17.

médico por otro en los cuidados de salud de un paciente no excluye el consentimiento informado, pues al desprenderse de la relación el médico sustituido no conlleva los deberes informativos, ni la necesidad de abstenerse de llevar a cabo el acto médico “sin” o “en contra de” la manifestación de voluntad del paciente, mas se queda encarcelado al sustituto que se prende a la relación.

### III. EL PROGRAMA DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: INFORMAR Y ABSTENERSE DE LLEVAR A CABO LA PRESTACIÓN DE CUIDADOS DE SALUD “SIN” O “EN CONTRA DE” LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL PACIENTE

Toda obligación resulta en un comportamiento del deudor destinado a satisfacer el interés del acreedor. En el consentimiento informado, existen dos prestaciones debidas por el médico: informar y abstenerse de llevar a cabo la prestación de cuidados de salud “sin” o “en contra de” la manifestación de voluntad del paciente. Estas acciones están separadas entre sí por el factor tiempo y por la naturaleza de la acción del deudor.

El tiempo para informar no se corresponde con el momento de abstenerse de la práctica del acto médico. En términos cronológicos, la acción de informar antecede al deber de abstención de la práctica de la prestación de cuidados de salud.<sup>8</sup> En este sentido, el paciente debe prestar el consentimiento antes de la intervención o del tratamiento médico al que se va a someter.<sup>9</sup>

En lo que concierne a la naturaleza del comportamiento, mientras que en la acción de informar la conducta del deudor es un comportamiento comisivo, en la siguiente es omisivo. Estos

---

<sup>8</sup> PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, *op. cit.*, pp. 123-124.

<sup>9</sup> GONZÁLEZ LEÓN, Carmen, *op. cit.*, p. 18.



comportamientos constituyen el programa de prestación del consentimiento informado.<sup>10</sup>

La conducta positiva tiene como contenido los deberes de prestación y se desarrolla por medio de un proceso o ciclo. En su curso vital, se inicia con el vínculo médico-paciente, se realiza mediante el cumplimiento de los deberes informativos clínicos y se cierra en el *esclarecimiento*.<sup>11</sup> En lo que atañe a la finalidad, la prestación positiva es un medio de realización del derecho a la autodeterminación del paciente, al permitirle decidir de forma autónoma valorando la información que le han suministrado en atención a sus concretas circunstancias personales y médicas.

En cualquier acto médico deben facilitarse al paciente informaciones acerca del diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, ponderándose riesgos y beneficios.<sup>12</sup> Únicamente con la plena comprensión de estos datos es cuando se estimará que el paciente se encuentra en condiciones de asentir. En resumen, el médico debe advertir al paciente acerca del derecho que tiene a decidir libremente después de recibir la información adecuada, para elegir entre las opciones clínicas disponibles.<sup>13</sup>

En la fase negativa, la *reflexión y obtención del asentimiento* es lo determinante. La información prestada favorece el esclarecimiento y permite tomar una decisión libre de presiones, indemne de error. En esta fase, “esclarecer” y “asentir” son acciones propias y personales del paciente. Quien debe juzgar si tiene clara la

---

<sup>10</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 35-43.

<sup>11</sup> RAMPAZZO SOARES, Flaviana, *Consentimento do paciente no direito médico. Validade, interpretação e responsabilidade*, Indaiatuba, Editora Foco, 2021, p. 165.

<sup>12</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justicia, Recurso Especial n° 1.540.580, Pon. Luís Felipe Salomão, DJe 04/09/2018. Disponible en: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/>> (06/09/2023).

<sup>13</sup> España. Tribunal Supremo. Sentencia n° 743/2008, de 29 de julio. Pon. Juan Antonio Xiol Ríos, RJ 2008/4638.m

información recibida - “*esclarecido*” - y quien debe *decidir* es el paciente, no el médico. Al profesional sanitario simplemente se le exige que no practique o prosiga la prestación de cuidados de salud mientras el paciente no haya consentido.

Para sentirse *esclarecido*, es necesario, en la fase negativa del consentimiento informado, garantizar al paciente el derecho de reflexión.<sup>14</sup> Igualmente se impone al médico el deber de abstenerse de seguir con el acto médico hasta la adhesión o recusa del paciente. Dicho de otra manera, la obligación negativa, en materia de consentimiento informado, asume doble aspecto. Respecto al acto de adhesión o de negativa del paciente, consiste en una simple *tolerancia*; en lo que concierne al *derecho a reflexionar*, asume la naturaleza de un *no hacer puro y simple*.

La *simple tolerancia* u *obligatio ad patiendum*, conforme escribe Von Tuhr, se caracteriza por la omisión de “resistencia u oposición a la que, en términos generales de derecho, estaría autorizada, si esa obligación no se lo vedase”.<sup>15</sup> *No hacer* puro y simple la acción del acreedor no le afecta. La obligación de *no hacer* y la de *tolerancia* o “*pati*” imponen al deudor una conducta negativa o de omisión, mas solo en la de la de *tolerancia* el deudor se encuentra obligado a soportar la penetración en su esfera jurídica por la acción del acreedor.

Es de recordar, con Gomes,<sup>16</sup> que la *tolerancia* no se confunde con el *simple no hacer*.<sup>17</sup> En el *simple no hacer* la restricción a la

---

<sup>14</sup> Durante el periodo de la prestación negativa pueden ocurrir dos fenómenos de extrema importancia para el consentimiento informado, ambos vinculados al *derecho de reflexión*: la *segunda opinión médica* y el *tiempo de espera*. Vide, PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, *op. cit.*, pp. 184-186.

<sup>15</sup> VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Madrid, Editorial Reus, 1934, p. 37.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando, *Obrigações*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 40.

<sup>17</sup> EGUSQUIZA, Maria Ángeles, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 34

libertad del deudor no se encuentra dirigida al atendimento de cualquier comportamiento del acreedor, a ejemplo de lo que ocurre con la *tolerancia*.<sup>18</sup> Quien se obliga a tolerar, advierte Pontes de Miranda, “no solo ha de abstener cuanto pueda obstar o dificultar la prestación negativa sino que también ha de remover, con acto positivo, lo que la obste o dificulte”.<sup>19</sup>

Por fin, en cuanto a la función,<sup>20</sup> en la trama prestacional del consentimiento informado, el permanente estado de inacción de la prestación negativa de tracto continuado tiene independencia en razón de la prestación anterior, pero depende de la presencia del vínculo médico-paciente y del acto médico, sirviendo, en el *programa*, para la realización del derecho a la autodeterminación en materia de salud.

#### IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO CONSTITUYE UNA ESPECIE DE OBLIGACIÓN OBJETIVAMENTE COMPLEJA Y CON FINALIDAD SIMPLE: LA TUTELA DE LA AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE.

Al contextualizar que el consentimiento informado posee un programa de prestación, en este momento parece necesario señalar su taxonomía a la luz de la naturaleza del objeto de la obligación. Para este fin, resulta conveniente distinguir entre “*obligación simple y compleja*”<sup>21</sup> y “*prestación simple y compleja*”<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> VON TUHR, Andreas, *op. cit.*, p. 35-37.

<sup>19</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de derecho privado*, t. XXII, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 190.

<sup>20</sup> EGUSQUIZA, Maria Ángeles, *op. cit.*, p. 50.

<sup>21</sup> SENISE LISBOA, Roberto, *Manual de Direito Civil*, vol. 2, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 99.

<sup>22</sup> WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, vol. 2, Parte 1ª, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1904, p. 11.

En lo concerniente a la “*obligación*”, *compleja* o *múltiple* es la que posee pluralidad de objetos y/o de sujetos, y *simple* aquella en la que hay unidad de objeto y de sujetos, es decir, únicamente un acreedor, un deudor y una prestación. Las obligaciones complejas se clasifican en obligaciones *subjetivamente complejas* o *objetivamente complejas*. La complejidad subjetiva reside en la pluralidad de sujetos en la obligación; la objetiva en la multiplicidad de prestaciones. En este escenario, el consentimiento informado se encuadra en la especie obligación *objetivamente compleja*, en razón de las dos prestaciones que componen su contenido: informar y abstenerse de llevar a cabo la prestación de cuidados de salud “sin” o “en contra de” la manifestación de voluntad del paciente.

Según Windscheid,<sup>23</sup> la diferencia entre *prestación simple* y *compleja* reside en los efectos producidos, independientemente del número de actos practicados por el deudor. De esta manera, se dice *simple* la prestación destinada a la producción de un único efecto, y *compleja* la que produce múltiples efectos en razón de las varias actividades desarrolladas.

---

<sup>23</sup> La distinción entre especies prestacionales – simple y compleja - en razón de la finalidad de la actividad del deudor fue propuesta por Windscheid: - “3. La prestazione può essere semplice o complessa. Semplice è la prestazione, che è rivolta alla produzione d’un unico effetto; complessa è la prestazione, il cui effetto può venire raggiunto soltanto mediante una molteplicità di attività volitive, ognuna con effetto distinto. La prestazione complessa consta d’una pluralità di prestazioni; ma questa pluralità è pensata come unità sotto un punto di vista collegatore. Dove manca il punto di vista collegante, si ha, non una prestazione complessa, ma semplicemente una pluralità di prestazione. Anche dove su ha effettivamente una prestazione complessa, possono però le singole prestazione, delle quali essa consta, essere eventualmente considerate, non solo come parte costitutive d’una prestazione, ma ad un tempo como queste singole prestazioni, ed in tanto oggetti per sè stanti di diritti di credito.” WINDSCHEID, Bernardo, *op. cit.*, pp. 11-12.

Conforme señala GOMES,<sup>24</sup> no se puede confundir la *prestación compleja* con la *pluralidad de prestaciones*. En la prestación compleja, el deudor practica varios actos y cada una de las acciones desarrolladas por el deudor produce un efecto propio y distinto de las demás; en la pluralidad de prestaciones, la multiplicidad no es de acto u acciones del deudor, pero de la propia obligación, es decir, de su objeto inmediato, poco importando la cantidad de efectos producidos.

Cabe considerar que el consentimiento informado se encuadra en la especie de obligación *objetivamente compleja y de finalidad simple*, es decir, obligación formada por dos prestaciones con una única finalidad. Separadas por el tiempo y por la naturaleza del comportamiento, las acciones de *informar* y de *obtener asentimiento* están dirigidas hacia el mismo fin: la tutela de la autodeterminación del paciente.

En realidad, es imposible disociar la finalidad de la información clínica del derecho a la autodeterminación en materia de sanidad puesto que, conforme señala el Superior Tribunal de Justicia brasileño,<sup>25</sup> uno de los deberes informativos impuesto al médico en la fase del consentimiento informado se refiere a la advertencia respecto al derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, y su simple incumplimiento caracteriza el incumplimiento contractual. En este modelo, la prestación de informar tiene por finalidad permitir la toma de una decisión libre, y la prestación de abstención se realiza cuando soporta los efectos de la acción del paciente al ejercitar el derecho de autodeterminación. En definitiva, libertad y autodeterminación son los bienes jurídicos alcanzados por las prestaciones asumidas por el médico.

---

<sup>24</sup> GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 40.

<sup>25</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.540.580, Pon. Luís Felipe Salomão, DJe 04/09/2018. Disponible en: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/>> (06/09/2023).

## V. EL CONSENTIMIENTO COMO LA DECISIÓN DEL PACIENTE ACERCA DE LA PRESTACIÓN DE CUIDADOS DE SALUD

La complejidad de la obligación resultante del consentimiento informado, visto hasta ahora desde la perspectiva del deudor, se repite en la posición activa, pues pasa por el derecho del paciente a recibir información, valorarla y, por fin, la facultad de escoger entre recusar o consentir la ejecución de la prestación de cuidados de salud.

Consentir significa permitir algo o aceptar que se haga.<sup>26</sup> Consentimiento es la acción o efecto de consentir. En la relación médico-paciente, el *consentimiento* puede significar, aisladamente, cada una de las manifestaciones de voluntad aptas al nacimiento del contrato de prestación de servicios médicos, así como el conjunto, resultado o acuerdo de voluntades del contrato médico. En este paso, las manifestaciones del paciente y las del médico se encuadran en la locución *consentimiento contractual*.<sup>27</sup>

En otro sentido, la expresión es utilizada para designar la decisión del paciente acerca de la negativa o la aceptación de la prestación de cuidados de salud, consistiendo en el derecho del paciente a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, o más exactamente, siguiendo a Parizea,<sup>28</sup> *escoger* con conocimiento de causa, *aceptar* emprender el tratamiento propuesto y consentir en la realización del acto en su propio cuerpo.

---

<sup>26</sup> DE ECHEGARAY, Eduardo, *Diccionario general etimológico de la lengua española*, t. II, Madrid, José María Faquinet Editor, 1887, p. 390.

<sup>27</sup> PORTERO GARCÍA, Luis, "Aspectos jurídicos sobre el consentimiento informado", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1838, 1999, p. 149.

<sup>28</sup> PARIZEAU, Marie-Hélène, "Consentimiento", en *Nova enciclopedia de bioética*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2005, p. 263.

Denominado “*consentimiento-legitimación*”, el consentimiento encierra dos significados distintos: *adhesión* o *negativa* al acto médico. Quien recusa la prestación de cuidados de salud, tras recibir información y valorarla, *consiente*; como *consiente* el paciente que decide por la adhesión al acto médico.<sup>29</sup>

En el presente apartado, trazaremos la naturaleza jurídica del *consentimiento-legitimación* desde la perspectiva civil-obligacional, alejándolo, de un lado, de figuras próximas como las obligaciones facultativas y alternativas y, de otro, aproximándolo a la aceptación en la formación del contrato.

Al consentir o recusar la ejecución de la prestación de cuidados de salud, la elección del paciente no se amolda al fenómeno de las obligaciones alternativas ni encaja en el modelo de las obligaciones facultativas.

Las obligaciones alternativas, según Larenz, son aquellas en las que “se deben varias prestaciones, de forma que, no habiendo sido valoradas con criterio homogéneo por las partes, sino diversamente, solo una de ellas ha de ser cumplida, bien por elección del acreedor o del deudor”.<sup>30</sup> Conforme señala Gomes,<sup>31</sup> es atributo de esta especie obligacional la existencia de más de una prestación posible de cumplimiento.

Como se percibe, no hay en el consentimiento informado, tras el cumplimiento de los deberes informativos clínicos, dos prestaciones posibles de cumplimiento, sino solamente una, debida por el médico, que consiste en el deber de abstención o tolerancia. Al cumplir la fase de la información, la prestación de

---

<sup>29</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio, “Doctrina general de la llamada culpa médica”, en *Tercer Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Salamanca, 14 de noviembre de 2003, [s.p.]. Disponible en: <<http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaEugenioLLamasPombo.html>> (03/09/2023).

<sup>30</sup> LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, Tomo I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 167.

<sup>31</sup> GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 71.

cuidados de salud se encuentra jurídicamente imposible de ser cumplida.<sup>32</sup> De hecho, la imposibilidad originaria de la prestación aleja el régimen de las obligaciones alternativas,<sup>33</sup> en la medida en que solamente una prestación se encuentra “*in obligatione*”,<sup>34</sup> verdaderamente nascida simples.

De igual modo no hay, al menos para el acreedor, cualquier obligación con prestación en *facultad de substitución*<sup>35</sup> o, por metonimia, obligación facultativa.<sup>36</sup> Para Martínez-Pereda Rodríguez, obligación facultativa es la “obligación que tiene un solo objeto, que es el único que el acreedor puede exigir, y que si desaparece sin culpa del deudor produce la extinción del vínculo obligatorio, pero se faculta al deudor entregar otra prestación distinta de la debida, produciéndose así su cumplimiento”.<sup>37</sup>

El deudor puede liberarse del vínculo al cumplir la prestación que se encuentra en facultad de substitución, sin que el acreedor pueda exigir la u oponerse a este cumplimiento. Estos aspectos

---

<sup>32</sup> Se aplica, al caso, la regla de las obligaciones alternativas del Código Civil brasileño, art. 253: - “*Se una de las dos prestaciones no pueda ser objeto de obligación o si se vuelve inexecutable, sustituirá el débito con respecto a la otra*”.

<sup>33</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens, *Manual de direito civil*, vol. 4, T. I, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, p. 66-67.

<sup>34</sup> CHERTI, Stefano, *L'obbligazione alternativa: Nozione e realtà applicativa*, Torino, G. Giappichelli, 2008, p. 109.

<sup>35</sup> De acuerdo con el art. 786 del Código Civil y Comercial argentino, “ARTÍCULO 786. Concepto. La obligación facultativa tiene una prestación principal y otra accesoría. El acreedor solo puede exigir la principal, pero el deudor puede liberarse cumpliendo la accesoría. El deudor dispone hasta el momento del pago para ejercitar la facultad de optar”. (Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley n° 26.994, promulgada el 7 de octubre de 2014).

<sup>36</sup> GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 77.

<sup>37</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, “Las obligaciones facultativas en el Derecho español”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, núm. 2, p. 475-538, abril-junio de 1972, p. 484.



son marcas indelebles de esta especie obligacional, que en nada se asemeja a la naturaleza jurídica de la facultad de elección del paciente, pues, al final, “decidir” no significa cumplir una prestación diferente, mas verdaderamente ejercitarse un derecho asegurado por el ordenamiento jurídico.

No siendo obligación facultativa, ni alternativa, podemos preguntarnos: ¿la elección del paciente se configura como concentración del débito? La concentración del débito marca el cambio de la obligación que hasta entonces no podía y ahora ya puede ser cumplida. Concentrar, en lenguaje obligacional, como escribe Cristóbal Montes, es separar, excluir, eliminar “todas aquellas prestaciones que, por una causa u otra, no van a ser ejecutadas”.<sup>38</sup> Como hemos observado anteriormente, en el consentimiento informado la facultad de elección no se encuadra en las figuras teóricas de las obligaciones alternativas ni facultativas, porque efectivamente solo existe una única prestación debida y esta se encuentra en la esfera del deudor; mientras que la elección, en el consentimiento informado, consiste en la facultad del acreedor de consentir o recusar la prestación de cuidados de salud.

En realidad, la elección no es solamente una facultad del acreedor, pero puede asumir la naturaleza de deber cuando, instado por el médico a elegir, el paciente no lo ejerce oportunamente, cayendo en mora.<sup>39</sup> En esta hipótesis, la pérdida del derecho de elección decaería al paciente y acto continuo pasaría al médico el derecho de indicar la prestación a cumplir.<sup>40</sup> Esta solución, con todo, no se conforma con la naturaleza del derecho de autoterminación en materia de salud. De tal modo que, ante la mora del paciente, la facultad de decidir acerca de la ejecución de la prestación de cuidados de salud no es atribuida al médico. Por

---

<sup>38</sup> CRISTÓBAL MONTES, Ángel, “La facultad de elección en las obligaciones alternativas. Nociones básicas y atribución subjetiva”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 47, núm. 1, 1994, p. 36.

<sup>39</sup> CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *op. cit.*, p. 80.

<sup>40</sup> GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 71.

tales razones, debemos responder negativamente a la cuestión que planteamos inicialmente, pues la elección acerca de seguir o no con la prestación de cuidados de salud no se configura como un fenómeno de concentración del débito.

Ataz Lopez, en consonancia con Llamas Pombo,<sup>41</sup> aduce que el consentimiento es “una adhesión al acto médico, una conformidad obtenida por el médico antes de proceder”.<sup>42</sup> Por consiguiente, prosigue el autor, más allá de requerirse el asentimiento, “lo que hay es un deber del médico de no actuar sin la voluntad favorable del paciente”.<sup>43</sup>

Desde esta perspectiva, la manifestación de voluntad negocial del paciente se asemeja a la decisión del adherente de aceptar o rechazar en bloque las cláusulas contractuales predispuestas unilateralmente por el ofertante. Es exactamente lo que ocurre con el consentimiento informado. Si recapitulamos, recordamos que acto médico es el resultado de la suma del consentimiento informado y de la prestación de cuidados de salud. Quien establece las reglas del juego, en la trama negocial, no es el paciente, sino el médico, dado que el acto médico es una modalidad de acto profesional que depende de ciertos requisitos subjetivos y objetivos para que prosiga.<sup>44</sup>

De esta manera, ante al médico, al paciente le es dado solamente aceptar o rechazar en bloque la prestación de cuidados de salud, restringiéndose su voluntad exactamente a la elección entre seguir o recusar la realización del acto. En la cualidad de “adhe-

---

<sup>41</sup> PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, “El acto jurídico médico: Los efectos jurídicos del acto médico con relación al acto de salud y al acto profesional”, en *IUS ET VERITAS*, núm. 64, p. 204-215, 4 ago. 2022. Disponible en <<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202201.011>> (11/09/2023).

<sup>42</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1985, p. 63.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, *op. cit.*, p. 61.

sión al acto médico”,<sup>45</sup> la manifestación de voluntad del paciente puede considerarse, como afirma Atal Lopez, “una facultad de actuar que el Ordenamiento permite [...], una manifestación de la libertad humana, y no un derecho subjetivo, pues, caso de ser esto último, en él quedarían confundidos objeto y sujeto: la persona”.<sup>46</sup>

La manifestación de voluntad del paciente, que se adhiere a la propuesta anteriormente lanzada por el médico, equivale a la aceptación en la formación de los contratos, aplicándose, en lo que quepa,<sup>47</sup> el respectivo régimen jurídico, con dos excepciones: la libre revocabilidad de la decisión<sup>48</sup> y la no resarcibilidad de cualesquier perjuicio.

El requisito de la revocabilidad ahuyenta la naturaleza de negocio jurídico bilateral, pues, de lo contrario, la posibilidad de deshacer el vínculo pendería de un nuevo acuerdo de voluntad y no solo de la facultad unilateral de retirada del paciente<sup>49</sup>. Aunque se trate de una relación contractual, habiendo sido pagado el precio de los servicios a ejecutarse, el médico no tiene derecho a pedir el cumplimiento “in natura” de la prestación, es decir, exigir que el paciente se someta al acto médico propuesto, pues tal imposición es incompatible con la naturaleza de los derechos protegidos por el consentimiento informado.<sup>50</sup>

En cuanto al análisis de la resarcibilidad por el ejercicio del derecho de revocar el consentimiento, dos soluciones se presentan

---

<sup>45</sup> VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previa al consentimiento en el aborto*. Tesis (Doctorado en Derecho) - Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2013, p. 651.

<sup>46</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 61.

<sup>47</sup> DIAS PEREIRA, André, *op. cit.*, p. 136.

<sup>48</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, 2ª ed., Valladolid, Editorial Lex Nova, 2007, p. 309.

<sup>49</sup> SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinícius *et alii*, “Capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 88, 2011, p. 5.

<sup>50</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 195.

para el caso. La primera de ellas, reconoce la violación contractual y sanciona con el deber de reparar por daños y perjuicios, incluidas las parcelas de honorarios médicos y daños morales.<sup>51</sup> La segunda, defendida por Ataz Lopez, que aparta los honorarios médicos y la reparación por daños morales, pues los considera incompatibles con la libre revocabilidad de la decisión, pudiendo resarcir al médico apenas “los gastos que le ha ocasionado su cambio de idea, ya que él médico actuó y preparó la intervención, con buena fe”.<sup>52</sup>

A pesar de que ninguna de las dos respuestas indicar el deber jurídico de sumisión del paciente al acto médico propuesto, a nuestro juicio, la segunda opinión es la que mejor se acomoda a la naturaleza del consentimiento informado, pues la decisión del paciente que opta por revocar el asentimiento previamente concedido no implica una violación del contrato médico, sino que constituye el ejercicio de una facultad permitida, apartando, por tal motivo, cualquier posibilidad de reparación por daños y perjuicios, a excepción de los efectivos gastos realizados por el médico en la preparación de la prestación de cuidados de salud que no se realizó por el cambio de opinión del paciente, en virtud a los principios de veda al enriquecimiento sin causa y el de la buena fe objetiva.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> ROBERTI, Michele. “L’Obbligo del paziente nel contratto col chirurgo”, en *Arc. Giur. F. Seraf.*, 4ª serie, Vol. XXXIII, 1937-XV. *Apud* ATAZ LOPEZ, Joaquin, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1985, p. 193-195.

<sup>52</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, *op. cit.*, pp. 193-195.

<sup>53</sup> PORFÍRIO DE SÁ LIMA, Éfren Paulo, *El consentimiento informado: estudio comparativo de los sistemas español y brasileño de protección al paciente*, Salamanca, Ratio Legis Ediciones, 2017, p. 148.

## VI. CONCLUSIONES

Al analizar el complejo programa obligacional a la luz del ordenamiento jurídico brasileño, se llegó a la conclusión de que el consentimiento informado se compone de dos prestaciones distintas: informar y abstenerse de llevar adelante la prestación de cuidados de “sin” o “en contra de” la manifestación de voluntad del paciente.

Separadas por la naturaleza de la conducta y por el tiempo, las prestaciones que componen el consentimiento informado constituyen especie de obligación objetivamente compleja y con finalidad simple, vez que, en la trama prestacional, los deberes informativos están al servicio de la autodeterminación, a fin de permitir que el paciente tome una decisión libre y soberana, exenta de error.

En cuanto a la toma de decisión del paciente, tras alejarse de las figuras teóricas de las obligaciones alternativas y facultativas, se concluye que se trata de una verdadera adhesión al acto médico propuesto y equivale a la aceptación en la formación de los contratos, aplicándose el respectivo régimen jurídico, con las excepciones de la libre revocabilidad y sin indemnización.

## La codificación del proceso penal en Uruguay

### The codification of the criminal process in Uruguay

Alejandro ABAL OLIÚ\*

**RESUMEN:** En el presente artículo se analiza el proceso de la codificación Procesal Penal en Uruguay, concluyendo con las líneas generales que con vigencia desde noviembre de 2017 se han incorporado al Derecho Positivo a través del nuevo Código Procesal Penal acusatorio en el país. El texto se divide en antecedentes del nuevo Código del Proceso Penal, el proceso penal inquisitivo vigente en Uruguay hasta octubre de 2017, el proceso penal acusatorio vigente en Uruguay desde noviembre de 2017 y un apartado de conclusiones.

**PALABRAS CLAVES:** codificación; procesal penal en Uruguay; proceso inquisitivo; proceso acusatorio; reforma legal.

**ABSTRACT:** This article analyzes the process of Criminal Procedure codification in Uruguay, concluding with the general

---

\* Profesor y Director de Posgrados de Derecho Procesal en Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Profesor de Derecho Procesal en Facultad de Derecho de la Universidad Claeh. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Claeh. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores (S.N.I.) de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (A.N.I.I.) de Uruguay. Autor de 15 libros de Derecho Procesal, coautor de decenas de libros y autor de centenares de artículos, varias decenas arbitrados, de la Especialidad. Contacto: <aleabal1973@gmail.com>. Fecha de recepción: 19/09/2023. Fecha de aprobación: 18/10/2023.

lines that, effective since November 2017, have been incorporated into Positive Law through the new accusatory Criminal Procedure Code in the country. The text is divided into background of the new Code of Criminal Procedure, the inquisitorial criminal process in force in Uruguay until October 2017, the accusatory criminal process in force in Uruguay since November 2017 and a conclusions section.

KEYWORD: legal codification; criminal procedure in Uruguay; inquisitorial process; adversarial process; legal reform

## I. ANTECEDENTES DEL NUEVO “CÓDIGO DEL PROCESO PENAL” (LAS INICIATIVAS DE CODIFICACIÓN PROCESAL PENAL EN URUGUAY)

### A) EL “CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL” DE 1878 (LEY DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1878)

**S**in duda los códigos son el cerno de las ramas jurídicas a las cuales refieren, y si bien estas últimas no se agotan en aquellos (y a menudo ni siquiera en la norma institucionalmente creada) los códigos constituyen en cualquier caso un punto de referencia primero y necesario, el que solo en pequeña parte suele ser complementado por otras disposiciones jurídicas de igual generalidad.

De allí que proyectar un nuevo código, si es realmente nuevo, equivale a modificar todo el sector del Derecho Positivo que se pretende regular, esfuerzo éste que demanda a sus autores un muy generoso aporte de conocimientos, de energías y, quizás y sobre todo, de tiempo.

Como veremos, en Uruguay y en relación al Derecho Procesal Penal esta tarea se emprendió en numerosas oportunidades, debiendo anotarse que aun hoy día, cuando la convicción de la teoría y de la dogmática sobre la unidad de todo el Derecho Procesal se ha extendido por todo el universo jurídico, todavía no ha llegado para nuestro país el tiempo de la unificación de toda la codificación correspondiente. Y es así que el Código General del Proceso (el C.G.P.) vigente de 1989 excluye (tácitamente) de su ámbito al Proceso Penal, lo cual ha obligado a quienes redactaron el nuevo Código del Proceso Penal (ley n° 19.293 de 19 de diciembre de 2014) a elaborar un cuerpo normativo que, si bien se remite frecuentemente a dicho Código General del Proceso, tiene autonomía legislativa en relación al mismo, puesto que no se integra a su articulado.



Pues bien, iniciando este proceso de revisión histórica<sup>1</sup> se puede decir que el camino de la codificación del Proceso Penal se inició en Uruguay hace ya ciento cuarenta y seis años, cuando en 1877 el dictador Lorenzo Latorre designó una Comisión integrada por Laudelino Vázquez, Jaime Estrázulas y Manuel Garzón para proyectar una “Ley de Procedimiento en materia criminal”, ley que debía sustituir al conjunto de los textos puntuales de las décadas de 1850 y 1860, los que con algunas normas provenientes de las Leyes Patrias y aún de la Legislación Colonial Española, junto a muchos usos y costumbres no legislados regulaban entonces -en forma confusa y a menudo plagada de vacíos y contradicciones o soluciones inconvenientes- el trámite y todo lo referido a los procesos penales. De tal Comisión solamente trabajó hasta el final el primero de sus nombrados integrantes, remitiendo en enero de 1878 al Ministro de Gobierno el “*Proyecto de Código de Instrucción Criminal*” por el redactado<sup>2</sup>.

Una nueva Comisión, integrada también por Laudelino Vázquez mas esta vez con Joaquín Requena (a cuya autoría corresponde el “Código de Procedimiento Civil” de la misma época), Carlos F. Santurio, Carlos De Castro, Martín Aguirre y José María Castellanos, introdujo algunas modificaciones al proyecto en cuestión.

Este último proyecto al que me refería se convirtió en ley el 31 de diciembre de 1878 bajo el nombre de “Código de Instrucción Criminal” (C.I.C.). Se trataba de un cuerpo legal totalmente inquisitivo y quizás ya antiguo para la evolución doctrinal de esa

---

<sup>1</sup> Sobre esta primera parte del artículo ver del autor “Las iniciativas de Codificación Procesal Penal en Uruguay 1877-1990”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXII, nos. 1-2, Montevideo, 1991, pp. 174/182.

<sup>2</sup> *Proyecto de Código de Instrucción Criminal*, Establecimiento Tipográfico La Nación, Montevideo, 1878, 144 pp. Existe una reproducción de dicha edición, en impresión mimeográfica, realizada en 1954 por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.

época, que por demás fue muy mal aplicado desde casi después de su sanción y durante los más de cien años que estuviera luego vigente.

B) PROYECTOS DE CÓDIGOS PROCESALES PENALES  
SUSTITUTIVOS DEL “CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL”  
DE 1878

No pasaron catorce años cuando ya en 1892 el luego rector de la Universidad Alfredo Vásquez Acevedo da a conocer su “*Proyecto de un nuevo Código de Procedimiento Penal*”<sup>3</sup>; excelente conjunto normativo, bien que aún inquisitivo, que como se verá continuó siendo marco de referencia obligada casi hasta la actualidad.

No mucho después de la presentación de esta obra el Poder Ejecutivo elevó el proyecto de Vásquez Acevedo al Parlamento, designando este una Comisión Revisora integrada por Eduardo Brito Del Pinto, Gonzalo Ramírez, Pablo De María y Antonio María Rodríguez, la que trabajó intensamente y de cuyo seno surge una nueva versión del proyecto, con algunas pocas y no muy significativas modificaciones del de Vásquez Acevedo<sup>4 5</sup>.

Durante este mismo año 1894 en el que trabaja la Comisión Revisora de los textos de Vásquez Acevedo, el magistrado Domingo González formuló y publicó su propia propuesta de reforma

---

<sup>3</sup> “Proyecto de un nuevo Código de Procedimiento Penal”, *Anales de la Universidad*, tomo II, Montevideo, 1892, pp. 603/618 y 744/761, y tomo III, Montevideo, 1893, pp. 71/115, 258/295 y 422/450.

<sup>4</sup> Puede verse en *Libro de Actas de la Comisión de Código de Procedimiento Penal*, Montevideo, 1894, 403 pp.

<sup>5</sup> La versión del proyecto, con las modificaciones introducidas por la Comisión Revisora, fue publicada por VÁSQUEZ ACEVEDO, Alfredo, *Proyecto de un nuevo Código de procedimiento Penal para la República Oriental del Uruguay anotado y concordado*, Montevideo, El Siglo Ilustrado, 1895, 142 páginas introductorias y 306 páginas dedicadas a transcribir el articulado.

a dicho proyecto<sup>6</sup>, en tanto paralelamente Damián Vivas Cerantes dió a la imprenta su “*Proyecto de un Código de Procedimiento Penal*”<sup>7</sup>, en el cual, quizás sin el rigor técnico de Vásquez Acevedo, se presentan de todas formas interesantes propuestas procesales.

Sobre fines del siglo XIX y ya a comienzos del XX, el jurista señalado en último término publicó un nuevo proyecto de código, estructurado -con algunas modificaciones- sobre la base del anterior por él mismo realizado<sup>8</sup>.

Se llega así al final de la primera década del siglo XX y en 1910 y luego nuevamente en 1926, sendas comisiones de legisladores preocupados por el mal funcionamiento de la Justicia Penal hacen suyo el proyecto de Vásquez Acevedo, en la versión que con las modificaciones propuestas por la Comisión Revisora se diera a publicidad en 1895<sup>9</sup> <sup>10</sup>. Ambas iniciativas se frustran por la urgencia en considerar problemas más puntuales, los que siempre

---

<sup>6</sup> “El Proyecto de Código de P. Penal y la reorganización de la Administración de Justicia”, *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. I, Montevideo, 1894, pp. 105/110, 118/122, 133/137, 150/157 y 163/168.

<sup>7</sup> *Proyecto de un Código de Procedimiento Penal*, El Siglo Ilustrado, Montevideo, 1894, 189 pp.

<sup>8</sup> “Proyecto de un Código de Procedimiento Penal reformado, concordado y anotado”, *Anales de la Universidad*, Montevideo, 1900, tomo QI, pp. 523/642 y 786/949, tomo BII, pp. 126/244, 260/499 y 567/702. Con igual título el trabajo se publicó en dos volúmenes impresos en *El Siglo Ilustrado*, el primero de 1901 (206 pp.) y el segundo del año siguiente (413 pp.). Puede también encontrarse la “Introducción” de este proyecto de Vivas Cerantes y la transcripción de los capítulos I del título XVIII y II del título XIX, en *Rev. de Derecho Jurisprudencia y Administración*, t. 5, Montevideo, 1899, pp. 224/227, 246/249, 264/267, 279/283, 313/317, 325/327 y 341/344, y en la misma revista, t. 7. Montevideo, 1901, pp. 250/252 y 270/275.

<sup>9</sup> Véase supra notas 3, 4 y 5.

<sup>10</sup> *Proyecto de código de Procedimiento Penal*, Cámara de Representantes, *El Siglo Ilustrado*, Montevideo, 1910, 179 pp. (repartido n° 24, mayo de 1910 de la referida Cámara, carpeta 64/1910), y *Proyecto de Código de Procedimiento Pe-*

impidieron a los Gobiernos Democráticos abocarse al estudio y aprobación de los códigos (códigos que hasta el año 1988 en que se aprobó el “Código General del Proceso” habían sido todos sancionados en Uruguay por Gobiernos de Facto).

Cuando luego ya habían pasado casi cincuenta años de la entrada en vigencia del “Código de Instrucción Criminal”, el 22 de junio de 1933 una resolución de otro Poder Ejecutivo de Facto, designa a José A. De Freitas, Francisco Gamarra, Horacio Abadie Santos, Raúl Eduardo Baetghen y Bolívar Baliñas, a fin de que nuevamente revisen el proyecto de Vásquez Acevedo en su versión posterior al estudio de aquella Comisión que trabajó sobre él en 1894<sup>11</sup>. Habiendo renunciado el primero de sus miembros se integró en su lugar Melitón Romero, más hasta donde he podido indagar el trabajo encomendado a esta Comisión nunca se llevó a cabo.

Al año siguiente, por decreto del 30 de diciembre de 1934 la misma Comisión recién mencionada se vió ampliada con Damián Vivas Cerantes (quién según ya indiqué cuarenta años antes había estructurado su propio proyecto de código<sup>12</sup>), Alejandro Lagarmilla, Guillermo Stewart Vargas y Euclides Sosa (y luego, por renuncia de Francisco Gamarra, por Juan José Aguiar), requiriéndole el Poder Ejecutivo a esta Comisión así ampliada la formulación de una nueva propuesta de Código de Procedimiento Penal y de Código de Organización de los Tribunales Penales. Tampoco la Comisión concluyó la tarea.

De esta manera no mucho después, el 31 de enero de 1936 y conforme a lo dispuesto por el art. 9 de la ley del 4 de diciembre de 1933, se cometió a Alejandro Lagarmilla la redacción de los dos proyectos que antes se habían encomendado, infructuosamente,

---

*nal*, Cámara de Representantes, Imprenta y Papelería Agraciada de M. Iglesias, Montevideo, 1926, 1790 pp. (repartido n° 11, abril de 1926, carpeta 129/1926).

<sup>11</sup> Se trata siempre del proyecto contenido en la publicación indicada en la precedente nota 6.

<sup>12</sup> Véase supra nota 7.

a la Comisión precedentemente indicada. Este Profesor llegó a concretar la redacción de ambos proyectos<sup>13</sup> y el 1º de octubre del mismo año 1936 el Poder Ejecutivo designó una Comisión para revisarlos, integrada ahora por Melitón Romero, Juan José Aguiar, Horacio Abadie Santos y Enrique Geille (a los que por resolución luego se unieron Daniel García Capurro y Alberto Bouza como secretarios). Sin embargo y pese a que en esta oportunidad los trabajos de la Comisión partían de proyectos ya redactados por el Profesor Lagarmilla y su misión consistía solamente en producir un informe sobre ellos proponiendo las modificaciones que pudiesen entender, la Comisión tampoco culminó su trabajo.

Ingresamos así en la década siguiente y en 1946 surgen nuevamente voces reclamando la reforma del Proceso Penal. El Poder Ejecutivo encomienda al Profesor Raúl Moretti la actualización del “Código de Instrucción Criminal” de 1878, para lo cual se le indica que debe guiarse fundamentalmente por los proyectos de Alfredo Vásquez Acevedo (revisado por la Comisión que trabajara sobre el mismo en 1894) y de Alejandro Lagarmilla (de 1936). Mas tampoco Moretti concluye la tarea encomendada.

Los años cincuenta del pasado siglo XX se abren y encontramos entonces a la Suprema Corte de Justicia tomando la iniciativa reformista. A este efecto designa una Comisión que -frustrándose una vez más la expectativa- termina renunciando el 24 de diciembre de 1955.

Ese mismo año el ministro de la Suprema Corte de Justicia Luis Alberto Bouza elabora su propio proyecto de código<sup>14</sup>, el que es presentado a la Corporación que él integra y remitido por ese órgano jurisdiccional a la Asamblea General el 19 de noviembre

---

<sup>13</sup> Uno de los proyectos, el “Proyecto de Código de Organización de los Tribunales Penales”, se encuentra publicado, con su “Exposición de Motivos”, en la *Revista Penal y Penitenciaria*, año I, n° 3, Montevideo, 1962, pp. 239/269.

<sup>14</sup> La “Exposición de Motivos” de este proyecto de Bouza se encuentra publicada en la *Revista de Criminología* de la Dirección General de Institutos Penales, 2da. época, Montevideo, año III, n° 11, Montevideo, 1958, pp. 25/52.

de 1957<sup>15</sup>. Tal iniciativa no fue considerada por el Poder Legislativo, no obstante lo cual debe hacerse justicia a su autor por su importante valía técnica, hasta el punto de poder señalarse que en más de un aspecto el proyecto de Bouza ha servido de inspiración para soluciones incorporadas al proyecto de Código Procesal Penal luego elaborado en 1990.

En esta misma época, 1957, es el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la entonces única universidad uruguaya el que designa otra Comisión, encomendándole estudiar las reformas que deberían introducirse al ya añejo “Código de Instrucción Criminal”, integrándola con ocho profesores: Raúl Moretti, Juan Pedro Zeballos, Adolfo Gelsi Bidart, José Arlas, Juan B. Carballa, Adela Reta, Juan Carlos Patrón y Washington Abdala (los cuatro primeros eran docentes de Derecho Procesal, los dos siguientes de Derecho Penal y los dos últimos de Práctica Forense). Más esta Comisión nunca cumplió su encomienda.

Sobre fines de la década de los sesenta (1969), a propuesta de la Cámara de Representantes se integra otra Comisión, esta vez con miembros designados por la Suprema Corte de Justicia, la Asociación de Magistrados, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, el Colegio de Abogados del Uruguay y el Ministerio de Educación y Cultura. Entre sus nueve miembros forman parte de ella los docentes de Derecho Procesal Dante Barrios De Ángelis, José Arlas, Luis A. Viera y Martha Jardí Abella. En esta oportunidad los trabajos de la Comisión llegan a una concreción normativa, y en 1970 se presenta un Proyecto de Código. Mas este proyecto tampoco logra ser considerado por el Parlamento, sumido por ese entonces en tremendos problemas políticos e institucionales.

De este proyecto de código, que será la base del “Código del Proceso Penal” aprobado por el Gobierno de Facto en 1980, puede

---

<sup>15</sup> Así lo informa la *Revista de Criminología* de la Dirección General de Institutos Penales, 2da. época, año 2, n° 8, Montevideo, 1957, pp. 161/162, publicación en la que se indican las principales modificaciones que se proponen.

señalarse que -salvo en aspectos concretos- no fue profundamente innovador, sino todavía un proyecto inquisitivo que se limitó a recoger y pulir algunas soluciones del “Código de Instrucción Criminal”<sup>16</sup> (las que en verdad incidían solo muy relativamente en la práctica del Proceso Penal, pues el proceso penal “real” era bastante distinto del consagrado en las disposiciones legales).

C) EL PRIMER “CÓDIGO DEL PROCESO PENAL”  
(DECRETO-LEY N° 15.032 DEL 7 DE JULIO DE 1980)

Producido el rompimiento institucional de junio de 1973, el Poder Ejecutivo de Facto retomó en 1978 la iniciativa, encomendando una actualización del proyecto referido en último término a una Comisión integrada por los magistrados penales Manuel Díaz Romeu, Milton Cairoli y Juan Carlos Larrieux. El proyecto ya actualizado fue estudiado por la Comisión de Constitución y Legislación del denominado “Consejo de Estado” (cuerpo Legislativo que en ese entonces formaba parte del Gobierno de Facto).

Ese proyecto fue sancionado por el Consejo de Estado como “Código del Proceso Penal” el 7 de julio de 1980, mediante lo que ahora denominamos como decreto-ley n° 15.032.

Dicho código puede merecer como observación general la de que no alteró en forma importante el sistema fuertemente inquisitivo del Proceso Penal hasta entonces vigente en Uruguay, limitándose a corregir algunos defectos notorios de la legislación anterior, pero manteniendo ese carácter fuertemente inquisitivo, muy adecuado al Gobierno de Facto que lo sancionó.

---

<sup>16</sup> Existe una versión de ese proyecto impresa a mimeógrafo.

D) PROYECTOS DE CÓDIGOS PROCESALES PENALES  
SUSTITUTIVOS DEL PRIMER “CÓDIGO DEL PROCESO PENAL”  
DE 1980

Retomado el camino de la normalidad constitucional, por ley n° 15.844 de 1987 se integró una “Comisión Nacional Honoraria para la Reforma del Código del Proceso Penal”. Formamos parte de la misma Eduardo Piaggio Soto, Ofelia Grezzi y Bernardette Minvielle por el Poder Ejecutivo, Juan María Mariño y Ricardo Harriague Saccone por el Poder Judicial, Adolfo Gelsi Bidart y Luis Alberto Viera por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, y el autor de este artículo conjuntamente con Edgar Varela Méndez por el Colegio de Abogados del Uruguay.

La Comisión, presidida con extraordinaria dedicación por el fiscal Eduardo Piaggio Soto, culminó la elaboración del anteproyecto a comienzos del año 1990, luego de casi doscientas sesiones de fecunda labor, pudiéndose afirmar que el trabajo cumplido recogía principios de entonces universal aceptación, conjuntamente con originales fórmulas en más de un aspecto, y que su sanción habría provocado una importante actualización del proceso penal<sup>17</sup>

La reforma que se planteaba en el proyecto era profunda y no era una de sus menos importantes pretensiones eliminar el notorio divorcio que existía entre la práctica procesal penal y las normas procesales que supuestamente la regulaban. El Sistema

---

<sup>17</sup> La “Exposición de Motivos” y el “Índice” del proyecto se encuentran publicados en la *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 1/1990, pp. 95/109. El anteproyecto completo se encuentra publicado en un número de la revista *La Justicia Uruguaya* de esa misma época. También se pueden ver intervenciones referidas al mismo en la carpeta n° 111 de 1990 de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado (particularmente distribuidos n° 1379 correspondiente a la sesión del 21 de mayo de 1992 y n° 2048 correspondiente a la sesión del 27 de abril de 1993).



Procesal Penal que se instrumentaba pretendía ser no solamente correcto desde el punto de vista técnico (aunque no planteaba aún un proceso francamente acusatorio, como lo hace el código ahora vigente), sino regir en lugar de lo que en ese entonces se denominaba Proceso Penal y que en la práctica poco tenía que ver, no ya solo con lo que debía ser un Sistema Procesal Garantista de los derechos de las personas y de la Sociedad, sino inclusive con la regulación del propio “Código del Proceso Penal” de 1980<sup>18</sup>.

Pero tampoco este proyecto de código prosperó en el Parlamento, lo que dio lugar a que más adelante se presentara otro proyecto más, esta vez elaborado por Adela Reta y Ofelia Grezzi, el que tampoco se aprobó.

---

<sup>18</sup> La total discordancia entre el proceso penal que se cumplía en la realidad y el que debía seguirse de conformidad a la Teoría y a la moderna Dogmática Procesal, e incluso con la normativa resultante del propio Código del Proceso Penal de 1980 y de las disposiciones legales que lo fueron modificando o complementando, fueron por ejemplo expuestas por el autor de este artículo en intervención en sesión de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado del 21 de mayo de 1992: *“Quisiera indicarle al señor senador Blanco que, en primer lugar, las críticas que pudieran formularse al anteproyecto no deberían incidir sobre una idea que no admite otra posible conclusión. Por lo tanto, entiendo que hay que cambiar el sistema actual. La diferencia entre lo que dice la ley procesal, la penal y lo que ocurre en la realidad, es asombrosa y, sobre todo, es asombroso que lo aceptamos, digamos, con bastante indiferencia. Entiendo que ello no debería ser así”*. Lo mismo ya había sido poco antes expuesto por el autor de este artículo en una ponencia titulada *“Proceso penal real y anteproyecto de nuevo código”* que fuera presentada en las “VIas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal” celebradas en la ciudad de Paysandú, Uruguay, en el mes de abril de 1991 (ed. Universidad Ltda., Montevideo, 1991, pp. 97/106).

E) EL PRIMER “NUEVO” “CÓDIGO DEL PROCESO PENAL”  
(LEY N° 16.893 DEL 16 DE DICIEMBRE DE 1997)

Luego de lo anterior una nueva comisión designada por la Suprema Corte de Justicia presenta lo que después se pasó a denominar “Proyecto Gelsi-Marabotto”, sobre cuya base en 1995 se elabora un nuevo anteproyecto que es parcialmente modificado por los Senadores Luis Brezzo y Luis E. Mallo, dándose finalmente forma (principalmente con el impulso de los entonces Ministro del Interior Didier Opertti Badan y Fiscal de Corte Darío Peri Valdez), al texto que fuera sancionado por ley n° 16.893 del 16 de diciembre de 1997 que terminó aprobando lo que se llamó (primer) “Nuevo Código del Proceso Penal”. Pero bien corta fue la experiencia con este nuevo código, puesto que ya por ley n° 16.892 del 17 de julio de 1998 se postergó su entrada en vigencia hasta el 1° de febrero de 1999. Y más adelante -por ley n° 17.079 del 3 de enero de 1999- se volvió a postergar su entrada en vigencia, esta vez hasta el 1° de febrero de 2000. Y finalmente una nueva ley sin derogar a este código postergó indefinidamente su entrada en vigencia (este código recién quedó definitivamente derogado el 1° de noviembre de 2017, al entrar en vigencia el entonces art. 404 del nuevo “Código del Proceso Penal” sancionado por la ley n° 19.293 de diciembre de 2014).

F) EL VIGENTE “NUEVO” “CÓDIGO DEL PROCESO PENAL”  
(LEY N° 19.293 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2014)

En el año 2005 y por ley n° 17.897 del 14 de setiembre, se dispuso en su art. 21 la creación de una nueva “Comisión para la Reforma del Proceso Penal”:

Créase una Comisión para elaborar las bases de la reforma del proceso penal, la que será integrada por un representante del Poder Ejecutivo quien la presidirá, de la Suprema Corte de Justicia, la Fiscalía de Corte, la Universidad de la República, la Asociación

de Magistrados Judiciales, la Asociación de Magistrados Fiscales, la Asociación de Defensores de Oficio, el Colegio de Abogados del Uruguay, la Asociación de Funcionarios Judiciales, la Asociación de Actuarios Judiciales y el Ministerio de Economía y Finanzas.

Será esta comisión, la que da forma definitiva al proyecto de nuevo “Código del Proceso Penal” que, con algunos cuantos ajustes parlamentarios es finalmente aprobado por ley n° 19.293 del 19 de diciembre de 2014, sin perjuicio de los posteriores -y más que numerosos e importantes- textos modificativos y complementarios, entrando en vigencia a partir del 1° de noviembre de 2017.

Concluyendo este trabajo, si se realiza un resumen de lo analizado se advertirá que en las quince décadas transcurridas desde la iniciada en 1871, con las solas excepciones de las comenzadas en 1881 y en 1911, en Uruguay existieron en todas ellas intentos dirigidos a proyectar un mejor Sistema Procesal Penal<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Se trata, en efecto, de diecinueve intentos institucionales de aprobar un código que regule el proceso penal. El primero de ellos tiene lugar en la década que se inicia en 1871 y finaliza con la sanción del “Código de Instrucción Criminal” (desconozco que exista algún intento de codificación procesal penal anterior al que me refiero, aunque la investigación exhaustiva de antecedentes que he realizado apunta a una respuesta claramente negativa). El segundo y tercer intento corresponden a la década que comienza en 1911, el cuarto y quinto a la que se inicia con el siglo XX, el sexto en la que abre el año 1921, el séptimo, octavo y noveno en la década que comienza diez años después, el décimo en la década que comienza en 1941, el décimo primero, décimo segundo y décimo tercero en la década que se inicia en 1951, el décimo cuarto en la década de los años sesenta, el décimo quinto en la década de los años setenta (culminando con la sanción del primer “Código del Proceso Penal”), el décimo sexto en la década que comienza en 1981, el décimo séptimo y el décimo octavo en la década iniciada en 1991 (sancionándose y promulgándose sobre la base del último proyecto indicado aquel primer nuevo “Código del Proceso Penal” que nunca llegó a entrar en vigencia), y, por último, el décimo noveno en la década con la que comienza el siglo XXI (culminando con la ley

Y en este bastante más que centenario proceso que comprende diecinueve iniciativas y en el que -sin contar a este efecto como proyectos a los que solo se limitaron a ajustar proyectos previos-se concretaron nada menos que once proyectos básicos diferentes de un Código Procesal Penal -cuatro de los cuales fueron aprobados legislativamente (aunque el código aprobado por la ley n° 16.893 -ley que recién quedó derogada cuando entró en vigencia el actual art. 404 del nuevo Código- nunca llegó a entrar en vigencia)<sup>20</sup>.

Tales entonces todos los antecedentes del vigente “Código del Proceso Penal” (ley n° 19.293 del 19 de diciembre de 2014), código al que hasta ahora han seguido las leyes modificativas n° 19.436 del 23 de setiembre de 2016, n° 19.474 del 30 de diciembre de 2016, n° 19.510 del 14 de julio de 2017, n° 19.511 de la misma fecha que la anterior, n° 19.544 del 20 de octubre de 2017, n° 19.549 del 25 de octubre de 2017, n° 19.587 del 28 de diciembre de 2017, n° 19.653 del 17 de agosto de 2018, n° 19.670 del 15 de octubre de 2018, n° 19.679 del 26 de octubre de 2018, n° 19.831 del 18 de setiembre de 2019 (ley complementaria además de modificativa), n° 19.889 del 9 de julio de 2020, n° 19.924 del 18 de diciembre de 2020 y ley n° 20.975 del 20 de octubre de 2022. Y todo ello más la ley complementaria n° 19.446 del 28 de octubre de 2016 y la ya citada ley n° 19.831 del 18 de diciembre de 2019.

---

n° 19.293 que aprueba este segundo nuevo “Código del Proceso Penal”, el que ya está modificado por nada menos que catorce leyes posteriores).

<sup>20</sup> Proyecto de Laudelino Vázquez de 1878 (base del “Código de Instrucción Criminal”), proyecto de Alfredo Vázquez Acevedo de 1892, proyecto de Damián Vivas Cerantes de 1894, proyecto de Alejandro Lagarmilla de 1936, proyecto de Luis Alberto Bouza de 1956, proyecto de la Comisión de 1969 (base del “Código del Proceso Penal”), proyecto de la Comisión creada por ley n° 15.844 de 1987, proyectos “Reta-Grezzi” y “Gelsi-Marabotto” y reformulación del último, correspondientes a la década de 1990 (el último base del primer nuevo “Código del Proceso Penal”), y proyecto de la Comisión creada por ley n° 17.897 de 2005 (base del segundo y vigente nuevo “Código del Proceso Penal”).

## II. EL PROCESO PENAL INQUISITIVO VIGENTE EN URUGUAY HASTA OCTUBRE DE 2017

Hasta el mes noviembre de 2017, con dos códigos vigentes de por medio (1878 y 1980), rigió en Uruguay un proceso penal típicamente inquisitivo.

En líneas generales el proceso penal comenzaba con un “presumario” a cargo del Juez de Instrucción (o del Juez Penal si no lo había en el lugar), en el que se recogían de oficio algunas pruebas para determinar si había que comenzar formalmente el proceso penal, y que continuaba con la clausura o con la apertura del “sumario” del mismo a través de una resolución que dictaba, siempre de oficio, el mismo Juez (resolución llamada “auto de procesamiento”).

Seguía luego de esa resolución el desarrollo del sumario en el que, siempre de oficio y sin derecho ni del Fiscal ni el Defensor a intervenir (salvo sugiriendo), el Juez disponía el diligenciamiento de pruebas. El sumario concluía con una “ampliación” en la que Fiscal y Defensor podían proponer pruebas, y luego, ante el Juez Penal se abría el “plenario” si el Fiscal deducía acusación, con traslado al Defensor y luego sentencia, más eventual segunda instancia e instancia de casación.

Entre otras una característica muy particular era la de que al abrirse el sumario (e incluso durante el presumario) y aunque increíblemente ello estaba sólo implícito y no incluido en alguna disposición (pues se sobrentendía que no podía existir un proceso penal sin un imputado privado de libertad), siempre se disponía la prisión preventiva del imputado (con algunas muy pocas excepciones que principalmente se fueron abriendo a través de leyes de 1959 y de fines de la década de 1980).

Como se advierte, un proceso penal típica y fuertemente inquisitivo.

### III. EL PROCESO PENAL ACUSATORIO VIGENTE EN URUGUAY DESDE NOVIEMBRE DE 2017

#### A) ESTRUCTURA DEL CÓDIGO DEL PROCESO PENAL VIGENTE

El ahora vigente “Código del Proceso Penal” se compone de 403 artículos distribuidos a lo largo de siete “Libros”: Disposiciones Generales, Proceso de conocimiento, Del Proceso de ejecución, Procesos especiales, Medios impugnativos de las resoluciones judiciales, Vías alternativas de resolución del conflicto y Derogaciones, observancias del Código y disposiciones transitorias.

A continuación señalaré solamente lo más trascendente del sistema vigente.

#### B) LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL EN EL CÓDIGO DEL PROCESO PENAL DEL URUGUAY

Entre los principios o reglas técnicas generales que regulan actualmente el Proceso Penal en Uruguay básicamente encontramos la presunción de inocencia, la regla “in dubio pro reo”, el derecho del imputado a no prestar declaración, la regla “ne bis in idem”, el derecho de defensa, el principio del juez natural, el principio acusatorio en su plenitud, la acción pública para la persecución de los delitos, el principio “de oportunidad” para la no persecución de delitos de poca entidad, la publicidad del juicio, el derecho de contradicción en plena vigencia, la regla de la duración razonable del proceso, y naturalmente que la necesidad de congruencia y el “no reformatio in pejus”.

#### C) LA INDAGATORIA PRELIMINAR

Las actuaciones comienzan con denuncia ante la Policía o la Fiscalía, pero toda la investigación previa al inicio del proceso se desarrolla dirigida por la Fiscalía y prácticamente nunca con parti-

cipación judicial (salvo para resolver unas muy limitadas medidas cautelares que puede solicitar el Fiscal y para el diligenciamiento de algún medio de prueba que requiera la conducción), interviniendo en toda esta etapa preprocesal también y salvo reserva especial el Defensor del indagado. Las evidencias que ha logrado el Fiscal no pasan directamente al posterior juicio, sino que en todo caso deberán repetirse para su integración al proceso.

#### D) EL INICIO DEL PROCESO PENAL (FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN)

Cuando el Fiscal lo entiende pertinente ante las “evidencias” que ha logrado reunir, solicita al Juez Penal -que en esta etapa opera como “Juez de Garantías” y que no sigue interviniendo cuando posteriormente comienza el juicio oral (siendo sustituido por otro juez)- la “formalización” de la investigación y las posibles medidas cautelares sobre la libertad del imputado (medidas cautelares que técnicamente en algún caso y lamentablemente son más bien medidas provisionales y no cautelares). Desde la formalización el Juez quedará al frente de la solicitud de aportación de pruebas que realicen las partes.

A partir de la formalización la investigación no podrá extenderse por más de un año.

#### E) POSTERIOR DESARROLLO

Formulada al fin de la investigación una acusación por el Fiscal y la contestación por la Defensa, el juez citará a una audiencia en la que en lo esencial cada parte enunciará la prueba que presentará en el posterior juicio oral, rechazándose la inadmisibles, impertinente, sobreabundante, dilatoria o ilegal, y finalizando esta etapa con el “auto de apertura a juicio oral”.

Ya ante el nuevo juez que intervendrá en esta etapa de Juicio Oral donde se celebrarán audiencias continuas, en la primera de ellas el Fiscal hará su alegato de apertura a lo que seguirá el co-

rrespondiente a la Defensa. Se recibe luego la prueba, no siendo válida la recogida durante la indagatoria preliminar ni durante la investigación judicial de la etapa de formalización (salvo alguna excepción), debiendo por lo tanto realizarse el diligenciamiento de todas las pruebas en esta nueva etapa de juicio oral.

Concluido ello el juez dará la palabra al Fiscal, al abogado de la supuesta víctima si hubiere comparecido y a la Defensa, y a continuación el juez deberá dictar sentencia, la que naturalmente es susceptible de apelación e incluso de impugnación mediante el recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia.

#### F) PROCESO ABREVIADO, PROCESO SIMPLIFICADO Y ACUERDOS REPARATORIOS

En ciertos supuestos requeridos por el Código (como por ejemplo que la pena mínima no sea superior a cuatro años de penitenciaría o que no se trate de ciertos delitos graves o con determinadas agravantes especiales), las partes pueden llegar durante la etapa de formalización a un acuerdo, donde el imputado reconocerá su delito y se puede acordar con el Fiscal una pena hasta un tercio inferior a la que normalmente correspondería (siempre que no sea inferior al mínimo previsto para el delito). En lo hechos más de las tres cuartas partes de los procesos penales concluyen actualmente con el formato de este llamado “proceso abreviado”

También está prevista en el Código la tramitación de un “proceso simplificado”, que tiene lugar cuando el Fiscal solicita su tramitación durante la etapa de la “formalización”, proceso que básicamente es una simplificación del juicio oral.

Finalmente y además naturalmente del proceso por “faltas penales” y la regulación de la “etapa de ejecución” de las condenas (incluyendo la libertad a prueba y la libertad anticipada en distintos supuestos), el Código prevé los llamados “acuerdos reparatorios” (materiales o simbólicos) que en casos de poca entidad penal pueden suscribir el imputado y la víctima y que ponen fin al proceso penal.



#### IV. CONCLUSIONES

Concluyendo, el Código del Proceso Penal vigente en Uruguay recoge un sistema procesal acusatorio moderno y compatible.

Empero, la redacción original del Código y sus múltiples reformas en tan poco tiempo de vigencia, además de algunos vacíos e incluso contradicciones existentes en su texto y de alguna solución menor inconveniente, conducen a considerar la necesidad de volver a redactarlo, naturalmente que sin modificar las líneas generales del nuevo sistema legislado.

## Repercusiones del derecho a la reparación integral en el proyecto de vida de las víctimas, análisis a la luz de la dignidad humana

### Repercussions of the right to reparation on the life project of the victims, review of the principle of human dignity

Gibely TRIVIÑO RODRÍGUEZ\*

**RESUMEN:** Este trabajo analiza el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la reparación integral de las víctimas de violaciones de derechos humanos. En este sentido, este artículo tiene como objetivo demostrar que el incompleto cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos representa una violación a los derechos mencionados y a su vez imposibilita a las víctimas reconstruir su proyecto de vida. Para el efecto, se han considerado los aportes que la doctrina y la jurisprudencia interamericana ha realizado sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la reparación integral, analizando su desarrollo en el SIDH. Finalmente, se analizan las repercusiones de la vulneración al derecho a la reparación integral en los proyectos de vida de las

---

\* Abogada Magíster en Derechos Humanos (Universidad Andina Simón Bolívar); Especialista Superior en Derechos Humanos (Universidad Andina Simón Bolívar); Abogada de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador (Universidad Central del Ecuador); Abogada analista de la Dirección de Derechos Humanos de la Fiscalía General del Estado; Investigadora y autora de artículos de revista sobre temas de su especialidad. Contacto: <[gibelytrivino@gmail.com](mailto:gibelytrivino@gmail.com)>. ORCID: 0000-0001-5012-4704. Fecha de recepción: 24/09/2023. Fecha de aprobación: 13/10/2023.

víctimas, a la luz de los elementos de la dignidad humana (vivir bien, vivir como se quiere y vivir libre de humillaciones).

**PALABRAS CLAVES:** Corte Interamericana de Derechos Humanos; Reparación integral; Tutela judicial efectiva; Proyecto de vida; Cumplimiento de sentencias.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the repercussions of the incomplete execution of IACHR judgments on the exercise of the rights to effective judicial protection and integral reparation in victims of human rights violations. In this sense, this article aims to demonstrate that incomplete compliance of judgments represent a violation of the aforementioned rights and, in turn, makes it impossible for victims to rebuild their life projects. For this purpose, the contributions made by doctrine and interamerican jurisprudence on the rights to effective judicial protection, as well as in the ISHR, have been considered. Finally, the repercussions of the violation of the right to integral reparation on the victims' life projects are analyzed in light of the elements of human dignity (living well, living as one wishes and living free from humiliation).

**KEYWORD:** Inter-American Court of Human Rights; Integral reparation; Effective judicial protection; Life project; Enforcement of sentences.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde el año 1998 hasta agosto del año 2023, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha condenado en 42 ocasiones al Estado ecuatoriano por violaciones a derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y otros instrumentos interamericanos de derechos humanos. El presente estudio analiza los derechos a la tutela judicial efectiva y a la reparación integral y sus repercusiones en el proyecto de vida de las víctimas a la luz de la dignidad humana.

En este artículo se desarrolla el marco conceptual y de jurisprudencial sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la reparación integral. En este sentido, se exponen las definiciones doctrinales, el contenido y componentes de estos derechos. Posteriormente, en una segunda sección se analiza las repercusiones que representa el incompleto incumplimiento de las medidas de reparación en el proyecto de vida de las víctimas de vulneraciones los derechos humanos.

Se consideran para este análisis el estudio doctrinal y jurisprudencial mencionado, así como, entrevistas realizadas a abogados litigantes en el SIDH, quienes brindan su impresión sobre los elementos que obstaculizan la ejecución de las sentencias de la Corte IDH en Ecuador y el impacto del incumplimiento en las víctimas de vulneraciones de derechos humanos.

## II. ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A LA REPARACIÓN INTEGRAL

El derecho a la tutela judicial efectiva es considerado un derecho complejo que posibilita la plena vigencia y efectividad de otros

derechos.<sup>1</sup> Su contenido esencial puede desagregarse en tres derechos fundamentales: el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a una sentencia motivada congruente y fundada en Derecho, y el cumplimiento de la decisión.<sup>2</sup>

Se observa que en la doctrina hay coincidencia en que el elemento de ejecución es uno de los elementos centrales del derecho a la tutela judicial efectiva del que deriva, precisamente, su *efectividad*.<sup>3</sup> En palabras de Pablo Cruz, la tutela judicial “[no] será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple, se cumple mal o en forma tardía”.<sup>4</sup> Es decir, la ejecución no solo es una fase de la sentencia que brinda certeza y seguridad respecto de la actuación de la administración de justicia, sino que es un

---

<sup>1</sup> OBANDO, Víctor, “El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva del proceso civil: nuevas tendencias”, en *Proceso y Constitución*, Lima, Ara Editores, 2011, p. 152; RÚA, John, “La tutela judicial efectiva”, Bogotá, Leyer Editorial, 2002, pp. 43-104; HERNÁNDEZ, Miguel, “La Tutela Judicial Efectiva como instrumento esencial de la democracia”, Guayaquil, Offset Graba, 2005, p. 29; GONZÁLEZ, Jesús, “El derecho a la tutela jurisdiccional”, Madrid, Civitas Ediciones, 2001, p. 37; BORDALÍ, Andrés, “Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista Chilena de Derecho* 38 núm. 2, 2011, p. 335; PEITEADO, Pilar, “Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria”, *Estudios de Deusto* núm. 2, 2018, pp. 290-291, DOI: <[https://doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp283-322](https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp283-322)> (10 de febrero de 2023).

<sup>2</sup> CUBILLO, Ignacio, “El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional”, *Estudios de Deusto* núm. 2, 2018, p. 355, DOI: <[https://doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp347-372](https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp347-372)> (20 de octubre de 2022).

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 356.

<sup>4</sup> CRUZ, Pablo, “La tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al acceso al contencioso administrativo anulatorio”, *Cuadernos del Claeh* 37 núm. 108, 2018, p. 308, DOI: <<https://doi.org/10.29192/CLAEH.37.2.15>> (06 de mayo de 2023).

elemento que posee un impacto relevante en el ejercicio concreto de los derechos humanos.

Por otro lado, el derecho a la reparación integral se ha construido como un derecho de las víctimas de vulneraciones de derechos humanos, cuyo objeto reside en “restituir los derechos y mejorar la situación de las víctimas, así como promover reformas legales o institucionales que impidan la repetición de las violaciones”.<sup>5</sup> El derecho a la reparación integral tiene como finalidad devolver la dignidad de las víctimas y sus familias, prevenir las causas para que no se repitan, reconstruir los lazos familiares y vecinales, proporcionar seguridad y confianza, restablecer la conciencia moral de la sociedad y rehacer los proyectos de vida individuales y colectivos.<sup>6</sup> En otras palabras, este derecho consta tanto de una dimensión individual (persigue restituir la dignidad de las víctimas de derechos humanos), como colectiva, pues también se orienta al restablecimiento del derecho conculcado y al aseguramiento de la no repetición de violaciones de derechos humanos a través de acciones correctivas y preventivas a nivel estatal cuyo efecto excede a las víctimas directas.

En algunas definiciones doctrinales y en la jurisprudencia *inicial* de la Corte IDH<sup>7</sup> se interpretó que la reparación integral refería a volver las cosas al estado anterior o previo a los hechos que violaron los derechos humanos. Sin embargo, esta postura ha

---

<sup>5</sup> BERISTAIN, Carlos, “Diálogos sobre la reparación: qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos”, *Serie Justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad* 10, Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, p. 173.

<sup>6</sup> BERISTAIN, Carlos, “Justicia y Reconciliación: El papel de la verdad y la justicia en la reconstrucción de sociedades fracturadas por la violencia”, *Cuadernos de Trabajo de Hegoa*, núm. 27, 2000, p. 28.

<sup>7</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 21 de julio de 1989 (Sentencia de Fondo), párr. 26; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, 21 de julio de 1989 (Sentencia de Reparaciones y costas), párrs. 24 y 27.

sido cuestionada pues, “cuando la realidad de las víctimas estaba caracterizada por discriminación y exclusión social o política, la reparación no debe tratar de volver a una situación inicial, sino tener un enfoque centrado en la persona o comunidad y sus derechos que ayude a la transformación de la situación de exclusión en que se encontraba”.<sup>8</sup>

Se trata de reparación integral cuando se adoptan una serie de medidas de diferente índole para reparar los impactos al proyecto de vida y derechos de las víctimas. Por consiguiente, no se trata de un derecho exclusivamente civil, político ni social, ya que confluyen una serie de medidas de carácter judicial, económico y social que buscan devolver la dignidad a la persona. Así, las medidas de reparación están encaminadas a aliviar diferentes tipos de daños que han sufrido las víctimas; estas comprenden la restitución, compensación o indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

En el Sistema de Naciones Unidas donde se contemplan las siguientes formas de reparación: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.<sup>9</sup> En el mismo sentido, la Corte IDH ha establecido, a través de su jurisprudencia, mecanismos de reparación como: *restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, rehabilitación y la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de la violación.<sup>10</sup> Es importante señalar, que independientemente

---

<sup>8</sup> BERISTAIN, Carlos, *op. cit.*, p. 121.

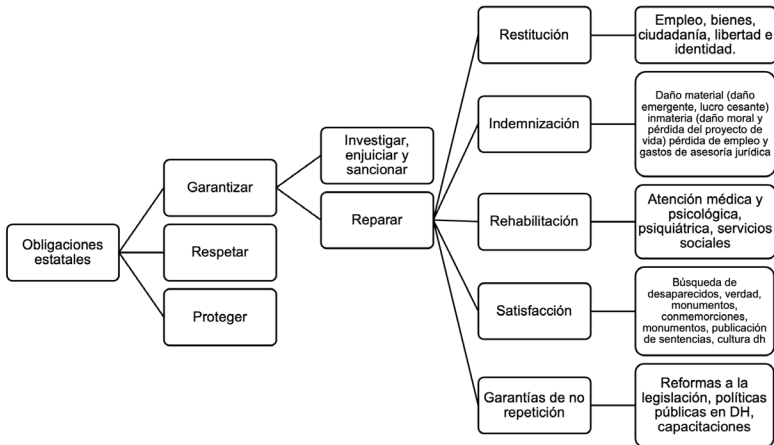
<sup>9</sup> ONU Asamblea General, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, 21 de marzo de 2006, párrs. 19-23, A/RES/60/147.

<sup>10</sup> Corte IDH, *Campo algodonero vs. México*, 16 de noviembre de 2009, (Sentencia de Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párrs. 446-596; Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, 27 de noviembre de 1998, (Sentencia de Reparaciones y Costas)”, párr. 85.

de las medidas que se adopten, es importante que todas estas sean cumplidas de manera integral y coherente con el fin de restituir los derechos y devolver la dignidad a las víctimas.

A continuación en la Figura 1, se detallan los tipos de medidas de reparación que ha establecido la doctrina y la jurisprudencia de la Corte IDH y las acciones específicas que el Estado está obligado a ejecutar en cada tipo de medida.

Figura 1



*Tipos de medidas contempladas en el derecho a la reparación integral*

*Fuente: María León, 2020*

*Elaboración: María León, 2020*



El derecho a la reparación integral deriva de la obligación del Estado de garantizar<sup>11</sup> los derechos humanos. Dicha obligación constituye una de las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, aplicable por lo tanto a todos los derechos que estos se han comprometido a respetar. De igual forma, de la obligación de garantía también se desprende la responsabilidad estatal de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos, estrechamente vinculada al derecho a la reparación.

Sobre el contenido de la reparación integral, está constituido por diferentes tipos de medidas que buscan la restitución del derecho violado, o cuando este no sea posible, devolver la dignidad a las víctimas, recuperar su proyecto de vida o desarrollar un nuevo.

En síntesis, la reparación integral a la luz del principio de interdependencia e indivisibilidad, propia de los derechos humanos se presenta como un derecho que comprende reparaciones simbólicas, reparaciones en salud, reparaciones en educación, restitución de derechos ciudadanos, reparaciones económicas y reparaciones colectivas para su satisfacción. Por esta razón, el proceso de reparación integral no debe ser visto como una formalidad que el Estado se encuentra obligado a cumplir, sino como una oportunidad para restablecer la confianza en el Estado como protector

---

<sup>11</sup> “Esta obligación es de naturaleza positiva. Requiere que los Estados partes adopten medidas afirmativas, de índole judicial, legislativa y ejecutiva [...] Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”. Ver: MELISH, Tara, “Estableciendo la responsabilidad del Estado: el deber de respetar, el deber de garantizar y el principio de progresividad” en *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*. Quito, CDES, 2003, p. 177; Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 21 de julio de 1989 (Sentencia de Fondo), párr. 166.

y garante de derechos y reconstruir el tejido social que se ha roto producto de la violación de derechos humanos. De ahí que sea importante determinar la composición y naturaleza jurídica de la reparación integral y la tutela judicial efectiva a partir de un análisis del marco de protección, con el fin de conocer los estándares establecidos por la legislación y la jurisprudencia sobre estos derechos.

### III. JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA SOBRE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA REPARACIÓN INTEGRAL

Respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, la Corte IDH ha mencionado que esta requiere que los jueces guíen el proceso de tal modo que se eviten dilaciones innecesarias que conlleven la impunidad.<sup>12</sup> Otro requisito de la tutela judicial efectiva, de acuerdo a la Corte IDH, consiste en la adopción de procedimientos judiciales accesibles, esto es “sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral”.<sup>13</sup> En la misma línea que otros autores, la Corte IDH ha reiterado que la inadecuada ejecución de una sentencia tiene relación directa con el derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>14</sup> Por lo tanto, los parámetros establecidos por la Corte IDH respecto al derecho a la tutela judicial efectiva no difieren de los referidos al inicio de este trabajo.

Cabe mencionar que, la jurisprudencia de la Corte IDH es uno de los referentes más altos en materia de reparación integral, en comparación con otros sistemas regionales de protección de

---

<sup>12</sup> Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*, 18 de septiembre de 2003 (Sentencia de Fondo, reparaciones y costas), párr. 115.

<sup>13</sup> Corte IDH, *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*, 5 de julio de 2011, (Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 106.

<sup>14</sup> *Ibidem.*, párr. 84.

derechos humanos. Como se ha mencionado anteriormente, la Corte IDH ha reconocido en su jurisprudencia amplias medidas de reparación que buscan devolver la dignidad a las víctimas. Estas medidas consisten en la *restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, rehabilitación y la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de la violación.<sup>15</sup> Sin embargo, las referidas no fueron siempre parte de las medidas de reparación dispuestas por la Corte IDH, ya que en un inicio su jurisprudencia se enfocó en el carácter económico de las reparaciones.

El derecho a la reparación integral ha tenido un desarrollo importante en la jurisprudencia de la Corte IDH, este ha pasado de ser una indemnización de carácter económico a tener un enfoque más holístico en el que se incluyen otras medidas de reparación y el derecho a la verdad. En la primera sentencia de la Corte IDH, el caso Velásquez Rodríguez, se consideró procedente acordar “una justa indemnización” a las víctimas para compensar los daños que la violación ha causado,<sup>16</sup> lo cual denota un enfoque estrictamente económico.

Posteriormente, el sentido de la reparación cambia, en sentencias como Loayza Tamayo y Gutiérrez Soler, la Corte IDH reconoció el daño al proyecto de vida, el cual “exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición que van más allá de la esfera económica”.<sup>17</sup> Asimismo, en el caso Comunidad Moiwana la Corte IDH fortalece el contenido del derecho a la reparación integral al incorporar el derecho a la verdad como un medio importante de

---

<sup>15</sup> Corte IDH, *Campo algodónero vs. México*, 16 de noviembre de 2009, párrs. 446 – 596; Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, 27 de noviembre de 1998, párr. 85; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, 21 de julio de 1989, párrs. 24 y 27.

<sup>16</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 189.

<sup>17</sup> Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, 12 de septiembre de 2005, (Sentencia Fondo, reparaciones y costas), párr. 89.

reparación.<sup>18</sup> De lo mencionado, es posible inferir que el derecho a la reparación ha dado pasos importantes, ampliando su contenido hasta establecer su naturaleza integral, esta evolución ha derivado en la incorporación de medidas de satisfacción, garantías de no repetición y el derecho a la verdad como elementos que forman parte de la reparación.

En este sentido, el reconocimiento de otras dimensiones del derecho a la reparación integral implica mayores obligaciones para los Estados, pues precisan adaptar su legislación y la institucionalidad a las nuevas exigencias que conlleva el avance del derecho a la reparación integral. De esta forma, el Estado no solo tiene la obligación de devolver a la persona a la situación donde estaba antes de la violación, sino que además está en el deber de corregir el contexto económico, social, político, cultural, o cualquier otro que haya hecho posible la violación.

#### IV. MARCO DE PROTECCIÓN ECUATORIANO

En el ámbito nacional, el artículo 11 numeral 9 de la Constitución determina que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos, en consecuencia, reparará las violaciones a los derechos ocasionados por la deficiente prestación de servicios públicos o por las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.<sup>19</sup> En este sentido, el artículo 78 de la norma constitucional prevé el derecho de reparación integral para las víctimas, que integrará mecanismos para el conocimiento de la verdad, restitución, indemnización, rehabilitación, garantía

---

<sup>18</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname*, 15 de junio de 2005, (Sentencia Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 204.

<sup>19</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.9.

de no repetición y satisfacción.<sup>20</sup> En este orden de ideas, el artículo 86 sobre las garantías jurisdiccionales, señala en su numeral 3 que, al haberse constatado la vulneración de derechos, la jueza o juez deberá ordenar la reparación integral, especificar las medidas y las circunstancias en que estas deben cumplirse.<sup>21</sup> De lo expuesto se infiere que el derecho a la reparación integral, de acuerdo a la Constitución, va más allá de la indemnización económica y que dicha integralidad implica reparar todos los ámbitos que fueron afectados.

Por su parte, el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) contempla el derecho a la reparación integral por el daño material e inmaterial. De acuerdo a este artículo la reparación tendrá por finalidad garantizar el goce del derecho violado y restablecer los derechos a la situación anterior a su vulneración. En este sentido, el artículo contempla medidas de reparación que dan cuenta de la integralidad de la reparación, a saber: la restitución del derecho, indemnización económica, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición, la obligación de investigar y sancionas a los responsables, medidas de reconocimiento y prestación de servicios públicos como la salud.<sup>22</sup>

Por otro lado, en el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), se establecen como mecanismos de reparación los siguientes: la restitución del derecho, rehabilitación, indemnización por daños materiales e inmateriales, medidas de satisfacción o simbólicas y garantías de no repetición.<sup>23</sup> De lo expuesto sobre este derecho en la normativa ecuatoriana, se desprende el reconocimiento de un marco ampliamente garantista en materia de repa-

---

<sup>20</sup> *Ibidem.*, art. 78.

<sup>21</sup> *Ibidem.*, art. 86, núm. 3.

<sup>22</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52 de 22 de octubre de 2009, art. 18.

<sup>23</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014, art. 78.

ración integral, coherente además con los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en el ámbito del SIDH.

Respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, el artículo 75 de la Constitución reconoce el derecho al acceso gratuito a la justicia, a no quedar en indefensión y el cumplimiento de las sentencias. De lo mencionado se infiere que este artículo recoge los elementos que componen el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. En cuanto a la ejecución de las sentencias internacionales de derechos humanos, el Decreto Ejecutivo 560 de 13 de diciembre de 2018, le confiere a la Secretaría de Derechos Humanos la facultad de coordinar “la ejecución de sentencias, medidas cautelares, medidas provisionales, acuerdos amistosos, recomendaciones, y resoluciones originados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos [...]” (Decreto Ejecutivo 560, art. 2).<sup>24</sup> Al respecto, cabe cuestionarse la función que se le ha otorgado a la Secretaría de Derechos Humanos, ya que esta no tiene naturaleza jurisdiccional sino más bien administrativa, por tanto, carece del poder de coerción y ejecución propios de la jurisdicción. De esto se infiere que la Secretaría de Derechos Humanos no tiene el poder de obligar jurídicamente al Estado ecuatoriano cumplir las sentencias del SIDH a través de las instituciones correspondientes.

Desde una perspectiva de derechos humanos, el deber de investigar y sancionar a los responsables, debe competerle a un órgano de la administración de justicia independiente y con capacidad de coerción con el fin de que ejerza, junto a otros órganos de la administración pública, la tarea de cumplir con las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos. Por lo expuesto, se infiere que la Corte Constitucional es el órgano con competencia para solventar las exigencias que se presentan en el cumplimiento de las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos.

---

<sup>24</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 560*, Registro Oficial 387, Suplemento, 13 de diciembre de 2018, art. 2.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha reconocido a la reparación integral como un derecho constitucional y un principio orientador para reparar las consecuencias de violaciones a los derechos.<sup>25</sup> Este organismo en su decisión 146-14-SEP-CC estableció que la reparación integral tiene por objeto que las personas gocen y disfruten del derecho que les fue privado de tal forma que se repare la situación que vulnera los derechos.<sup>26</sup> Es decir, la reparación integral se constituye en una condición obligatoria para el ejercicio de los derechos, para que estos sean justiciables y no meramente programáticos.<sup>27</sup> En otras palabras, la Corte Constitucional reconoce a la reparación integral como un derecho constitucional que busca garantizar el goce de los derechos que han sido conculcados, para el efecto, es necesario que las medidas de reparación dispuestas en la sentencia se cumplan de forma cabal y expedita.

En este sentido, la Corte ha mencionado que en función de la naturaleza interdependiente de los derechos, la reparación debe resarcir los daños causados de forma integral,<sup>28</sup> por ello este derecho requiere que los jueces traten a la persona como un todo, de tal forma que se restablezca la situación de la víctima.<sup>29</sup> En consonancia con el artículo 18 de la LOGJCC, la Corte Constitucional

---

<sup>25</sup> Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 036-15-SIS-CC” en el *Caso 0034-12-IS*, 13 de mayo de 2015, p. 8; Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 043-15-SIS-CC” en el *Caso 0115-11-IS*, 24 de junio de 2015, p. 10.

<sup>26</sup> Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 146-14-SEP-CC” en el *Caso 1773-11-EP*, 01 de octubre de 2014, p. 49.

<sup>27</sup> Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 0015-09-SIS-CC” en el *Caso 0027-09-IS*, 24 de noviembre de 2009, p. 8; Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 0015-10-SIS-CC” en el *Caso 0034-09-IS*, 23 de septiembre de 2010, p. 10.

<sup>28</sup> Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 004-13-SAN-CC” en el *Caso 0015-10-AN*, 13 de junio de 2013, p. 24.

<sup>29</sup> Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 0024-14-SIS-CC” en el *Caso 0023-12-IS*, 22 de octubre de 2014, p. 6.

ha enfatizado, en varias decisiones, el carácter integral de la reparación y reconocido los siguientes tipos de medidas: restitución, compensación económica, rehabilitación, disculpas públicas y garantías de que el hecho no se repita.<sup>30</sup>

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en afirmar que el incumplimiento de las decisiones judiciales o el cumplimiento extemporáneo de estas puede acarrear violaciones al derecho a la reparación integral, de ahí que la comunión entre reparación y cumplimiento posibilita que una sentencia configure un acto de justicia eficaz.<sup>31</sup> Por lo expuesto, es preciso que la reparación sea eficaz, eficiente, rápida, proporcional y suficiente.<sup>32</sup> En síntesis, la Corte ha establecido un nexo entre el derecho a la reparación integral y la ejecución de sentencias, elemento último del derecho a la tutela judicial efectiva.

Respecto a la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional ha reiterado en sus precedentes que es un derecho compuesto por tres supuestos específicos: i) el acceso a la administración de justicia; ii) la observancia de la debida diligencia; y iii) la ejecución de la decisión.<sup>33</sup> Estos tres elementos precisan ser observados por los

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 146-14-SEP-CC” en el *Caso 1773-11-EP*, 01 de octubre de 2014, p. 52-54; Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 904-12-JP/19” en el *Caso 904-12-JP*, 13 de diciembre de 2019, p. 17; Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 004-13-SAN-CC” en el *Caso 0015-10-AN*, 13 de junio de 2013, p. 24.

<sup>31</sup> Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 009-14-SIS-CC” en el *Caso 0081-11-IS*, 29 de enero de 2014, p. 10-11; Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 018-10-SIS-CC” en el *Caso 0040-09-IS y 0010-10-IS acumulados*, 23 de septiembre de 2010, p. 12.

<sup>32</sup> Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia 0012-09-SIS-CC” en el *Caso 0007-09-IS*, 08 de octubre de 2009, p. 49.

<sup>33</sup> Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia” en el *Caso 1142-12-EP*, 02 de junio de 2020, p. 8; Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia” en el *Caso 935-13-EP*, 07 de noviembre de 2019, p. 10; Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia” en el *Caso 2037-13-EP*, 19 de mayo de 2020, p. 5.



órganos jurisdiccionales, a efectos de garantizar una adecuada y eficaz protección de los derechos e intereses de las partes. Adicionalmente, la Corte ha recalcado que la tutela judicial efectiva no implica la obtención favorable de las pretensiones del accionante, sino que el juez constitucional deberá analizar sus pretensiones y emitir una decisión motivada que puede ser o no favorable al mismo.<sup>34</sup>

En este orden de ideas, en la decisión 2037-13-EP/20, la Corte vinculó el derecho a la tutela judicial efectiva al ejercicio y garantía de los demás derechos constitucionales, específicamente con el derecho al debido proceso en la garantía de motivación.<sup>35</sup> A estos se debe sumar el derecho a la reparación integral, como se ha mencionado anteriormente. De este modo, la tutela judicial efectiva es un derecho cuyo ejercicio depende de la administración de justicia ya que, los jueces como garantes de la tutela judicial efectiva deben realizar todas las acciones conducentes a garantizar el acceso material y formal a la justicia, la debida diligencia y la ejecución integral de la sentencia.

A modo de síntesis, se definió la tutela judicial efectiva como un derecho que a su vez implica otros como el acceso a la justicia, el debido proceso y la ejecución de la sentencia. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales son los encargados de garantizar este derecho a través de su debida diligencia en la sustanciación de las causas. Cabe mencionar, que existe unanimidad por parte de la doctrina, la jurisprudencia de la Corte IDH y la Corte Constitucional respecto a los referidos elementos que conforman este derecho. Por otro lado, respecto al derecho a la reparación integral, esta tiene por objeto resarcir los daños producto de un hecho violatorio. Cabe mencionar que, en virtud de la interdependencia de los derechos, se utilizan distintas medidas de reparación que abarcan varios aspectos de la vida humana, con la finalidad de

---

<sup>34</sup> Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia” en el *Caso 2037-13-EP/20*, 19 de mayo de 2020, p. 6.

<sup>35</sup> *Ibidem.*, p. 5.

devolver la dignidad a las víctimas y reparar las consecuencias de forma holística. En definitiva, el último elemento del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, la ejecución de las sentencias comporta un requisito indispensable para la reparación integral, por esta razón dicho cumplimiento debe realizarse de manera efectiva, expedita e integral.

## V. REPERCUSIONES DE LA REPARACIÓN INTEGRAL EN EL PROYECTO DE VIDA. IMPACTOS EN LAS VÍCTIMAS DE LOS CASOS DE ANÁLISIS

Beristain ha señalado que el incumplimiento de las sentencias o recomendaciones del SIDH produce algunos efectos en las víctimas, entre ellos: sobrecarga de actuaciones, deslegitima el sentido de la reparación, imposibilita el cierre psicológico del proceso, aumenta la ansiedad, preocupación y frustración, vivencia de engaño, desesperanza e impacto en la valoración del SIDH.<sup>36</sup> Por lo expuesto, se colige que “si la reparación se realiza como una mera formalidad, si es tardía o inadecuada, es posible que no sea eficaz y que la mayoría de las personas continúen bajo las secuelas de las violaciones iniciales”.<sup>37</sup> Es decir, un deficiente cumplimiento de sentencia y a su vez la falta de reparación integral, perpetúa la situación de desigualdad, discriminación o abuso del poder que dio lugar a la violación inicial. De ahí que, el incumplimiento coloca a las víctimas en situación de indefensión, les impide cerrar el ciclo de violencia que enfrentaron y, en consecuencia, construir un nuevo proyecto de vida.

En este sentido, los impactos de la inadecuada reparación integral en las víctimas consisten en traumas, miedo y dolor a pe-

<sup>36</sup> BERISTAIN, Carlos, *op. cit.*, p. 53-55.

<sup>37</sup> TAPIAS, Ángela, *et al.*, ¿Reparación o revictimización?: cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Estado colombiano. Bogotá, Ediciones USTA, 2016, p. 49.

sar del tiempo transcurrido,<sup>38</sup> estos impactos no solo involucran a la persona afectada sino también a su núcleo familiar.<sup>39</sup> De igual forma, cuando el Estado ecuatoriano no satisface la medida de investigar y sancionar, ocurre que las víctimas y los familiares no logran entender por qué el Estado protege a los perpetradores, no asimilan lo que les sucedió y llevan consigo la exigencia al Estado para que satisfaga el derecho a la verdad. De lo mencionado, se puede destacar la importancia de que la reparación sea integral, ya que las personas dentro de un mismo cuerpo, estamos conformados por sentimientos, creencias espirituales, religiosas,<sup>40</sup> con ideas y demás elementos que deben ser reparados en su totalidad.

Por otra parte, es posible que, aunque haya víctimas que sientan el proceso de exigibilidad de las medidas de reparación como algo sanador y reivindicatorio de sus derechos, otras pueden sentir frustración al encontrarse con instituciones poco eficaces para dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH. Por consiguiente, el modo en que se lleve a cabo la ejecución de la sentencia podría ocasionar *victimización secundaria* en las personas que acuden a distintas instituciones públicas a exigir dicho cumplimiento. En este contexto, la victimización secundaria consiste en falta de comprensión o ayuda institucional, respuestas ambivalentes del sistema institucional, reacciones de funcionarios verbales o no verbales, retraumatización o revictimización. De esta forma, las personas podrían ser victimizadas al encontrarse con una institucionalidad con un enfoque asistencialista que ve a los sujetos de derechos como sujetos pasivos, sin derecho a reclamar o exigir, como personas que deben conformarse con la atención deficiente del sistema.

Todas estas situaciones que se pueden dar a causa de un mal manejo del cumplimiento de la sentencia, lejos de ser reparatoras

---

<sup>38</sup> DUQUE, César, Entrevistado por la autora, 24 de agosto de 2020.

<sup>39</sup> ERAZO, Michelle, Entrevistada por la autora, 16 de agosto de 2020.

<sup>40</sup> ESPINEL, María Verónica, Entrevistada por la autora, 20 de agosto de 2020.

para las víctimas, pueden acentuar la victimización primaria que sufrieron. Por ello, es preciso que en el proceso de ejecución de las sentencias de la Corte IDH se tomen acciones para disminuir la victimización secundaria en el sistema de justicia y en todas las instituciones que prestan algún tipo de servicio. Para el efecto, cabe considerar que “la victimización secundaria disminuye cuando la Víctima no es olvidada, es debidamente informada e invitada a participar del proceso de la mano de personal capacitado”<sup>41</sup>

Para sintetizar, generalmente los impactos del incumplimiento o de la impunidad pueden consistir en afectaciones psicosociales negativas como vivencia del engaño, frustración, ansiedad, victimización secundaria, reafirmarse como víctima y miedo. Sin embargo, en algunos casos las personas suelen tomar otra postura y auto identificarse como luchadoras y dejar atrás su papel de víctimas y hacer de la búsqueda de justicia su forma de vida.

A efectos de analizar las repercusiones en el proyecto de vida es menester realizar una valoración conceptual y jurisprudencial de lo que representa el proyecto de vida en las personas. Cabe mencionar, que como consecuencia de una grave violación a los derechos humanos es imposible recuperar el antiguo proyecto de vida, sin embargo, las víctimas pueden reestructurar o crear un nuevo plan de vida a partir de las circunstancias en las que se encuentre luego de la violación.<sup>42</sup> En este sentido, el proyecto de vida está relacionado a la idea de temporalidad y libertad del ser humano, pues este por ser libre y temporal “no podría existir sin decidir ser lo que pretende ser, es decir, sin proyectar”.<sup>43</sup> Por consiguiente, una vez que se elige un proyecto de vida se realizan todas

---

<sup>41</sup> MUÑIZ, Gabriela, “¿Hasta dónde se escucha la voz de la víctima?: La victimización secundaria” en *Victimología 16: prevenir factores de victimización*, Córdoba, Editorial Bruja, 2016, p. 162.

<sup>42</sup> MELO, Mario, Entrevistado por la autora, 14 de agosto de 2020.

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ, Carlos, “Daño al proyecto de vida”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 50, 1996, p. 81, <<https://doi.org/10.18800/derechopu-cp.199601.003>> (03 de agosto de 2023).

las acciones conducentes a concretarlo y alcanzarlo por todos los medios posibles,<sup>44</sup> lo cual conforma el punto de referencia en la vida de toda persona.

Si bien la libertad es un elemento importante en la elaboración del proyecto de vida es preciso acotar, que no basta con realizarlo de forma libre sino también digna. Esto implica mucho más que poder decidir, pues requiere medios materiales de subsistencia necesarios para ejecutar ese proyecto de vida. De acuerdo a la Corte Constitucional colombiana, la dignidad humana consiste en vivir como se quiere, vivir bien y vivir libre de humillaciones.<sup>45</sup> Esto quiere decir, que el proyecto de vida que elija la persona debe permitirle su realización personal (vivir como se quiere), con condiciones materiales que hagan posible ese propósito de vida (vivir bien) y que garanticen la integridad física y moral de la persona (vivir libre de humillaciones).<sup>46</sup> Precisamente, esta forma holística de ver la dignidad permite inferir, que en el caso de las personas que han sufrido graves violaciones a los derechos humanos, es preciso una reparación integral que resarza todos los aspectos del proyecto de vida, desde el económico hasta el inmaterial.

En la Tabla 1 se explica cada aspecto de la dignidad humana que sería satisfecho con las distintas medidas de reparación:

Tabla 1. Relación entre la reparación integral y la dignidad humana

Medida de reparación	Ámbito de la dignidad humana
Medidas de restitución	Vivir como se quiere
Indemnizaciones compensatorias	Vivir bien

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>45</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia T-881/02”, en *Expediente 542060*, 2002, p. 1.

<sup>46</sup> *Idem*.

Garantías de no repetición	Vivir libre de humillaciones
Investigación, enjuiciamiento y sanción a los responsables	
Medidas de satisfacción	

Fuente y elaboración propia, 2023

De lo expuesto se colige que, así como la dignidad no es tal sin alguno de sus tres componentes, la reparación integral estaría inacabada si no se cumpliera alguna de las medidas de reparación dispuestas. Además, cada medida de reparación se asimila a un elemento de la dignidad, de esta forma, con las medidas de restitución se hace posible que la persona se sitúe en el lugar donde estaba antes de la violación a sus derechos humanos (vivir como quiera). De igual forma, mediante las indemnizaciones compensatorias la persona pueda enmendar las pérdidas económicas que le ocasionó la violación a los derechos humanos, así como, tener medios materiales de subsistencia (vivir bien). Y finalmente, mediante las garantías de no repetición, investigación, sanción a los responsables y medidas de satisfacción, se corrija la situación de desigualdad o discriminación que hicieron posible la violación, se haga justicia y se repare el daño moral sufrido (vivir libre de humillaciones).

Por consiguiente, “la dignidad humana como el fundamento de la libertad personal [...] se concreta en la posibilidad de elegir el propio destino”.<sup>47</sup> Por esta razón, ambos principios, la libertad y la dignidad humana, deben ser tomados en cuenta para la reconstrucción de un plan de vida a través de la reparación integral. Sin embargo, es precisamente esta capacidad de decidir, entendida como libertad positiva de forjar un nuevo plan de vida digno, la que se coarta con la incompleta ejecución de la sentencia de la Corte IDH.

Por lo expuesto, se concluye que el daño al proyecto de vida genera un colapso que limita la libertad y frustra a la persona,

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 18.

provocando un vacío existencial que es el “resultado de la pérdida de sentido de la existencia humana como consecuencia de un daño a su proyecto de vida”.<sup>48</sup> En igual sentido, la Corte IDH ha considerado que el daño al proyecto de vida tiene una connotación, diferente al daño emergente y lucro cesante, toda vez que el plan de vida se encuentra relacionado al concepto de realización personal, nociones que poseen un “alto valor existencial”.<sup>49</sup> Por lo tanto, al ser el daño al proyecto de vida una afectación futura, la reparación integral debería incidir cambiando la situación actual de la persona de tal forma que se ubique temporal, espacial, material y emocionalmente en las condiciones en las que se había proyectado de no haber ocurrido la violación. De lo contrario, o si la reparación es inadecuada y mantiene el *statu quo* del momento de la violación, lo que ocurriría es que las consecuencias de la violación se prolongarían en el tiempo haciendo de la afectación al proyecto de vida un “daño continuado o sucesivo”.<sup>50</sup>

A partir de la información recopilada en las entrevistas, se verificó que, si bien resulta muy difícil que el plan de vida se retome, este sí puede reconstruirse o desarrollar uno nuevo o que tenga una orientación distinta. Pero, para que esto sea posible es necesario que la reparación integral sea adecuada, oportuna y otorgue a las víctimas los medios y condiciones necesarios para lograrlo.

## VI. CONCLUSIONES

El derecho a la tutela judicial efectiva se compone de tres elementos, el último de ellos consiste en la ejecución de la sentencia. En este último radica la *efectividad* de la tutela judicial, así como la realización material de los derechos y de las pretensiones de los

---

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ, Carlos, *op. cit.*, pp. 83-84.

<sup>49</sup> Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. 27 de noviembre de 1998, párr. 148.

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ, Carlos, *op. cit.*, p. 86.

justiciables. Consecuentemente, la incompleta ejecución de dichas sentencias vulnera el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y a la reparación integral. Cabe destacar que el cumplimiento no solo precisa ser total sino también expedito, pues difícil sería hablar de tutela judicial efectiva una vez transcurridos veinte años desde que se ha emitido una sentencia.

Asimismo, no se puede hablar de reparación integral si se cumple la indemnización económica en desmedro de las garantías de no repetición o de las medidas de satisfacción. Como se ha explicado, la reparación busca resarcir los derechos vulnerados y restituir la dignidad humana, para el efecto, requiere una amplitud de medidas que reparen las consecuencias económicas, sociales y psicológicas de la violación que permitan superar la situación de desigualdad, discriminación o abuso de poder en la que se encontraban y edificar un nuevo plan de vida. En consecuencia, la reparación integral tiene sentido solo de forma holística, no existe una medida de reparación que pueda ser considerada más importante que la otra. Por lo tanto, dicha reparación no puede ser monetizada o reducida a la esfera de la indemnización económica. En otras palabras, la complementariedad y coordinación entre las diferentes medidas de reparación es lo que le da real sentido a la reparación.

Por otro lado, de la investigación realizada se verificó que el incumplimiento de las sentencias, y en consecuencia la incompleta reparación integral, conlleva impactos psicosociales en las personas. Estas consecuencias son diferentes a los impactos generados por la primera violación de derechos humanos y consisten generalmente en frustración, ansiedad, impotencia, vivencia del engaño, imposibilidad del cierre psicológico del proceso, desconfianza en el sistema de justicia, desesperanza, perennizar su situación de víctimas, victimización secundaria, miedo y afectaciones al núcleo familiar. Sin embargo, puede darse el caso de que las víctimas afronten la situación de forma resiliente y hagan de aquella lucha una forma de vida. De esta forma, se sentirían personas ganadoras y no víctimas derrotadas que han seguido luchando



por justicia, a pesar del incumplimiento del Estado. Esa propia reafirmación como personas que reivindican sus derechos y que han sido capaces de llegar hasta la Corte IDH es en sí mismo un proceso reparador, en algunos casos.

Del análisis realizado, se ha verificado que si bien es muy difícil que las víctimas puedan retomar el plan de vida que tenían antes de la violación, aun cuando la reparación se realice de la manera más integral posible. Por ello, es probable que a partir de la violación reconstruyan un plan de vida diferente y proyectarse en un sentido distinto. Por lo tanto, las medidas de reparación deben coadyuvar en la reconstrucción de este nuevo plan de vida y devolver la dignidad a las personas. Pero, precisamente esta reconstrucción de un nuevo plan de vida es el que se ve imposibilitado con la inadecuada e incompleta reparación.

A partir de los resultados de este estudio, se considera preciso concientizar a las instituciones estatales encargadas de viabilizar el cumplimiento de las sentencias, así como a todo el servicio público respecto de la obligación del Estado de garantizar y restituir los derechos a través de la reparación. De igual forma, es necesario observar a la reparación de una manera holística y evitar subsumirla a la indemnización económica. Es decir, entender que la reparación se construye a partir de las necesidades presentes y reales de la víctima y que cada elemento es fundamental para la reconstrucción de un proyecto de vida digno.

## El genocidio político en Colombia: la construcción de un enemigo en el adversario político como antesala del exterminio

### Political genocide in Colombia: the construction of an enemy in the political adversary as a prelude to extermination

Juan Felipe CASTAÑEDA DURÁN\*

RESUMEN: Este artículo aborda la tesis de que la construcción del adversario político como enemigo es la antesala para la comisión de un genocidio político. A partir de la revisión de algunos conflictos armados vividos en Colombia se hace un análisis del papel de la construcción del contendiente político como enemigo como primera etapa en el proceso de realización de prácticas sociales genocidas. Posteriormente, se revisa el marco legal y jurisprudencial del tipo penal de genocidio político en Colombia y la posible aplicación del tipo penal de genocidio contra grupo nacional para los casos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 599 de 2000, por último, se razona sobre la persistencia de las prácticas de construcción de una alteridad negativa en el contendiente político y las consecuencias negativas que conlleva.

---

\* Abogado especialista en justicia transicional, víctimas y construcción de paz de la Universidad Nacional de Colombia. Integrante de la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ) y Representante Común de Víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en el Caso 01 “Toma de rehenes, graves privaciones de la libertad y otros crímenes concurrentes cometidos por las Farc-EP”. ORCID: 0000-0003-2777-2900. Contacto: <[juanfelipecd@gmail.com](mailto:juanfelipecd@gmail.com)>. Fecha de recepción: 12/07/2023. Fecha de aprobación: 06/11/2023.

**PALABRAS CLAVES:** genocidio político; prácticas sociales genocidas; alteridad negativa; conflicto armado colombiano; Unión Patriótica.

**ABSTRACT:** This article addresses the thesis that the construction of the political adversary as an enemy is the prelude to the commission of a political genocide. From the review of some armed conflicts experienced in Colombia, an analysis is made of the role of the construction of the political contender as an enemy as the first stage in the process of carrying out genocidal social practices. Subsequently, the legal and jurisprudential framework of the criminal offense of political genocide in Colombia is reviewed and the possible application of the criminal offense of genocide against a national group for cases prior to the entry into force of Law 599 of 2000, finally, it is reasoned about the persistence of the practices of construction of a negative alterity in the political contender and the negative consequences that it entails.

**KEYWORD:** political genocide; genocidal social practices; negative otherness; armed conflict in Colombia; Unión Patriótica.

## I. INTRODUCCIÓN

**E**l *genocidio político* es mucho más que un tipo penal: es una categoría construida para hacer frente a un fenómeno social que ha marcado de manera transversal la historia colombiana. A lo largo de la vida política colombiana, la destrucción de las identidades políticas no hegemónicas ha constituido un lamentable continuo que ha tenido su punto más álgido en el genocidio de la Unión Patriótica<sup>1</sup>, pero que parece continuar con la matanza de los excombatientes de la guerrilla de las FARC-EP<sup>2</sup>, desmovilizados gracias al Acuerdo Final de Paz firmado entre esa guerrilla y el gobierno nacional. En este marco, el presente artículo pretende brindar un análisis del genocidio político en la historia colombiana, para posteriormente mostrar la tipificación como delito de esta práctica social y su aplicación en la jurisprudencia colombiana; asimismo, se pretenden brindar herramientas para la aplicación de esta categoría incluso en los casos en los que nominalmente se ha considerado que no son aplicables por la vigencia tardía de este tipo penal en el ordenamiento jurídico colombiano. Para lo anterior, el presente documento se dividirá en los siguientes capítulos: en el primer capítulo, se hará un recuento de las identidades políticas en la cultura colombiana construidas a partir del antagonismo y la alterización negativa del adversario político; en el segundo, se hablará de la construcción de alteridades negativas y prácticas sociales genocidas en Colombia; en el tercero, se hablará del genocidio político en Colombia; en el cuarto se abordará la tesis del genocidio político como genocidio contra un grupo nacional, por último se brindará una reflexión final y las conclusiones.

---

<sup>1</sup> CEPEDA, Iván, “Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia”, *Revista Cetil*, vol. 1, núm. 2, 2006, pp. 101-112.

<sup>2</sup> VALENCIA AGUDELO, Germán Darío, “El asesinato de excombatientes en Colombia”, *Estudios Políticos*, núm. 60, 2021, pp. 10-25.

## II. ANTAGONISMOS IRRECONCILIABLES: LA IDENTIDAD POLÍTICA EN LA CULTURA COLOMBIANA Y LA CONSTRUCCIÓN DE ALTERIDADES NEGATIVAS EN EL ADVERSARIO POLÍTICO

La cultura política colombiana ha sido especialmente tendiente a la polarización política y a la construcción de una identidad partidista basada en la alterización negativa del otro. En un brillante análisis de la época conocida como La Violencia, María Victoria Uribe<sup>3</sup> encontró que la relación antagónica entre opuestos políticos viene de vieja data. En su investigación, encontró que la relación antagónica entre Liberales y Conservadores (que puede asociarse a la de paramilitares/Estado y guerrilleros) pareciera ser una relación imposible entre dos términos, como si uno de los bandos impidiera al otro lograr su identidad consigo mismo<sup>4</sup>. Es decir, como si para que un bando pudiera lograr plenamente su propia identidad, tuviera que imponerse sobre el otro y eliminarlo.

En este mismo ensayo, la investigadora encontró que “no sólo se heredaba la pertenencia partidista, también se heredaba la inclinación por las armas”<sup>5</sup>, encontrando que las afiliaciones partidistas, más que la expresión de una ideología, hacían parte de una identidad construida de forma hereditaria<sup>6</sup>. Esta afiliación partidista se construía a partir de la construcción colectiva de imaginarios sobre el bien y el mal, donde usualmente el *otro político* era visto como un ser malvado que debía ser eliminado<sup>7</sup>. Estos imaginarios eran reforzados por el aislamiento de las comunidades políticas entre sí: muchos municipios y veredas eran identificados políticamente según un partido político y esto mantenía la apa-

---

<sup>3</sup> URIBE, María Victoria, *Antropología de la inhumanidad. Un ensayo interpretativo sobre el terror en Colombia*, Universidad de los Andes, 2004.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 40.

rente armonía, pues en el ideario popular cuando se mezclaban las gentes de los dos partidos, solían ocurrir las tragedias<sup>8</sup>.

Como se mencionó con anterioridad, las afiliaciones partidistas eran heredadas (y de vieja data). Usualmente las afiliaciones partidistas se remontaban a las guerras civiles del siglo XIX, y especialmente a la Guerra de los Mil Días, que fue el primer teatro del antagonismo político del que se tiene registro en el país<sup>9</sup>. En efecto, durante estos conflictos, no se resolvía el dilema del poder y usualmente el bando vencedor se imponía aplicando amnistías a sus militantes y dejando en el olvido los crímenes cometidos contra los vencidos<sup>10</sup>, lo que redundaba en ciclos de percepción de injusticia que solía mutar hacía deseos de venganza<sup>11</sup>. Precisamente estos deseos de venganza se fueron constituyendo como parte de la identidad partidista: un liberal, a pesar de tener el mismo nicho cultural, la misma religión, la misma condición social y hasta la misma etnia, e incluso aunque tuviera las mismas convicciones políticas de un conservador, no podía identificarse como tal, porque los militantes de ese partido habían cometido crímenes contra su familia en el pasado<sup>12</sup>, es más, aunque políticamente pudiéramos catalogarlo como conservador, su identidad estaba basada como liberal, solo por oposición a los conservadores que veía como demonios de los cuales deshacerse.

De hecho, este último punto está relacionado con el fenómeno de las masacres en Colombia, pues desde estos tiempos eliminar a un enemigo implicaba asesinar a toda su familia, comunidad y red de cercanos, pues dejar a alguien vivo implicaba la posibilidad de que esa persona en un futuro se vengara cometiendo

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 43-45.

<sup>9</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. *Sentencia contra Fredy Rendón Herrera*, 16 de diciembre de 2011, párrs. 187-193.

<sup>10</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, *op. cit.*, párr. 187.

<sup>11</sup> URIBE, María Victoria, *op. cit.*, pp. 22 y 31.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 21-23.

crímenes contra los allegados del perpetrador<sup>13</sup>. Valga decir que la construcción de la identidad del otro enemigo también pasó por un proceso de animalización, pues desde esta época se concibió al contendiente político como un mal que debía ser purgado<sup>14</sup>, así como un animal que podía ser sacrificado<sup>15</sup>.

Como se ve entonces, la cultura política colombiana está permeada por ideas totalizantes sobre la identidad del contendiente político, donde no hay contradicciones sino antagonismos profundos que hacen que la identidad política de un grupo no pueda lograrse sino a partir de la destrucción del contrincante<sup>16</sup>. Este fenómeno político no se quedó en la época de La Violencia, sino que adquirió nuevas dimensiones con ocasión de la proliferación de guerrillas marxistas y de liberación nacional a lo largo y ancho del país.

A partir de la creación de los grupos guerrilleros, muchos de los cuales remontaban sus raíces a la época de La Violencia como grupos de autodefensa en contra del Ejército o la policía Chulavita, este antagonismo político adquirió una nueva dimensión<sup>17</sup>. Dado que esto se enmarcó en el acuerdo del Frente Nacional, que dio fin al antagonismo entre Liberales y Conservadores de más de un siglo<sup>18</sup>, se crearon nuevos enemigos que tuvieron la misma dimen-

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>14</sup> El bandolero “Chispas” cuando hablaba de su jefe Arsenio Borja decía que lo admiraba porque era una persona que no estaba tranquila al estar quieta, y que para estar tranquilo debía estar “haciendo aseo al mal” refiriéndose a asear a los contendientes políticos. De hecho, eliminar al adversario se conoce coloquialmente en Colombia como “limpieza social”. (Cfr. *Ibidem*, p. 41).

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 48, 49.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>17</sup> CNMH, *Las guerrillas y la población civil. La trayectoria de las FARC 1949-2013*, Bogotá, 2013, pp. 42-55.

<sup>18</sup> CNMH, *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*, Bogotá, CNMH, 2013, pp. 112-116.

sión política, pero esta vez, el enemigo era *el Comunismo*<sup>19</sup>. Con ocasión de la guerra fría, y en especial de la guerra de Corea, el gobierno Liberal-Conservador, encontró un nuevo enemigo para poder dejar de lado sus diferencias antagónicas y proyectarlas en ese enemigo. Así, en vez de superarse el antagonismo político se reencauchó: aquí se transformó el conflicto social, ya no era entre las dos partes de un Estado, sino entre el Estado y los guerrilleros que querían deponerlo.

Este segundo conflicto, sin embargo, no mutó los elementos constitutivos del antagonismo político, pues lo que antes era protagonizado por Liberales y Conservadores, pasó a ser protagonizado por estos dos grupos representados en el Estado, y los guerrilleros en el otro bando. Unos y otros construyeron a su contendiente político de la misma manera: construyendo una alteridad negativa del otro para reafirmar su propia identidad política.

Antes de finalizar este punto es menester explicitar la tesis central: la cultura política colombiana se ha construido no a partir de ideologías sino de identidades políticas totalizantes que no pueden encontrar realización sino partir de la destrucción del adversario político. La ideología pasa a segundo plano, pues la identidad solamente se construye como oposición al contendiente, que se percibe como una totalidad negativa, en contraste con la propia identidad política, que se percibe como la totalidad positiva. Y es a partir de esta identidad totalizante que se va construyendo la alteridad negativa, donde no se percibe al enemigo como igual sino como un mal que hay que destruir por el bien de la comunidad política.

---

<sup>19</sup> CEPEDA, Iván, “Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia”, *Revista Cetil*, vol. 1, núm. 2, 2006, p. 105.



### III. CONSTRUCCIÓN DE ALTERIDADES NEGATIVAS Y PRÁCTICAS SOCIALES GENOCIDAS EN COLOMBIA

Como se vio en el capítulo anterior, el antagonismo político en Colombia es una constante en la violencia vivida en el país. Este antagonismo ha sido construido a partir de la alterización negativa de las personas que son rotuladas como enemigos solo por pertenecer a la agrupación política contendiente. Con esto, queremos decir que la construcción de alteridades negativas es el primer paso de las prácticas sociales genocidas.

Las prácticas sociales genocidas son un proceso humano que no surge de manera espontánea, sino que es aprendido, entrenado, perfeccionado, legitimado y aprobado por un grupo social<sup>20</sup>. Estas prácticas tienen etapas que, si bien pueden presentarse de manera simultánea, siempre se presentan en los escenarios sociales facilitadores de los genocidios. Estas etapas son: (1) La construcción negativa de un grupo social; (2) el hostigamiento al grupo social marcado negativamente, al ser percibido como el enemigo de la sociedad; (3) el aislamiento de los integrantes del grupo social, a partir de la promoción de prácticas excluyentes e impunidad para quienes les hagan daño; (3) la generación de políticas de debilitamiento sistemático que comienzan a minar la posibilidad de resistencia del grupo social; (5) el aniquilamiento material, que se traduce en el asesinato, desaparición y los crímenes cometidos contra los miembros del grupo social y finalmente (6) la realización simbólica del genocidio, que es cuando se convence a la sociedad que el genocidio no ocurrió o se justifica por qué merecían

---

<sup>20</sup> CASTAÑEDA DURÁN, J., “El genocidio reorganizador en Colombia: el asesinato de líderes sociales y defensores de derechos humanos como genocidio contra un grupo nacional”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, v. 32, núm. 1, 3 marzo 2021, p. 10.

desaparecer las víctimas, es decir, la perpetuación y legitimación del genocidio<sup>21</sup>.

Las prácticas sociales genocidas, siempre tienen su punto de inicio con la construcción del Otro como enemigo, atribuyéndole características negativas con la finalidad de romper los lazos de empatía hacia esa persona o grupo de personas, para que sea más sencillo llevar a cabo actos atroces en su contra<sup>22</sup>. Esto tiene sentido desde un punto de vista psicológico. En un metaanálisis de Roy Baumeister<sup>23</sup> se encontró que deshumanizar al otro o construirlo negativamente es una estrategia importante para lidiar con la culpa, e incluso no sentirla cuando se cometen atrocidades, pues aparentemente al encontrar a los otros diferentes a uno mismo o catalogarlos como enemigos, permite no sentir que lo que se está haciendo es una atrocidad e incluso permite justificarla.

La construcción de una alteridad negativa es un proceso continuo que va adquiriendo dimensiones más atroces conforme va acumulándose en una sociedad resentimiento hacia el grupo humano que es visto como la representación del mal o lo negativo. Si bien no siempre es claro el inicio de este proceso de alterización negativa, sí hay picos importantes en este proceso, o más bien, factores que lo aceleran, y están relacionados con las opiniones negativas que dan personajes que son respetados por la comunidad, o las opiniones que brindan personas con autoridad y la actividad que tienen estos discursos en los medios de comunicación.

En la época de La Violencia, al partido Conservador se unió la Iglesia Católica colombiana y en algunos casos, los propios ministros de la iglesia alentaron a los feligreses a cometer crímenes contra los habitantes liberales, haciéndoles creer a los perpetrado-

---

<sup>21</sup> FEIERSTEIN, Daniel, *El genocidio como práctica social: entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires, FCE, 2022, pp. 214-239.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> BAUMEISTER, Roy F.; STILLWELL, Arlene M.; HEATHERTON, Todd F., "Guilt: an interpersonal approach", *Psychological bulletin*, 1994, vol. 115, núm. 2, pp. 258-259.

res que sus actos estaban respaldados por la iglesia, e incluso por Dios. Por cuanto en estos discursos, se enfatizaba en un discurso antiliberal (y anticomunista) que construía la identidad propia a partir de la fe católica, y la identidad del adversario político a partir del ateísmo, e incluso, el satanismo<sup>24</sup>.

En la época de la guerra contra las guerrillas, el Estado, la propia iglesia y los medios de comunicación se volcaron a la idea de que las personas con ideología comunista o socialista eran enemigos públicos, un *enemigo interno* que se debía destruir a toda costa para evitar un futuro catastrófico<sup>2526</sup>. Estas ideas fueron acogidas de forma importante por las Fuerzas Armadas de Colombia, así como por operadores políticos, que en este clima de alterización negativa contra comunistas y partidos de izquierdas encontraron justificación para la violencia política y la guerra sucia perpetrada en contra de los militantes socialistas<sup>2728</sup>

La construcción de la alteridad negativa, a diferencia de las prácticas sociales genocidas, no tiene etapas, y a pesar de ser un proceso continuo, como se indicó, tiene picos que están relacionados con acontecimientos sociales. El clima antisocialista en Colombia venía dado desde la guerra de Corea y la globalización de

---

<sup>24</sup> CAYCEDO TURRIAGO, Jaime y VARGAS QUINTERO, Rubiel (coords.), *Banderas rojas en vuelo libertario. El Partido Comunista Colombiano PCC y la Juventud Comunista Colombiana JUCO, ante el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición*, Bogotá, PCC Y CPDH, julio de 2020, pp. 45-70.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 71-90.

<sup>26</sup> CORTE IDH, *Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 27 de julio de 2022, párr. 186.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> RONDA, Mariano Gaston; SANMARTIN, Rodrigo, “La sangre roja derramada en la democracia colombiana contemporánea: Un análisis sobre el genocidio político de la Unión Patriótica” en *XI Jornadas de Sociología*, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2015, pp. 7-11.

la doctrina norteamericana del enemigo interno<sup>29</sup>, y si bien implicó matanzas de personas identificadas como comunistas, ya fuera el asesinato selectivo de los líderes<sup>30</sup> o ataques como el perpetrado contra las guerrillas comunistas en sus territorios llamados “Repúblicas independientes” con un ánimo de exterminio<sup>31</sup>, no tuvo un impacto tan grande sino hasta la ocurrencia de un hito histórico: la suscripción de los Acuerdos de La Uribe, que dio vida a la Unión Patriótica<sup>32</sup>.

A partir de este momento, los esfuerzos institucionales de funcionarios estatales, de los medios de comunicación y de varias corporaciones de la política colombiana, se volcaron a equiparar a los grupos guerrilleros (por fuera del margen de la ley) con los militantes de partidos de izquierdas. Víctimas de esta señalización fueron especialmente los militantes de la Unión Patriótica<sup>33</sup>, pero también integrantes de los partidos Esperanza, Paz y Libertad,

---

<sup>29</sup> CANTOR, Renán Vega, “Injerencia de los Estados Unidos, contrainsurgencia y terrorismo de Estado” *I. d. víctimas. Bogotá: Informe de comisión Histórica del conflicto y sus víctimas*, 2015.

<sup>30</sup> CEPEDA, Iván, “Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia”, *Revista Cetil*, 2006, vol. 1, núm. 2, pp. 103-105.

<sup>31</sup> CNMH, *Las guerrillas y la población civil. La trayectoria de las FARC 1949-2013*, Bogotá, 2013, pp. 63, 64.

<sup>32</sup> RONDA, Mariano Gaston; SANMARTIN, Rodrigo, “La sangre roja derramada en la democracia colombiana contemporánea: Un análisis sobre el genocidio político de la Unión Patriótica” en *XI Jornadas de Sociología*, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2015, pp. 7-11.

<sup>33</sup> CNMH, *Todo pasó frente a nuestros ojos. El genocidio de la Unión Patriótica 1984-2002*, Bogotá, CNMH, 2018, p. 270.

Alianza Democrática M-19<sup>34</sup>, el Partido Comunista<sup>35</sup>, y defensores de derechos humanos que simpatizaban con ideas izquierdistas. Estos señalamientos se basaban en la premisa de que los grupos guerrilleros habían acogido una estrategia de utilizar todos los medios para conquistar el poder; esto quiere decir, que las corporaciones públicas señalaron en medios de comunicación y en comunicaciones oficiales que los partidos políticos de izquierdas y sus militantes, eran *guerrilleros vestidos de civil*<sup>36</sup> o, como en el caso de la Unión Patriótica, denominados *el brazo político de las FARC*<sup>37</sup>, denominación que dio el exministro de defensa Fernando Landazábal Reyes<sup>38</sup>, quien por su figura de autoridad, pudo hacer que este estigma se impregnara en el ideario social. Mismo estigma que reiteró el ministro de Gobierno del presidente Virgilio Barco, Carlos Lemos Simmonds, un día antes del asesinato del dirigente Bernardo Jaramillo Ossa, quien era candidato presidencial<sup>39</sup>. Este estigma no se limitó a los funcionarios públicos, sino que fue reforzado por periodistas y líderes de opinión afines al establecimiento político<sup>40</sup>.

---

<sup>34</sup> SANTANDER DURAN, Elizabeth, “4. Fuimos nombrándolos como si estuvieran ahí y claro que ahí estaban, siempre han estado con nosotros, nunca han desaparecido”, en *Otras Voces. Informe presentado al sistema de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de Colombia*, Bogotá, Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, diciembre de 2021.

<sup>35</sup> Cfr. CAYCEDO TURRIAGO, Jaime y VARGAS QUINTERO, Rubiel (coords.), *op. cit.*

<sup>36</sup> Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Primer Informe de Memoria Histórica “Trujillo, una tragedia que no cesa”, Editorial Planeta, Bogotá, Colombia, septiembre de 2008.

<sup>37</sup> CORTE IDH, *op. cit.*, párr. 323.

<sup>38</sup> *Ibidem*, párr. 410.

<sup>39</sup> CNMH, *Todo pasó frente a nuestros ojos. El genocidio de la Unión Patriótica 1984-2002*, Bogotá, CNMH, 2018, p. 270.

<sup>40</sup> CNMH, *Todo pasó frente a nuestros ojos. El genocidio de la Unión Patriótica 1984-2002*, Bogotá, CNMH, 2018, pp. 256-269.

La construcción de una alteridad negativa contra los militantes de izquierda facilitó que comenzaran hostigamientos en su contra, que como se señaló, se basó en amenazas, desplazamiento forzado de los simpatizantes de las políticas de izquierdas, asesinatos selectivos, masacres, desapariciones forzadas, entre otros crímenes<sup>41</sup>; todas estas acciones tendientes a debilitar la organización social de los movimientos de izquierda, que eran percibidos por operadores políticos y por la propia sociedad como un mal que debía exterminarse para lograr la constitución de la identidad nacional. Junto a este hostigamiento, se dio un aislamiento social: muchas víctimas tuvieron que exiliarse para proteger su vida<sup>42</sup>, abandonando sus redes de trabajo político; asimismo, no fueron pocos los casos en los cuales los militantes de la Unión Patriótica fueron increpados por sus vecinos para que abandonaran la zona, por miedo a que acciones en su contra los afectara a todos<sup>43</sup>.

Y el aislamiento social vino de la mano con políticas gubernamentales de desprotección<sup>44</sup>, que incluyeron no solo un mantenimiento de la impunidad por la falta de voluntad política para desenmarañar las redes criminales al interior del Estado causantes de la aniquilación, sino además declaraciones públicas que constituían un respaldo institucional a las acciones criminales adelantadas en contra de los militantes de izquierda en Colombia<sup>45</sup>.

En suma, existe una relación entre la construcción de la figura de un enemigo y las prácticas genocidas cometidas en su contra, no en vano, fue a partir de los discursos gubernamentales y de figuras públicas que se comenzó a relacionar a los militantes de izquierda como guerrilleros vestidos de civil, calificación que justificaba que fueran tratados como objetivos militares por las fuer-

---

<sup>41</sup> *Ibidem* y CORTE IDH, *op. cit.*

<sup>42</sup> RONDA, Mariano Gastón; SANMARTIN, Rodrigo, *op. cit.*, p. 7.

<sup>43</sup> CEPEDA, Iván, *op. cit.*, p. 109.

<sup>44</sup> CORTE IDH, *op. cit.*, párrs. 254, 273, 277.

<sup>45</sup> CNMH, *Todo pasó frente a nuestros ojos. El genocidio de la Unión Patriótica 1984-2002*, Bogotá, CNMH, 2018, pp. 269-276.

zas armadas regulares y los grupos paramilitares (así como en La Violencia se equiparaba a los liberales con satanistas o incluso caníbales, para justificar su eliminación física)<sup>46</sup>. Como se indicó al inicio, las prácticas sociales genocidas tienen distintas etapas que, si bien pueden darse de manera simultánea, no pueden existir en ausencia de la otra. Especialmente, la construcción de un enemigo es una etapa crítica, pues si no existe la alteridad negativa, no podría deshumanizarse a los integrantes de un grupo social, lo que dificultaría la comisión de injusticias en su contra.

#### IV. EL GENOCIDIO POLÍTICO EN COLOMBIA

##### A) MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

El genocidio político, como he señalado en otro trabajo<sup>47</sup> no ha sido tipificado en el ordenamiento internacional, y solo unos pocos ordenamientos jurídicos domésticos lo han adoptado como Costa Rica y Colombia. En el caso colombiano, la adopción de esta protección adicional para el tipo penal de genocidio tuvo como antecedente directo los genocidios políticos que se desarrollaron en el país en el siglo XX, en particular, el cabildeo parlamentario realizado por sobrevivientes de la Unión Patriótica y familiares de las víctimas<sup>48</sup>.

El tipo penal, reconocido en el artículo 101 de la ley 599 de 2000 (código penal colombiano), incluye en su definición una ampliación de los grupos de protección en favor de los grupos políticos, y su definición no ha suscitado controversia, salvo por algunos ajustes realizados por la Corte Constitucional en sentencia

---

<sup>46</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, *Sentencia contra Fredy Rendón Herrera*. 16 de diciembre de 2011, párr. 207.

<sup>47</sup> CASTAÑEDA DURÁN, J., *op. cit.*, pp. 6-10.

<sup>48</sup> CEPEDA, Iván, *op. cit.*, p. 103.

C-177 de 2001<sup>49</sup>, donde analizó un cargo contra la expresión “que actúe dentro del marco de la ley” que presentaba la redacción original del artículo. En esa sentencia, la Corte Constitucional le dio la razón al demandante, al considerar que el aparte señalado era inconstitucional por limitar la protección existente en el derecho internacional, pues para la Corte es claro que los Estados pueden aumentar la protección en contra del genocidio, pero no pueden limitarla, pues eso sería contrario a las normas de *ius cogens*.

La norma original, contenía en sí misma una limitación a la protección del genocidio, pues la expresión “que actúe dentro del margen de la ley” estaba encaminada en mantener el discurso de que eran un blanco legítimo de genocidio los civiles que parecieran tener afinidad con los grupos guerrilleros. Sin embargo, la Corte Constitucional viendo esta situación decidió que la protección no podía menoscabarse y que no podía interrumpirse la vigencia irrestricta de las normas de DIH y DIDH en el ordenamiento interno.

Otro elemento importante del tipo penal de genocidio en el ordenamiento jurídico colombiano es que contiene dentro de su definición típica el dolo especial, pues menciona que el propósito de la destrucción del grupo debe ser “por razón de su pertenencia al mismo”. Esta expresión también fue demandada en sede constitucional, y en sentencia C-488 de 2009<sup>50</sup> la Corte Constitucional consideró que dicha expresión representaba un ingrediente normativo subjetivo que reafirma la esencia de tipo penal de genocidio según los instrumentos de derechos internacional, por lo que no era contraria a la constitución.

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-177. MP: Fabio Morón Díaz. 14 de febrero de 2001.

<sup>50</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-488. MP: Jorge Iván Palacio Palacio. 22 de julio de 2009.



En sentencia C-578 de 2002<sup>51</sup> la Corte Constitucional fue enfática en señalar que en todos los casos las órdenes para cometer genocidio se entenderían como manifiestamente ilícitas, por lo que en ningún caso cometer actos de genocidio podía excusarse como obediencia debida ni cumplimiento de un deber legal.

El tipo penal de genocidio político, por desgracia, no ha sido utilizado de manera directa, si bien ha sido mencionado en algunas sentencias que se refirieron al exterminio de la Unión Patriótica. En el marco de la ley de Justicia y Paz, creada para juzgar a paramilitares e integrantes de otros grupos alzados en armas con ocasión de la vigencia del proceso de paz con los paramilitares, se expedieron varias sentencias que abordaron el caso del genocidio de los grupos políticos de izquierdas en Colombia.

Así, en una de las primeras sentencias de esta Justicia Transicional, en el caso de la causa adelantada contra *Fredy Rendón Herrera*, conocido en guerra como “*El Alemán*” y quien fuera comandante del Bloque Elmer Cárdenas de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) que operó en el Urabá, entre los departamentos de Chocó y Antioquia, el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá<sup>52</sup> realizó el primer marco histórico, que incluyó no solo los hechos acaecidos en el Urabá, sino que se remontó a la época de La Violencia, para ejemplificar la identidad política como móvil para la comisión de genocidios<sup>53</sup>. En esta sentencia se resaltó el ánimo exterminador con el que históricamente en Colombia se ha lidiado con la diferencia política, poniendo de presente la conocida frase “que no quede ni la semilla”<sup>54</sup>, para ejemplificar que

---

<sup>51</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-578. MP: Manuel José Cepeda Vargas. 30 de julio de 2002.

<sup>52</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. *Sentencia contra Fredy Rendón Herrera*. 16 de diciembre de 2011.

<sup>53</sup> GÓMEZ-CÓRDOBA, Oscar, “La verdad histórica en Colombia a partir de las sentencias de Justicia y Paz”, *Nómadas*, núm. 53, 2020, pp. 177-193.

<sup>54</sup> SANCHEZ GONZALO, MEERTENS DONNY, *Bandoleros, gamonales y campesinos, El caso de la Violencia en Colombia*, Madrid, Aguilar, 2006, p. 18.

los asesinatos no solo se cometían contra el contendiente político, sino contra toda su familia y red comunitaria, incluyendo actos atroces contra las mujeres de la familia, como una suerte de castigo simbólico al adversario político.

En esta sentencia, se evidenció también que las prácticas sociales genocidas emprendidas contra la población del Urabá, se dirigían específicamente a militantes de izquierdas, especialmente de los partidos Unión Patriótica y Esperanza, Paz y Libertad, que tal como lo encontró la Corte Interamericana, respondía al hecho de que el Urabá era el último bastión electoral de la Unión Patriótica, después de las campañas de exterminio en su contra adelantadas desde 1986<sup>55</sup>

En el 2012, el mismo Tribunal profirió sentencia contra *Orlando Villa Zapata*, quien fuera comandante del Bloque Vencedores de Arauca de la misma estructura paramilitar. En esta sentencia, profundizó en la estigmatización contra los integrantes de la Unión Patriótica, defensores de derechos humanos o militantes de izquierdas como la causa directa de la victimización. En esta sentencia, el Tribunal indicó que bastaba con que alguna persona fuera simpatizante de la Unión Patriótica o defensor de derechos humanos para ser “etiquetado” como colaborador de la guerrilla y ser declarado objetivo de asesinato. En esta sentencia reconoció que se generó “una *“guerra sucia”* contra todo lo que representara la ideología de izquierda en el país”<sup>56</sup>.

Para el año 2013, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, profirió sentencia contra el dirigente liberal César Pérez García, quien era uno de los gamonales políticos del noreste antioqueño por haber instigado la Masacre de Segovia, perpetrada por el grupo paramilitar Muerte a Revolucionarios del Noreste (MRN). En esta sentencia la Corte Suprema encontró que el cambio de tendencia política de la población a partir de la elección

---

<sup>55</sup> Corte IDH, *op. cit.*, párr. 202.

<sup>56</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra Orlando Villa Zapata, 16 de abril de 2012, párr. 123.

de la señora Rita Tobón, militante de la Unión Patriótica como alcaldesa y la elección de concejales de mayorías upecistas<sup>57</sup>, había sido el móvil para que este dirigente liberal instigara esta masacre. En esta sentencia se evidenció que la masacre “*se trataba de un castigo a la población*”<sup>58</sup>.

En este mismo año, se profirió sentencia contra *Hérbert Veloza García*, conocido en guerra como “HH”, quien fuera comandante del Bloque Bananeros de las AUC. En esta sentencia, por primera vez se reconoció que los crímenes cometidos contra la Unión Patriótica y el movimiento Esperanza, Paz y Libertad, eran constitutivos de genocidio<sup>59</sup>. En esta sentencia, además, se encontró una causa directa entre las acciones perpetradas contra su militancia y la disminución de su caudal electoral y su fuerza política<sup>60</sup>, encontrando que los grupos paramilitares se propusieron a exterminar a estos partidos políticos<sup>61</sup>. Paradójicamente, pese a estas declaraciones, este tribunal finalmente resultó condenando a los responsables por los delitos de homicidio en persona protegida, desaparición forzada y otros crímenes del código penal, bajo el argumento de que estos crímenes se cometieron con posterioridad a la entrada en vigor del tipo penal de genocidio político.

Esta misma situación se repitió en la sentencia contra los excomandantes de las Autodefensas Campesinas del Meta y Vichada, un grupo paramilitar regional de dichos departamentos, sucesor del grupo *Muerte a Secuestradores (MAS)* o *Masetos*, donde pese a

---

<sup>57</sup> Denominación que se le atribuye a los integrantes del partido Unión Patriótica.

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia contra César Pérez García. Radicado No. 33118. 14 de marzo de 2011 y 15 de mayo de 2013.

<sup>59</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra Hérbert Veloza García, 30 de octubre del 2013, párr. 1050-1058.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párr. 996.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párr. 997.

que se reconoció que la aniquilación de los dirigentes de la Unión Patriótica es constitutiva del delito de genocidio, también se condenó a los responsables por los tipos penales mencionados<sup>62</sup>.

Finalmente, en la sentencia en contra de los comandantes del Bloque Tolima de las AUC, se encontró que la conformación del grupo armado obedeció a la idea de exterminar a sus adversarios políticos, pues en la conformación de uno de sus comandos, aprovecharon la experiencia de personas que en el pasado habían combatido a los grupos insurgentes, estos reclutas tenían como consigna “estar en manos de la subversión o del comunismo, era mejor estar muerto” que puede evidenciar una radicalización del discurso que dio combustible al antagonismo existente<sup>63</sup>.

Con lo anterior, tenemos que, de la jurisprudencia y normatividad analizada, existe desde el año 2000 la tipificación del delito de genocidio político en Colombia, sin embargo, esta categoría no se ha aplicado bajo el argumento de que al ser *lex posterior*, no puede aplicarse de forma retroactiva bajo el principio de legalidad.

## B) UN SEGUNDO PROCESO TRANSICIONAL: LA REVISIÓN

### DE LA ANIQUILACIÓN DE GRUPOS POLÍTICOS EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Actualmente la Jurisdicción Especial para la Paz tiene abierto un macro caso para investigar la victimización por motivos políticos a militantes de partidos políticos de izquierda en el país, especial-

---

<sup>62</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra José Baldomero Linares Moreno, José Delfín Villalobos Jiménez, Miguel Ángel Achury Peñuela y Rafael Salgado Merchán, 6 de diciembre del 2013, párr. 1759.

<sup>63</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Sentencia contra John Fredy Rubio Sierra y otros, 3 de julio de 2015.

mente el caso de la Unión Patriótica<sup>64</sup>. Dicha investigación aún se encuentra en la construcción del universo de hechos, por lo que ha realizado una amplia escucha de las víctimas, ha revisado sus informes y ha analizado el contexto que permitió la victimización de los integrantes de agrupaciones políticas de izquierdas.

En el Auto 027, que avoca conocimiento del caso, la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas (SRVR) encontró que los hechos victimizantes de la Unión Patriótica y otros partidos de izquierda parecen haber tenido lugar a partir de 1984,<sup>65</sup> <sup>66</sup> con una nutrida base de datos, la SRVR se encamina a desentrañar los patrones de macro criminalidad subyacentes a las victimizaciones cometidas por agentes del Estado, paramilitares y gamonales regionales. En este auto, encontró que el exterminio se caracterizó por la estigmatización que precedió la aniquilación del proyecto social y político y el debilitamiento del trabajo político fruto de la victimización de sus líderes más representativos, todo bajo una doctrina contrainsurgente y anticomunista<sup>67</sup>. En este Auto también se logra identificar el perfil de las víctimas, que fueron principalmente la base campesina y obrera movilizada con el proyecto político de la UP, militantes del partido, simpatizantes del partido e incluso personas

---

<sup>64</sup> Caso 06. Victimización de los miembros de la Unión Patriótica.

<sup>65</sup> Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad y Determinación de Hechos y Conductas. Auto 027 que avoca conocimiento del Caso 06. 26 de febrero de 2019, párr. 14.

<sup>66</sup> Algunas investigaciones han encontrado que esta violencia contra militantes de izquierda se extiende incluso a la década de los 60' con la victimización a militantes de la Unión Nacional de Oposición (UNO) y líderes del Partido Comunista Véase: CEPEDA, Iván, *op. cit.*, p. 106 y CAYCEDO TURRIAGO, Jaime y VARGAS QUINTERO, Rubiel (coords.), *op. cit.*, pp. 45-70.

<sup>67</sup> Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad y Determinación de Hechos y Conductas. Auto 027 que avoca conocimiento del Caso 06. 26 de febrero de 2019, párrs. 16.

que no pertenecían, pero sentían afinidad hacia las identidades de izquierda<sup>68</sup>.

Más recientemente, la SRVR profirió el Auto 075 que determina y caracteriza el universo provisional de hechos del caso del genocidio de la Unión Patriótica. En esta decisión la sala encontró que “La violencia letal fue prevalente contra los militantes de la UP”<sup>69</sup>, encontrando 5733 víctimas, lo que le permite afirmar que se trató de una violencia masiva y generalizada. Asimismo, encontró que la victimización, como lo advertíamos, no se dio solamente contra los integrantes de la Unión Patriótica, pese a ser los principalmente afectados<sup>70</sup>, sino también contra integrantes del Partido Comunista, de Esperanza, Paz y Libertad, de Alianza Democrática M-19, e incluso otros movimientos políticos surgidos a partir de la desmovilización de grupos guerrilleros, como Corriente de Renovación Socialista, entre otros.

Este proceso tiene la potencialidad de profundizar en el genocidio político en Colombia, pero se enfrenta a un obstáculo dogmático: ¿cómo aplicar el tipo penal de genocidio por motivos políticos a hechos acaecidos antes del año 2000?

## V. EL GENOCIDIO POLÍTICO COMO “AUTO GENOCIDIO” O GENOCIDIO CONTRA UN GRUPO NACIONAL

En otro trabajo se ha anunciado la viabilidad de lograr la justicia-bilidad del genocidio político a partir de la categoría de genocidio contra un grupo nacional<sup>71</sup>. Este genocidio, también conocido como “auto genocidio” ha sido aplicado por algunos tribunales en ejercicio de la jurisdicción universal, particularmente citando el caso del *auto genocidio camboyano*. La lógica que subyace a

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, párr. 27.

<sup>69</sup> *Ibidem*, párr. 107.

<sup>70</sup> *Ibidem*, párr. 69.

<sup>71</sup> CASTAÑEDA DURÁN, J., *op. cit.*, pp. 8-10.

esta categoría es que cada país tiene varios subgrupos nacionales conviviendo en su mismo territorio, y uno de estos grupos puede ejercer contra el otro prácticas genocidas con ánimo aniquilatorio, en esta hipótesis, bastaría demostrar que el subgrupo nacional es plenamente identificable como grupo (es decir, tiene identidad de grupo) y que las victimizaciones en su contra se deben precisamente a esa condición.

Es posible aplicar para los casos en los que no puede aplicarse taxativamente el tipo penal de genocidio político el genocidio contra grupo nacional, especialmente en Colombia, donde la prohibición del genocidio contra un grupo nacional se remota a la Ley 28 de 1959. Esto permitiría hacer una aplicación típica incluso en las hipótesis en los que los hechos ocurrieron antes de la vigencia del tipo penal de genocidio político en el sistema doméstico colombiano.

Quizás en el análisis de la JEP pueda superarse esta barrera de tipificación acudiendo al viejo tipo penal consagrado en la Ley 28 de 1959, entendiendo que el exterminio que vivieron los partidos políticos de izquierda fue en sí mismo, un genocidio contra grupos nacionales, que tenían una identidad particular definida por su afinidad política.

## VI. ¿HACIA DONDE MARCHA LA CULTURA POLÍTICA COLOMBIANA? REENCAUCHE DE ANTAGONISMOS POLÍTICOS Y NUEVOS ESCENARIOS DE CONSTRUCCIÓN DE ALTERIDADES NEGATIVAS

Pese a que la historia muestra las terribles consecuencias de hacer política construyendo un enemigo, pareciera que esta tragedia social se continúa repitiendo. Actualmente existe un clima de polarización fuerte creado por la incapacidad de los operadores políticos de resolver por canales dialógicos sus divergencias sobre el modelo de país. A diario en prensa hay acusaciones graves entre bandos, que pasan de ser políticas a ser personales. De estas

acusaciones se nutren los militantes de uno y otro bando, quienes llaman a sus contendientes “guerrilleros” o “paramilitares” según sean de izquierdas o de derecha.

Y no solo eso: a los desmovilizados de las FARC-EP los continúan asesinando, tal como ha ocurrido con todos los excombatientes que deciden apostarle a la política y dejar de lado las armas. Esta situación se ha generado desde los primeros procesos de paz y a todos los movimientos políticos que nacieron de los acuerdos de paz<sup>72</sup>.

Un acierto de la Jurisdicción Especial para la Paz ha sido la construcción de un proceso dialógico, donde se pueden encontrar opuestos, e incluso enemigos, para tratar de reconstruir la verdad y asumir responsabilidades con miras a construir una convivencia pacífica, sin embargo, este esfuerzo no ha logrado extrapolarse a la sociedad, y pareciera, que se repiten los mismos patrones de violencia y que solo hiciera falta una chispa para revivir los errores del pasado. Ya lo veíamos en los Paros Nacionales de 2019 y 2021, en el cual grupos de ciudadanos se armaron y se vistieron con camisetas blancas para protegerse de los “vándalos”, que eran ciudadanos principalmente de corrientes de izquierda, que se manifestaban contra el régimen político. De otro lado, los manifestantes asumían que quienes no estaban con ellos eran sus verdugos, y los asumían como “paramilitares”, construyéndolos como su enemigo.

Es necesario construir identidades políticas por fuera de la usual diferencia con el contendiente: necesitamos construir política, no destruir para hacer política, y quizás esta necesidad, que aún no parece palpable, sea lo que necesitamos para transitar hacia una sociedad pacífica y superar el conflicto armado.

---

<sup>72</sup> VALENCIA AGUDELO, Germán Darío, “El asesinato de excombatientes en Colombia”, *Estudios Políticos*, núm. 60, 2021, pp. 10-25.



## VII. CONCLUSIONES

Este texto partió de la tesis de que el genocidio político va más allá de un tipo penal, es un conjunto de prácticas sociales que tiene como base la construcción de una alteridad negativa a partir de la radicalización del antagonismo entre bandos. A partir de allí, se hizo una revisión del fenómeno del genocidio político a lo largo de la historia colombiana, encontrando como eje transversal la construcción de la identidad política a partir de la alterización negativa de la identidad política opuesta, encontrándose que existen elementos en común entre el genocidio político ocurrido contra militantes de izquierda y la violencia ejercida entre Liberales y Conservadores en sus guerras civiles. Con este derrotero, se hizo un análisis del tipo penal de genocidio político en Colombia, revisando su base normativa y jurisprudencial, así como su aplicación práctica en tribunales de justicia transicional y se encontró una limitación para aplicar el tipo penal a los genocidios ya consumados. Esta limitación se refiere a la imposibilidad de aplicar un tipo penal de manera retroactiva, como remedio se propuso aplicar la ley 28 de 1959 y como consecuencia, darles a los genocidios políticos cometidos en la segunda mitad del siglo XX el tratamiento de genocidio contra un grupo nacional. Finalmente, se brindó una reflexión sobre la necesidad de construir nuevas prácticas políticas que dejen de lado la construcción de enemigos en el contendiente político, pues esta, como se vio, ha sido la antesala de los genocidios que ha vivido el país a lo largo de su historia.

## El humanismo en la era de los derechos humanos

### Humanism in the era of human rights

José René OLIVOS CAMPOS\*

**RESUMEN:** En el presente artículo se reflexiona acerca del humanismo y los derechos humanos, teniendo en cuenta que ambos promueven la dignidad de la persona, el respeto, la libertad, la igualdad y la justicia para todos. En este sentido, el autor busca identificar y describir las nociones referidas con las que se fundamentan e interconectan los conceptos del humanismo y los derechos humanos en su desarrollo histórico conceptual. Para ello, desarrolla su artículo a partir de un apartado introductorio, para después abordar los fundamentos del humanismo y los derechos humanos. Finalmente expone algunas consideraciones.

**PALABRAS CLAVES:** Derechos humanos; humanismo; análisis de conceptos; desarrollo histórico conceptual; dignidad de la persona.

**ABSTRACT:** This article reflects on humanism and human rights, taking into account that both promote the dignity of the person, respect, freedom, equality and justice for all. In this sense, the author seeks to identify and describe the referred notions with which the concepts of humanism and human

---

\* Doctor en Derecho con Mención Honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadores. Contacto: <jrolivos@yahoo.com>. Fecha de recepción 7/07/2023. Fecha de aprobación: 04/08/2023

rights are based and interconnected in their historical conceptual development. To do this, he develops his article from an introductory section, and then addresses the foundations of humanism and human rights. He finally lays out some considerations.

KEYWORD: Human rights; humanism; concept analysis; conceptual historical development; dignity of the person.

## I. INTRODUCCIÓN

El humanismo y los derechos humanos están específicamente relacionados en sus objetivos, valores y enfoques.

Desde la perspectiva de lo filosófico y ético, el humanismo y los derechos humanos, enfatizan en la dignidad y el valor de ser humano, privilegia la razón, la creatividad, la igualdad y la libertad.

El humanismo y los derechos humanos, con en el foco del valor y la dignidad de la persona humana, ha evolucionado a lo largo de la historia, se ha adaptado y respondido a los cambios sociales y culturales de cada época, con el carácter diferenciado, afín y a veces con ciertas diferencias en su elaboración teórica.

No obstante, han sido indudablemente el detonador de todo un conjunto de transformaciones en el advenimiento de la sociedad y el Estado que trasciende hasta nuestros días.

Podríamos decir que el humanismo, por una parte, en cada etapa histórica, ha puesto en el centro de sus preocupaciones al ser humano sus capacidades, aspiraciones y necesidades, buscando la realización del individuo y su bienestar en armonía con la sociedad. Por otro lado, los derechos humanos han enlazado los fundamentos filosóficos del humanismo en una dimensión más amplia del ser humano, en el conjunto de principios, valores y normas universales que coinciden y protegen la dignidad, la igualdad y libertad de todas las personas humanas, sin importar su origen, raza, género, religión, orientación sexual u otra característica.

En la actualidad, el humanismo y los derechos humanos están específicamente relacionados, ya que ambos promueven la dignidad de la persona, el respeto, la libertad, la igualdad y la justicia para todos.

En estos términos, en el presente estudio, se tratan de identificar y describir las nociones referidas en que se fundamentan e

interconectan los conceptos del humanismo y los derechos humanos en su desarrollo histórico conceptual.

## II. FUNDAMENTOS DEL HUMANISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS

El humanismo<sup>1</sup> y los derechos humanos<sup>2</sup> son dos conceptos que han modelado profundamente la visión contemporánea del individuo y de la sociedad. Aunque ambos surgieron en momentos y contextos históricos específicos, se han expresado sus intersecciones y su influencia mutua, moldeado condicionalmente a lo largo de los siglos y resultan ser fundamentales para abordar los desafíos actuales.

En el arranque y desarrollo del patrón histórico cambiante, la concepción predominante del humanismo tiende a referir el período del Renacimiento como la etapa donde surgieron los primeros aportes filosóficos. Un período de profundo cambio y depresión en Europa. Fue una respuesta al dogmatismo y la rigidez de la Edad Media, la cual se caracterizó por un nuevo énfasis en la dignidad y el valor del individuo.

---

<sup>1</sup> El humanismo se puede definir como una perspectiva filosófica y ética que enfatiza la dignidad y el valor del ser humano, privilegiando la razón, la creatividad y la libertad individual.

<sup>2</sup> Entiendo por los “derechos humanos aquellos derechos inviolables e inherentes de todo integrante del género humano en el desarrollo multidimensional de vida, que al reconocerse en los sistemas normativos iushumanos de los ordenamientos jurídicos nacionales, tratados internacionales, leyes, en la jurisprudencia, en la costumbre o en cualquier norma escrita o no, sirven para la tutela de los derechos de toda persona y de las colectividades, por las autoridades del Estado, los organismos supranacionales y los particulares que deben garantizar, respetar, promover y resarcir.” Cfr. OLIVOS CAMPOS, José René, *Derechos humanos y sus garantías*, 7a. ed., México, Porrúa, 2021 p. 11.

Durante el Renacimiento, el humanismo surge como una reacción contra el teocentrismo medieval, dando lugar a una nueva visión antropocéntrica del mundo y, por lo tanto, secular.

Los pensadores renacentistas, entre otros, como Giovanni Pico della Mirandola,<sup>3</sup> Erasmo de Rotterdam<sup>4</sup> y Tomás Moro<sup>5</sup> promovieron las ideas de la dignidad humana, la libertad, el valor del ser humano, la igualdad, el potencial para el aprendizaje y la creatividad y la justicia.

Durante este período, se constituye una nueva visión del ser humano y su lugar en el mundo. Es el reencuentro del ser humano consigo mismo. Son los primeros pasos hacia la idea de los derechos humanos. Aunque el concepto en los tiempos presentes, se desarrollaría hasta mucho más adelante.

Las ideas de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la justicia eran centrales para el humanismo del Renacimiento, sentaron las bases para el desenvolvimiento progresivo de los derechos humanos. Fue desde el desenvolvimiento filosófico y ético del humanismo que se transitó a la filosofía política-jurídica de los derechos humanos, como componente ideológico.

---

<sup>3</sup> Pico della Mirandola en su *Discurso sobre la dignidad del hombre* (1504), argumentaban que los seres humanos tenían la capacidad de autodefinición y debían ser libres para explorar su potencial. Cfr. PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, trad. Adolfo Ruiz Díaz, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

<sup>4</sup> Erasmo de Rotterdam, su obra titulada *Elogio de la locura* (1511), hace un llamado a la reflexión y a una búsqueda de una vida más auténtica y basada en la virtud, asimismo critica la hipocresía, la vanidad y la corrupción presentes en la sociedad y la iglesia. Ver: DE ROTTERDAM, ERASMO, *Elogio de la locura*, trad. A. Rodríguez Bachiller, Basilea, edición Johoannes Froben, 1515.

<sup>5</sup> En 1515, Tomás Moro, con su obra; *La Utopía*, reflexiona sobre un organización social y política ideal y abordó por primera vez el tema de la igualdad, así como la preocupación por el hombre integral. Ver: MORO, Tomás, *La utopía*, trad. Pedro Rodríguez Santidrián, México, Alianza editorial, 2010.

En la visión de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la justicia serán los conceptos claves en el desenvolvimiento histórico dentro de la filosofía de los derechos humanos, para explicar y establecer el grado de reconocimiento el ámbito de autonomía del ser humano en la sociedad y de los límites a los poderes externos a él, establecidos en el orden social y del Estado democrático y de derecho.

En efecto, las ideas del humanismo que surgieron durante el Renacimiento, continuarían influyendo en el pensamiento y la cultura occidentales, jugo un papel clave en la formación de la noción de los derechos humanos con un mayor matiz filosófico aún cuando no fueron todavía de recepción en el derecho positivo y que posteriormente deberían observarse en casi todo el mundo, al establecerse constitucionalmente y en el derecho internacional.

En la etapa histórica de la Ilustración, en tanto en esta se produce el desarrollo aún mayor de las ideas referidas. Fue un período de profunda reflexión y debate sobre los derechos y libertades humanas. Cuyo acento comprende el humanismo y de los derechos humanos con los primeros aportes filosóficos y jurídicos.

El humanismo en su devenir filosófico e histórico al interior del concepto de los derechos humanos y en su sentido amplio, habrá de concretar distintas características que constituyen los elementos principales de toda discusión que tenga por objeto las normas iushumanas: lo moral, la filosofía, lo social, la política, lo cultural y lo jurídico.<sup>6</sup>

Desde la perspectiva filosófica y política, el humanismo evoluciona hacia un enfoque más racional y científico, con filósofos como John Locke, Voltaire y Jean-Jacques Rousseau, en los siglos XVII y XVIII, por referir algunos de ellos, defendieron la razón, la libertad, la igualdad y la justicia como fundamentos de la sociedad. Asimismo, se establecieron las bases para los derechos humanos modernos, una extensión lógica de los valores humanistas.

---

<sup>6</sup> OLIVOS CAMPOS, José René, *op. cit.* p. 3.

En esta tesisura, John Locke argumentó en su *Tratado sobre el gobierno civil*, publicada en 1690, que el originario “Estado de Naturaleza” implicaba que todos y cada uno de los seres humanos se regían a sí mismos, de manera autónoma y siendo independientes unos de otros. Al surgir lo que denomina el “Estado de Sociedad”, los individuos consienten en la conformación de un poder coactivo que prevenga los abusos de ciertos hombres respecto de otros.<sup>7</sup>

Voltaire, su obra *Cándido o el optimismo*, publicada en 1759, proclama una monarquía ilustrada y tolerante fundada en la igualdad de todos los hombres respecto a los derechos naturales de libertad, propiedad y protección legal.<sup>8</sup>

Por otra parte, Rousseau, en su obra: *El contrato social*, publicada en 1762, trata el problema de la comunidad social, basándose en la reelaboración de la igualdad natural de los hombres a través de una igualdad política integral de los mismos. Esto se da al concebir al individuo en dos esferas en que actúa de manera autónoma e independiente. Una, en cuanto hombre privado (súbdito) que obedece las leyes que son vetadas por la comunidad política; y, la segunda, como ciudadano, que participa en la voluntad general, es decir, en la comunidad política, en la que es soberano. Esta actuación se debe a que cada individuo cede sus derechos totalmente y sin reservas a favor de la comunidad política. Con lo que cada uno se compromete hacia todos y cada uno adquiere los mismos derechos que les otorga a los demás, obteniendo más fuerza para conservar lo que tiene. Por lo tanto, se establece el hecho de que cada contratante está vinculado a todos y queda sujeto a sí mismo, es decir, se encuentra libre para actuar.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> LOCKE, John, *Tratado del gobierno civil*, Madrid, Imprenta La Minerva, 1921, pp. 5 y ss.

<sup>8</sup> Cfr.: VOLTAIRE, *Cándido o el optimismo*, pp. 16 y ss. [Consultado: 20 de mayo de 2023]. Disponible en: <[https://web.seducoahuila.gob.mx/biblioweb/upload/candido\\_o\\_el\\_optimismo.pdf](https://web.seducoahuila.gob.mx/biblioweb/upload/candido_o_el_optimismo.pdf)>.

<sup>9</sup> Ver: ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Madrid, Edimat, 2000.



Las referidas ideas contribuyeron al tránsito de la modernidad, por su carácter secular, racional, filosófico, liberal y político, condujo a entender y valorar el cambio de régimen de gobierno dominante monárquico, imperialista, esclavista y feudal arrastrado por siglos, por la forma de gobierno republicana, liberal y democrática, la cual se fundó en los nuevos supuestos ideológicos de la filosofía humanista y condujo a las transformaciones estructurales generadas por las grandes revoluciones políticas del siglo XVIII, con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1776<sup>10</sup> y la Revolución en Francia en 1789.<sup>11</sup> Con ellas, se condensó el pensamiento humanista en los derechos humanos, puesto de manifiesto en los documentos escritos, en las declaraciones de los derechos civiles y políticos y en el orden jurídico Constitucional democrático.

De este modo, el carácter filosófico del humanismo trasciende ideológicamente en los derechos humanos y a su vez éstos conforman el componente de un orden político democrático que definen el régimen político en el orden jurídico-constitucional y que configura la ideología de los derechos humanos.

---

<sup>10</sup> En 1787 se expidió la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, reconoció los derechos humanos, aunque no contenía un capítulo específico relativo a éstos. Sin embargo, cuando se expidió la Constitución de los Estados Unidos, no se protegió la libertad humana, existía el régimen jurídico esclavista, el cual fue abolido hasta 1865, con la enmienda número 13 Constitucional. Ver: DEL VALLE CASTILLO, Alberto, *Garantías del gobernado*, 2a. ed., México, Ediciones Jurídicas Alma, 2005, p. 60.

<sup>11</sup> La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, expedida en 1789, establecer los derechos de libertad, igualdad, la propiedad y la seguridad jurídica, el principio democrático, así como el garantizarlos. Estos principios se condensaron en las Constituciones francesas de los años 1791, 1793 y 1795 respectivamente. En la actualidad se encuentran vigentes en los ordenamientos constitucionales de Francia. Ver: Secretaría de Gobernación, *Bicentenario de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, México, 1989, pp. 13 y ss.

De ahí que entendamos, por la ideología de los derechos humanos a los principios y valores filosóficos y éticos del humanismo en que se conectan a la forma del régimen de gobierno democrático en que se organiza y es capaz de promover y asegurar de manera efectiva a aquéllos conforme al sistema constitucional.

En la etapa moderna, durante el siglo XIX, fue un período de grandes cambios y transformaciones en todos los aspectos de la sociedad a escala mundial, en los que se inscribió el humanismo y la concepción de los derechos humanos, se produjo una intersección significativa entre ambas, influyendo mutuamente en su evolución.

El humanismo tuvo un carácter más secular y se consolidó como una corriente de pensamiento centrada en la razón, la ciencia y el progreso de la vida humana. Proporcionó los fundamentos filosóficos y éticos sobre los cuales se construyeron los derechos humanos como concepto universal e inalienable. El énfasis en la razón, la dignidad humana y la igualdad inherente a todos los seres humanos, promovido por el humanismo, sentó las bases para la afirmación de los derechos humanos en ámbitos legales y políticos.

Al mismo tiempo, los derechos humanos comenzaron a ser reconocidos como derechos universales e inherentes a todas las personas, más allá de su origen social o condición de vida. Ampliaron el alcance del humanismo al incluir la protección de los derechos y libertades individuales como parte esencial de una sociedad justa y progresista.

Esta convergencia entre el humanismo y los derechos humanos tuvo lugar en un contexto de cambios socioeconómicos, políticos y culturales, como la Revolución Industrial que a lo largo del siglo XIX se extendió en Europa Occidental, Estado Unidos y Japón, así como los movimientos por la emancipación y la igualdad.

La lucha por la abolición de la esclavitud, el sufragio universal, la protección de los derechos de los trabajadores y otros movimientos sociales del siglo XIX reflejaron la influencia directa de

los ideales humanistas en la promoción y defensa de los derechos humanos.

Ambas corrientes se influenciaron mutuamente, encontrando puntos de encuentro en la defensa de la libertad, la igualdad y la dignidad humana. A través de la obra de destacados autores como John Stuart Mill,<sup>12</sup> Karl Marx<sup>13</sup> y Elizabeth Cady Stanton,<sup>14</sup> se fortaleció la relación entre el humanismo y los derechos humanos.

---

<sup>12</sup> John Stuart Mill, en su obra *Sobre la libertad* (1859), se hace visible la exigencia una vez más, la libertad e independencia del individuo en el Estado democrático. No solamente libertades o derechos políticos disputados al poder del Estado democrático, también ante la sociedad que puede constituir una amenaza al ejercer su acción opresora sobre el individuo valiéndose de los órganos coercitivos del poder político; además, y al margen de ellos, “puede ejecutar y ejecuta de hecho sus propios decretos; y si ella dicta decretos imperfectos, o si los dicta a propósito de cosas en las que no debiera mezclar, ejerce una tiranía social más formidable que cualquier opresión legal:” de ahí, que “Existe un límite para la acción legal de la opinión colectiva sobre la independencia individual: encontrar este límite y defenderlo contra toda usurpación es tan indispensable para la buena marcha de las cosas humanas como para la protección contra el despotismo político.” Ver: STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, trad. Josefa Sainz Pulido, México, Aguilar, s. f. e., pp. 22 y ss.

<sup>13</sup> Carlos Marx, en su obra *El Manifiesto del Partido Comunista* (1848), aborda la lucha de clases y la explotación en el contexto capitalista, promoviendo una sociedad más justa y equitativa. Enfatiza explícitamente su visión humanista de la emancipación de los trabajadores y la igualdad de ellos, lo cual influyó en el reconocimiento de los derechos laborales. Ver: MARX, Carlos, *El Manifiesto del partido comunista*, de 1872, t. I, Obras escogidas, Moscú, Progreso, 1971.

<sup>14</sup> Elizabeth Cady Stanton, líder del movimiento sufragista en Estados Unidos, defendió los derechos de las mujeres en su obra “Declaración de Sentimientos” (1848), inspirada en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. Stanton argumentó que las mujeres también deben gozar de los derechos humanos fundamentales, como la igualdad de derechos civiles y políticos. Gran parte de su texto sigue siendo importante en los tiempos actuales. Por

Esta intersección y su influencia mutua han sentado las bases para la concepción moderna de los derechos humanos y han impulsado el avance hacia sociedades más justas, libres y respetuosas de la dignidad de todas las personas.

El siglo XX fue testigo de grandes cambios, marcado por conflictos mundiales, avances tecnológicos y luchas sociales. Durante este período, el humanismo continuó abogando por la promoción de la razón, la igualdad y la dignidad humana como pilares fundamentales de la vida social y política. A su vez, los derechos humanos se consolidaron con el sistema Constitucional e institucional y por las normas internacionales y los sistemas universal y regionales de protección a los derechos humanos de todas las personas.

Autores destacados como Mahatma Gandhi, Martin Luther King Jr., Jean-Paul Sartre, Simone de Beauvoir, Betty Friedan y Amartya Sen, entre muchos otros, contribuyeron con sus obras y acciones a la promoción de los valores humanistas y a la defensa de los derechos humanos. Sus escritos, discursos y movimientos fueron fundamentales para impulsar cambios sociales, políticos y culturales en favor de la igualdad, la justicia y la libertad.

Una figura destacada en esta intersección entre humanismo y derechos humanos fue Mahatma Gandhi, quien defendió la no violencia y la resistencia pacífica como medios para alcanzar la justicia social. En su obra *La historia de mis experimentos con la verdad*, Gandhi expuso su visión humanista y promovió la igualdad de todos los seres humanos como base para la construcción de una sociedad justa.<sup>15</sup>

Otro autor influyente, fue Martin Luther King Jr., cuyo liderazgo en el movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos inspiró a millones de personas en la lucha contra la discriminación racial. Su famoso discurso “Tengo un sueño” refleja su com-

---

ejemplo, persiste el déficit de representación en todos los niveles del gobierno. Ver: STANTON, E. C., *Declaration of Rights & Sentiments*, Paris Press, 2001.

<sup>15</sup> Ver: GHANDI, Mahatma, *Autobiografía: La historia de mis experimentos con la verdad*, trad. Manuel Currea, Bogotá, Themis, S. A., 2007.

promiso con los valores humanistas y su visión de una sociedad donde todos los individuos sean tratados por igual, sin importar su raza u origen étnico.

En este período también surgieron corrientes filosóficas como el existencialismo, cuyos exponentes como Jean-Paul Sartre exploró la condición humana, la libertad individual y la responsabilidad moral. A través de la obra *El ser y la nada*,<sup>16</sup> reflexiona sobre la importancia de la libertad y la igualdad en la experiencia humana, contribuyendo así a la discusión sobre los derechos humanos.

La lucha por la igualdad de género también adquirió mayor relevancia, con autoras como Betty Friedan abogando por los derechos de las mujeres. La obra *La mística de la feminidad*<sup>17</sup> de Friedan y es ejemplo de cómo el humanismo y los derechos humanos se entrelazaron en la promoción de la igualdad de género.

En el ámbito de los derechos sociales y económicos, el economista Amartya Sen también desempeñó un papel fundamental en la conexión entre el humanismo y los derechos humanos. En su obra *Desarrollo y libertad*,<sup>18</sup> Sen argumenta que la libertad y el desarrollo humano son inseparables, y que la privación de derechos y oportunidades limita el verdadero potencial de los individuos. Su enfoque en la expansión de las capacidades y libertades individuales ha influido en la comprensión de los derechos humanos como un marco que va más allá de los derechos civiles y políticos, abarcando también los derechos económicos y sociales.

Tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial y los horrores del Holocausto, la comunidad internacional se unió para proclamar la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, se

---

<sup>16</sup> SARTRE, J. P., *El ser y la nada*, Barcelona, Losada, Biblioteca de obras maestras del pensamiento, 2011.

<sup>17</sup> FRIEDAN, Betty, *La mística de la feminidad*, trad. Magalí Martínez Solimán, Madrid, Ediciones Cátedra, 2009.

<sup>18</sup> SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad*, trad. Esther Rabasco y Luis Toharia, Barcelona, Editorial Planeta, 1999.

convirtió en un hito importante que establece los derechos fundamentales que todos los seres humanos deben disfrutar, sin importar su origen, raza, religión o género. Esta declaración, redactada por un grupo de juristas y filósofos como Eleanor Roosevelt y René Cassin desempeñan un papel crucial en la redacción de este documento histórico.

A partir de la Declaración referida, se constituyó una fuente del derecho internacional de los derechos humanos<sup>19</sup> e influyó en la creación de numerosos tratados, convenciones y organismos internacionales para promover y garantizar el respeto a los derechos humanos. Asimismo, trascendió al sistema jurídico de varios países, al incorporarse en sus constituciones como un referente en materia de derechos humanos.<sup>20</sup>

De este modo, se produjo la expansión en el reconocimiento de los derechos humanos en los ordenamientos internos e internacionales, con la apertura de los derechos de corte económico, sociales y culturales que demanda del Estado no solo observar su cumplimiento, también proveer los medios y crear las condiciones para su ejercicio y alcance.

Al mismo tiempo, el humanismo continuó desarrollándose y adaptándose a los desafíos de la época, con filósofos como Erich

---

<sup>19</sup> Morsink afirma que cerca de 65 instrumentos internacionales, en la época de la posguerra, remiten a la declaración universal como fuente de autoridad e inspiración. VIDETUR MORSINK, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Filadelfia, Pennsylvania University Press, p. 21.

<sup>20</sup> Hurst Hannum menciona que la declaración sigue siendo la fuente primaria de los estándares globales en materia de derechos humanos, reflejándose también en el ámbito interno de los países al ser incluida, explícitamente, en sesenta constituciones, de las cuales veintiséis la colocan por encima de las instituciones nacionales. HANNUM, Hurst, "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Georgia, 1996, vol. 25, no. 1, pp. 292-312.

Fromm<sup>21</sup> y Albert Camus<sup>22</sup> explorando cómo los ideales humanistas pueden informar nuestra respuesta a los problemas del totalitarismo, la alienación y la deshumanización.

Otro autor destacado es Yuval Noah Harari, cuya obra *De animales a dioses*<sup>23</sup>, publicada en 2011, examina la evolución de la humanidad desde una perspectiva histórica y filosófica. Harari plantea preguntas fundamentales sobre la naturaleza humana y la responsabilidad de los seres humanos en la construcción de un futuro sostenible y justo.

Además, la filósofa Martha Nussbaum ha hecho importantes contribuciones al campo de los derechos humanos con su enfoque de las capacidades humanas. En obras como *Las fronteras de la justicia*,<sup>24</sup> publicada en 2006, Nussbaum argumenta que los derechos humanos deben basarse en las capacidades fundamentales que todos los seres humanos, deben tener para vivir una vida digna, como la capacidad de gozar de buena salud, educación y participación política.

En cuanto a la intersección entre el humanismo y los derechos humanos, el movimiento de la ética global ha ganado relevancia. El filósofo Peter Singer<sup>25</sup> ha argumentado en su obra *Ética Práctica* publicada en 1979, la importancia de extender nuestra preocupación ética más allá de los límites de nuestra comunidad o nación.

Es importante destacar que el humanismo y los derechos humanos han enfrentado desafíos en la actualidad. Regímenes to-

---

<sup>21</sup> FROMM, Erich, *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*, México, FCE, 1955.

<sup>22</sup> CAMUS, Albert, *El extranjero*, trad. Bonifacio Del Carril. 9a ed., Buenos Aires, Emecé Editores, 1979.

<sup>23</sup> NOAH HARARI, Yuval, *De animales a dioses*, trad. Joandomènec Ros i Aragonès, Madrid, Titivillus, 2014.

<sup>24</sup> NUSSBAUM, Martha, *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Paidós, 2012.

<sup>25</sup> SINGER, Peter, *Ética práctica*, trad. Rafael Herrera Bonet, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 1984.

talitarios y violaciones masivas de los derechos humanos han demostrado la fragilidad de los avances logrados, al tiempo que han subrayado la necesidad de una vigilancia constante y la defensa de los principios humanistas.

Además, el activismo y la lucha por los derechos humanos se han fortalecido a través de movimientos como el feminismo, el movimiento por los derechos civiles, los derechos de los pueblos indígenas y los derechos LGBT+. Estos movimientos han impulsado cambios significativos en las sociedades y han contribuido a la ampliación de los derechos y libertades para diversos grupos y minorías.

En el presente, el humanismo ha mantenido su énfasis en la dignidad y el valor inherente de cada ser humano, así como en la importancia de la razón y la evidencia empírica para comprender el mundo y mejorar la vida humana. Sin embargo, también ha surgido un enfoque más holístico que reconoce la interconexión entre los seres humanos y el entorno natural, promoviendo la sostenibilidad y la protección del medio ambiente como parte integral de la promoción del bienestar humano. Ello ha dado lugar a un enfoque más integral y global de la promoción del bienestar humano y la dignidad de todos los seres humanos.

A medida que nos enfrentamos a desafíos globales como el cambio climático, la desigualdad económica y la violación de los derechos humanos en diversas partes del mundo, se ha vuelto cada vez más evidente la necesidad de adoptar un enfoque holístico que aborde estos problemas desde una perspectiva humanista y basada en los derechos humanos.

En este sentido, el humanismo ha jugado un papel crucial al enfatizar la importancia de la empatía, la compasión y la solidaridad como principios fundamentales para la convivencia pacífica y el desarrollo humano. La promoción de la igualdad de género, la inclusión social, la justicia económica y el respeto por la diversidad son pilares centrales del humanismo.

En cuanto a los derechos humanos, se han logrado avances significativos en términos de reconocimiento y protección. La lu-



cha por la igualdad de género, los derechos de las minorías sexuales, los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de los migrantes han ganado visibilidad y han impulsado cambios en las normas jurídicas y políticas de muchos países.

El enfoque de los derechos humanos se ha ampliado para abarcar nuevos desafíos en la era posmoderna, como el acceso a la salud, la necesidad de proteger el derecho a la privacidad en los tiempos digitales, la libertad de expresión y la igualdad en el acceso a la información. La inteligencia artificial, la biotecnología y otras tecnologías emergentes plantean interrogantes éticos y jurídicos sobre el derecho a la autonomía, la dignidad y la no discriminación.

Ante ello, los retos persisten y la responsabilidad de cada persona y de la sociedad en su conjunto de seguir luchando porque se garantice la igualdad, la dignidad y la libertad de todo ser humano, pilares fundamentales en la construcción de un mundo más justo y humano.

### III. CONSIDERACIONES

Hoy en día, el humanismo y los derechos humanos siguen siendo fundamentales para nuestra forma de entender y abordar los desafíos contemporáneos. Enfrentamos problemas como la desigualdad económica, la crisis climática, las violaciones de los derechos humanos y la discriminación y violencia contra grupos marginado e incertidumbre. En respuesta a estos desafíos, los principios humanistas de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad y el marco de los derechos humanos nos dispone de una guía para promover la justicia, la equidad y la inclusión.

A lo largo de la historia, el humanismo y los derechos humanos han evolucionado y se han influenciado severamente. Desde el Renacimiento hasta la actualidad, estas dos corrientes de pensamiento han reafirmado la dignidad y el valor del individuo y han proporcionado una base para la promoción de la justicia y la

equidad. Al recordar y reflexionar sobre esta historia, podemos entender mejor la importancia de estos conceptos para nuestra sociedad contemporánea y cómo pueden ayudarnos a enfrentar los desafíos de nuestro tiempo.

A pesar de los avances en la promoción y protección de los derechos humanos, aún persisten retos importantes en la actualidad, como la discriminación, la desigualdad, la violencia y la exclusión. El humanismo puede contribuir a enfrentar estos desafíos, puede establecer un marco ético y filosófico que impulse la reflexión y la acción en favor de los derechos humanos y la justicia social.

Algunas perspectivas y áreas de acción en las que el humanismo puede incidir en el ámbito de los derechos humanos, incluyen:

- a) Educación en derechos humanos y valores humanísticos: Fomentar una educación que incorpore la enseñanza de los derechos humanos y los valores humanísticos, como el respeto, la tolerancia, la empatía y la solidaridad, para formar ciudadanos conscientes y comprometidos con la construcción de una sociedad más justa y equitativa.
- b) Diálogo intercultural e interreligioso: Promover el diálogo y la cooperación entre diferentes culturas y religiones, reconociendo la diversidad y la riqueza del patrimonio humano y fomentando la comprensión mutua y el respeto por las diferencias.
- c) Protección de los derechos de los grupos vulnerados: Abogar por la protección y promoción de los derechos humanos de los grupos más vulnerados y marginados, como los refugiados, los migrantes, las minorías étnicas, las personas con discapacidad, la niñez, los jóvenes y las mujeres, enfocando en la igualdad y la no discriminación.
- d) Defensa de la democracia y el estado de derecho: Impulsar la consolidación de la democracia y el Estado de derecho como garantías de los derechos humanos, promoviendo la participación ciudadana, la transparencia y la rendición de cuentas en la toma de decisiones y la gestión pública.

- e) Desarrollo sostenible y derechos humanos: Integrar el enfoque humanista en las políticas y estrategias de desarrollo sostenible, considerando la relación entre el bienestar humano, la protección del medio ambiente y la equidad social, en consonancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas.

El humanismo y los derechos humanos están específicamente relacionados en la actualidad, ambos enfoques comparten valores fundamentales como la dignidad humana, la solidaridad, la inclusión, la no discriminación, la igualdad, la libertad y la justicia. A través de su influencia en la interpretación y aplicación de los derechos humanos, el humanismo puede contribuir a enfrentar los desafíos actuales y promover una sociedad más inclusiva, equitativa y respetuosa de la diversidad humana.

## Searches and Seizures in the Digital Age— The Need For a Prior Independent Oversight Among International and European Standards

### La Incautación en la Era Digital: La Necesidad de una Supervisión Independiente Previa según los Estándares Internacionales y Europeos

LORENZO BERNARDINI\*

**ABSTRACT:** The relentless march of technological progress has significantly streamlined the collection, transmission, and electronic storage of personal information, reshaping the landscape of searches and seizures of electronic devices. This digital evolution allows prosecuting authorities unprecedented access to vast volumes of information stored on computers, raising concerns about the potential misalignment between seized documents and suspected criminal activities. Emphasizing the importance of procedural guarantees for individuals impacted by digital searches and seizures measures, scholars have traditionally advocated for prior authorization from an independent authority. Still, the mere presence of prior authorization does not guarantee non-arbitrary implementation of those measures. Amidst this framework, international standards prefer prior judicial oversight, with “freedom from arbitrariness” test guiding competent authorities in scrutinizing relevant case facts. Conversely, the European legal framework,

---

\* Postdoctoral Researcher in Criminal Law at the University of Luxembourg. PhD in Global Studies and Master of Laws at the University of Urbino “Carlo Bo”. Contact: <[lorenzo.bernardini@uni.lu](mailto:lorenzo.bernardini@uni.lu)>. Fecha de recepción: 12/10/2023. Fecha de aprobación: 19/10/2023.

especially Article 8 ECHR, lacks clarity, risking the fundamental nature of the right to privacy by allowing intrusive measures without prior control.

**KEYWORD:** Searches and Seizures; Article 17 ICCPR; Article 8 ECHR; Legality; Arbitrariness; Prior Independent Oversight.

**ABSTRACT:** El incansable avance del progreso tecnológico ha simplificado significativamente la recopilación, transmisión y almacenamiento electrónico de información personal, transformando el panorama de incautaciones de dispositivos electrónicos. Esta evolución digital proporciona a las autoridades judiciales un acceso sin precedentes a vastos volúmenes de información almacenada en computadoras, generando preocupaciones sobre el posible desajuste entre los documentos incautados y las actividades delictivas sospechosas. Destacando la importancia de garantías procesales para individuos afectados por medidas de incautación digital, los académicos han abogado tradicionalmente por la autorización previa de una autoridad independiente. Sin embargo, la mera presencia de autorización previa no garantiza una implementación no arbitraria de esas medidas. En este marco, las normas internacionales prefieren la supervisión judicial previa, con la prueba de “libertad de arbitrariedad” guiando a las autoridades competentes en el examen de los hechos relevantes del caso. Por otro lado, el marco legal europeo, especialmente el Artículo 8 del CEDH, carece de claridad, poniendo en riesgo la naturaleza fundamental del derecho a la privacidad al permitir medidas intrusivas sin control previo.

**PALABRAS CLAVES:** Incautación; Artículo 17 PIDCP; Artículo 8 CEDH; Legalidad; Arbitrariedad; Supervisión Independiente Previa.

## I. SOME INTRODUCTORY REMARKS

The fight against criminal phenomena is essential for ensuring security in modern societies, and nowadays its effectiveness may largely depend on the use of modern and digital investigative techniques.<sup>1</sup> The utilization of electronic devices, such as laptops, tablets, smartphones, smartwatches, and smart TVs, has become extremely pervasive in contemporary society, and criminal offenders are no exception. Very often, these IT tools are employed to commit criminal offenses – not only cybercrimes strictly speaking (e.g., cybersex trafficking or phishing) but also a wide range of other non-inherently-digital criminal offenses (e.g., an encrypted message sent among accomplices to organize a bank robbery or a murder). In turn, this implies that IT tools may become valuable sources of evidence in the context of criminal proceedings.

Indeed, electronic records, including computer network logs, emails, word processing files, and image files, are progressively serving as significant – oftentimes indispensable – evidence in criminal cases. The substantial surge in digital-related crime thus necessitates that prosecutors, judges and law enforcement officials acquire the expertise to procure the digital items stored in IT devices.

Among the legal tools that prosecuting authorities typically employ during the investigations, search and seizure measures (SSMs) play a pivotal role for the purpose of preserving electronic evidence.<sup>2</sup> This is so for several reasons. Firstly, these tools allow to

---

<sup>1</sup> In this regard, for a comprehensive analysis, see BACHMAIER WINTER, L., “Criminal Investigation, Technological Development, and Digital Tools: Where Are We Heading?”, in BACHMAIER WINTER, L. and RUGGERI, S. (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era*, Cham, Springer, 2019, pp. 3-17.

<sup>2</sup> See, for instance, the legislative reform of the Spanish Code of Criminal Procedure which broadened the scope for the employment of SSMs of IT

temporarily seizing electronic devices, preventing the owner from altering, transferring, converting, or deleting any data contained therein. Secondly, such orders are indispensable instruments for securing digital evidence and ensuring its integrity throughout preliminary investigations and, eventually, the trial. Thirdly, almost every criminal investigation faces the necessity to access electronic data for the purpose of reconstructing the facts of the case – even if national authorities are equipped with a robust toolkit of other measures for the same purpose (e.g., wiretappings), ssms are the most significant ones because they are the sole means by which investigating authorities can gain physical possession of the relevant IT tool and, more importantly, all the huge amount of information contained therein.

In this regard, I pointed out elsewhere that “the *fil rouge* between ‘searches’ and ‘seizures’ has become uncertain in the digital realm. In non-digital investigations, the authority usually issues a search warrant and, if evidence is found, a seizure can be implemented. However, in the digital field, the opposite is often true. As a general rule, investigating authorities make first a forensic copy of the IT device (a ‘seizure’) and, afterwards, search for the relevant data – this *modus operandi* is followed in order to preserve data integrity”.<sup>3</sup>

---

tools. For a comprehensive analysis, see LÓPEZ-BARAJAS PEREJA, I., “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos”, in *IDP. Revista De Internet, Derecho Y Política*, 2017, n. 24, pp. 64-76 and RAYÓN BALLESTEROS, M.C., “Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015”, in *Anuario jurídico y económico escurialense*, 2019, n. 52, pp. 179-204.

<sup>3</sup> BERNARDINI L. and SANVITALE, F., “Searches and Seizures of Electronic Devices in European Criminal Proceedings: A New Pattern for Independent review?”, in *Revista Ítalo-española De Derecho Procesal*, 2023, n. 1, pp. 79-80.

The latter is a focal point of the analysis. Technological developments have brought unexpected changes to modern societies (and, as a consequence, to criminal proceedings, particularly concerning the role of digital evidence).<sup>4</sup> The exponential growth in the use of electronic tools has led to an unprecedented amount of personal data being generated, stored, and transmitted daily, raising various privacy and security concerns.<sup>5</sup> It is noteworthy that the data stored in an IT device could paint a *comprehensive picture of the person under investigation*. It extends beyond photos or videos, encompassing the content of emails, SMS messages, traffic, and location data, all of which can be examined and retained by the investigating authorities.<sup>6</sup>

This is especially relevant in criminal proceedings when the contents of electronic devices are the focus of investigation. It becomes thus crucial to ensure that the implementation of digital SSMS (i.e. SSMS of IT devices) is balanced with the protection of the individuals' right to privacy. In other words, the use of such measures shall not result in an arbitrary infringement of the prerogatives of the individuals.

The central issue in the clash between the necessity to preserve digital evidence in criminal proceedings and the rights of the individuals subjected to digital SSMS lies in the rhetorical question posed by Judge Pavli of the European Court of Human Rights

---

<sup>4</sup> RODRIGO, F.M., "La Evidencia Digital en el Proceso Penal Y la Preservación de los Derechos Fundamentales", in *Revista Acadêmica Escola Superior Do Ministério Público Do Ceará*, 2021, n. 13(1), pp. 135–161.

<sup>5</sup> While, on the contrary, "the existing rules of evidence collection, especially the search and seizure regime, is largely designed for physical evidence and eyewitness accounts" (LEACOCK, C., "Search and Seizure of Digital Evidence in Criminal Proceedings", in *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 2008, n. 5, p. 225).

<sup>6</sup> In contrast, other traditional surveillance measures, such as wiretappings, reveal only partial yet pertinent pieces of information, specifically the suspect's conversations *at the time they occur*.



(ECTHR) – “how many of us can claim to keep an impenetrable wall between the personal and professional data held within our smartphones?”<sup>7</sup>

For the purpose of this analysis, I would provocatively rephrase this question as follows – how can investigating authorities assure citizens that they will establish an impenetrable wall between the data pertinent to investigations and all other data? That is to say, more broadly, how can they ensure that they will search and seize *only those IT tools (and those pieces of information) that are relevant for the investigations*, setting aside all others? Those issues are strictly linked, on the one hand, to the vast amount of data contained within IT tools and, on the other hand, to the potential infringement of individual prerogatives on the part of the investigating authorities.

As noted by Moore, a potential concern in this context may revolve around *whether the judge issuing the search warrant fully comprehends the scope of the search*.<sup>8</sup> Whereas it is crucial that law enforcement officers requesting a warrant make certain that the judge has a clear understanding of what the officer intends to search for and the types of information that may be uncovered, this is not always possible due to “new advances and new terminology being used in the field of computer technologies everyday”.<sup>9</sup>

Against this background, it should not be forgotten that breaches of the right to private life may result in substantial consequences, such as severe damage to reputation, the exposure of highly sensitive information regarding medical treatments or sexual orientation, the disclosure of bank account credentials, and a breach of confidentiality that should cover specific conversations, including those between lawyers and their clients. Therefore, the

---

<sup>7</sup> *Särgava v. Estonia*, App. no. 698/19 (ECtHR, 16 November 2021), Concurring Opinion of Judge Pavli, para. 5.

<sup>8</sup> MOORE, R., *Search and Seizure of Digital Evidence*, New York, LFB Scholarly Publishing LLC, 2005, p. 80.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 80-81.

implementation of digital ssms present noteworthy challenges due to the extensive volume of personal data contained therein which may also *relate to individuals other than the device's owner*.<sup>10</sup> A primary concern is the matter of procedural safeguards that must be guaranteed for the individuals involved, whether they are the suspect/accused person or a third party. This becomes especially critical due to the broad powers often wielded by prosecuting authorities in the process of searching and seizing electronic devices.

In this context, and following the example of various criminal justice systems,<sup>11</sup> it may intuitively be contemplated that, in order to forestall arbitrary conduct by investigating authorities, a prior independent scrutiny mechanism should be established. To put it differently, in order to avert law enforcement officers or public prosecutors from conducting searches and seizures of IT tools in an arbitrary fashion, the necessity for a *ex ante* independent evaluation of the legality of ssms should be acknowledged. As a result, the implementation of a prior independent oversight may – and, in my understanding, should – emerge as a fundamental aspect of the procedure in which investigating authorities deliberate on digital ssms.

The need for an *ex ante* evaluation could encompass an analysis of the necessity and proportionality of digital ssms and may be

---

<sup>10</sup> Historically, personal information about a suspect might have been obtained, among other methods, through witnesses, phone tapping, and material evidence (e.g., tax documents). Yet, the landscape has crucially changed. As a concrete example, smartphones and personal computers now serve as repositories in which individuals gather personal information, not only belonging to themselves but also to third parties.

<sup>11</sup> In Germany, Article 98 of the German Code of Criminal Procedure (StPO, *Strafprozeßordnung*) provides that “seizures may only be ordered by the court, and in cases of imminent danger, also by the public prosecutor’s office and its investigative personnel”. Therefore, as a general practice, ssms are sanctioned only following an independent evaluation by the judicial authority. Notably, this holds true even when the subject of seizure is not a digital device.

conducted by a panel of public officers, judges or experts, rather than a sole individual, thereby guaranteeing a more comprehensive and equitable assessment of the specific circumstances and decreasing the potential for biases in the decision-making process. Whereas I do not dispute that the introduction of a prior assessment requirement alone would not render the entire procedure less arbitrary,<sup>12</sup> I would nonetheless maintain that the lack of any *ex ante* independent oversight on ssms of IT tools poses a risk of significantly expanding the powers of investigating bodies to a degree that may be incompatible with individuals' right to private life. This situation also may increase – and, regrettably, might foster – the potential for haphazard implementation of digital ssms.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> I thus espouse the view according to which “judicial involvement in oversight should not be viewed as a panacea” (see the report *The Right to privacy in the digital age – Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, A/HRC/27/37, 30 June 2014, para. 38). For a critical perspective, see KERR, O.S., “Searches and Seizures in a Digital World”, in *Harvard Law Review*, 2005, n. 119(2), pp. 571-576. Kerr claimed that “a requirement that courts approve search strategies *ex ante* (...) serves little purpose” due to several factors – among others, he mentioned the fact that “warrant applications are *ex parte*” and this implies that “a judge must try to determine whether the search protocol is appropriate based only on the government’s presentation of the empirical picture” as “it is generally impossible to know ahead of time what techniques officers need, and judges in *ex parte* proceedings are particularly unlikely to grasp the difficulties” (*ibidem*, pp. 575-576).

<sup>13</sup> In the absence of prior independent authorization, public prosecutors or law enforcement officers might be permitted, for example, to conduct a search and seize all the IT tools belonging to an alleged dangerous suspect, subsequently affording the individual an opportunity to contest the legality of such a measure. Even if a violation of the right to privacy is established afterward (e.g., due to unnecessary or disproportionate implementation of digital SSMs in their regard), the indisputable fact remains that the investigating authorities have gained awareness of the content within the IT tools at stake. This

Still, may such an assessment be *indispensable* according to international law standards? To answer this question, my analysis revolves around what I call a *qualitative* argument. Digital ssms possess a degree of severity against the individual concerned that is qualitative comparable to that held by other intrusive measures, such as wiretappings<sup>14</sup> or home searches.<sup>15</sup> In interpreting the scope and the extent of the right to privacy as safeguarded at the international level, the UN Human Right Committee (HRC) has not established a uniform stance regarding the procedural safeguards

---

issue represents a breach of the right to privacy that no *ex post facto* procedural guarantee can rectify.

<sup>14</sup> Wiretappings and digital SSMs share a qualitative similarity in terms of intrusiveness, albeit with quantitative differences. While phone tapping allows investigating authorities to eavesdrop on and record *phone conversations* of a suspect at the time they occur, SSMs enable authorities to gain access to an electronic device and gain comprehensive insight into its entire contents (photos, videos, messages, contacts, metadata, traffic and location data *etc.*). From this perspective, SSMs appear to be more invasive than wiretappings because they heavily affect the most intimate aspects of a person's life. Conversely, in situations where, for instance, the individual subject to wiretapping refrains from using the phone or avoids discussing the crime over the phone, wiretappings prove to be entirely ineffective. In other words, there is a *higher likelihood* that the suspect's mobile phone contains *pertinent information* concerning both themselves and third parties; contrarywise, before ordering a phone tapping, there might be uncertainty regarding, for instance, whether the suspect will discuss the crime over the phone.

<sup>15</sup> House searches may be equated to digital searches in that the latter "like the traditional searches (...) are usually followed by the seizure of information stored in hardware, servers, clouds, mailboxes (...) the reach of search and seizure of digital evidence in cyberspace is enormous" (DI NUZZO, V., "Search and Seizure of Digital Evidence: Human Rights Concerns and New Safeguards"; in BACHMAIER WINTER, L. and RUGGERI, S. (eds.), *op. cit.*, p. 121). Also, in this regard, see KERR, O.S., "Search warrants in an era of digital evidence", in *Mississippi Law Journal*, 2015, n. 75(1), pp. 90-95.

that should be extended to individuals impacted by digital Ssms. However, it has offered valuable insights with respect to surveillance measures and home searches. Consequently, addressing the earlier question would involve carving out the standards developed for these aforementioned instruments and examining their relevance when applied to the context of digital Ssms. Differently, in the European legal framework, several decisions of the European Court of Human Rights (ECTHR) dealt directly with the procedural guarantees to be ensured to individuals affected by digital Ssms. In this last regard, accordingly, the qualitative approach may provide an added value to the analysis, but it does not constitute its kernel.

In this paper I will explore the international and European standards regarding the need for a prior independent assessment in the context of the implementation of digital Ssms. The focus will thus not be on the necessity to combine such antecedent authorization with a subsequent assessment (which, in my understanding, would represent the optimal scenario).<sup>16</sup>

This article consists of three parts. Part II and III pertain, respectively, to the international and European standards concerning the necessity of establishing prior independent oversight as a prerequisite for the legality of digital Ssms. Part IV will offer concise comparative and concluding remarks on the key issues highlighted in the preceding analysis.

## II. BRUSHSTROKES OF PRIVACY—ILLUMINATING THE ROLE OF “LAWFULNESS” AND “FREEDOM FROM ARBITRARINESS” CRITERIA IN PAINTING *EX ANTE* INDEPENDENT REVIEW MECHANISMS IN THE CONTEXT OF DIGITAL SEARCHES AND SEIZURES

---

<sup>16</sup> I have already dealt with this issue in BERNARDINI L. and SANVITALE E., *op. cit.*, pp. 95-106.

As anticipated, digital SSMS are extremely invasive legal tools, and their implementation plainly encroaches upon the individuals' right to privacy. But which are the substantive and procedural international standards under which these measures may be deemed lawful? And, specifically, does international law imply a requisite for a prior, independent oversight in the authorization of digital SSMS measures?

At the international level, both Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) protects the right to privacy.<sup>17</sup> Specifically, Article 17(1) ICCPR stipulates the entitlement of an individual to safeguard against "arbitrary or unlawful" encroachments upon their privacy, family, home, or correspondence, and further shields them from "unlawful attacks" on their honor and reputation. Besides, Article 17(2) of the ICCPR ensures that every individual is afforded "protection of the law against such interference". Importantly, it is immaterial whether such interference originates from private individuals or governmental authorities, as the safeguards of Article 17 ICCPR are applicable in any case.<sup>18</sup> Whereas the wording of this latter provision is concise, it has been dubbed "versatile" by legal scholars, as it would be "capable of answering a broad diversity of unlawful and arbitrary incursions into privacy (...) including many instances which could not have been specifically foreseen by the drafters".<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> UN GENERAL ASSEMBLY, *Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013, The right to privacy in the digital age, A/RES/68/167*, 21 January 2014, para. 1.

<sup>18</sup> UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No. 16, Article 17 (The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation)*, Adopted at the Thirty-second Session of the Human Rights Committee on 8 April 1988, para. 1.

<sup>19</sup> TAYLOR, P.M., *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights. The UN Human Rights Committee's Monitoring of ICCPR Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 458.

Arguably, ssms of digital devices may be considered one of those instances, involving the collection of extremely sensitive personal data. I thus share the view of those who contend that the concept of “home” under Article 17 ICCPR should encompass not only physical residences but also online, virtual, and digital private spaces (e.g., a smartphone’s memory). Similarly, the term “correspondence” should be construed to include all forms of communication, irrespective of whether they are analog or digital in nature.<sup>20</sup>

In the context of the present analysis, by “privacy”, I refer to a domain of personal autonomous development, interaction, and liberty that is free from State intervention and “free from excessive unsolicited intervention by other uninvited individuals”.<sup>21</sup> Under Article 17(1) ICCPR, both *unlawful* and *arbitrary* interference of the right to privacy are forbidden. Each facet of this dichotomy bears autonomous meaning, as any infringement of such provision must not only conform to the requirements of legality but must also refrain from being arbitrary.

#### A) THE TWO LEGS OF “LAWFULNESS”— DOES ARTICLE 17 ICCPR MANDATES TO ESTABLISH A PRIOR INDEPENDENT OVERSIGHT?

That of “lawfulness” (or “legality”) constitutes the primary element subjected to scrutiny when assessing an alleged infringement of the right to privacy. In fact, Article 17 ICCPR does not furnish an exhaustive enumeration of circumstances wherein such interference might be permissible. Instead, it merely defers to domestic legislations, entrusting them with the responsibility to provide

---

<sup>20</sup> See ACLU, *Privacy Rights in the Digital Age. A Proposal For a New General Comment on the Right to Privacy under Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, New York, 2014, pp. 16-18.

<sup>21</sup> See the *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, Martin Scheinin, A/HRC/13/37, 28 December 2009, para. 11.

“the protection of the right set forth in [Article 17 ICCPR]” at the national level.<sup>22</sup> In the seminal *Van Hulst* decision – concerning the wiretapping and recording of the applicant’s telephone calls (a lawyer) with his client –, the Human Rights Committee (HRC) ruled out the presence of an interference with Article 17 ICCPR on the basis that the latter “complies with the relevant domestic law, as interpreted by the national courts”.<sup>23</sup> At a first glance, the HRC’s approach proves to be very formalistic.

Yet, under the umbrella of the notion of “lawfulness” is also the need to ensure the “protection of the law” against the infringement of the right to privacy, a *dictum* which is laid down in Article 17(2) ICCPR.<sup>24</sup> This seems to be a ground which refers to the *quality* of the law, in spite of its formal existence within a legal framework. It implies that domestic legislation must comprehensively outline the “precise circumstances” under which infringements upon the right to privacy could be authorized.<sup>25</sup>

In this vein, the HRC has ruled out in *Pinkney* that a law drafted in excessively general terms could be deemed in keeping with Article 17(2) ICCPR.<sup>26</sup> This aligns with the obligation imposed on State Parties to ensure that pertinent legislation is specific in detailing the grounds under which an infringement of the right to privacy may be permissible. The public accessibility of those laws and, more importantly, the need to specify therein “the procedures for authorization” of the measures at stake are also factors to be taken in due consideration.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, para. 2.

<sup>23</sup> *Van Hulst v. the Netherlands*, CCPR/C/82/D/903/1999 (HRC, 1 November 2004), para. 7.5 *in fine*.

<sup>24</sup> TAYLOR, P.M., *op. cit.*, pp. 461-462.

<sup>25</sup> UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, para. 8.

<sup>26</sup> *Pinkney v. Canada*, CCPR/C/OP/1 (HRC, 29 October 1981), para. 34.

<sup>27</sup> These are the grounds referred to by the HRC in its *Concluding observations on the fourth periodic report of the United States of America*, CCPR/C/USA/CO/4, 23 April 2014, para. 22(b)(iii) and in its *Concluding observations on*



In a nutshell, the respect of the principle of lawfulness demands a dual evaluation of the legal instrument under scrutiny: (i) the formal presence of a legal provision permitting the implementation of such a measure (i.e., legality *stricto sensu*); (ii) the requirement that such a law be precise, comprehensive, and furnish specific details regarding the circumstances under which the right to privacy might be encroached and, interestingly, the procedural steps to be taken for *authorizing* those measures (i.e., the quality of law requirement).

The latter point is of a certain interest for the purpose of the present analysis. I will now scrutinize the principal findings of the HRC within the framework of the two legal instruments that, in accordance with the *qualitative* approach I endorse, may serve as benchmarks, namely, surveillance measures and house searches.

In the field of surveillance measures (typically, wiretappings and data retention procedures), the HRC has pointed out the imperative for domestic legislation to delineate the procedure governing the *authorization* of any intrusion into the right to privacy. As for the extent of such a prior assessment, different viewpoints have been endorsed by the Committee. In 2014, it urged the United States of America to foster the “judicial involvement in the authorization or monitoring of surveillance measures”, stopping short, however, of explicitly demanding prior *judicial* oversight on intrusive measures.<sup>28</sup> Yet, in 2015, it demanded *expressis verbis* that the United Kingdom institute measures for “providing for judicial involvement in the authorization of [surveillance] measures *in all cases*”.<sup>29</sup>

---

*the seventh periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, CCPR/C/GBR/CO/7, 17 August 2015, para. 24(b)(iii).

<sup>28</sup> See the *Concluding observations on the fourth periodic report of the United States of America*, *op. cit.*, para. 24(c).

<sup>29</sup> See the *Concluding observations on the seventh periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, *op. cit.*, para. 24(c), emphasis added.

While these differing perspectives may be influenced by the particulars of individual domestic frameworks, it remains a consistent principle that, in any scenario, prior authorization is essential in the context of surveillance measures. Notably, the Committee's findings appear to be grounded in the substantive content of Article 17 ICCPR, which implies – as per the “quality of law” requirement – the necessity for legal provisions shaping authorization procedures. Consequently, this would indirectly confirm the imperative existence of such procedures.

As for the competent authority, the 2015 UK Concluding Observations, addressing the “current legal regime governing the interception of communications and communications data”,<sup>30</sup> advocate for substantial court involvement “in all cases”, as anticipated. This stance aligns with the HRC's commitment to enhance the effectiveness of authorization procedures, entrusting them to typically independent and impartial authorities such as courts.<sup>31</sup> This is evident from the position articulated in *Van Hulst*, where the Committee acknowledged that Dutch law fulfilled the requirements of Article 17 because the interception of communications had to be “based on a written authorization by the investigating judge”.<sup>32</sup>

In this vein, the Committee has ruled out that determinations regarding the legality of surveillance measures can rest solely within the purview of a Prosecutor General, without any sort of judicial review. Consequently, it has recommended that “the competence to decide upon *requests for* and the legality of such [sur-

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, para. 24. Interestingly, the HRC did not explicitly focus on counter-terrorism or national security interception of communications. Consequently, the observations regarding the significance of judicial involvement in *ex ante* oversight over surveillance measures are of a particular interest, as broadly applicable to general wiretappings' legal regimes.

<sup>31</sup> See, for further references, TAYLOR, P.M., *op. cit.*, pp. 476-478.

<sup>32</sup> *Van Hulst v. The Netherlands*, *op. cit.*, para. 7.7 *in fine*. See, for further references, ACLU, *op. cit.*, pp. 27-28.

veillance] activities be *transferred to the courts*”.<sup>33</sup> In support to this standpoint, it is noteworthy that the HRC expressed concern about the “lack of adequate *judicial* oversight” in the Polish counter-terrorism wiretapping framework. This concern prompted the Committee to urge the State Party to reassess its legislation “in order to *bring it into line with its obligations under the Covenant*”,<sup>34</sup> thus upholding that the absence of judicial involvement may render *per se* such interference with the right to privacy incompatible with Article 17 of the ICCPR. This inclination towards a prior *judicial* assessment was explicitly articulated in a 1997 report, wherein the Committee underscored the significance of “appropriate mechanisms for judicial oversight” as a means to align the domestic framework with the provisions of Article 17 of the ICCPR.<sup>35</sup> More straightforwardly, the Committee express concerns that, in the then-Polish criminal procedure framework, “the Prosecutor (*without judicial consent*) may permit telephone tapping”.<sup>36</sup>

Whereas in the realm of surveillance measures the HRC emphasized the necessity for a prior oversight ideally conducted by a judicial authority, in the context of house searches, the Committee emphasized the importance of these measures being executed with a *warrant*. These two aspects are fundamentally interlinked – a warrant is typically granted following a prior assessment of requests made by prosecutors or law enforcement officials to employ certain intrusive measures against individuals. In other

---

<sup>33</sup> See the *Concluding Observations of the Human Rights Committee (Belarus)*, CCPR/C/79/Add.86, 19 November 1997, para. 15, emphasis added. More recently, cfr. *Andrei Sannikov v. Belarus*, CCPR/C/122/D/2212/2012 (HRC, 14 May 2018), para. 6.9.

<sup>34</sup> See the *Concluding observations on the seventh periodic report of Poland*, CCPR/C/POL/CO/7, 23 November 2016, paras. 39-40, emphasis added.

<sup>35</sup> See the *Concluding Observations of the Human Rights Committee (Jamaica)*, CCPR/C/79/Add.83, 19 November 1997, para. 20.

<sup>36</sup> See the *Concluding Observations of the Human Rights Committee (Poland)*, CCPR/C/79/Add.110, 29 July 1999, para. 22, emphasis added.

words, the warrant represents the *outcome of a prior oversight process*. Once this process is completed and the relevant request is approved, the competent authority issues a warrant, which serves as the legal basis for executing the subsequent interference with the individual concerned.<sup>37</sup> This clearly aligns with the need to ensure that “searches at a person’s home should be restricted to a search for necessary evidence and should not be allowed to amount to harassment”<sup>38</sup>.

The Committee has been clear that house searches without a previous warrant are incompatible with Article 17 ICCPR. In *Coronel et al.*, home raids carried out by soldiers against victims’ houses were dubbed illegal “since the soldiers did not have search or arrest warrants”.<sup>39</sup> There is thus a link between the lack of search warrants and the unlawfulness of subsequent house searches, as reiterated in *Boudjema*.<sup>40</sup> Looking at a Malawian legal provision that broadened the authorization of searches without warrants,

---

<sup>37</sup> Typically, the request is submitted by the public prosecutor to the judge who, following an assessment of the circumstances of the case, may issue the warrant. However, it is plausible that a warrant might be authorized by a public prosecutor following a request from law enforcement authorities. Nevertheless, in the latter scenario, some concerns may arise regarding the impartiality of the oversight conducted by the prosecutor, particularly when the latter is subject to hierarchical dependence on the government. Therefore, I would lean towards the idea that a warrant should consist in an official order issued by an impartial authority, such as the court, in response to a request from the public prosecutor or law enforcement agencies. This is notwithstanding the fact that, in instances where public prosecutors operate independently from the government and the parties to the proceedings (e.g., in the Italian criminal justice system), the aforementioned apprehensions may be significantly mitigated.

<sup>38</sup> UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, para. 8.

<sup>39</sup> *José Antonio Coronel et al. v. Colombia*, CCPR/C/76/D/778/1997 (HRC, 29 November 2002), para. 9.7, emphasis added.

<sup>40</sup> *Abdelkader Boudjema v. Algeria*, CCPR/C/121/D/2283/2013 (HRC, 1 December 2017), para. 8.11.

the Committee called upon the State Party to undertake all requisite measures (i.e., repealing the provision at stake) to prevent arbitrary searches and infringements on liberty and privacy.<sup>41</sup> What is more, in expressing concerns over abuses by authorities in implementing house searches, the HRC urged Belarus to shift the authority to make decisions regarding requests for (and the legality of) house searches from the Prosecutor General to the judiciary.<sup>42</sup>

As a result of this composite framework, it appears that the HRC is dedicated to averting unlawful encroachments upon the right to privacy by imposing various obligations on State Parties. Among them is the requirement for State Parties to establish accessible and predictable provisions within their domestic legal frameworks, with a particular emphasis on precision and specificity. This is aimed at preventing abuses of authority by national bodies. Besides, the preference for a prior *judicial* –and not merely *independent*– oversight on alleged interferences against the right to privacy seems to emerge from both the jurisprudence and the Observations of the HRC.

Against this backdrop, much like surveillance measures and house searches, the implementation of digital ssms should be regarded as a profoundly intrusive legal tool. It has the potential to infringe upon individuals' right to privacy in a manner comparable to, and often more invasive than, wiretappings or house searches. In my understanding, even ssms should necessitate a prior *judicial* authorization to be ordered and executed, meaning that a warrant should be issued by a court before their implementation. This approach aligns with the “quality of law” requirement deri-

---

<sup>41</sup> See the *Concluding observations on the initial periodic report of Malawi*, CCPR/C/MWI/CO/1/Add.1, 19 August 2014, para. 20. The same exhortation was indeed contained in the *Concluding Observations of the Human Rights Committee (Malawi)*, CCPR/C/MWI/CO/1, para. 14.

<sup>42</sup> See the *Concluding Observations of the Human Rights Committee (Belarus)*, cit., para. 15.

ved from Article 17 of the ICCPR, which mandates that the relevant legal provisions must be precise, comprehensive, and provide specific details regarding the circumstances under which the right to privacy may be infringed, along with the procedural steps for *authorizing* such measures.

B) THE BLURRED PORTRAIT OF THE NON-ARBITRARINESS  
TEST—HOW SHOULD A PRIOR JUDICIAL OVERSIGHT  
MECHANISM BE CONCEIVED?

While the implementation of a prior judicial oversight appears to be the most appropriate mechanism for State Parties to deploy digital ssms without violating Article 17 ICCPR, it should be noted that the mere existence of such authorization is not sufficient *per se*. In other words, while advocating for a prior judicial oversight for digital ssms is commendable, such oversight could become bureaucratic, formalistic, and, to some extent, arbitrary if, for instance, the burden of proof required to authorize the measure is set at a very low threshold.<sup>43</sup> Similarly, such an evaluation could become pointless if the measure at stake is allowed to be conducted for an indefinite duration. By analogy, the efficacy of judicial control might be rendered ineffective when it relies on legal presumptions (e.g., in the case of serious criminal offenses, where, in some State Parties, the necessity of the measures might be presumed by law).

Accordingly, the fact that the principle of lawfulness is complied with does not imply, in turn, that State Parties are accorded an unrestricted *carte blanche* in this domain. Indeed, certain interferences with the right to privacy – though formally complying with the two facets of the principle of legality, that is, even when

---

<sup>43</sup> This aspect was expressly stressed in the *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*, A/HRC/23/40, 17 April 2013, paras. 54-57.

authorized by a judicial authority – may still run afoul “the provisions, aims, and objectives of the Covenant”<sup>44</sup>

In order to avert such scenarios, the criterion of arbitrariness assumes paramount significance. This essentially entails that the existence of a provision of a certain “quality” in domestic law allowing for an infringement of the right to privacy is a *necessary* ground, yet not *sufficient*, to acknowledge the compliance of a certain measure with Article 17 ICCPR.

Whereas the ground of legality is mildly straightforward to ascertain, that of arbitrariness is more blurred. In accordance with the succinct language of General Comment No. 16, the concept of “arbitrary interference” includes interferences that are “provided for under the law”. Also, it is stressed that the introduction of the term “arbitrariness” serves the purpose of ensuring that compliance with the principle of legality does not exempt State Parties from their obligations to ensure that every interference with the right to privacy aligns with the “provisions, aims, and objectives of the Covenant”.<sup>45</sup> Finally, the HRC highlighted that “in any event”, the measure at stake shall be “reasonable in the particular circumstances”.

To precisely define the criteria by which compliance with the non-arbitrariness criterion may be determined, it is essential to draw upon the jurisprudence of the HRC which specifically focused on the concept of “reasonableness”.<sup>46</sup> In *Toonen*, the Committee famously stressed that the latter notion encompasses the need for the measure at stake to be “proportional to the end sought” and to be “necessary in the circumstances of any given case”.<sup>47</sup> Hence, for a measure to be deemed reasonable, it must be *both* necessary and proportionate in the specific case. This implies that

---

<sup>44</sup> UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, para. 4.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> See, among others, *Ilyasov v. Kazakhstan*, CCPR/C/111/D/2009/2010 (HRC, 23 July 2014), para. 7.2.

<sup>47</sup> See *Toonen v. Australia*, *op. cit.*, para. 8.3 *in fine*.

a personalized assessment is required for the impact of any proposed measure, and in consideration of this, its proportionality, in relation of a *legitimate aim* to be pursued.<sup>48</sup> In this context, the purpose for which the measure is undertaken becomes crucial in the analysis, further considering that “it is not enough that [a certain restriction] serves one of the legitimate aims, [but] it must be necessary for reaching the legitimate aim”.<sup>49</sup> As acknowledged in *Van Hulst*, the necessity to implement effective measures for the prevention and prosecution of criminal offenses can be considered a “legitimate aim” within the framework of the non-arbitrariness assessment.<sup>50</sup> After all, it is universally understood that once an individual becomes subject to a formal criminal investigation, infringements to their right to privacy may occur for law enforcement purposes.<sup>51</sup>

Interestingly, whereas the Committee has typically emphasized the proportionality between the measure and the objectives pursued, it also considered the *impact of the interference on the applicant* (“its effects on him”) in *Canepa*.<sup>52</sup> This finding is particularly interesting because digital interferences on the right to privacy can have a far-reaching impact on the personal lives of individuals. Such impact-factor may thus reveal an inherent importance in the arbitrariness assessment when intrusive digital

---

<sup>48</sup> TAYLOR, P.M., *op. cit.*, p. 464.

<sup>49</sup> See the *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, *op. cit.*, para. 29.

<sup>50</sup> *Van Hulst v. The Netherlands*, *op. cit.*, para. 7.6 *in fine*. In this light, wiretappings, house searches, and digital SSMs adopted in this context may appropriately be characterized as necessary measures, determined on a case-by-case basis, for the purpose of combating crime.

<sup>51</sup> See, in this regard, the *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, *op. cit.*, para. 30.

<sup>52</sup> *Canepa v. Australia*, CCPR/C/59/D/558/1993 (3 April 1997), para. 11.4.



or surveillance legal tools are implemented. To further clarify the framework, the Committee has further supplemented the concept of “reasonableness” with other criteria – a measure may be deemed arbitrary where it displays elements of “inappropriateness, injustice, lack of predictability and due process of law”.<sup>53</sup> In a nutshell, infringements of the right to privacy must conform with the spirit of article 17 ICCPR, including (but not limited to) the principles of legality, proportionality and necessity.<sup>54</sup> The latter two concepts form part of the broader non-arbitrariness assessment undertaken by the HRC, as consistently reiterated in the aforementioned Committee’s jurisprudence. Besides, other features of the measure at stake (e.g., its inappropriateness) shall be considered.

Turning back to the prior judicial oversight issues, the concept of arbitrariness, as conceived by the HRC, can be highly valuable in shaping the *extent* and *authority* that courts should hold when deciding whether to authorize an intrusive measure that affects the right to privacy. In other words, while the principle of legality appears to require State Parties to establish certain judicial *ex ante* authorization mechanisms when implementing digital SSMS which affect the rights enshrined in Article 17 of the ICCPR, the notion of arbitrariness helps to precisely *delineate the functions of these authorities*. As they should be courts – not public prosecutors – their powers should be structured within domestic frameworks to endow them with substantive authority to assess the arbitrariness of the measure in question.

---

<sup>53</sup> See, among others, *A.B. v. Canada*, CCPR/C/117/D/2387/2014 (16 March 2017), para. 8.7; *Deepan Budlakoti v. Canada*, CCPR/C/122/D/2264/2013 (HRC, 29 August 2018), para. 9.6 and *B.D.K. v. Canada*, CCPR/C/125/D/3041/2017 (HRC, 6 June 2019), para. 7.8.

<sup>54</sup> See, for instance, the *Concluding observations on the sixth periodic report of Italy*, CCPR/C/ITA/CO/6, 1 May 2017, para. 37; the *Concluding observations on the fourth periodic report of the United States of America*, *op. cit.*, para. 24(a), and the *Concluding observations on the seventh periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, *op. cit.*, para. 24(a).

Against this background, certain considerations can be explored concerning the *ex ante* judicial authorization mechanisms in the context of digital ssms. The application of the non-arbitrariness test in this context may reveal interesting insights.

For instance, the *burden of proof* required for the issuance of digital ssms should not be excessively low – this is in accordance with the principle of necessity. For a measure to be deemed necessary for the purpose of crime prosecution, it implies that its use should be the sole means by which such objective can be attained. In practical terms, this would entail that digital ssms should not be authorized solely based on a “mere suspicion” that an individual is allegedly involved in criminal activities using a digital tool. Rather, additional circumstances (e.g., other pieces of evidence) should exist for this purpose. Otherwise, the measure risks being not only unnecessary but also disproportionate, given the huge amount of data contained in the electronic device at stake.

Besides, digital ssms can be considered free from arbitrariness when their *duration* is not indefinite but is tailored within certain limits. In this context, there is uncertainty regarding whether specific formulas (e.g., “the measure is authorized as long as it is necessary”) can align with the non-arbitrariness requirement outlined in Article 17 ICCPR.<sup>55</sup> While it may be true that establishing an exact *ex ante* time limit could be challenging, it would be a good practice for courts to periodically review their authorizations to extend or, if necessary, terminate the measures in question. Besides, it should be acknowledged in domestic frameworks that once an IT tool has been searched and seized, it should be immediately returned to the owner, even by order of the court on its own motion.

---

<sup>55</sup> See, for instance, Article 262(1) of the Italian Code of Criminal Procedure (“*When it is not necessary to maintain the seizure for evidentiary purposes, the seized items are returned to the rightful owner, even before the judgment*”, emphasis added). Accordingly, this leaves the decision to lift the seizure entirely in the hands of the public prosecutor.

Lastly, as for *the material competence of courts*, it is evident that they should hold the capability to scrutinize all materials related to the case. Domestic legislations that hinder the court from conducting a comprehensive, case-by-case examination of the circumstances ought to be deemed incompatible with Article 17 IC-CPR. In essence, the prior assessment should be fair and thorough and not merely formalistic – in a word, it shall not constitute “an exercise in rubber-stamping”.<sup>56</sup> The issue of bureaucratization of judicial prior authorization mechanisms should not be underestimated. As has been observed, “there is evidence that in some jurisdictions the degree and effectiveness of such scrutiny has been circumscribed by judicial deference to the executive”.<sup>57</sup> Yet, for any *effective* arbitrariness assessment, judicial authorities must be empowered to adjudicate on *all pertinent matters of fact and law* to ascertain whether the request for an infringement of the right to privacy is justified *in casu*. This necessitates an in-depth examination of the specific factual circumstances of each individual case. Moreover, in my personal understanding, the authority must have the ability to consider, even *ex officio*, any other relevant element for its decision if *it deems it necessary*. Therefore, the powers of the judicial authority should not, under any circumstances, be restricted solely to the matters presented by the requesting administrative/criminal authority. To hold otherwise would be tantamount to undermining the substantive nature of the prior judicial assessment that is required as per Article 17 ICCPR.

---

<sup>56</sup> This is the expression adopted in the *The Right to privacy in the digital age – Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, *op. cit.*, para. 38.

<sup>57</sup> See the *Report on the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, A/69/397, 23 September 2014, para. 46.

### III. SHADES AND LIGHTS—DELVING INTO THE EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK

At the regional level, both the EU and the ECHR legal frameworks has dealt with the digital ssms. However, deep divergencies among the two legal systems can be noted.

#### A) THE SHADES—THE LACK OF A COMPREHENSIVE EU DISCIPLINE

Despite the importance of the matter, no piece of EU legislation explicitly addresses the *grounds and modalities* for ordering and executing searches and seizures of digital tools. Notably, the former measure is not even mentioned in EU law, while seizures (encompassed in the broader category of “freezing orders”) have been regulated, but only to a limited extent.<sup>58</sup> To put it simpler, only freezing orders *with the purpose of confiscation* are regulated within the EU legal framework – frozen property (e.g., an electronic device) is deemed relevant not because of its content or its informative role as evidence, but rather because of *its economic value*. Conversely, the regulation of freezing orders for the purpose of preserving evidence (dubbed as “evidentiary” or “probatory” seizures), has been left within the procedural autonomy of Member States.

Freezing orders, when intended for subsequent confiscation, has been deemed the most effective answer to the exploitation of the free movement of goods, services, and individuals that criminal organizations carry out across the EU, which facilitates their illicit activities and poses a significant threat to regional security and stability.<sup>59</sup> In a nutshell, the application of freezing orders,

---

<sup>58</sup> I have already dealt with this issue in BERNARDINI L. and SANVITALE, F., *op. cit.*, pp. 74-78.

<sup>59</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Com-

along with subsequent confiscation measures, is considered a viable approach to disrupt the activities of criminal organizations by impeding their access to and use of assets. Moreover, it serves as a deterrent to potential criminal actors, as the prospect of losing assets acts as a disincentive for engaging in illicit activities.

In the context of addressing criminal activities within the EU, there has been an increasing focus on establishing a regulatory framework for freezing orders with the intent of subsequent confiscation. Over the past decade, the EU has devoted attention to this aspect, particularly in the realm of targeting illegal assets. The legislative emphasis has been evident in Directive 2014/42/EU, which set out minimum rules governing confiscation and freezing orders in criminal matters.<sup>60</sup> The primary objective of this Directive was to address the necessity of targeting the assets of criminal organizations. This entails the seizure or freezing of items, including electronic ones, considered as “instrumentalities” or “proceeds” of specific criminal offenses. The Directive reflects an economic-oriented approach, aligning with the goal of identifying, confiscating, and repurposing criminal assets. Consequently, the EU legal framework provides comprehensive regulation specifically for freezing orders designed for confiscation purposes.

From a substantive perspective, there is no distinction between the implementation of “evidentiary” or confiscation-related seizures, both involving a temporary prohibition on certain actions related to the property in question. Electronic devices may be subject to both measures, with the differentiating factor being the intended purpose: either securing evidence or preventing the dissipation of property. Specific rules within the EU framework address only the latter scenario. Accordingly, “Directive 2014/42

---

mittee of the Regions *on the EU Strategy to tackle Organised Crime 2021-2025* (COM(2021) 170 final), 14 April 2021.

<sup>60</sup> See the Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 *on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union* [OJ L 127, 29.4.2014, p. 39-50].

proves to be useless for the purpose of understanding how, and to what extent, EU law might regulate seizures/freezing orders affecting electronic devices and based on evidence-related needs”.<sup>61</sup>

#### B) THE LIGHTS—DECONSTRUCTING THE FLORID ECTHR’S CASE-LAW ON SSMS

Within the ECHR’s legal framework, Article 8 of the Convention serves as the normative cornerstone that safeguards the right to privacy. Distinct from Article 17 ICCPR, the former provision acknowledged the right to privacy but proceeds to outline specific grounds in which this right may be restricted. These circumstances involve instances where the alleged interference is “is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

According to the established ECTHR’s case-law, a four-fold test is applied to evaluate the compatibility of a measure with Article 8 ECHR. Firstly, as a preliminary step, the ECTHR assesses whether the measure in question constitutes an “interference” within the meaning of Article 8 ECHR. Once this assessment positively carried out, the ECTHR proceeds to examine: (i) whether there is a legal basis in domestic law for the implementation of the measure; (ii) whether the interference serves a legitimate aim (e.g., crime prevention); (iii) whether the interference is “necessary in a democratic society”.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> BERNARDINI L. and SANVITALE, F., *op. cit.*, p. 77.

<sup>62</sup> See the landmark *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* [Grand Chamber], App. nos. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 and 43883/15 (ECtHR, 14 January 2021), paras. 261-312 and further case-law cited therein. For a recent application of this test, see also *Vig v. Hungary*, App. no. 59648/13 (ECtHR, 14 January 2021), paras. 51-63

It is noteworthy that, in contrast to the HRC, the ECtHR has a florid body of case law on digital ssms. The Court's decisions are grounded in its broader findings in the realm of surveillance measures employed in criminal proceedings. Before delving into the specific ECtHR case law related to ssms, some general points should be emphasized.

Firstly, the ECtHR explicitly recognized that the existence of prior authorization is a crucial safeguard against abuse.<sup>63</sup>

Secondly, it established that “in principle” *judicial* authorities should be responsible for this task as they offer the highest guarantees of independence and impartiality. Still, the court did not go so far as to assert that judicial oversight is universally required, leaving room for the possibility of *independent non-judicial oversight* being compatible with Article 8 ECHR.<sup>64</sup>

Thirdly, with regard to wiretappings, the Court identified a violation of the right to private life in *Dumitru Popescu* due to the absence of any prior independent review of the phone tapping order issued by a public prosecutor.<sup>65</sup> In contrast, the Court did not find such a violation in *Roman Zakharov* and *Dragojević*, where phone tapping measures were implemented after obtaining independent authorization.<sup>66</sup>

Fourthly, with regard to home searches, the Court has taken a more flexible approach. While recognizing the significance of prior judicial authorization for the issuance of home search

---

<sup>63</sup> *Lindstrand Partners Advokatbyrå AB v. Sweden*, App. no. 18700/09 (ECtHR, 20 December 2016), para. 97.

<sup>64</sup> *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* [Grand Chamber], App nos. 58170/13 *et al.* (ECtHR, 25 May 2021), paras. 197 and 351.

<sup>65</sup> *Dumitru Popescu v. Romania (No. 2)*, App. no. 71525/01 (ECtHR, 26 April 2007), paras. 72-73.

<sup>66</sup> See, respectively, *Roman Zakharov v. Russia* [Grand Chamber], App. no. 47143/06 (ECtHR, 4 December 2015), para. 232, and *Dragojević v. Croatia*, App. no. 68955/11 (ECtHR, 15 January 2015), para. 92.

warrants,<sup>67</sup> the ECtHR has found that the absence of such an authorization does not automatically constitute a violation of the Convention. In specific cases, the presence of *ex post facto* oversight on home search warrants may compensate for the lack of preventive review.<sup>68</sup> Yet, it has expressly stated that the failure to assess the lawfulness of the measure, both before and after its implementation, may automatically lead to a breach of Article 8 ECHR.<sup>69</sup>

To sum up, the ECtHR has established that independent prior authorization is a crucial factor when evaluating the lawfulness of measures infringing upon the right to private life as enshrined in Article 8 ECHR. However, it is noteworthy that such authorization: (i) may be conducted by *non-judicial* authorities as long as they meet independence standards; (ii) might not be a mandatory requirement in domestic frameworks, within the meaning of Article 8 ECHR, if an *ex post facto* assessment of the measure can be conducted, that is, after the execution of the latter.

Against this background, the ECtHR's case-law on digital ssms aligns with the framework previously discussed. Cases such as *Wieser and Bicos*, *Robathin*, and *Posevini* can be considered consistent with the two points already articulated – in the implementation of digital ssms, a prior independent oversight may be preferable, but its absence can be compensated for by an effective *ex post facto* assessment of the measure at hand.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> *Funke v. France*, App. no. 10828/84 (ECtHR, 23 February 1993), para. 57.

<sup>68</sup> See, among others, *Smirnov v. Russia*, App. no. 71362/01 (ECtHR, 7 June 2007), para. 45 *in fine*.

<sup>69</sup> *DELTA PEKÁRNY a.s. v. the Czech Republic*, App. no. 97/11 (ECtHR, 2 October 2014), paras. 88-94.

<sup>70</sup> See, respectively, *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, App. No. 74336/01 (ECtHR, 16 October 2007), *Robathin v. Austria*, App. No. 30457/06 (ECtHR, 3 July 2012), and *Posevini v. Bulgaria*, App. No. 63638/14 (ECtHR, 19 January 2017).



In this highly fragmented framework, I would emphasize some findings of *Trabajo Rueda*, a judgment from which valuable insights can be gleaned.<sup>71</sup> Indeed, I would consider this judgement – albeit isolated within the ECtHR’s case-law – as a shareable departure from the current (fuzzy) established approach taken by the Strasbourg Court *in parte qua*.

The case concerned the circumstances in which the applicant, Mr. Trabajo Rueda, brought his computer to a technician for repair, disclosing that it was not password-protected. Upon discovering child pornography on the device, the technician informed the police, who then searched and seized the computer *without obtaining a prior judicial warrant*, citing urgency reasons. The applicant was subsequently arrested.<sup>72</sup> Despite the absence of a prior judicial authorization, which was allowed by domestic law in urgent cases, the applicant challenged the existence of such urgency.

The ECtHR, in finding a breach of Article 8 ECHR, established that the urgency justifying the omission of such control must exist concretely and cannot be presumed by the police. In the material case, according to the Court, the Spanish authorities failed to adequately justify the need to act without prior authorization, which could have been obtained relatively quickly. This rendered the search and seizure of the applicant’s computer disproportionate *per se* and, consequently, unnecessary in a democratic society within the meaning of Article 8(2) ECHR.<sup>73</sup>

In developing its line of reasoning, the ECtHR emphasized the pivotal role of prior oversight, stating *en passant* that “the rule of prior judicial authorization [is] a condition required *in any event* by Article 8 of the Convention (*which mandates the issuance of a warrant by an independent body*) when an intrusion into an individual’s privacy is at stake”.<sup>74</sup> This consideration, framed as

---

<sup>71</sup> *Trabajo Rueda v. Spain*, App. no. 32600/12 (ECtHR, 30 May 2017).

<sup>72</sup> *Ibidem*, paras. 5-7.

<sup>73</sup> *Ibidem*, paras. 45-47

<sup>74</sup> *Ibidem*, para. 35, emphasis added.

a universal ground of Article 8 ECHR, may suggest a departure from the fragmented case-by-case approach previously employed. Here, the Court seems to advocate for a consistent application of prior independent authorization for *all intrusive measures involving electronic devices*, rejecting the traditional blurred approach in its previous case-law. Though, it stops short from acknowledging the need for a prior *judicial* authorization mechanism.

But, after all, *Trabajo Rueda* is to be applauded for two significant reasons. Firstly, it establishes a definitive standard for interpreting Article 8 ECHR and the associated procedural safeguards, providing much-needed clarity in this regard. Secondly, it enhances the protection of the right to private life, thereby reducing the potential for arbitrary violations of this fundamental prerogative.

Regrettably, subsequent rulings did not take this specific aspect of *Trabajo Rueda* into consideration. This may foster the ECHR's ambiguous approach in this realm. In this regard, criticism is thus warranted for the equivocal path the Strasbourg Court has taken in downplaying the importance of compulsory prior independent oversight in all instances involving digital intrusive measures (e.g., SSMS) in the context of criminal proceedings.

#### IV. NOT A PANACEA, NEITHER A TRIVIALITY— SOME CONCLUDING REMARKS

It is indisputable that technological progress has facilitated the collection, transmission, and electronic storage of personal information, allowing for easier access and analysis compared to the era when privacy laws were originally formulated.<sup>75</sup> In the field of searches and seizures of electronic devices, this has essentially meant allow the prosecuting authorities to access to the extraordinary volume of information that may be stored even on

---

<sup>75</sup> SERWIN, A.B., "Privacy in an Interconnected World", in *GPSolo Magazine* (American Bar Association), 2011, n. 28(4), pp. 34-38.

a home computer. This has consequently raised the likelihood that a substantial portion of the intertwined documents retrieved may have no connection to the suspected criminal activity, which initially justified the search and seizure.<sup>76</sup> The complexity of the framework is heightened by the *inversion* in the implementation of this measure, in contrast to physical evidence – a computer is first *seized* and then *searched*. This enables the authority to secure its physical possession even without prior knowledge of its actual content.<sup>77</sup>

Foremost among these strands is the need for procedural guarantees to be afforded to the individual affected by digital ssms. Legal scholars have commonly emphasized the significance of obtaining prior authorization from an independent authority for intrusive measures. This perspective, widely reflected in both international and European standards, aims to prevent unlawful and arbitrary violations of the right to privacy by investigating authorities. While I generally support this viewpoint, I want to emphasize that the mere presence of prior independent authorization in the context of ssms does not guarantee *per se* the subsequent implementation is non-arbitrary, especially if the oversight is merely formalistic. However, I contend that the absence of any prior independent control strongly indicates that the subsequent procedure may be tainted by unlawful or arbitrary features.

International standards, as outlined in the jurisprudence and Observations of the HRC, consistently express a robust preference for prior *judicial* oversight concerning intrusive measures affecting the right to privacy, with no exemption for ssms. This preference is rooted in the legality requirement outlined in Article 17 ICCPR. To prevent this oversight from becoming overly bureaucratic, the concept of freedom from arbitrariness offers valuable guidance, affording the competent authority substantial authority

---

<sup>76</sup> LEACOCK, C., *op. cit.*, p. 224.

<sup>77</sup> BARTHOLOMEW, P., “Seize First, Search Later: The Hunt for Digital Evidence”, in *Touro Law Review*, 2014, n. 30(4), pp. 1027-1052.

to scrutinize all pertinent facts in the case, avoiding, in my understanding any stereotyped approach in this field.

Conversely, the European legal framework is more fragmented. While EU law has not directly addressed this matter, the protection provided by Article 8 ECHR is extremely blurred. Firstly, it does not mandate independent authorization when implementing intrusive measures. This aspect applies to digital ssms as well, as observed in the settled ECtHR's case-law. Secondly, the absence of such authorization can be compensated for by a robust *ex post facto* review. This approach seems not being in keeping with the aforementioned international standards. I would argue that this viewpoint poses a risk to the fundamental nature of the right to privacy. Not only does Article 8 of the ECHR fail to endorse a preference for a *judicial* body to conduct prior authorization (a concern that may be acceptable as long as independent oversight is present), but it also allows State Parties to order and execute intrusive measures *without any form of prior control whatsoever*. A very single judgement rendered by the Strasbourg Court has attempted to depart from this framework, stating that an independent oversight is *always* needed as per Article 8 ECHR; still, its findings were not recalled in subsequent decisions. This would demonstrate that, at least in Europe, times are not still mature for such a change of paradigm.

In 1961, John Kaplan suggested that “in such a complex field as search and seizure, it is impossible to suggest one great principle which, if applied, would automatically lead to a perfect and rational balance between the rights of the individual to privacy and the interest of law enforcement agencies, and society itself, in discovering evidence against and apprehending criminals”.<sup>78</sup> Perhaps, we should refrain from embarking on such a formidable endeavor, as it might prove to be challenging, time-consuming, and ultimately pointless. On the contrary, attention should be directed towards

---

<sup>78</sup> KAPLAN, J., “Search and Seizure: A No-Man’s Land in the Criminal Law”, in *California Law Review*, 1961, n. 49(3), p. 503.

procedural guarantees that could enhance the legality, reduce arbitrariness, and increase fairness in the implementation of digital ssms. Introducing *a priori* independent, substantial, specific, and thorough scrutiny of these measures, to be carried out by judicial bodies, might be an initial, albeit modest, stride in that direction.

## Interiorization by family reunification and by social reunion as a paradigm for enforcmenting the right to family reunion of Venezuelan Immigrants and Refugees in Brazil

### La interiorización por reunificación familiar y por reunión social como paradigma para la realización del derecho a la reunión familiar de los inmigrantes y refugiados venezolanos en Brasil

João Lucas ZANONI DA SILVA\*

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the right to family reunion of immigrants and refugees as a fundamental human right and the public policies implemented by Brazil, with a view to ensuring this right and promoting the local integration of beneficiaries of interiorization strategy in the host societies for which they are destined, with a focus on its social dimension. The research is justified by providing an opportunity to analyze the public policy of access and implementation of the right to family reunion for Venezuelan immigrants and refugees, at a national level, through the process of interiorization, with a view to the local integration of this public. To this end, the deductive method will be used in a qualitative approach, as

---

\* Master in Borders and Human Rights from the Federal University of Grande Dourados (UFGD) in Brazil. Specialist in International and Economic Law from the State University of Londrina (UEL) in Brazil. Professor of the Law Graduation Course at the State University of Minas Gerais, Ituiutaba Academic Unit (UEMG) in Brazil. Brazil. Contacto: <[joaolucaszanonidasilva@gmail.com](mailto:joaolucaszanonidasilva@gmail.com)>. ORCID: 0000-0003-2794-3263. Fecha de recepción: 09/10/23. Fecha de aprobación: 03/11/2023.

it seeks to verify, through basic bibliographic and documentary research, how the right to family reunion has been guaranteed to Venezuelan immigrants and refugees.

**KEYWORD:** Venezuelans; Operation Shelter; Interiorization; Human Right; Right to family reunion.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the right to family reunion of immigrants and refugees as a fundamental human right and the public policies implemented by Brazil, with a view to ensuring this right and promoting the local integration of beneficiaries of interiorization strategy in the host societies for which they are destined, with a focus on its social dimension. The research is justified by providing an opportunity to analyze the public policy of access and implementation of the right to family reunion for Venezuelan immigrants and refugees, at a national level, through the process of interiorization, with a view to the local integration of this public. To this end, the deductive method will be used in a qualitative approach, as it seeks to verify, through basic bibliographic and documentary research, how the right to family reunion has been guaranteed to Venezuelan immigrants and refugees.

**PALABRAS CLAVES:** Venezuelans; Operation Shelter; Interiorization; Human Right; Right to family reunion.

## I. INTRODUCTION

The Bolivarian Republic of Venezuela has been affected by a three-dimensional humanitarian crisis, understood as the result of the depletion of its economic, political and social conditions, which compels a large number of its nationals to migrate to different American states in search of better survival conditions. Among these States are Colombia, Peru, Brazil, Ecuador and Chile<sup>1</sup>.

Brazil, in the period between January 2015 and August 2023, welcomed more than 477 thousand Venezuelans<sup>2</sup>, who entered in its territory mainly by land via the dry border between the state of Roraima and the state of Bolívar, in Venezuela and remained, mainly in the Roraima municipalities of Pacaraima and Boa Vista. Despite the fact that the Federal Government was aware of the arrival and permanence of this migratory flow in the aforementioned federal state since 2015, it only adopted more incisive measures to manage it from February 2018, which resulted in the establishment of the Humanitarian Logistics Task Force in Roraima, known as “Operation Shelter”. This Operation is developed in three priority areas, namely: border planning, shelter and interiorization – a process that consists of the voluntary and assisted relocation of these immigrants to other federal states and is understood by the Federal Government as the main measure to assist this migratory flow.

Until August 2023, 112,293 Venezuelans had already been formally interiorized, among which 74,320 were interiorized through

---

<sup>1</sup> R4V, Plataforma de Coordenação Interagencial para Refugiados e migrantes da Venezuela, “Refugiados e Migrantes Venezuelanos na Região”, Maio 2023. Disponible in: <<https://www.r4v.info/es/document/r4v-america-latina-y-el-caribe-refugiados-y-migrantes-venezolanos-en-la-region-ago-2023>> (03 set. 2023).

<sup>2</sup> *Idem*.



family reunification and social reunion<sup>3</sup>, based on the concept of a family based on affection. Given this context, it will seek to answer the following question: Are the modalities of interiorization by family reunification and by social reunion capable, in themselves, of providing the total local integration of their beneficiaries in the host societies? This study lists a hypothesis that aims to answer the question presented. Thus, although Operation Shelter develops modalities of internalization by family reunification and by social reunion, with a view to guaranteeing and implementing the right to family reunion for Venezuelan immigrants and refugees, it is reflected whether such modalities of internalization alone would be capable of providing the local integration of their beneficiaries in the host societies or whether for this purpose it would also be necessary to develop local public policies.

In this sense, this study aims to analyze the right to family reunion of immigrants and refugees as a fundamental human right and the public policies implemented by Brazil, with a view to ensuring this right and promoting the local integration of beneficiaries of interiorization in host societies, for which they are intended, focusing on its social dimension.

Therefore, this study is divided into three sections in addition to this introduction and final considerations. The first will focus on the reasons that compel Venezuelans to migrate, their entry and stay in Brazil and the creation of Operation Shelter, with an emphasis on the process of interiorization through family reunification and social reunion modalities. The second will discuss some theoretical aspects of the local integration process, as well as analyzing the guarantee of the human and fundamental right to family reunion of immigrants and refugees as a means of promoting local integration. The third will briefly address the evolution of the concept of family in Brazil, emphasizing the current

---

<sup>3</sup> Brasil, “Estratégia de Interiorização”. Disponible in: <<http://aplicacoes.mds.gov.br/snas/painel-interiorizacao/>> (03 set. 2023).

conception of family based on affection, which is applicable to the types of interiorization through family reunification and social reunion, as well as it will highlight that such modalities of interiorization, in themselves alone, they are not capable of promoting the total local integration of these Venezuelans in their host societies.

Finally, the research is justified by providing an opportunity to analyze the public policy of access and implementation of the right to family reunion for Venezuelan immigrants and refugees, at a national level, through the process of interiorization, with a view to the local integration of this public. To this end, the deductive method will be used in a qualitative approach, as it seeks to verify, through basic bibliographic and documentary research, how the right to family reunion has been guaranteed to Venezuelan immigrants and refugees.

## II. THE CREATION OF THE OPERATION SHELTER AND THE INTERIORIZATION PROCESS

The Bolivarian Republic of Venezuela, since 2013, has been submerged in a three-dimensional humanitarian crisis as a result of the combination of economic, political and social problems, which have compromised the daily lives of the Venezuelan population. With the worsening of such circumstances, especially due to the population's submission to hunger, poverty, shortages of medicines and essential goods and the persecution and arbitrary arrests against opponents of the current government, Venezuelans have been compelled to move to other states. in search of better survival conditions.

Based on this, it is inferred that massive Venezuelan migration occurs due to involuntary displacements motivated by the impossibility of individuals continuing to live in their State of ori-

gin<sup>4</sup>. The number of Venezuelans who have already left Venezuela totaled 7.71 million individuals, whose main South American receiving States are Colombia (2.89 million), Peru (1.54 million), Brazil (477.5 thousand), Ecuador (474.9 thousand) and Chile (444.4 thousand)<sup>5</sup>.

With the worsening of the Venezuelan crisis in 2017, more and more Venezuelans began to enter and remain in Brazilian territory, in a situation of extreme socioeconomic vulnerability, mainly in the municipalities of Pacaraima and Boa Vista – capital of the state of Roraima<sup>6</sup>. Nonetheless, only from February 2018 the Brazilian Federal Government adopt more effective measures to manage this migratory flow. Such measures were taken after the publication of Provisional Measures n° 820/2018 and n° 823/2018 and Decrees n° 9.285/2018 and n° 9.286/2018 and the beginning of the Humanitarian Logistics Task Force in Roraima, coordinated by the Civil House of the Presidency of the Republic together with the Brazilian Army.

Thus, on March 1, 2018, the Joint Chiefs of Staff of the Armed Forces decided that the Brazilian Army would establish Operation Shelter in the state of Roraima, whose development would take place in three distinct areas, namely: a) border planning, b) shelter and, c) interiorization of immigrants. This Operation aims to cooperate with the Federal Government in assisting immigrants, through logistical support in transportation, food (preparation and distribution), health, identification, immunization, construc-

---

<sup>4</sup> CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela: informe de país*, Washington, 2017.

<sup>5</sup> R4V, *op. cit.*

<sup>6</sup> SILVA, João Lucas Zanoni da; SILVA, César Augusto Silva da, “A diáspora venezuelana para o Brasil: a experiência do Projeto Acolhida de Dourados – MS”, *In: CONTINI, Alaerte Antônio Martelli; CARNEIRO FILHO, Camilo Pereira; Preussler, Gustavo de Souza, Fronteiras e direitos humanos em perspectiva*, Curitiba, Íthala, 2019, p. 242.

tion and expansion of shelters and support for the interiorization process<sup>7</sup>.

Operation Shelter effectively began on March 16, 2018. Specifically regarding interiorization, it began, at a national level, on April 2018, consisting of the process of voluntary and assisted relocation of Venezuelan nationals from the state of Roraima to other Brazilian federative states, in addition to being understood by the Brazilian Federal Government as the main measure to deal with the migratory flow in question.

The interiorization process occurs in five modalities, namely: a) “shelter to shelter” interiorization; b) interiorization due to family reunification; c) interiorization due to a signaled job offer; d) interiorization by civil society<sup>8</sup> and; e) interiorization by social reunion<sup>9</sup>.

Regarding internalization by family reunification, it is observed that this occurs administratively within the scope of Operation Shelter, and it is necessary for a former participant in the interiorization process by other modalities, with the exception of

---

<sup>7</sup> KANNAN, Cel; TÁSSIO, Maj; SIDMAR, “2º Ten. As Ações do Exército Brasileiro na ajuda humanitária aos imigrantes venezuelanos”, In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski (coords.), *Migrações Venezuelanas*. Campinas - SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” - Nepo/Unicamp, 2ª ed., 2018, p. 68.

<sup>8</sup> SAMPAIO, C.; Silva, J. C. J., “Complexidade x singularidade - a necessidade de outras soluções duradouras” In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski (coords.), *Migrações Venezuelanas*, 2ª ed., Campinas - SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” - Nepo/Unicamp, 2018, p. 393.

<sup>9</sup> SILVA, João Lucas Zanoni da. *A Imigração Venezuelana para o Brasil: do ingresso em Pacaraima – RR ao início da interiorização em Durados* – MS. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) – Dourados – MS, 2020, p. 135. Disponível em: <<https://files.ufgd.edu.br/arquivos/arquivos/78/MESTRADOFRONTEIRAS/Jo%C3%A3oLucasZanonidaSilva%20-%20disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf.pdf>> (20 set. 2023).

social reunion, to forward to IOM the data relating to the each of the family members who are in Pacaraima or Boa Vista, as well as copies of their personal documents, namely: asylum request/refugee protocol/temporary residence permit; negative criminal record certificate; National Foreigner Registry (RNE)/National Migration Registry (RNM); Register of Individuals (CPF); Work and Social Security Card (CTPS); property rental contract in your name; proof of residence and signed economic responsibility statement, through which you will undertake to receive your respective family members and provide them with essential needs for three months<sup>10</sup>.

In turn, the process of social reunion also occurs administratively when the Venezuelan immigrant, usually a former participant in the interiorization process by other modalities, requests the Brazilian Army that people with whom he has emotional ties, generally friends, be taken to the municipality in which he resides. The immigrant forwards to the Brazilian Army the data of each of the people with whom he has emotional ties, and who are in Pacaraima or Boa Vista, and copies of his personal documents and/or those of another person, usually those of leaders of religious groups, which, in the form of sponsorship, are also responsible for the arrival of such immigrants. The list of this documentation is made up of the same documents as those for interiorization due to family reunification.

Both modalities of interiorization only occur with Venezuelan immigrants and refugees who are in Brazilian territory, without going through any bureaucratic procedures from National Committee for Refugees (CONARE), the Ministry of Justice and the Ministry of Foreign Affairs, in addition to having no cost for the receiving family member, unlike what happens in the family reunion carried out through the extension of legal refugee status.

---

<sup>10</sup> PROJETO ACOLHIDA, *Projeto Acolhida de Imigrantes Venezuelanos em Dourados. Ata da quinta reunião ordinária do Projeto Acolhida dos Imigrantes Venezuelanos de Dourados*, realizada no dia 14 de março de 2019.

Therefore, from April 2018 to August 2023, 112,293 Venezuelans were formally interiorized, of which 19,435 were through family reunification and 54,885 through social reunion, corresponding to 66.7% of the interiorizations carried out<sup>11</sup>. In this sense, it is emphasized that the reunion of family group members of refugees and immigrants is a humanitarian and essential goal for them to be able to find a lasting solution and achieve the maximum possibility of enjoying a normal life<sup>12</sup>, therefore obtaining success in the new host society and giving effect to the human and fundamental right to family reunion, as will be explained in the next section.

### III. GUARANTEEING THE RIGHT TO FAMILY REUNION OF IMMIGRANTS AND REFUGEES AS A LOCAL INTEGRATION MECHANISM

Firstly, before starting the discussion on the right to family reunion for immigrants and refugees, it is necessary to briefly discuss the concept of local integration. This is essential, because the local integration of an immigrant or refugee into the new host society is also linked to the need for these individuals to have the right to live with people with whom they have emotional ties in the new host State.

According to the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)<sup>13</sup>, local integration is a complex and gradual process, with legal, economic, social and cultural dimensions that

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> JASTRAM, Kate; NEWLAND, Kathleen, "Family unity and refugee protection", Geneva, UNHCR, 2001. Disponible in: <<https://www.refworld.org/docid/470a33be0.html>> (20 set. 2023).

<sup>13</sup> ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. Integração Local, 2023. Disponible in: <<https://www.acnur.org/portugues/solucoes-duradoras/integracao-local/>> (15 set. 2023).

place considerable demands on individuals and the societies that host them. UNHCR still sees integration into a State of asylum as one of the lasting solutions, through which refugees can re-establish their lives<sup>14</sup>.

There is no universal consensus on the term local integration, which is why the meanings may vary depending on the State and the period of time, being subject to an analysis based on interests, values and perspectives. Nonetheless, it should be noted that local integration does not consist of a process of assimilation by refugees into the societies in which they find asylum<sup>15</sup>. Assimilation is noted when immigrants and refugees erase their ethnic origins with the aim of getting closer and closer to the characteristics of the existing population in the host society<sup>16</sup>. Therefore, in an approach to the historical construction of the term local integration, Kuhlman creates an expanded definition of the theme, according to which “Integration can then be understood as a process of adaptation where migrants maintain their own identity, yet become part of the host society to the extent that host population and refugees can live together in an acceptable way”<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> *Idem.*

<sup>15</sup> CRISP, Jeff, “The local integration and local settlement of refugees: a conceptual and historical analysis”, *New Issues in Refugee Research*, UNHCR, 2004.

<sup>16</sup> ALBA, Richard; NEE, Victor, “Rethinking assimilation. Remaking the American mainstream: Assimilation and contemporary immigration”, 2003, pp. 1-16.

<sup>17</sup> KUHLMAN, Tom, “The Economic Integration of Refugees in Developing Countries: A Research Model”, *Journal of Refugee Studies*, Oxford, v. 4, n. 1, 1991, pp. 1-21. Disponible in: <[https://www.researchgate.net/publication/31258421\\_The\\_Economic\\_Integration\\_of\\_Refugees\\_in\\_Developing\\_Countries\\_A\\_Research\\_Model](https://www.researchgate.net/publication/31258421_The_Economic_Integration_of_Refugees_in_Developing_Countries_A_Research_Model)> (10 set. 2023).

When analyzing the concept of local integration, Moreira<sup>18</sup> summarizes the dimensions of such a process from a social, cultural, ethnic, religious, economic, political, psychological and spatial perspective. According to the author, integration must be understood as a comprehensive term, above all, as it encompasses a complex of processes in multiple dimensions, each having its own form of operation and meaning, developing in temporalities and trajectories that are peculiar to them and generating variable results. When considering the complexity of the local integration process permeated by multiple factors, highlighting socioeconomic, cultural and political ones, it appears necessary to provide refugees with opportunities for employment, housing, learning the language of the host State, use of services public health and education and the construction of social relationships with other members of local society.

Regarding the identification of the actors involved in this process, these are the immigrants and refugees with their peculiarities and different levels of effort and adaptation and the host society with its characteristics and different reactions to the newcomers. It is the interaction between such actors that establishes the guidelines and intermediate and final results of the local integration process. Nevertheless, it is emphasized that there is no parity between these actors in this process, as they have unequal resources and political strength. Because of this, the host society, its organizational structure and the reaction to newcomers are much more decisive for the success of the local integration process. Integration policies integrate the different levels of institutional organization of a society, mainly because they should be defined broadly

---

<sup>18</sup> MOREIRA, Julia Bertino, “Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local”, *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana (REMHU)*, ano XXII, n. 43, 2014, p. 89-90.



to include policies and their effects on immigrants, and policies specifically aimed at the integration of these individuals<sup>19</sup>.

With the aim of legally guaranteeing immigrants and refugees equal rights in the new host society and creating public policies aimed at guaranteeing their integration into multiple social spheres, this study makes a theoretical and methodological outline, in order to delve deeper into the analysis of the local integration of these individuals through the guarantee of the human and fundamental right to family reunion, through the modalities of interiorization by family reunification and by social reunion, within the administrative scope of the Operation Shelter.

Likewise, according to UNHCR, family reunion is essential to protect the essential unity of society, to guarantee the dignity of the lives of refugees and to promote the protection of children, because when the individual is alone he is more susceptible to being subjected to situations of exploitation and risk such as depression, consumption of psychotropic substances, among others, in addition to having a higher level of dependence on assistance services, precisely because there is no support from the family protection network<sup>20</sup>.

Thus, the family is seen as the main protective unit of individuals in society. Because of this, the right to family is provided for in different international, regional and national legal documents.

At the international level, the Universal Declaration of Human Rights, of December 1948, guarantees in its article 12 that no person will suffer arbitrary interventions in their private life or family<sup>21</sup>. The interpretation of this article expresses that persecution

---

<sup>19</sup> PENNINX, Rinus, Integration of migrants: economic, social, cultural and political dimensions. in: *The new demographic regime: population challenges and policy responses*, New York/Geneva, United Nations, 2005, p. 142.

<sup>20</sup> JASTRAN; NEWLAND, *op. cit.*

<sup>21</sup> ONU, Organização das Nações Unidas, *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponible in: <<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> (10 set. 2023).

and violations of human rights that force someone to leave their State of origin are arbitrary interventions in family life, therefore violating this right<sup>22</sup>. Article 16 of this Declaration also guarantees all individuals the right to found a family and recognizes, in paragraph 3, that the family is the essential element of society and has the right to its protection and state protection<sup>23</sup>. In fact, the families of immigrants and refugees, like any other, have the right to protection.

Within the scope of International Refugee Law, the Geneva Convention Relating to the Status of Refugees of 1951 does not explicitly address the right to family and family reunion<sup>24</sup>. However, the final act of the Conference that adopted the aforementioned Convention recommends the adoption of necessary measures to ensure the protection of the refugee family (fundamentally, considering that it may be threatened), with a view to maintaining the family unit, even if others family members do not meet the necessary requirements to be recognized as refugees<sup>25</sup>. Therefore,

---

<sup>22</sup> Martuscelli, P. N. Reunião Familiar como Alternativa de Proteção: desafios e avanços na realidade brasileira. Seminário “Migrações Internacionais, Refúgio e Políticas”, 2016, pp. 4-5.

<sup>23</sup> ONU, *op. cit.*

<sup>24</sup> ONU, Organização das Nações Unidas, Convenção de Genebra de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, Disponible in: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)> (10 set. 2023).

<sup>25</sup> ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Background note for the agenda item: Family reunification in the context of resettlement and integration. Protecting the family: challenges in implementing policy in the context. Annual Tripartite Consultations on Resettlement, 2001, Geneva. Anais. Genebra, ACNUR, 2001. Disponible in: <<https://www.unhcr.org/media/background-note-agenda-item-family-reunification-context-resettlement-and-integration>> (20 set. 2023).

it is recommended that the legal status of refugee be extended to other family members who are in national territory<sup>26</sup>.

Furthermore, the Cartagena Declaration of 1984 in its thirteenth conclusion, of section three, recognizes that the reunification of family group members constitutes an essential principle in matters of refugees, which must inspire the humanitarian regime in the State of asylum<sup>27</sup>. That is, the aforementioned Declaration established the protection of refugees and their respective rights in the conceptual universe of human rights<sup>28</sup>.

Nonetheless, Lambert<sup>29</sup> considers that the right to family reunion is not presented clearly in international law for two reasons, namely: a) because of the lack of a common definition of family and; b) because the protection of family reunion requires positive actions from States. This is because the particular situation of the refugee who has his right to family life mitigated and/or taken away in his State of origin clashes with the discretionary power of the host State to expel or reject the entry of members of the refugee's family group into its territory.

Nevertheless, it is observed, at a national level, that the Federal Constitution of 1988 establishes in its article 1, item IV, the dignity of the human person as one of the foundations of the Federative Republic of Brazil, as well as in its article 3, item IV, pro-

---

<sup>26</sup> MARTUSCELLI, *op. cit.*, pp. 4-5.

<sup>27</sup> ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. *Declaração de Cartagena de 1984*. Disponible in: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf)> (20 set. 2023).

<sup>28</sup> TRINDADE, A. A. C., SANTIAGO, J. R., *La nueva dimensión de las necesidades de protección de ser humano em el início del siglo XXI*, 2ª ed., Impresora Grossestra Internacional, 2003, p. 33.

<sup>29</sup> LAMBERT, Hélène, "Family unity in migration law: the evolution of a more unified approach in Europe" In CHETAIL, V., BAULOZ, C. (eds.), *Research handbook on international law and migration*, Cheltenham Edward Elgar, 2014, pp. 194-215.

motoring the good of all without any discrimination is one of the fundamental objectives of the Brazilian State. And, in its article 5, it recognizes the right to material and substantial equality, prohibiting any discrimination between native, naturalized and non-national Brazilians, just as, in item X, of this article, it guarantees the right to inviolability of private life. Finally, the aforementioned Constitution in its article 226 gives the family, considered the basis of society, special protection from the State<sup>30</sup>.

Furthermore, the Law n° 9.474/1997 – the Refugee Statute, is highlighted, which in its article 2, provides for the extension of the effects of refugee status to the spouse, ancestors and descendants, as well as to other members of the family group who are economically dependent on refugees, as long as they are in Brazilian territory, with a view to ensuring family reunion<sup>31</sup>.

Finally, the Law n° 13.445/2017 – new Migration Law, is mentioned, whose article 3, items VIII and XII, establish, respectively, that Brazilian migration policy will be governed by some principles, including: universality, indivisibility and interdependence of human rights; guaranteeing the right to family reunion and; promotion and dissemination of migrant rights, freedoms, guarantees and obligations<sup>32</sup>.

This is why, in the next section, will be discussed the concept of family and its application in the public policy of interiorization through family reunification and social reunion, with the purpose

---

<sup>30</sup> Brasil, Constituição Federal de 1988. Disponible in: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Accessed in 22 set. 2023.

<sup>31</sup> Brasil, Lei n° 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponible in: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm) (20 set. 2023).

<sup>32</sup> Brasil, Lei n° 13.445, de 14 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponible in: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm) (21 set. 2023).

of implementing the right to family reunion of Venezuelan immigrants and refugees arriving in Brazil.

#### IV. NOTES ON THE CONCEPT OF FAMILY AND ITS APPLICATION IN THE LOCAL INTEGRATION OF IMMIGRANTS AND REFUGEES IN BRAZIL

The concept of family can be seen as the concept that best denotes the essence of a society, enabling knowledge of its most intimate values and their contradictions, since the family is seen as the essential nucleus of society. Legal protection for the family does not presuppose a specific legal concept, because it is a phenomenon in constant development.

The entity that was previously based only on official recognition by the State, through marriage celebrated by the Roman Catholic Apostolic Church and founded on patriarchy, male chauvinism and neglect between biological and non-biological children and children born within the conjugal relationship and outside it, has become a space for intimate coexistence between individuals who are close and committed to each other in fulfilling ethical and normative duties, such as, for example, the duty to care for and protect children, adolescents, the elderly and people in situations of physical and psychic vulnerability.

The historical trajectory of the concept of family and its legal protection is not peaceful and much less linear, but rather the result of a constant struggle for the conquest, recognition and enforcement of rights, in a dispute marked by emblematic clashes, such as the various projects of law to delimit the so-called “Family Statute” in the singular, such as Projects of Law n° 6.583/2013 and n° 6.583-A/2013, as opposed to “family law” in the plural.

Thus, with the advent of the Federal Constitution of 1988, there was a change in the family model in Brazilian legislation, since the patriarchal society was not in line with the modern society after the Industrial Revolution. And, consequently, the old

patriarchal family was replaced by the family based on values of solidarity, respect, coordination and communion of interests<sup>33</sup>. In other words, the family underwent a transformation, with an emphasis on affection to the detriment of purely formal and patrimonial conceptions<sup>34</sup>. That is, the family has become a space for the existential construction of the being, in search of fulfillment, happiness and dignity, built on affection, as this arises from the constant appreciation of human dignity and solidarity<sup>35</sup>, constitutional bases of the Democratic State of Law.

The 1988 Federal Constitution established new values in response to social changes, including the end of discrimination against non-marriage family entities, which are now protected in the same way as those constituted by marriage; equality of rights and duties between men and women in conjugal society and stable unions and; the equality of children of any origin, whether biological or non-biological, marital or not, respectively in accordance with its article 226, first line, and §§ 5, 3 and 6<sup>36</sup>.

In effect, the scope of the family became social solidarity and other necessary conditions for human improvement and progress, with the family nucleus being disciplined by affection<sup>37</sup>. In other words, there is a repersonalization of family relationships, because

---

<sup>33</sup> LÔBO, Paulo Luis Netto, "A repersonalização das relações de família", *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, n. 24, jun./jul., 2004, p. 138.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto, "A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional", TEPEDINO, Gustavo (org.), *Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 258.

<sup>35</sup> TARTUCE, Flávio, *Manual de direito civil: volume único*, 3 ed., São Paulo, Método, 2003, p. 1062.

<sup>36</sup> Brasil, 1988.

<sup>37</sup> FRAIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 10.

the family, which was previously linked to patrimonial or merely procreational issues, began to value human dignity and inserted the individual as the center of legal protection, as explained in the following excerpt:

The traditional family appeared through patrimonial law and, after liberal codifications, through the multiplicity of individual ties, as atomized subjects. Now, it is founded on solidarity and cooperation, on respect for the dignity of each of its members, who oblige each other in a community of life. The current family is only understandable as a space for personal and emotional fulfillment, in which patrimonial interests have lost their role as the main protagonist. The repersonalization of your relationships revitalizes family entities<sup>38</sup>.

Therefore, it is noted that, at the same time, the family fulfills a functionalized role, that is, it must serve as a conducive environment for promoting the dignity and fulfillment of the personality of its members in order to aggregate feelings, hopes and values and to serve as the basis for the pursuit of happiness. Furthermore, due to this new definition of family, the emotional ties and supportive relationship have made this conception much more extensive than that defined only between a man and a woman, because family encompasses a bond that is established with someone, regardless of whether they are consanguineous or not<sup>39</sup>.

In addition to the conception of a family based on affection, Law n° 10.404/2002 – the Civil Code was promulgated, centered on the idea of person and personality rights, in which the first

---

<sup>38</sup> LÔBO, *op. cit.*, p. 152.

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, 23 ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 9.

consists of “the source value of all values, being the main foundation of the legal system”<sup>40</sup>.

It is in line with these precepts that the Civil Code of 2002 recommends that marriage establishes full communion of life, based on the equality of rights and duties of the spouses, with any person or entity being allowed to interfere in the union celebrated for family development, and such civil diploma be interpreted according to constitutional dictates, through its application to specific cases<sup>41</sup>. This concept of family is in line with the expansion of the concept of family provided for in Law n° 11.340/2006 – Maria da Penha Law, which establishes that the current family is formed by the will of the individuals who make it up and not by legal precept<sup>42</sup>.

UNHCR<sup>43</sup> contributes to these considerations by asserting that there is no consensus on the definition of family, which is why the broadest and most objective definition of family would be a group of individuals who wish to live together. In fact, according to a definition set out in the Commentaries to the Additional Protocol of the Geneva Convention of 1949, the family is defined as people related by blood who live together as a single household, which includes spouses, brothers and sisters, uncles, aunts, nephews or any person, regardless of the degree of kinship, who belong to this group, because they share life or emotional connections. In short,

---

<sup>40</sup> REALE, Miguel. *Os Direitos da Personalidade*, 2004. Disponível in: <<https://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm#:~:text=Poder%20C3%ADamos%20dizer%2C%20em%20suma%2C%20que,indiv%2C%AD-duos%20que%20comp%2C%B5em%20a%20comunidade>> (23 set. 2023).

<sup>41</sup> RAMOS, Elaine Cristina Gabriel, “A Evolução do Conceito de Família no Âmbito do Ordenamento Jurídico Brasileiro”, *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, v. 5, n. 2, jul./dez., 2014, pp. 149-161.

<sup>42</sup> Brasil. Lei n° 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível in: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> (23 set. 2023).

<sup>43</sup> ACNUR, 2001.



all those who consider themselves and are considered by others as members of a family and who want to live together belong to the same family.

From the above, it is noted that the process of interiorization through the modalities of family reunification and social reunion aims to realize the human and fundamental right to the family formed by bonds of affection, with the aim that the basic institution of society is preserved and that the Venezuelan immigrants and refugees may have facilitated their process of local integration into the host society, at least in terms of the social dimension of such a process. This is a circumstance that allows the application of Arendt's<sup>44</sup> theoretical assumptions, as it has been possible for beneficiaries of interiorization to seek reintegration into a new national society, into their own national community. In other words, being able to integrate locally alongside people with whom they have emotional ties.

However, it is observed that the local integration process is described as complex, interdisciplinary and dynamic. Castles *et. al*<sup>45</sup>. understand integration as a joint effort between the parties involved, that is, between immigrants, refugees and the host society. In turn, Penninx<sup>46</sup> asserts that integration occurs in all spheres, at local, regional, national and international levels, nevertheless, he emphasizes the importance of this process being developed by local governments and society.

Interiorization, therefore, constitutes a public policy, the development of which requires a complex operationalization of resources, political actors and means for its implementation, in a context of articulation between the Federal Government and local

---

<sup>44</sup> ARENDT, Hannah, *Origens do totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 2012, p. 397.

<sup>45</sup> CASTLES, Stephen; KORAC, Maja; VASTA, Ellie; VERTOVEC, Steven, *Integration: mapping the field*, London, Home Office Immigration Research and Statistics Service, 2002.

<sup>46</sup> PENNINX, *op. cit.*

actors in the different Brazilian federative states and municipalities.

Regarding the social dimension of the local integration process, Ager and Strang<sup>47</sup> emphasize that this is achieved in the process of social connection, evidenced in the exchanges developed between and within groups of migrants with the host society. From the internal perspective of this dimension, carrying out the interiorization process through family reunification and social reunion ensures and enforces the fundamental and human right to family reunion and, consequently, provides connection and exchanges between Venezuelan immigrants and refugees and their respective families and people with whom they have emotional ties.

In light of the external perspective of such a dimension, it is observed that in some Brazilian municipalities the municipal Public Power has developed activities to welcome these individuals in terms of the social dimension, considering issues related to socialization with the local community, culture, ethnicity and religion. That is, there was action by municipal management in encouraging the creation of ties between the beneficiaries of interiorization and the local community, as narrated by Silveira<sup>48</sup> in the municipality of Cachoeirinha in the state of Rio Grande do Sul. On the other hand, in other Brazilian municipalities there was no the development of any activity by the municipal Public Power to welcome Venezuelans, in relation to the aforementioned dimen-

---

<sup>47</sup> AGER, Alastair; STRANG, Alison, "Understanding integration: a conceptual framework", *Journal of Refugee Studies*, v. 21, n. 2, 2008. Disponível in: <<http://www.cpcnetwork.org/wp-content/uploads/2014/04/19.-Ager-Strang-UnderstandingIntegration-2008.pdf>> (20 set. 2023).

<sup>48</sup> SILVEIRA, Carmel, *A Interiorização dos venezuelanos: atuação do poder público municipal no processo de integração local durante o acolhimento em Cachoeirinha (RS)*, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Curso de Políticas Públicas, Porto Alegre, 2019, pp. 67-68.

sion, which is why the contact of these immigrants and refugees and the exchanges carried out with members of the host society came about throughout their working days, from the socializing with neighborhood residents, attending confessional institutions and participating in leisure activities and cultural events that were attractive to the individuals in question, which took place in the host society, as narrated by Silva<sup>49</sup>, referring to the municipality of Dourados, located in state of Mato Grosso do Sul.

Although both modalities of interiorization mentioned implement the human and fundamental right to family reunion of Venezuelan immigrants and refugees in the different Brazilian municipalities participating in the government's interiorization strategy, they are not capable, by themselves, of providing the total local integration of these Venezuelans in host societies. Because, to do so, it is necessary that they also have access to the other dimensions of the local integration process, namely: normative, health, and social, labor, educational and housing assistance. Some of which would be facilitated with the proactive action of local public authorities in the municipalities receiving the interiorization.

Lastly, it is highlighted the need for greater awareness among Municipal Public Authorities regarding the issue, as well as a greater exchange of information between the three federative spheres of government, civil society organizations that assist these immigrants and refugees and support the interiorization, the command of Operation Shelter and the Venezuelans themselves who are participants in this local integration process. In other words, it is necessary that all actors involved directly and indirectly in interiorization are heard with the aim of creating specific public policies that facilitate the process of local integration of the migrants in question, so that it does not merely mean the transfer of people in situation of extreme vulnerability from one Brazilian region to others, enabling their family reunion, but without guaranteeing them the minimum integration into the host societies,

---

49 SILVA, *op. cit.*, pp. 199-200.

in order to deny them access to and enjoyment of other human and fundamental rights and maintain them in a situation of social marginalization.

## V. FINAL CONSIDERATIONS

Based on the above, it was verified that the forced and massive displacement of Venezuelans from their State of origin has occurred due to the establishment of a three-dimensional humanitarian crisis that has impeded the continuity of human life. It was also highlighted the fact that Brazil is the third South American State that received the most Venezuelans, who enter its territory, mainly through the dry border between the state of Roraima and the state of Bolívar, in Venezuela.

Likewise, from 2015 onwards, there was a progressive increase in the number of entries and stays of Venezuelans in vulnerable situations in the Roraima municipalities of Pacaraima and Boa Vista. However, it was observed that it was only in 2018 that the Brazilian Federal Government adopted more incisive measures to manage this migratory flow and assist Venezuelans, culminating in the creation of Operation Shelter, whose action is based on three priority areas, namely: planning the border, shelter and interiorization.

Thus, the discussion on interiorization was deepened, which consists of the process of voluntary and assisted relocation of Venezuelans from the state of Roraima to other Brazilian federative states and is developed in five modalities, the focus of which was on the modalities of family reunification and social reunion, because these implement the right to family reunion of Venezuelan immigrants and refugees arriving in Brazil, based on the application of the concept of family based on affection, established with the promulgation of the Federal Constitution of 1988 and ratified by the Civil Code of 2002. Furthermore, the aforementioned mo-

dalities of interiorization help Venezuelans in their local integration into the new host society.

In effect, it was understood that the local integration process is complex and gradual and requires efforts from both immigrants and refugees and the host society, permeating the normative, economic, political, cultural, health and social assistance, labor, educational and housing. In this sense, it was asserted that the organizational structure and the reaction to the arrival of immigrants and refugees by the host society are more decisive for the success of the local integration process, therefore requiring the creation of public policies aimed at this specific Audience.

Finally, in relation to the social dimension of the process, it was found, from its internal aspect, that the modalities of interiorization through family reunion and social gathering guarantee and implement the human and fundamental right to family reunion and, consequently, provide connection and exchanges between Venezuelan immigrants and refugees and people with whom they have emotional ties. Nonetheless, from the external aspect of this dimension, it was found that, in some municipalities, such as Cachoeirinha, located in the state of Rio Grande do Sul, contact and exchanges between the beneficiaries of interiorization and the host society were facilitated due to actions implemented by the Municipal Public Power to meet this purpose and other dimensions of the local integration process. This, nevertheless, was not evidenced in other Brazilian municipalities, such as Dourados, located in the state of Mato Grosso do Sul.

These circumstances allow to infer that there is a need for greater awareness among Municipal Public Authorities regarding the issue and a greater exchange of information between all actors directly and indirectly involved in interiorization, including Venezuelans themselves, so that public policies can then be created that facilitate the local integration of the public in question, so as not to summarize interiorization as a mere transfer of migrants in situations of extreme vulnerability from one Brazilian region to another.

## La supervisión de soluciones amistosas entre los sistemas interamericano y africano de derechos humanos: mecanismos para garantizar los derechos de las víctimas

### Monitoring of friendly settlement agreements between the Inter-American and African Human Rights systems: mechanisms to guarantee victims' rights

Yeshu HERNÁNDEZ BARRERA\*

RESUMEN: El acceso a la justicia pronta no es efectivo en los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. La admisión de una petición individual ante la Comisión Interamericana y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tarda entre uno y seis años y para obtener un informe de fondo pueden transcurrir cuatro años más. En caso de que los asuntos lleguen y la Corte Interamericana o a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos emitan una sentencia, habrá transcurrido una década. Para reducir los tiempos procesales, el Consejo de Europa eliminó a la Comisión Europea de Derechos Humanos, permitiendo el acceso directo a su Tribunal. No obstante, en América y África esto no es conveniente, pues en el caso europeo, todos los Estados es-

---

\* Maestro en Derechos Humanos y Derechos de las Minorías por la Universidad de Estrasburgo (Francia), Licenciado en Derecho con mención honorífica por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogado investigador en Nuestro Futuro A.C. y Catedrático de Derecho I y II de la Universidad Autónoma Metropolitana, plantel Iztapalapa. Contacto: <yeshuba@outlook.es>. ORCID: 0009-0009-4551-9002. Fecha de recepción: 10/05/2023. Fecha de aprobación: 30/06/2023.

tán sometidos a la jurisdicción de su Tribunal. Mientras que en los primeros dos continentes, no todos los Estados se encuentran bajo la jurisdicción de sus cortes regionales de derechos humanos, pero sí de sus comisiones. Por ello, la solución que se ofrece es comparar los mecanismos de acuerdos de soluciones amistosas emitidos por las comisiones regionales y con ello, fortalecer, expandir y reducir los plazos de las víctimas.

**PALABRAS CLAVES:** Derechos humanos; acuerdos de soluciones amistosas; mecanismos de protección; efectividad de acuerdos; derechos de las víctimas.

**ABSTRACT:** Access to prompt justice is not effective in international human rights protection mechanisms. It takes between one and three years for an individual petition to be admitted before the Inter-American Commission and the African Commission on Human and Peoples' Rights, and four more years to obtain a merits report. By the time the cases reach the Inter-American Court or the African Court on Human and Peoples' Rights, a decade will have elapsed. To reduce procedural times, the Council of Europe eliminated the European Commission of Human Rights, allowing direct access to its Court. However, in America and Africa this is not desirable, since in the European case, all States are subject to the jurisdiction of its Court. Whereas in the first two continents, not all States are subject to the jurisdiction of their regional human rights courts, but their commissions are. Therefore, the solution offered is to compare the mechanisms of friendly settlement agreements issued by the regional commissions and thereby strengthen, expand, and reduce the time limits of the victims.

**KEYWORD:** Human rights; friendly settlement agreements; protection mechanisms; effectiveness of agreements; victims' rights.

## I. INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva son derechos humanos garantizados por los artículos 8<sup>1</sup> y 25<sup>2</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH-1969), encontrándose intrínsecamente relacionados, pues “los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> “Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. [...]

<sup>2</sup> Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.[...]

<sup>3</sup> Corte IDH. *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 26 de junio de 1987, § 91, Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*, 8 de marzo de 2018, § 150, Corte IDH. *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina*, 6 de febrero de 2020, § 294, Corte IDH. *Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua*, 3 de junio de 2020, § 84, Corte IDH. *Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*, 24 de junio de 2020, § 176.



Además, entre sus elementos sustanciales se encuentra el ser oído y vencido en un plazo razonable, de igual forma, el artículo 7 (d) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta ADHP-1981) ordena que todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica el derecho a ser juzgado dentro de un plazo y tiempo razonable por un tribunal imparcial. De esta forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que “el plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta la sentencia definitiva.”<sup>4</sup>

En la opinión consultiva 9//87, dicha Corte indicó que para que exista un verdadero acceso a la justicia, los recursos deben ser efectivos y por lo tanto cualquier situación que configure “un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.”<sup>5</sup>

También, es pertinente mencionar que el acceso a la justicia tiene varias dimensiones. Una normativa, correspondiente al derecho de igualdad entre ciudadanos a hacer valer sus derechos legalmente reconocidos (Derecho a la tutela judicial, recurso efectivo y derecho la igualdad); y una dimensión fáctica, la cual tiene que ver con todos los aspectos relacionados para asegurar el acce-

---

<sup>4</sup> Corte IDH. *Blake Vs. Guatemala*, 24 de enero de 1998, § 104, Corte IDH. *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, 20 de octubre de 2016, § 369, Corte IDH. *Yarce y otras Vs. Colombia*, 22 de noviembre de 2016, § 288, Corte IDH. *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*, 30 de noviembre de 2016, Corte IDH. *Gómez Virula y otros Vs. Guatemala*, 21 de noviembre de 2019, § 86, Corte IDH. *Masacre de la Aldea Los Josefinos Vs. Guatemala*, 3 de noviembre de 2021, § 113.

<sup>5</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva 9//87*, 6 de octubre de 1987, § 24.

so a la justicia.<sup>6</sup> En este sentido, el acceso a la justicia tiene que ver con la existencia e implementación de todos los mecanismos administrativos, legales y jurisdiccionales. Adaptando y eliminando las barreras socioeconómicas, culturales y formalismos excesivos para las minorías y grupos en situación de vulnerabilidad,<sup>7</sup> a nivel nacional e internacional.<sup>8</sup>

A nivel internacional existen diversos órganos de protección de derechos humanos, entre los que destacan, los órganos regionales, *quasi-jurisdiccionales*, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

La CIDH tiene una serie de mandatos derivados de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA-1948), de la CADH, del Reglamento Interior de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Reglamento de la CIDH-2009), entre otros instrumentos para recibir e investigar denuncias respecto de la violación de derechos, que en su caso turna a instancias jurisdiccionales en la región.<sup>9</sup> Por ello, la CIDH formula recomendaciones a los miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), con el fin de fomentar el debido respeto a los derechos humanos. Por lo que hace al sistema de peticiones y casos, la CIDH adopta y da seguimiento a las recomendaciones en los informes de fondo publicados, así como a las decisiones en los

---

<sup>6</sup> BIRGIN, Haydée y GHERARDIP, Natalia, Introducción, en “*La garantía de acceso a La justicia: aportes empíricos y conceptuales*”, en “género, derecho y justicia”, no. 6, 2012, p. XIV. Consultado en: <<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/28920.pdf>>.

<sup>7</sup> *Ibidem.*, p. XVI.

<sup>8</sup> VENTURA, Manuel, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Acceso a la Justicia e Impunidad*, Corte IDH, s.f, p. 3. Consultado en: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>>.

<sup>9</sup> CIDH, *Seguimiento de Recomendaciones*, OEA, s.f. Disponible en: <<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/actividades/seguimiento/default.asp>> (31 de marzo de 2023).

informes que aprueban acuerdos de soluciones amistosas (ASAS) entre Estados y peticionarios; y a las decisiones en las resoluciones que otorgan o amplían medidas cautelares. En el marco del sistema de monitoreo, la CIDH adopta y da seguimiento a las recomendaciones en los informes publicados sobre la situación de derechos humanos en los países; en los informes temáticos, y en los Informes Anuales.<sup>10</sup>

Por su parte, la CADHP, es un órgano de la Unión Africana (UA). Dicha Comisión también está facultada para emitir informes y recomendaciones por situaciones de violaciones entre Estados.<sup>11</sup> Cuenta con un sistema de comunicaciones individuales, en los que puede emitir informes de fondo o, a soluciones amistosas entre los Estados y peticionarios,<sup>12</sup> en ambos casos debe darles seguimiento. La CADHP cuenta con informes periódicos, por misión, país, o temáticos<sup>13</sup> en los que emite recomendaciones y hace los respectivos seguimientos, junto con otros órganos de la UA, como la conferencia de jefes de Estado y de Gobierno. También, la CADHP, puede implementar medidas cautelares a las que hace seguimiento periódico.<sup>14</sup>

Es preciso mencionar, que sólo se analizará los sistemas de seguimiento de la CIDH y de la CADHP, pues, la Comisión Europea de Derechos Humanos fue la primera en implementar el sistema de informes y dar seguimiento a sus recomendaciones, pero, hoy en día se encuentra extinta, debido a la implementación del Protocolo 11 (1994) del Convenio Europeo de Derechos Humanos

---

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> Artículos 47 a 49 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta ADHP), 88, 93.3 del Reglamento Interior de la CADHP.

<sup>12</sup> Artículos 55 de la Carta ADHP, 120, 122, 123, 125 del Reglamento Interior de la CADHP.

<sup>13</sup> Artículos 57 a 53 de la Carta ADHP, 65 a 68, 80, 83, 84, 85, 86 del Reglamento Interior de la CADHP.

<sup>14</sup> Artículos 58 de la Carta ADHP y 100 del Reglamento Interior de la CADHP,

(CEDH-1950), dejando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y al Comité de ministros como sus garantes.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Protocolo 11 al CEDH, Estrasburgo, 11 de mayo de 1994. Disponible en: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_Collection\\_P11\\_STE155F\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P11_STE155F_FRA.pdf)> (31 de marzo de 2023).

Protocolo 11 [...]

#### Artículo 5

1 Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 infra, los mandatos de los jueces, de los miembros de la Comisión, del Secretario y del Secretario Adjunto expirarán en la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo.

2 Las demandas pendientes ante la Comisión que no hayan sido declaradas admisibles a la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo serán examinadas por el Tribunal de conformidad con las disposiciones del presente Protocolo.

Las solicitudes declaradas admisibles en la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo continuarán siendo tramitadas por los miembros de la Comisión durante un año a partir de esa fecha. Todos los asuntos no terminados en este plazo serán transmitidos al Tribunal, que los examinará como solicitudes admisibles de conformidad con las disposiciones del presente Protocolo.

4 Para las demandas respecto de las cuales la Comisión, después de la entrada en vigor del presente Protocolo, haya adoptado un informe de conformidad con el antiguo artículo 31 del Convenio, el informe será transmitido a las partes, que no tendrán libertad para publicarlo. De conformidad con las disposiciones aplicables antes de la entrada en vigor del presente Protocolo, podrá remitirse un asunto al Tribunal. La sala de la Gran Sala determinará si una de las Salas o la Gran Sala decidirá sobre el asunto. Si una Sala decide sobre el asunto, su decisión será definitiva. Los asuntos no remitidos al Tribunal son examinados por el Comité de Ministros, que actúa de conformidad con lo dispuesto en el antiguo artículo 32 del Convenio.

5 Los asuntos pendientes ante el Tribunal que no hayan concluido en la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo serán remitidos a la Gran Sala del Tribunal, que decidirá el asunto de conformidad con las disposiciones del presente Protocolo.

6 Los asuntos pendientes ante el Comité de Ministros cuyo examen en virtud del antiguo artículo 32 no haya concluido en la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo serán resueltos por el Comité de Ministros de conformidad con lo dispuesto en dicho artículo.

#### Artículo 6

Cuando una Alta Parte Contratante haya reconocido la competencia de la Comisión del Tribunal mediante la declaración prevista en el antiguo artículo 25 o

La finalidad de esta reforma fue dar mayor celeridad a los asuntos y que las nuevas formaciones de un juez se encargaran de admitir y desechar los casos que notoriamente irrelevantes o que no conllevan a una violación grave de derechos humanos. Sin embargo, esto fue posible porque para pertenecer al Consejo de Europa, es necesario ratificar el CEDH, que somete inmediatamente a sus Estados miembros a la jurisdicción del TEDH. Mientras que en América y en África no es posible ni conveniente realizar lo anterior para los derechos humanos, pues los Estados deben ratificar la CADH y la Carta ADHP, respectivamente, y emitir una declaración de aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH y en el caso concreto de la Corte ADHP, aceptar el Protocolo de Ouagadougou (2004).

No obstante, la competencia de la CIDH y de la CADHP es efectiva, ya que, a través de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH-1948), de la CADH y de la Carta ADHP han protegido y garantizado los derechos humanos desde hace varias décadas.

## II. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Retomando la cuestión sobre los sistemas de seguimiento de recomendaciones, se trata de mecanismos no jurisdiccionales, a través de los cuáles la CIDH y la CADHP verifican que sus informes sean adoptados y cumplidos por los Estados miembros de sus respectivas organizaciones; y particularmente, que las víctimas de violaciones a derechos humanos obtengan una restitución integral, o en su caso, que adopten medidas de satisfacción y de no repetición.<sup>16</sup>

---

en el artículo 46 del Convenio, respecto de casos surgidos después de dicha declaración o basados en hechos ocurridos después de la misma, esta restricción continuarán aplicándose a la competencia del Tribunal en virtud del presente Protocolo.

<sup>16</sup> CIDH, *Seguimiento de Recomendaciones*, *op. cit.*

Este trabajo se aborda desde óptica jurídico-política del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y del Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos (SADHP), así como desde sus contextos regionales. Es decir, realidades donde se puede constatar un “debilitamiento de las instituciones democráticas, independencia entre poderes e instituciones de derechos humanos, altos niveles de desigualdad y discriminación; la militarización de servicios de naturaleza civil; los altos niveles de impunidad y corrupción, aumento de vasos comunicantes del crimen organizado con estructuras estatales; uso desproporcionado de la fuerza en contextos de protesta social; impacto diferenciado de COVID-19 respecto de personas en situación especial de riesgo, y crisis migratorias y humanitarias. Al respecto, se emitieron comunicados de prensa y pronunciamientos en redes sociales,”<sup>17</sup> profundas crisis de violaciones de derechos humanos y migraciones masivas, así como desplazados forzados y desplazados climáticos.<sup>18</sup>

Desde el punto de vista teórico resulta de interés para las y los defensores de derechos humanos, así como las personas que trabajan en el SIDH y el SADHP, pues permite repensar la forma de implementación, seguimiento y cumplimiento de ASAS. Desde el punto de vista práctico, esta reflexión intenta aportar una crítica constructiva de sistemas de seguimiento de ASAS, sobre todo, cuando el nuevo plan de trabajo de la CIDH 2023-2027;<sup>19</sup> y

---

<sup>17</sup> CIDH presenta su informe de balance semestral y los resultados de la implementación del Plan Estratégico 2017- 2021, 27 de septiembre de 2021. Disponible en: <<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/256.asp>> (31 de marzo de 2023).

<sup>18</sup> ACNUR, *Cambio climático y desplazamiento por desastres*, s.f. Consultado por última vez el 31 de marzo de 2023. Disponible en: <<https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres.html>>.

<sup>19</sup> CIDH, Plan estratégico 2023-2027, OEA. Disponible en: <<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/planestrategico/2023/PlanEstrategico2023-2027.pdf>> (31 de marzo de 2023).

el Marco Estratégico de la CADHP 2021-2027 tiene como objetivo mejorar dicho sistema.<sup>20</sup>

En este sentido, es pertinente mencionar que la CIDH y la CADHP tienen un atraso procesal significativo.<sup>21</sup> En la práctica se ha observado que órganos pueden tardar entre uno y tres años en admitir las peticiones y denuncias individuales de presuntas violaciones de derechos humanos y más de ocho años en emitir un informe de fondo o reporte final de violación de derechos humanos, estos retrasos procesales son en sí un obstáculo, además de que aumentan los costos, afectando de forma diferenciada el acceso a la justicia y tutela judicial efectivas de las personas en situación de pobreza y de vulnerabilidad.<sup>22</sup> Por ejemplo, el caso de la *Masacre de la Aldea de los Josefinos vs Guatemala* se presentó la petición el 27 de octubre de 2004 ante la CIDH, y este organismo la admitió el 24 de marzo de 2015, aunado al hecho de que el informe de fondo se adoptó el 12 de febrero de 2019.<sup>23</sup> Otro ejemplo, es el caso de *Ángel Pedro Falanga vs Argentina*, este asunto fue recibido ante la CIDH el 2 de abril de 2001, la admisibilidad se dictó el 14 de agosto de 2009 y el informe de fondo se emitió hasta el 31 de diciembre de 2021.<sup>24</sup> En el asunto africano, *Equality Now and Ethiopian Women Lawyers Association (EWLA) vs. la República Federal de Etiopía*, la CADHP recibió el caso el 16 de mayo de 2007, en las sesiones de 7 al 14 de marzo de 2015 se admitió la denuncia y la comunicación final se adoptó en la sesión ordinaria de la Co-

---

<sup>20</sup> CADHP, *Strategic Plan 2021-2025*, UA, aprobado en diciembre de 2020. Disponible en: <<https://achpr.au.int/en/achpr-2021-2025-strategic-plan>> (31 de marzo de 2023).

<sup>21</sup> CIDH, Plan estratégico 2023-2027, *op. cit.*, p. 58.

<sup>22</sup> Birgin, Haydée y Gherardip, Natalia, *op.cit.*, p. XIV.

<sup>23</sup> CIDH. Informe No. 16/19. Caso 12.991. *Fondo. Masacre de la aldea Los Josefinos*. Guatemala. 12 de febrero de 2019, p. 2.

<sup>24</sup> CIDH, Informe No. 460/21, Caso 12.721. Fondo (Publicación). *Ángel Pedro Falanga. Argentina*. 31 de diciembre de 2021, p. 2.

misión del 19 de febrero al 4 de marzo de 2020.<sup>25</sup> Estos asuntos, no son hechos aislados, sino la regla general en los procesos internacionales del SIDH y del SADHP.

No obstante, el fortalecimiento y expansión de los ASAs tienen el objetivo de agilizar las controversias y emitir medidas de reparación integral, así como de satisfacción a favor de las víctimas de violaciones de derechos humanos en un periodo más corto, velando siempre por el interés de las personas afectadas y de sus seres queridos.<sup>26</sup> Las modalidades de dichos ASAs se dividen entre “la rehabilitación médica, psicológica y social, medidas de satisfacción, compensación económica, así como medidas de no repetición.”<sup>27</sup>

En otras palabras, la CIDH y la CADHP pueden emitir decisiones de ASAs para hacer efectivo lo pactado entre las partes. No obstante, para garantizar la efectividad de dichos acuerdos, las comisiones tienen mecanismos, órganos y pueden emitir decisiones para presionar en el cumplimiento de lo pactado. Por lo que en el presente trabajo se estudiará: la efectividad la CIDH y de la CADHP para cumplir con los ASAs, sinergias y diferencias en su actividad.

En la primera sección, se analizan los elementos esenciales que debe contener las decisiones de ASAs, los órganos que intervienen en su seguimiento (I). En la segunda sección, se examinan los mecanismos con los que cuentan, los plazos y el espectro protector de sus decisiones (II).

---

<sup>25</sup> CADHP. *Decisión, Comunicación 341/2007 - Equality Now and Ethiopian Women Lawyers Association (EWLA) vs. la República Federal de Etiopía*, 19 de febrero al 4 de marzo de 2020.

<sup>26</sup> *Ibidem.*, p. 60.

<sup>27</sup> OTERO, Adelaida, “Acuerdos de solución amistosa bajo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Periodo 2010-2020): Un análisis de las medidas de reparación acordadas y su grado de cumplimiento”, en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 33, núm. 2, II Semestre 2022, pp. 201 y 206-209.



### III. ELEMENTOS PARA LAS SOLUCIONES AMISTOSAS, LÍMITES A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Las comisiones se encargan de vigilar el cumplimiento de pilares fundamentales para la emisión de ASAS que resultan bastante semejantes (A), pero, al momento de dar seguimiento, comienzan a verse diferencias en el cumplimiento, por los órganos que intervienen (B).

#### A) SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS, ENTRE EL RESPETO A DERECHOS Y LA PUBLICIDAD

Tanto la CIDH, en las peticiones individuales, como, la CADHP, en las comunicaciones individuales, pueden establecer todos los medios e intervenir para que las partes lleguen a una solución amistosa, en donde, se les debe suministrar la información más amplia para que puedan avenir sus intereses.<sup>28</sup> En caso de que así suceda, la CIDH redacta un informe y la CADHP emite una decisión, mismas que deben ser transmitidas al peticionario y a los Estados parte. Entre las cuestiones esenciales que debe contener dicho informe son: 1) una breve exposición de los hechos y de la solución lograda; 2) antes de aprobar dicho informe, la Comisión verifica si la víctima de la presunta violación o, en su caso, sus derechohabientes, han dado su consentimiento en el ASA; y 3) debe estar fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la CADH (art. 48, 1, f y 49), en la DADDH y otros instrumentos aplicables, y 40 del Reglamento de la CIDH; así como en los numerales 55 de la Carta ADHP y 123 de las RP, respectivamente.

Es importante mencionar que: 1) en cualquier etapa del examen, la solución amistosa puede ser solicitada por alguna de las partes o por iniciativa de alguna de las comisiones en mención, con el fin de llegar a una solución amistosa del asunto; 2) el pro-

---

<sup>28</sup> Artículos 49 de la CADH, 55 de la Carta ADHP y 123 de las Reglas de Procedimiento de la CADHP (RP-2020).

cedimiento de solución amistosa se inicia y continua con base en el consentimiento de las partes; 3) cuando la CIDH o la CADHP consideren necesario pueden encomendar a uno o más de sus miembros la tarea de facilitar la negociación entre las partes; 4) la CIDH y la CADHP pueden dar por concluida su intervención en el procedimiento de solución amistosa si advierten que el asunto no es susceptible de resolverse por dichas vías, o alguna de las partes no consiente en su aplicación, decide no continuar en él, o no muestra la voluntad de llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos; 5) Si se logra una solución amistosa, la CIDH aprueba un informe con las características indicadas en el párrafo anterior; y 6) de no llegarse a una solución amistosa, la Comisión seguirá con el trámite de la petición o caso (art. 40 del Reglamento de la CIDH).

La diferencia más importante entre los procedimientos para lograr una solución amistosa ante la CIDH y la CADHP es la publicidad oficiosa de la primera de ellas. Es decir, la CIDH debe elaborar los informes que contienen los ASAS de manera obligatoria y presentarlos al Secretario General de la OEA para su publicación (arts. 49 de la CADH y 40.5 del Reglamento de la CIDH). En el caso de la CADHP, la Carta ADHP ni las RP obligan a publicar las decisiones obre soluciones amistosas, por el contrario, dichas Reglas establecen cláusulas de clasificación de la información, toda vez que “[l]as negociaciones de conciliación son confidenciales y no prejuzgan los argumentos de las partes sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación” (art. 123.9 de las RP).

En este sentido, resulta mucho más fácil para la sociedad civil, gobiernos y autoridades acceder a los informes sobre las soluciones amistosas y su seguimiento, toda vez que la CIDH cuenta con una sección especial en su página de internet.<sup>29</sup> En dicho sitio, se encuentra registrado desde el Informe de Solución Amistosa N° 5/85, emitido el 5 de marzo de 1985, en el que la CIDH declaró

---

<sup>29</sup> CIDH, Informes de Solución Amistosa. Disponible en: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pc/amistosas.asp>> (31 de marzo de 2023).

cumplimiento total del acuerdo por parte del Estado de Honduras hacia la víctima, ya que se le permitió realizar los trámites para obtener la ciudadanía hondureña; hasta los informes de ASAS más recientes;<sup>30</sup> o los pendientes de cumplimiento.<sup>31</sup> En cambio, en la página de internet de la CADHP no hay sección específica para el seguimiento y obtención de información de los ASAS.<sup>32</sup> De las 270 decisiones, sólo una señala expresamente que se trata de una solución amistosa (*John K. Modise vs Botswana*),<sup>33</sup> las demás se encuentran como decisiones de fondo o rexámenes sobre decisiones de fondo,<sup>34</sup> además, algunas decisiones han sido clasificadas como confidenciales.<sup>35</sup>

Por ello, la publicidad de la CIDH sobre las decisiones de ASAS marca una diferencia, tanto para las víctimas como para la sociedad civil y defensores de derechos humanos. No obstante, también es importante conocer los órganos de seguimiento o supervisión (B).

---

<sup>30</sup> CIDH, Informe No. 171/22 Caso 13.007. Solución Amistosa. *José Alfredo Jiménez Mota y Familia*. México. 25 de julio de 2022; Informe No. 183/2022. Petición 1376-19. Solución Amistosa. *Silvia Angélica Flores Mosqueira*. Uruguay. 15 de agosto de 2022.

<sup>31</sup> CIDH, Soluciones Amistosas, Seguimiento de soluciones amistosas aprobadas y publicadas, Bajo Supervisión. Disponible en: <[https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/soluciones\\_amistosas/seguimiento.asp#2](https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/soluciones_amistosas/seguimiento.asp#2)> (31 de marzo de 2023).

<sup>32</sup> CADHP, Decisions on Communications. Disponible en: <<https://achpr.au.int/en/category/decisions-communications>> (31 de marzo de 2023).

<sup>33</sup> CADHP, 97/93,14AR, *John K. Modise vs Botswana*, 28 Sesión Ordinaria, 6 de noviembre de 2000.

<sup>34</sup> CADHP. 341/2007, *Equality now vs Ethiopian Women Lawyers Association (EWLA) vs Etiopía*.

<sup>35</sup> CADHP. 136/94, *William A. Courson vs Zimbabwe*, 22 de marzo de 1995; o 31/89 : *Maria Baes / Zaïre*, 22 de marzo de 1995.

## B) ÓRGANOS QUE INTERVIENEN EN LA SUPERVISIÓN

En el SIDH, sólo la CIDH es la encargada de dar seguimiento a las decisiones de ASAS acorde con el numeral 48 del Reglamento de la CIDH: “1. Una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en los cuales haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y recomendaciones. 2. La Comisión informará de la manera que considere pertinente sobre los avances en el cumplimiento de dichos acuerdos y recomendaciones.”

Aunque, también es pertinente señalar que a partir de 2015 la CIDH cuenta con la Sección de Soluciones y Seguimiento, la cual tiene asignado “el impulso de los asuntos bajo el procedimiento de solución amistosa y el seguimiento del cumplimiento de los ASAS aprobados por la CIDH, así como el seguimiento de las recomendaciones formuladas por la CIDH en informes de fondo sobre casos individuales.”<sup>36</sup>

En el SADHP, cuando la CADHP emite una decisión de solución amistosa es supervisada por dicho organismo, las partes deben enviar, dentro de los 180 días siguientes a la notificación de la decisión, las medidas adoptadas o que están siendo adoptadas por el Estado, afín de hacerla efectiva. Esta Comisión también juega un papel central en el seguimiento de su decisión ya que puede solicitar informes del cumplimiento, para hacer efectiva su decisión. Cada sesión ordinaria de la CADHP da cuenta, en sesión pública, de las medidas adoptadas por los Estados sobre las decisiones de solución amistosa. No obstante, si los Estados incumplen dicha Comisión puede remitir su cumplimiento a los órganos deliberativos de la UA, es decir, a la Conferencia de los jefes de Estado para ejercer presión y que cumplan el acuerdo (art. 125 de RP).

---

<sup>36</sup> CIDH. *El mecanismo de soluciones amistosas permite generar espacios de diálogo entre peticionarios y Estados*, s.f.

Además de los diferentes órganos e instituciones que intervienen en el seguimiento de las decisiones de soluciones amistosas, las diferencias más marcadas entre las comisiones se dan durante los procesos de seguimiento, reflejando la fuerza para hacer valer sus determinaciones, así las limitaciones o facultades para seguir desarrollando los precedentes de sus regiones (II).

#### IV. IMPLICACIONES Y EL DESARROLLO DE LA PROTECCIÓN

Visibilizar las diferencias procesales del seguimiento ASAS puede marcar puntos de fortaleza y debilidades, como los tiempos de cumplimiento y de revisión (A); así como, las facultades para desarrollar los sistemas de precedentes y brindar una mayor protección a las víctimas (B).

##### A) PLAZOS ESPECÍFICOS Y REVISIÓN CONSTANTE PARA DOTAR DE EFICACIA LOS ACUERDOS

La CIDH lleva a cabo reuniones, intercambia documentos con las partes y realiza un reporte sobre el estado del cumplimiento de las soluciones amistosas, en su Informe Anual.<sup>37</sup> Así, en el Informe de 2021, la CIDH indicó que de los 181 de ASAS publicados, 77 habían sido totalmente cumplidos, 102 parcialmente cumplidos, 2 pendientes de cumplimiento, 73 activos y 88 cerrados.<sup>38</sup>

Cuando la CADHP emite una decisión de ASAS el Estado debe adoptar las medidas específicas dentro del plazo de 180 días, a partir de la transmisión de la notificación, informar por escrito a

---

<sup>37</sup> CIDH, Guía Práctica Mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos, OEA, 2013.

<sup>38</sup> CIDH, Informe Anual, 2021, Capítulo II, p. 245. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/CIDH/informes/IA.asp?Year=2021>> (31 de marzo de 2023).

esta comisión de todas las medidas adoptadas o que esté adoptando y el Secretario trasmite dicha información a la otra parte, quién debe presentar sus comentarios en un plazo de 60 días a partir de la fecha de notificación (art. 125 de las RP). Luego, en un plazo de 90 días, a partir de la recepción de la respuesta escrita del Estado, la Comisión puede invitar al Estado a presentar información adicional sobre las medidas que haya adoptado en respuesta a la decisión de la Comisión. En el supuesto que la CADHP no reciba respuesta del Estado, puede enviarle un recordatorio invitándole a presentar su información en un plazo igual.

De los 100 ASAS logrados entre 2010 y 2020 suscritos por dieciséis Estados americanos se ha observado que los Estados que más se someten a este tipo de acuerdos son “Argentina, Colombia y México, con 16, 19 y 15 informes por su orden.”<sup>39</sup> Asimismo, resulta interesante mencionar que, de 53 ASAS, se emitieron 592 medidas de no repetición, entre las “más frecuentes son las de satisfacción, con una totalidad de 200 (equivalente a un 34 % de la totalidad de las medidas acordadas). En segundo lugar, están las medidas de rehabilitación con un total de 136 (equivalente a un 23 %), seguida por las medidas de compensación económica con una totalidad de 127 (que equivale a un 21 % del total). Posteriormente se posicionan las medidas sobre garantías de no repetición con una totalidad de 107 (18 % del total) y finalmente las medidas de restitución del derecho lesionado con una totalidad de 22 (4 % del total).”<sup>40</sup>

El relator de la comunicación o cualquier otro miembro de la CADHP designado da seguimiento a las medidas adoptadas por el Estado para hacer efectiva la decisión, de ahí que pueda ini-

---

<sup>39</sup> OTERO, Adelaida, “Acuerdos de solución amistosa bajo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Periodo 2010-2020): Un análisis de las medidas de reparación acordadas y su grado de cumplimiento”, *Op. Cit.*, p. 211. Consultado en: <<https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/17418>>.

<sup>40</sup> *Ibidem.*, p. 212.

ciar los contactos y tomar las medidas necesarias para cumplir las funciones que se le encomienden, incluida la formulación de recomendaciones para la adopción de nuevas medidas por parte de la CADHP. En cualquier fase del procedimiento de control, dicha Comisión puede solicitar información a las partes interesadas o tener en cuenta la información que éstas le faciliten sobre el grado de cumplimiento de la decisión de la Comisión por parte del Estado (art. 125 de las RP). Sumado al hecho que la CADHP, en cada sesión pública ordinaria debe informar el estado de la aplicación de sus decisiones. Sin embargo, esto rara vez se cumple, ya que por lo menos en las últimas tres sesiones públicas ordinarias no hay información del cumplimiento o incumplimiento de los ASAS.<sup>41</sup>

El establecimiento de plazos específicos para el seguimiento de decisiones de ASAS de la CADHP puede ser benéfico para sujetar a los Estados al cumplimiento en un plazo razonable de los acuerdos adoptados. No obstante, el trabajo constante y la apertura de una sección de seguimiento de la CIDH, así como la transparencia en la publicación de sus resoluciones han tenido resultados positivos. Muestra de ello es que en la Evaluación Externa del Plan Estratégico para el período 2017-2021 de la CIDH, consideró que el Programa 21 había obtenido 100% en “Reuniones de seguimiento e implementación de recomendaciones; 67% en “Recomendaciones emitidas”; 550% en “Resoluciones emitidas”; y 100% en “Asistencia técnica a los Estados Miembros para la implementación”.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> CADHP, Comunicados finales, *73rd Public Ordinary Session (Public), Virtual Session*, 21 de octubre-10 de noviembre de 2022, *71st Ordinary Session (Public)*, Sesión Virtual, 21 de abril al 13 de mayo de 2022 ; *69th Ordinary Session (Public)*, 15 de noviembre-5 de diciembre de 2021, *68th Ordinary Session*, 4 de mayo de 2021 ; *67th Ordinary Sesionla*, 3 de diciembre de 2020. Disponible en: <<https://achpr.au.int/en/sessions/past>> (31 de marzo de 2023).

<sup>42</sup> Informe final, Evaluación externa del Plan Estratégico de la CIDH 2017-2021. Disponible en: <[https://www.oas.org/es/cidh/mandato/planestrategico2017/docs/PlanEstrategico\\_EvaluacionExterna\\_InformeFinal\\_SPA.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/mandato/planestrategico2017/docs/PlanEstrategico_EvaluacionExterna_InformeFinal_SPA.pdf)> (31 de marzo de 2023).

## B) AMPLIAR EL VELO DE PROTECCIÓN

Para las comisiones, una de las principales problemáticas es garantizar el cumplimiento de los ASAS sin disminuir el nivel de protección de derechos humanos que reconocen los instrumentos internacionales que están encargadas de vigilar. Por ello, para llegar a un punto de equilibrio, se requiere la voluntad de los Estados y que las comisiones realicen acciones estratégicas que permiten avanzar en el cumplimiento de los derechos.

En este sentido, una de las principales garantías de cumplimiento de una decisión de ASAS, emitida por la CIDH, es que ante su incumplimiento puede ser remitida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Así, las víctimas pueden acceder a cumplimientos de derechos que tendrían que esperar varios años más, a través de una sentencia de la Corte. Por ejemplo, en el caso de la *Masacre de la Aldea de los Josefinos*, donde las víctimas suscribieron un ASAS en el 2007, y lograron ciertas reparaciones,<sup>43</sup> pero en 2019, la CIDH decidió someter el caso ante la Corte IDH por falta de cumplimiento total del acuerdo, por parte de Guatemala.<sup>44</sup>

Acorde con Adelayda Otero, de las 592 medidas pactadas en ASAS, entre 2010 y 2020, los Estados americanos han cumplido dichas medidas de la siguiente manera:<sup>45</sup>

---

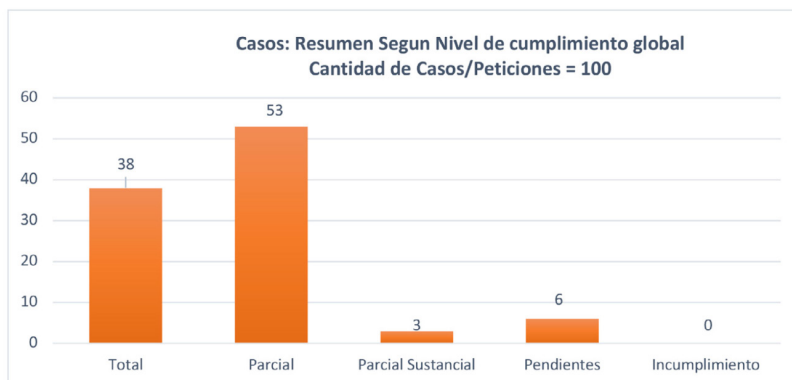
<sup>43</sup> Reconocimiento público de la violación, reintegro de gastos procesales, construcción de monumento para las víctimas, entre otros.

<sup>44</sup> CIDH. Informe No. 16/19. Caso 12.991. Fondo. Masacre de la aldea Los Josefinos. Guatemala. 12 de febrero de 2019.

<sup>45</sup> OTERO, Adelayda, “Acuerdos de solución amistosa bajo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Periodo 2010-2020): Un análisis de las medidas de reparación acordadas y su grado de cumplimiento”, *op. cit.*, p. 217.



**Figura 4.** Nivel de cumplimiento global de los 100 casos



Es importante recordar que entre las fechas en mención se adoptaron 200 medidas de no repetición en ASAS, de las cuáles 107 (18% del total) han sido cumplidas.<sup>46</sup> Lo anterior, resulta importante ya que las medidas de no repetición tienen una doble finalidad. “La primera, preventiva, tiene como función evitar que los hechos que dieron lugar a una violación de derechos humanos vuelvan a suceder, por lo que el Estado tiene la responsabilidad sobre ello, tal como lo establece el artículo 1.1 de la Convención Americana [...] La segunda consiste en dignificar a las víctimas de los hechos debido a las consecuencias perjudiciales.”<sup>47</sup>

Por ejemplo, en *José Pereira vs Brasil* la CIDH constató que el petionario y otras 60 personas habían sido forzadas a trabajar en una hacienda sin que el Estado interviniera, por ello y debido a la magnitud de la violación en el ASA firmado, el Estado se obligó a indemnizar a las víctimas, pero también a adoptar medidas legislativas, de fiscalización y de sensibilización con el fin de prohibir

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 212.

<sup>47</sup> *Ibidem.*, p. 209.

y sancionar el trabajo esclavo.<sup>48</sup> Otro ejemplo, es el caso de *Mercedes Julia Huenteao Beroiza y otras vs Chile* en el que una empresa pretendía inundar las tierras de la comunidad indígena, poniendo en riesgo su vida, su hogar y propiedades, así como el medio ambiente. En el ASA el Estado se comprometió a reconocer a nivel constitucional los derechos de los pueblos indígenas, a adoptar leyes y ratificar el Convenio 169 de la OIT (1989) sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales.<sup>49</sup> En otras palabras, los ASAS adoptados en el sistema interamericano pueden llegar a comprender medidas de no repetición de carácter estructural.

Por su parte, cuando la CADHP emite una decisión de ASAS su seguimiento se realiza como decisión de fondo y no puede ser remitida a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. El órgano al que puede escalar esto es la conferencia de jefes de Estado y de Gobierno de la UA, sin embargo, una vez que se adopta una decisión de ASAS se descarta la posibilidad de llegar al máximo tribunal de derechos humanos en África. En la práctica, la CADHP ha resuelto que ante el incumplimiento de una ASA puede emitir un Informe de fondo.<sup>50</sup>

## V. CONCLUSIONES

La CIDH y la CADHP son pilares fundamentales para el seguimiento de las decisiones de soluciones amistosas y garantes de que lo pactado no disminuya el estándar de protección que reconocen

---

<sup>48</sup> CIDH. *José Pereira vs Brasil*, petición, 11.289, Informe N° 95/03, 24 de octubre de 2003, ASAs, § 2 a 18. Consultado en: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/brasil.12289.htm>>.

<sup>49</sup> CIDH. *Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras vs Chile*, Informe N° 30/04, Petición 4617/02, 11 de marzo de 2004, § 35. Consultado en: <<http://www.cidh.oas.org/indigenas/chile.4617.htm>>.

<sup>50</sup> CADHP. *Communication 290/2004 Open Society Justice Initiative (au nom de Pius Njawe Noumeni) vs Camerún*, § 88 a 95.

los tratados de derechos humanos. Sin embargo, en el primer caso se observa que se trata del único organismo que da seguimiento a los ASAS, mientras que, en el segundo, puede ser auxiliado por las instituciones nacionales de defensa de derechos humanos y por la Conferencia de jefes de Estado. Es decir, en el primer caso se sigue la vía quasi-jurisdiccional y en el segundo caso, el seguimiento de las soluciones amistosas se lleva por una vía política.

Una de las claves que ha detonado el éxito del seguimiento de los ASAS por la CIDH es contar con una sección específica y dar publicidad a los casos, mientras que en la CADHP no hay ni sección ni sistematización clara de las decisiones en cuestión. De hecho, la búsqueda de ASAS del sistema africano se volvió aún más complicada de septiembre del año pasado a la fecha, pues anteriormente, en la página de internet de la CADHP, se indicaba el asunto, el tipo de resolución y el documento adjunto, hoy en día, sólo se encuentra el asunto y hay que verificar, caso por caso, de los 270 resueltos y los que se sumen, para saber si existió una ASA o no.

Ahora bien, tanto para la CIDH como para la CADHP el aumento de las ASAS y su cumplimiento efectivo es un reto que requiere un mayor compromiso de los Estados y también mayores recursos presupuestarios para que se repare, o en su caso se adopten las medidas de satisfacción y no repetición correspondientes para las víctimas, sobre todo cuando se tratan de medidas de carácter estructural. Ante el atraso procesal y los tiempos que lleva la emisión de un informe de fondo o decisión final, los ASAS resultan una manera efectiva de reparar integralmente, y en caso de que no se cumpla por completo, en el SIDH es posible continuar por la vía jurisdiccional hasta que la violación de derechos humanos quede resarcida.

En este último, punto es preciso mencionar que en el SADHP no es posible seguir por la vía judicial, por lo que ello, amerita una modificación, a fin de que, en caso de incumplimiento, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos pueda condenar a los Estados y ejerza mayor presión para reparar a las víctimas de derechos humanos. La supervisión de los ASAS por parte de los je-

fes de Estado es un mecanismo político, probablemente inspirado en el modelo de seguimiento y cumplimiento de decisiones del TEDH, sin embargo, el sistema africano tiene muchas más similitudes con el SIDH que con sus vecinos europeos. De ahí que nuestro sistema puede servir a la UA para avanzar en el cumplimiento, fortalecimiento, expansión y seguimiento de los ASAs.



## LA INCAPACIDAD Y LA DISCAPACIDAD EN LA FUNCIÓN NOTARIAL. A PROPÓSITO DEL AMPARO EN REVISIÓN 702/2018

José Antonio SÁNCHEZ BARROSO \*

### I. INTRODUCCIÓN

**E**l notariado de la Ciudad de México forma parte del notariado de tipo latino. Esto significa que la actuación del notario no se limita a dar fe de la identidad de los comparecientes y del reconocimiento de sus firmas en un documento preexistente. Al contrario, su labor es mucho más amplia y; por ende, de mayor responsabilidad y compromiso social.<sup>1</sup>

Conforme a este sistema, el notario escucha a los solicitantes del servicio notarial; es decir, recibe las pretensiones, intereses, expectativas o voluntad de las personas que acuden ante él. Posteriormente, realiza un ejercicio interpretativo que consiste en llevar al terreno de lo jurídico aquello que se le ha planteado en

---

\* Doctor en Derecho con Mención Honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México, Catedrático de Derecho Civil por Concurso de Oposición en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I. Contacto: <jsanchezb@derecho.unam.mx>.

<sup>1</sup> Sobre el notariado de tipo latino véanse: DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *El notario. Asesor jurídico calificado e imparcial. Redactor y dador de fe*, 2ª ed., México, Porrúa, 2007, pp. 3 y ss. LÓPEZ JUÁREZ, Ponciano, *Los elementos de identidad del notariado de tipo latino*, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2001. Y RÍOS HELIG, Jorge, *La práctica del derecho notarial*, 8ª ed., México, Mc Graw Hill, 2012, pp. 18 y ss.

forma lisa y llana. A partir de ello, aconseja, asesora y recomienda respecto de cuáles son las mejores alternativas para lograr o alcanzar lo que se espera con su intervención. Para cumplir con lo anterior, en su conjunto, el notario lleva a cabo un verdadero y auténtico juicio de valor; ya que –con base en las reglas de la lógica, su experiencia y del profundo conocimiento que tienen del marco normativo– emite una opinión jurídica respecto de la realidad jurídica y/o fáctica que se le plantea.

Después, el notario redacta el instrumento en el que se consignan los actos o hechos jurídicos que correspondan de acuerdo con lo solicitado, de ahí que el notario sea responsable respecto del contenido, alcance y valor jurídico del mismo. Una vez que es firmado por quienes deben hacerlo, el notario lo autoriza con su sello y firma, lo que se traduce en una manifestación pública de legalidad: lo allí contenido cumple con los requisitos legales que en cada caso son exigidos, no contraviene el sistema jurídico y es acorde con la voluntad, capacidad y legitimación de los otorgantes, por lo que es digno de producir plenos efectos jurídicos. Finalmente, en virtud de la matricidad de su protocolo, el notario conserva y reproduce el instrumento.

Amén de lo que se ha expuesto, en vista del tema central de este trabajo, es preciso ahondar en una actividad que indefectiblemente realiza el notario con independencia de cuál sea el motivo de su actuación: el notario certifica; esto es, da fe de los hechos y circunstancias que percibe por los sentidos y que tengan relación con el acto o hecho jurídicos consignados en el instrumento. Así, por ejemplo, el notario siempre da fe de que se aseguró de la identidad de los comparecientes y de que a su juicio tienen capacidad.

Toda certificación supone, de igual manera, un juicio de valor por parte del notario; pues para cumplir con la pretensión que tiene la norma (seguridad y certeza jurídicas mediante el correcto ejercicio de la fe pública) se cerciora de la veracidad de lo que acontece ante él. De ahí que el Derecho y la sociedad confían en lo apreciado y relacionado objetivamente por el notario.

En este punto, la filosofía enseña que la persona, como ente dotado de razón, emite juicios de valor. Esto significa que hay dos operaciones racionales íntimamente relacionadas entre sí: la percepción y la estimación. Una vez que la persona percibe una determinada realidad, inmediatamente –aunque a veces de manera inconsciente– la aprecia o evalúa en atención a diversos criterios llamados valores, tales como: la belleza, la justicia, la bondad o la veracidad.<sup>2</sup>

Lo anterior es relevante, ya que en fechas recientes se adujo en una demanda de amparo que el juicio de valor que realiza el notario lo hace “a simple vista” traduciéndose en un trato discriminatorio para las personas con discapacidad y en una restricción a su capacidad jurídica.

De este modo, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo estudiar los conceptos *incapacidad* y *discapacidad*, y su regulación e injerencia en la función notarial en la Ciudad de México, a partir del análisis de la sentencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) respecto al amparo en revisión 702/2018.

Al respecto, es preciso advertir que la demanda de amparo se presentó en 2016, es decir, cuando estaba vigente la Ley del Notariado para el Distrito Federal (LNDF), y que la sentencia se dictó en 2019, o sea, cuando aquella ya estaba abrogada por la entrada en vigor de la Ley del Notariado para la Ciudad de México (LNCM). No obstante esta situación, el análisis de la actuación judicial es pertinente; pues los artículos combatidos en el juicio de amparo se reprodujeron en los mismos términos en el nuevo ordenamiento legal.

---

<sup>2</sup> Ver ORTEGA Y GASSET, José, *Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?*, en *Obras Completas*, 6ª ed., t. VI, Madrid, Revista de Occidente, s.a., pp. 315 y ss.



## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El 19 de febrero de 2016 ocho personas promovieron juicio de amparo indirecto en el que señalaron como actos reclamados, en términos generales, por una parte: la aprobación, expedición, sanción y publicación de los artículos 450 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), y 102, fracción XX, y 105 de la LNDF y; por otra parte: “(...) *La aplicación de un examen de capacidad jurídica realizado a los quejosos (...)*” por un notario de la Ciudad de México ante quien comparecieron para constituir una asociación civil.<sup>3</sup>

En la demanda de amparo se señalaron cinco conceptos de violación; sin embargo, en razón del objetivo que se pretende alcanzar, solamente se analizarán los dos primeros, los cuales serán cuidadosamente fragmentadas en el último apartado de este trabajo con el propósito de evidenciar con toda claridad los términos en que fueron expuestos y así facilitar el estudio de la argumentación vertida en cada caso.

El notario señalado como autoridad responsable en la demanda interpuso un recurso de queja alegando que no puede tener ese carácter en un juicio de amparo. El Tribunal Colegiado resolvió procedente el recurso decretando que, efectivamente, no es autoridad responsable y; por ende, el Juez de Distrito determinó sobreseer el juicio respecto de los actos que le fueron reclamados y lo hizo extensivo a los numerales impugnados, pues el juzgador estimó que las normas no se habían controvertido de modo abstracto, sino con motivo de un acto de aplicación concreto –el del notario, quien no puede ser señalado como autoridad responsable–.

---

<sup>3</sup> La sentencia en el amparo en revisión emitida por la Primera Sala en la que detallan todos los antecedentes del caso puede consultarse en: <<https://www2.scjn.ob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=241686>>.

Por ello, los quejosos interpusieron recurso de revisión ante Tribunal Colegiado; sin embargo, una vez admitido, los recurrentes presentaron una solicitud de reasunción de competencia ante la SCJN, siendo el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea quien hizo suya la solicitud ante la falta de legitimación de los promoventes. Finalmente, la Primera Sala resolvió asumir su competencia originaria para conocer del recurso, ordenó su radicación y su registro bajo el número de expediente 702/2018, y lo turnó a la ponencia de la Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

En cuanto al estudio de los agravios formulados por los quejosos, algunos de ellos se estimaron fundados y suficientes para revocar el sobreseimiento decretado en la sentencia de amparo, pero el Alto Tribunal se pronunció en el sentido de que no podía emprender un examen de fondo respecto de la sentencia que determinó que los actos atribuidos al notario no tienen el carácter de actos de autoridad, ya que ello no se contravino en el recurso.

Después de haber llevado a cabo un análisis respecto de la posibilidad de impugnar normas generales cuando el acto de aplicación lo realiza el propio particular, así como de la actuación y función notariales, del contrato de asociación civil y de los derechos subjetivos afectados, se tuvo por acreditado el interés jurídico de los quejosos y se procedió a revocar la sentencia de amparo recurrida, levantar el sobreseimiento decretado por el Juez de Distrito y analizar de fondo los conceptos de violación esgrimidos por los quejosos.

La sentencia en el amparo en revisión fue emitida por la Primera Sala en su sesión del día 11 de septiembre de 2019 concediendo el amparo a los quejosos para los siguientes efectos: *i)* para que los preceptos en cuestión queden desincorporados de su esfera jurídica y no puedan ser aplicados en su perjuicio en el futuro; *ii)* para que el notario ante quien se constituyó la asociación civil “(...) realice la actuación que proceda para dejar sin efectos la escritura pública (...)” y en su lugar emita una nueva asentando las declaraciones de los quejosos en torno a su condición de discapacidad y asiente las personas de apoyo que designaron y cuál fue su

participación en el acto jurídico y; *iii*) para que el notario redacte la escritura en formato de lectura fácil conforme a lo solicitado por los comparecientes y otorgue condiciones de accesibilidad en la comunicación e información mediante una explicación sencilla.

Con motivo de la sentencia se emitieron cuatro tesis asiladas, a saber: *i*) “Personas con discapacidad. Es obligación del notario público realizar ajustes razonables en sede notarial, a efecto de hacer viable el ejercicio de la capacidad jurídica plena de aquéllas mediante un sistema de apoyos y salvaguardas”;<sup>4</sup> *ii*) “Personas con discapacidad. Los artículos 102, fracción XX y 105 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) abrogada, que facultan al notario público para constatar que el otorgante de un acto jurídico no presenta “manifestaciones de incapacidad natural”, son inconventionales por ser contrarios al derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica plena de aquéllas”;<sup>5</sup> *iii*) “Personas con discapacidad. El sistema normativo conformado por los artículos 450, fracción II, del Código Civil y 102, fracción XX y 105 de la Ley del Notariado abrogada, ambos ordenamientos para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), contraviene el derecho a la igualdad y a la no discriminación previsto en el artículo 1º de la Constitución General, así como el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica plena protegido por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”;<sup>6</sup> *iv*) “Personas con discapacidad. La escritura pública de su constitución como asociación civil, cuan-

---

<sup>4</sup> Tesis Aislada, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, publicada el 9 de diciembre de 2022 con el número de registro 2025657.

<sup>5</sup> Tesis Aislada, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, publicada el 9 de diciembre de 2022 con el número de registro 2025658.

<sup>6</sup> Tesis Aislada, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, publicada el 2 de diciembre de 2022 con el número de registro 2025603.

do así se solicite, puede contener declaraciones expresas sobre su condición, hacerse constar la comparecencia de los otorgantes con personas de apoyo, y el notario público debe brindar medidas de accesibilidad”.<sup>7</sup>

En la referida sentencia se invocaron innumerables argumentos para sostener la decisión de la SCJN –merecedores cada uno de ellos de un profundo análisis jurídico– pero, en razón del tema que ahora ocupa nuestra atención, solo nos abocaremos a algunos de ellos en el último apartado de este trabajo.

### III. CONCEPCIÓN LEGAL DE LA DISCAPACIDAD EN LA CIUDAD DE MÉXICO

Nuestro país ha ratificado dos instrumentos internacionales en materia de discapacidad: el primero, es la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, aprobada por el Senado de la República el 26 de abril de 2000, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 12 de marzo de 2001 y que entró en vigor el 14 de septiembre de 2001 y; el segundo, es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobada por el Senado de la República el 27 de septiembre de 2007, publicada en el DOF el 2 de mayo de 2008 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación. El primero define a la discapacidad en el artículo I.1 como “(...) *una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social*”. El segundo, por su parte, no define la discapacidad, sino a las personas con discapacidad en el artículo

---

<sup>7</sup> Tesis Aislada, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, publicada el 2 de diciembre de 2022 con el número de registro 2025604.

1: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.*

A nivel federal también son dos los ordenamientos que regulan la discapacidad: el primero, es la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, publicada en el DOF el 30 de mayo de 2011, en vigor al día siguiente de su publicación<sup>8</sup> y; el segundo, es el Reglamento de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, publicado en el DOF el 30 de noviembre de 2012, en vigor al día siguiente de su publicación. El texto original de la referida Ley definía a la persona con discapacidad en el artículo 2, fracción XI, de la siguiente manera: *“Toda persona que por razón congénita o adquirida presenta una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva, en igualdad de condiciones con los demás”.* Sin embargo, con motivo

---

<sup>8</sup> El Decreto por el cual se expidió esa ley fue aprobado por la Cámara de Diputados el 15 de diciembre de 2010, misma fecha con que fue remitido a la Cámara de Senadores, quien lo aprobó el día 24 de febrero de 2011; y fue producto también de tres iniciativas: la primera, presentada por la diputada Claudia Edith Anaya Mota, del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, el día 23 de febrero de 2010; la segunda, presentada por las diputadas Yolanda de la Torre Valdez, Daniela Nadal Riquelme y Nely Miranda Herrera, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, el día 28 de abril de 2010 y; la tercera, presentada por los diputados Guillermo Tamborrel Suárez, María Joann Novoa Mossberger, Yolanda del Carmen Montalvo López, Velia Idalia Aguilar Armendáriz, Ana Elia Paredes Arciga, Laura Margarita Suárez González, María Sandra Ugalde Basaldúa, Guadalupe Valenzuela Cabrales, Emma Lucía Larios Gaxiola y Alfredo Rodríguez y Pacheco, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, el día 6 de mayo de 2010.

del Decreto publicado en el DOF el 22 de junio de 2018,<sup>9</sup> quedó reformada por lo que ahora ya no define a la persona con discapacidad, sino a la discapacidad y; además, se definen los diferentes tipos de discapacidad.<sup>10</sup> En este sentido, el artículo 2 dispone:

IX. Discapacidad. Es la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;

X. Discapacidad Física. Es la secuela o malformación que deriva de una afección en el sistema neuromuscular a nivel central o periférico, dando como resultado alteraciones en el control del movimiento y la postura, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;

XI. Discapacidad Mental. A la alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;

---

<sup>9</sup> El Decreto por el cual se reformó esa ley fue aprobado por la Cámara de Diputados el 14 de diciembre de 2017, misma fecha con que fue remitido a la Cámara de Senadores, quien lo aprobó el día 6 de marzo de 2018.

<sup>10</sup> El día 3 de diciembre de 2022 los senadores Geovanna del Carmen Bañuelos de la Torre, Cora Cecilia Pinedo Alonso y Joel Padilla Peña, del Grupo Parlamentario del Partido del Trabajo, presentaron una iniciativa de reforma a la Cámara de Senadores para incorporar como fracción XIII el concepto de “Discapacidad psicosocial” el cual estaría definido como: “Se caracteriza por las limitaciones o incapacitaciones de cualquier índole ocasionadas por el estado de la salud mental o una alteración psicoemocional de una persona al interactuar con el entorno”.

XII. Discapacidad Intelectual. Se caracteriza por limitaciones significativas tanto en la estructura del pensamiento razonado, como en la conducta adaptativa de la persona, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;

XIII. Discapacidad Sensorial. Es la deficiencia estructural o funcional de los órganos de la visión, audición, tacto, olfato y gusto, así como de las estructuras y funciones asociadas a cada uno de ellos, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás...

Por su parte, el Reglamento (publicado antes de que fuera reformada la Ley) define tanto la discapacidad como sus diferentes tipos en los términos antes expuestos.

A nivel local, en la Ciudad de México, son cuatro los ordenamientos encargados de regular la discapacidad: el primero, es la Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del entonces Distrito Federal (GODF) el 10 de septiembre de 2010, en vigor treinta días después de su publicación;<sup>11</sup> el segundo, son los Lineamientos para la Accesibilidad Universal y la Atención Prioritaria de las Personas con Discapacidad en Situación de Vulnerabilidad en las Dependencias, Órganos Desconcentrados y Entidades de la Administración Pública del Distrito Federal, publicados en la GODF el 10 de febrero de 2013, en vigor al día siguiente de

---

<sup>11</sup> El Decreto por el cual se expidió esa ley fue aprobado por la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 29 de junio de 2010 y fue producto de la iniciativa presentada por el Diputado Juan Ricardo García Hernández, de la Coalición Parlamentaria Socialdemócrata, el 13 de mayo de 2008. Consultado en: <<http://aldf.gob.mx/archivo-7f87ef07c5092b1fdb9627784e925ef.pdf>>.

su publicación;<sup>12</sup> el tercero, es la Ley de Atención Prioritaria para Personas con Discapacidad y en Situación de Vulnerabilidad en el Distrito Federal, publicada en la GODF el 17 de septiembre de 2013, en vigor al día siguiente de su publicación y;<sup>13</sup> el cuarto, es el Reglamento de la Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad en la Ciudad de México, publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México (GOCM) el 29 de noviembre de 2021, en vigor al día siguiente de su publicación.

El primer ordenamiento antes citado cambió su denominación con motivo del Decreto publicado en la GOCM el 25 de marzo de 2019, en vigor treinta días después de su publicación, para quedar como Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad de la Ciudad de México.<sup>14</sup> Esta Ley define a las personas con discapacidad de la siguiente manera: “*Todo ser humano que presenta, temporal o permanentemente, alguna deficiencia parcial o total en sus facultades físicas, intelectuales o sensoriales, que le limitan la capacidad de realizar una o más actividades de la vida diaria, y que puede ser agravada por el entorno económico o social*”.

El segundo y el tercero de los ordenamientos definen en los mismos términos a las personas con discapacidad en los artículos Tercero y 2, fracción III, respectivamente: “(...) *todo ser humano*

---

<sup>12</sup> Estos lineamientos son de observancia obligatoria para las Dependencias, Órganos Desconcentrados, Entidades y Órganos de Apoyo de la Administración Pública de la Ciudad de México.

<sup>13</sup> El Decreto por el cual se expidió esa ley fue aprobado por la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 30 de abril de 2013 y fue producto de la iniciativa presentada por el Diputado Efraín Morales López, el 10 de abril de 2013. Consultado en: <<http://aldf.gob.mx/archivo-44e3be31e653b6c-657c7e651ad708e2b.pdf>>.

<sup>14</sup> Mediante el referido Decreto solamente modificó la denominación de la Ley (Distrito Federal por Ciudad de México) y se hicieron adecuaciones correspondientes al texto de la misma, por lo que realmente no se trata de un nuevo ordenamiento.



*que padece temporal o permanentemente una disminución en sus facultades físicas, mentales o sensoriales que le impide realizar una actividad normal”.*

Por último, el cuarto de los ordenamientos no proporciona ninguna definición de discapacidad ni de personas con discapacidad.

Del cúmulo de definiciones proporcionadas por el marco legal, cuya citación no es posible obviar en aras de una mejor comprensión del concepto, se colige lo siguiente:

*Primero.-* No existe una línea uniforme en cuanto a la terminología que emplea la normativa para regular el tema que nos ocupa: por un lado, existen ordenamientos –los más en número– que apelan a un criterio subjetivo y, por ende, definen a la “persona con discapacidad” y; por otro lado, hay ordenamientos –los menos– que atienden a un criterio objetivo al definir particularmente la “discapacidad”. Además, en uno y en otro caso, la concepción de los términos tampoco es homogénea.

*Segundo.-* No obstante lo anterior, prácticamente todos los ordenamientos (a excepción de los Lineamientos vigentes en la Ciudad de México y de la Ley de Atención Prioritaria para Personas con Discapacidad y en Situación de Vulnerabilidad en el Distrito Federal, que se refieren a “disminución”) entienden a la discapacidad como una “deficiencia”; es decir, como “defecto” de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española.<sup>15</sup>

*Tercero.-* Tanto la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (en su texto original y en su reforma) como

---

<sup>15</sup> Consultar: <<https://dle.rae.es/deficiencia>>. Al respecto, cabe mencionar que el Diccionario Jurídico publicado en colaboración de la Facultad de Derecho de la UNAM, en 2019, no define los términos “discapacidad” ni “persona con discapacidad”. Ver CONTRERAS BUSTAMANTE, Raúl y DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús (coords.), *Diccionario jurídico*, México, Tirant lo Blanch, 2019. Tampoco están definidos en el diccionario publicado por De Pina y De Pina Vara. Ver DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 32ª ed., México, Porrúa, 2003.

en el Reglamento de dicha Ley –acordes con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad– distinguen cuatro tipos de discapacidad, a saber: física, mental, intelectual y sensorial (prácticamente los mismos a que se refiere el artículo 450, fracción II, del CCDF, a excepción del emocional); empero, los demás ordenamientos, además de reconocer las discapacidades físicas y sensoriales, indistintamente se refiere a la discapacidad mental y la discapacidad intelectual.

*Cuarto.*- En atención a los conceptos que empleada la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad y su Reglamento, la discapacidad física y la discapacidad sensorial no suscitan mayores problemas –por lo que hace al tema objeto de este trabajo–, siempre que la persona pueda realizar la valoración interna que requiere la posterior manifestación de la voluntad. En cuanto a la discapacidad mental y a la discapacidad intelectual, por sí mismas, no motivan ni justifican la incapacidad de la persona pero, por su naturaleza y alcance, pueden limitar e, incluso aniquilar la facultad reflexiva que se necesita para la conducción en la vida jurídica de manera personal.

*Quinto.*- Prácticamente todos los ordenamientos –sin que influya que adopten un criterio objetivo o subjetivo– admiten, sin distingo alguno, que la deficiencia puede ser permanente o temporal; inclusive la Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad de la Ciudad de México señala que puede ser parcial o total.

*Sexto.*- La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad refiere que la “deficiencia” “ (...) *limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria (...)*”; mientras que los Lineamientos, la Ley de Atención Prioritaria para Personas con Discapacidad y en Situación de Vulnerabilidad en el Distrito Federal y la Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad de la Ciudad de México aluden a una “disminución” o “deficiencia” que limita o impide realizar una actividad normal o actividades de la vida diaria. Pero, en ningún

caso esa “deficiencia” o “diminución” limita *per se* la capacidad jurídica (de goce y de ejercicio) de la persona, ni mucho menos su personalidad jurídica.<sup>16</sup>

*Séptimo.*- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad y su Reglamento hacen énfasis en que la “deficiencia” puede impedir que la persona se desarrolle en “igualdad de condiciones” frente a los demás.

*Octavo.*- Por tratarse de conceptos a todas luces distintos, es importante diferenciar y no confundir “incapacidad” y “discapacidad”.

#### IV. LA CAPACIDAD COMO CONCEPTO JURÍDICO FUNDAMENTAL

Tradicionalmente la doctrina ha definido a la *capacidad de goce* como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y; a la *capacidad de ejercicio*, como la aptitud para ejercitar los primeros, y contraer y cumplir las segundas de manera personal, así como para comparecer en juicio por derecho propio.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Al respecto, Pérez Carbajal y Campuzano sostiene que es necesario distinguir incapacidad de discapacidad, pues en muchas ocasiones personas con discapacidad erróneamente han sido sometidas a juicios de interdicción. Una discapacidad no motiva invariablemente un juicio de interdicción, incluso cuando existe un certificado de discapacidad. Cfr. PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO, Hilda, *Capacidad e incapacidad de la persona física*, México, Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 171-173

<sup>17</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 4ª ed., México, Porrúa, 1994, p. 574. RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México, 2005, p. 105. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I. Introducción, personas y familia*, 41ª ed., México, Porrúa, 2010, p. 158.

Como se advierte, la capacidad de ejercicio supone dos cuestiones: por un lado, la capacidad de goce del sujeto y; por otro, la posibilidad jurídica de que éste pueda actuar y participar en la vida jurídica personalmente, o sea, por sí mismo, de manera directa, sin necesidad de que intervenga otra persona.

Al efecto, ha de aceptarse que la ley es la única fuente de la capacidad o incapacidad –según se quiera ver–, de tal manera que del marco normativo contenido en los artículos 22, 23, 24 y 450 del CCDF se deducen las siguientes reglas:

Por regla general, todas las personas tienen capacidad de goce; en otras palabras, basta el reconocimiento de la personalidad jurídica para que se predique la capacidad de goce como el atributo más importante de la persona.<sup>18</sup> Sin embargo, dicha regla tiene excepciones, es decir, hay casos especiales expresamente previstos por el legislador en que la persona no es apta para ser titular de derechos y obligaciones. El ejemplo más ilustrativo es el previsto en el artículo 27, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “ (...) *En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas (...)*”.

---

<sup>18</sup> La personalidad jurídica está compuesta por los atributos que la integran. Dichos atributos están de tal manera ensamblados que son imprescindibles en la estructura de la personalidad: no se concibe la personalidad sin uno de ellos porque su conjunto integra la persona jurídicamente considerada. Sin embargo, el atributo más importante de todos es la capacidad de goce porque el material jurídico que comprenden es el que dicha capacidad les proporciona, ya sea de directamente, como el estado civil, el patrimonio, y la nacionalidad; o bien, indirectamente como en el caso del nombre y del domicilio. Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Incapacidad de ejercicio y discapacidad. Fijación de conceptos, esencia, alcances, relaciones, confusión. Su aplicación en la actividad notarial*, México, Procesos Editoriales, 2020, pp. 16 y 17, Colección de Aportaciones de la Escuela Internacional de Derecho y Jurisprudencia a la Cultura Jurídica, no. 5.

Por regla general, los menores de edad tienen incapacidad de ejercicio; es decir, para ejercitar los derechos de los que son titulares, para contraer y cumplir obligaciones o para comparecer en juicio requieren de un presentante (persona que ejerza la patria potestad o tutor, según sea el caso).<sup>19</sup> Nótese que conforme a esta regla los menores de edad sí pueden ejercitar derechos, contraer y cumplir obligaciones, y comparecer en juicio; la incapacidad se traduce en que no pueden hacerlo por sí mismos en virtud de que la experiencia jurídica ha llevado a la convicción de que adolecen de la madurez que exige la vida jurídica.<sup>20</sup> Sin embargo, esta regla también tiene excepciones, ya que hay casos especiales expresamente previstos por el legislador en que no obstante la minoría edad, la persona sí tiene capacidad de ejercicio. Uno de ellos es el testamento, pues el artículo 1306, fracción I, del CCDF admite que el menor de edad, pero mayor de dieciséis, pueda otorgarlo.

Aunado a la capacidad de goce y a la capacidad de ejercicio, para la plena conformación y validez del acto jurídico, es requisito

---

<sup>19</sup> El artículo 23 del CCDF –que se refiere a las restricciones a la capacidad de ejercicio– ha sido objeto de dos reformas desde la publicación del ordenamiento en 1928. La primera con motivo del Decreto publicado en el DOF el 23 de julio de 1992 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación y; la segunda, con motivo del Decreto publicado en el DOF el 25 de mayo de 2000 y que entró el 1 de junio del mismo año. Sin embargo, la porción normativa que señala que “...los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes” se ha mantenido intacta.

<sup>20</sup> La posibilidad de la actuación personal supone la satisfacción por parte del sujeto de las exigencias dispuestas en la ley para que la misma puede tener lugar válidamente. Las expresiones para aludir al factor condicionante son de lo más variadas, pero en todo caso concluyen en la necesidad de la madurez mental que satisfaga los mínimos legales, así como la idoneidad de querer y entender. Lo relevante para el otorgamiento de un acto válido es que la madurez del sujeto garantice la plena comprensión de lo que acción trae consigo. Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Incapacidad de ejercicio y discapacidad...* op. cit., pp. 23 y 24.

indispensable la *capacidad natural* del otorgante. Ésta es la aptitud o disposición del sujeto de autogobernarse, lo cual implica la posibilidad real y actual de llevar a cabo un proceso mental interno de discernimiento seguido de una manifestación o exteriorización coherente de la voluntad.

La capacidad natural compele la lucidez mental de la persona: que se encuentre en su cabal juicio, como lo indican los artículos 1306, fracción II, y 1504 del CCDF. Esto es, *in extenso*: que tenga la idoneidad de conocer, querer, entender, decidir, cavilar, ponderar, anticipar, comparar, aceptar, negar, etc.

Para comprender en su esencia la capacidad natural es importante hacer énfasis dos cuestiones: en primer lugar, las reglas que rigen tanto la capacidad de goce como la de ejercicio operan conforme a un criterio de generalidad; es decir, basta el presupuesto general de la personalidad para que predique la capacidad de goce y; en el mismo sentido, basta el presupuesto general de la mayoría o minoría de edad para que se predique la capacidad o incapacidad de ejercicio. En ambos casos, claro está, con sus respectivas excepciones. En cambio, la dinámica jurídica en que se desenvuelve la capacidad natural es eminentemente particular o fáctica; es decir, es menester evaluar las circunstancias o condiciones concretas en que se encuentra la persona en el momento mismo en que se otorga el acto jurídico. En segundo lugar, aun cuando la capacidad de goce es condición tanto de la capacidad de ejercicio como de la capacidad natural; nada impide que éstas últimas estén asociadas o disociadas. Así, por ejemplo, la mayoría de edad no conduce invariablemente a la capacidad natural, pues el mayor de edad puede encontrarse en una situación transitoria o permanente que no le permita autogobernarse en el momento de otorgar el acto, tal como sería estar bajo los influjos del alcohol, de alguna droga, de un fármaco que reduzca su estado de alerta; o bien, padecer una enfermedad mental grave.

En razón del problema que ahora ocupa nuestra atención, resulta pertinente dilucidar la relación que existe entre incapacidad y discapacidad.

Ya se ha dicho –y en este apartado ha quedado más que justificado– son conceptos distintos que no deben ser utilizados indistintamente. La “discapacidad” es un término de nuevo cuño en el Derecho mexicano, particularmente en el Derecho civil mexicano. Aparece en siete numerales distintos del CCDF y se incorpora –prácticamente en todos los casos– con motivo de la reforma publicada en el DOF el 25 de mayo 2000.

En nuestro concepto, la alusión más importante está en la fracción II del artículo 450:<sup>21</sup>

Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

...

II.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

La estructura lógica de esta porción normativa es de tipo condicional: “*Si es “A” y “B”, debe ser “C”*”.

---

<sup>21</sup> Originalmente este precepto estaba conformado por cuatro fracciones. Alegando un uso inapropiado del lenguaje, las dos últimas fueron suprimidas con motivo del Decreto publicado en el DOF el 23 de julio de 1992, que entró en vigor al día siguiente de su publicación. En virtud de esa reforma la fracción II quedó redactada de la siguiente manera: “*II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración de la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún otro medio*”. Posteriormente, la misma fracción fue modificada con motivo del Decreto publicado en el DOF el 25 de mayo de 2000, que entró en vigor el 1 de junio del mismo año, para quedar en los términos expuestos.

“A” se refiere a las *causas* que conjunta, alternativa e indistintamente pueden presentarse: persona mayor de edad con una enfermedad reversible o irreversible; o bien persona mayor de edad con alguna(s) discapacidad(es).

“B” se refiere al *efecto* que eventualmente pueda derivarse por cualquiera de las causas antes mencionadas: que no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad.

“C” alude a la consecuencia jurídica de la norma: la incapacidad tanto natural como de ejercicio.

Consecuentemente, el alcance normativo de la porción normativa depende del valor –verdadero– que tenga “B”. De este modo:

i) Si la persona mayor de edad tiene una enfermedad reversible o irreversible, pero sí puede autogobernarse, obligarse o manifestar su voluntad; entonces “B” tiene un valor falso y; por ende, no habrá ninguna de las referidas incapacidades.

ii) Si la persona mayor de edad tiene alguna(s) discapacidad(es), pero sí puede autogobernarse, obligarse o manifestar su voluntad; entonces “B” tiene un valor falso y; por ende, no habrá ninguna de las referidas incapacidades.

iii) Si la persona mayor de edad tiene una enfermedad reversible o irreversible, que le impide autogobernarse, obligarse o manifestar su voluntad; entonces “B” tiene un valor verdadero y; por tanto, tendrá incapacidad natural y, una vez que el juez lo determine, de ejercicio.

iv) Si la persona mayor de edad tiene alguna(s) discapacidad(es), que le impide autogobernarse, obligarse o manifestar su voluntad; entonces “B” tiene un valor verdadero y; por tanto, tendrá incapacidad natural y, una vez que el juez lo determine, de ejercicio.

Este ejercicio demuestra que lo relevante para determinar la capacidad o incapacidad –tanto natural como de ejercicio– es la posibilidad o imposibilidad de autogobernarse, y no la discapaci-



dad –inclusive mental o intelectual– individualmente considerada.<sup>22</sup>

## V. ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y DE LA ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

Como se indicó en el apartado segundo, en la demanda de amparo se señalaron cinco conceptos de violación; sin embargo, solamente se analizarán los dos primeros por estar relacionados con el tema central de este trabajo. En este sentido, los quejosos adujeron:

1) Que conforme a la redacción de los artículos 450 del CCDF, y 102, fracción XX, y 105 de la LNDF (actualmente 103, fracción XIX, y 106 de la LNCM): “(...) *se considera que las personas con discapacidad son incapaces –sin capacidad de ejercicio ante la ley– (...)*”; lo cual ha quedado demostrado que no es así. La discapacidad es el supuesto fáctico que, junto con la imposibilidad para autogobernarse y manifestar la voluntad, eventualmente –y previa declaración judicial– puede derivar en la incapacidad de ejercicio,

---

<sup>22</sup> La fórmula alusiva a la imposibilidad de autogobierno aparece desde el inicio de la vigencia del Código Civil en 1932, la cual viene desde los Códigos Civiles de 1870 y 1884, y de la Ley Sobre Relaciones Familiares. Ciertamente se trata de un término tradicional, clásico, que ha encontrado acomodo en cuanta legislación y estudio académico toca el tema. La fórmula “para gobernarse por sí mismo” o “por sí mismos” no se entiende aplicable a una situación de gobierno o conducta física graduable por minusvalía, parálisis cerebral, paraplejía, etc., sino solo en la medida en que dicha falta de conducción física haga caer en la imposibilidad de calificar si de quien se trate pueda considerar, discernir, calibrar, calificar decidir y ejecutar, con entendimiento y comprensión de sus acciones, es decir, que es dueño de sus actos en general. La fórmula debe entenderse alusiva a un gobierno de la inteligencia; de razonamiento; de calificación reflexiva sobre la propia actuación, circunstancias estas de las que depende la capacidad de ejercicio del sujeto y sus graduaciones prudentes señaladas en la ley. Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Incapacidad de ejercicio y discapacidad... op. cit.*, pp. 51 y 52.

en cuyo caso el juez deberá indicar los actos que podrá realizar la persona por sí misma.<sup>23</sup> La discapacidad *per se* no implica incapacidad de ejercicio.

2) Que conforme a la redacción de los referidos numerales: “(...) *dicha clasificación* –que las personas con discapacidad tienen incapacidad de ejercicio– *puede ser realizada por el Notario Público a simple vista*”, lo cual también ha quedado demostrado que no es así. La valoración que hace el notario es acerca de la *capacidad natural* del compareciente en el momento de otorgarse el acto jurídico que nada tiene que ver con la *incapacidad de ejercicio*.

3) Que “(...) *los notarios tendrán que hacer un juicio de valor y a simple vista observar “manifestaciones de incapacidad natural” para darles acceso al servicio notarial*” (*sic*). Al respecto, ha quedado apuntado que el juicio de valor que realiza el notario acerca de la *capacidad natural* del compareciente, no es subjetivo o arbitrario, no es algo que hace “*a simple vista*”; por el contrario, lo lleva a cabo de manera objetiva con base en las reglas de la lógica, su experiencia, del profundo conocimiento que tienen del marco normativo y de la prudencia. Por otro lado, precisamente en aras de mantener y procurar la certeza y seguridad jurídicas que se esperan de la actuación notarial, el notario, con fundamento en el artículo 106 LNCM, “(...) *no debe observar en ellos* –los compare-

---

<sup>23</sup> “Estado de interdicción. El juez deberá establecer en qué tipo de actos la persona con discapacidad goza de plena autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y en qué otros intervendrá un tutor para otorgarle asistencia (interpretación del artículo 462 del Código Civil para el Distrito Federal”, Tesis Aislada, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, Tomo I, diciembre de 2013, con el número de registro 2005122. “Estado de interdicción. Acorde al modelo de asistencia en la toma de decisiones, la persona con discapacidad externará su voluntad, misma que será respetada y acatada”. Tesis Aislada, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, Tomo I, diciembre de 2013, con el número de registro 2005118.

cientes– *manifestaciones de incapacidad natural (...)*”; no como lo que erróneamente se expone en sentido inverso.

4) Que “(...) *que los notarios deben realizar un juicio de valor a simple vista para determinar si la persona vive con discapacidad, cuando dicho requisito no se prevé para el resto de las personas para acceder al servicio de los fedatarios públicos (...)*”. Este alegato evidencia errores conceptuales vertidos en la demanda de amparo; pues el notario no se pronuncia acerca de la discapacidad de una persona –situación que, como ha quedado apuntado, no impide el otorgamiento de un acto ante él, ni incide directamente en la capacidad de ejercicio–, sino de la capacidad o incapacidad natural de la persona.

5) Que “(...) *el Notario Público no tiene que interrogarse sobre si a simple vista considera que una persona tiene incapacidad natural, sino respecto a los apoyos que la persona solicita, cuáles son los ajustes razonables que puede efectuar en el desempeño de su servicio como fedatario y cómo asentarlos en el acto jurídico para que la persona discapacitada pueda efectivamente ejercer sus derechos en igualdad de condiciones*”. De igual manera, se manifiestan los errores conceptuales sobre el tema. La LNCM es de orden público y el notario, como destinatario de la misma, debe apegarse estrictamente a lo prescrito por ella como, por ejemplo, dar fe de que a su juicio los comparecientes tienen capacidad natural. Si el notario observa manifestaciones de incapacidad natural, el sistema de apoyos previsto en los distintos ordenamientos jurídicos no es aplicable, pues los mismos se dan en razón de las personas con discapacidad, no con incapacidad natural. El aludido sistema de apoyos evidentemente tendrá cabida en la actuación notarial, pero solamente en el caso de que el compareciente manifieste tener alguna discapacidad y ésta no influya en su capacidad natural.

6) Que “(...) *el artículo 105(...) es discriminatorio en tanto (...) exige al notario reconocer la capacidad jurídica de las personas, sobre la base de que no observe en ellas alguna incapacidad, lo que vulnera el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su capacidad jurídica plena*”. Aquí también son

palpables errores conceptuales. El notario evalúa la capacidad natural de la persona, no su capacidad jurídica. Si el notario advierte manifestaciones de incapacidad natural, ello no incide en la capacidad jurídica de la persona: la capacidad de goce y de ejercicio de la persona se mantienen intactas. Lo contrario, por congruencia lógica, obligaría a aceptar una persona con incapacidad natural – por ejemplo, estar en estado de ebriedad– tiene una discapacidad. Algo realmente inconcebible.

7) Que “(...) porque la persona incapacitada únicamente podía acceder a los servicios notariales a través de su representante o tutor, con lo cual se avala la expresión de voluntad del representante y no la de aquella. De esta manera, una persona a quien el fedatario tilde de incapaz tendría que obtener un fallo judicial que la autorice a celebrar actos jurídicos ante notario público (...)”. En este alegato de nueva cuenta aparecen errores conceptuales. La persona con incapacidad de ejercicio solamente podrá ejercer sus derechos y adquirir o cumplir obligaciones por medio de la persona que la represente, independientemente si es ante notario, ante una autoridad judicial o administrativa, o ante cualquier otro particular. Dicho representante siempre ha de actuar conforme a los intereses de su representada, incluso existen recursos previstos en ley cuando esto no suceda así. Por otro lado, la persona que a juicio del notario tenga manifestaciones de incapacidad natural, no requiere declaración judicial para comparecer ante él; ya que la incapacidad natural no conduce directa e innegablemente a la incapacidad de ejercicio.

El estudio que hizo la Primera Sala de la SCJN no reparó en las anteriores consideraciones teórico-conceptuales y –no obstante haber admitido que la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado, que determinó que el notario no era autoridad responsable, había causado estado y que no fue controvertida por los quejosos, por lo que no emprendería un examen de fondo respecto de la misma– otorgó el amparo a los quejosos y condenó al notario a que: *i*) realizara la actuación que proceda para dejar sin efectos la escritura pública otorgada por los quejosos, *ii*) emita una nueva

asentando las declaraciones solicitadas por los quejosos en torno a su condición de discapacidad y; *iii*) que redactara la escritura en formato de lectura fácil.

La sentencia se fundamentó esencialmente en los artículos 1° constitucional y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y enarbó el principio universal de la capacidad jurídica. Sin embargo, no diferenció los escenarios fácticos y normativos respecto de la incapacidad, a saber: *i*) el sistema de apoyos y salvaguardas que permita a las personas con discapacidad disfrutar de su plena capacidad jurídica ante notario o ante una autoridad judicial o administrativa, bajo la premisa legal –incluso, ética– de que la discapacidad *per se* no deriva en incapacidad de ejercicio; *ii*) el estado de interdicción ideado por el legislador precisamente para proteger a la persona mayor de edad que no puede autogobernarse a sí misma, ya sea a causa de una enfermedad o de una discapacidad, tanto en su persona como en su patrimonio y; *iii*) el carácter de orden público de la función notarial cuyo marco normativo, en aras de la seguridad y certeza jurídicas, obliga al notario para que de fe respecto de la capacidad natural de los comparecientes, independientemente de lo que se vaya a consignar en el instrumento, bajo la lógica antiquísima de que para la validez del acto se requiere, entre otros, que su otorgarse pueda advertir a cabalidad las consecuencias del mismo, y que en caso de haber manifestaciones de incapacidad natural, ello no vulnera lo prescrito por el artículo 12 de la referida Convención.

La SCJN se determinó que el artículo 450, fracción II, del CCDF es inconstitucional por ser contrario al derecho de igualdad y no discriminación; además, porque contiene un mensaje discriminatorio estigmatizante de la discapacidad, pues genera la idea de que a la discapacidad está asociada a la imposibilidad de autogobernarse, obligarse o manifestar la voluntad en una forma autónoma y; por tanto, que debe ser restringida la capacidad jurídica porque la persona no puede ejercer sus derechos por sí misma, sino que requiere de la intervención de otra que legalmente la represente.

En el mismo sentido, la SCJN estableció que los artículos 102, fracción XX, y 105 de la LNUF (103, fracción XIX y 106 de la LNCM), en cuanto a la constatación de la capacidad jurídica de los comparecientes a la celebración de un acto jurídico ante notario público (se deja de lado la porción normativa “(...) *y que no tenga noticias de que estén sujetos a incapacidad civil (...)*”), al estar en estrecha relación con el artículo 450, fracción II, del CCDF también son inconstitucionales y reproducen el mismo mensaje discriminatorio en relación con las personas mayores de edad con determinadas discapacidades. Además, bajo el paradigma de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en torno a la capacidad jurídica también resultan inconventionales.

Como ha quedado demostrado en este estudio los conceptos de violación y la argumentación central de la sentencia confunden dos conceptos relacionados entre sí, pero que guardan diferencias importantes. Evidentemente, la discapacidad no implica incapacidad de ejercicio, pues la persona con discapacidad puede en todo momento ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma. Sostener lo contrario sería aberrante. Por otro lado, la persona con incapacidad natural; es decir, que no goza de su cabal juicio para actuar en lo jurídico no puede otorgar un acto jurídico que resulte válido. El notario no se pronuncia acerca de la incapacidad de ejercicio, ello le corresponde al juez; tampoco se acomete respecto de la discapacidad, esto le corresponde al médico; pero sí evalúa la capacidad natural de las personas que comparecen ante él, ya que al ejercer una función que originariamente reside en el Estado la ley le exige que los actos que se otorguen ante él produzcan todos sus efectos jurídicos y, en ese orden de ideas, que las personas adviertan los alcances y consecuencias de los mismos a partir de la explicación que hace el notario. La persona que por cualquier causa tenga incapacidad natural no puede otorgar un acto jurídico válido, lo cual no es discriminatorio ni atenta contra su capacidad jurídica, todo lo contrario.



## APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA QUE ESTABLECE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DEL NOMBRAMIENTO DEL CARGO DE RECTOR EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS AUTÓNOMAS

Félix VÁZQUEZ ACUÑA \*

### I. NOTA ACLARATORIA

La jurisprudencia objeto de estudio de este trabajo surgió bajo la vigencia de la anterior Ley de Amparo y, por tanto, con las reglas de integración que en ella se regulaban. Sin embargo, conserva su carácter obligatorio, como se desprende de lo dispuesto por el artículo sexto transitorio del decreto que contiene la nueva Ley, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de abril del 2013.<sup>1</sup> Por tanto, sostenemos, sin temor a equívocos, que el tema conserva actualidad.

Para dicha conclusión no es óbice la reforma efectuada, entre otros, a los artículos del 215 al 229 de la vigente Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio del 2021, a través de la cual se establecen nuevas reglas para la integración de la jurisprudencia, pues con toda claridad se determina que la formada con anterioridad mantiene su obligatoriedad,

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Durango, Campus Zacatecas. Docente-Investigador de la Universidad Autónoma de Zacatecas. ORCID: 0000-0001-6736-7614. Contacto: <felix-va@hotmail.com>.

<sup>1</sup> “SEXTO. La jurisprudencia integrada conforme a la ley anterior continuará en vigor en lo que no se oponga a la presente Ley.”



como se desprende de lo dispuesto por el artículo décimo transitorio del decreto respectivo.<sup>2</sup>

## II. PARTICULARIDADES EN LA FORMACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1<sup>a</sup>./J. 19/2010

Antes de abocarnos al contenido central de la tesis jurisprudencial, consideramos oportuno destacar dos particularidades que se presentaron durante su construcción, las cuales constituyen elementos clave que ayudan a tener una visión más clara de su origen, implicaciones y consecuencias.

### A) DE LAS CINCO EJECUTORIAS, CUATRO SE ORIGINARON EN UNA MISMA DESIGNACIÓN DE RECTOR

La anterior Ley de Amparo<sup>3</sup> contemplaba dos formas de integración de la jurisprudencia, la primera por *reiteración*, según los artículos 192, segundo párrafo, y 193 segundo párrafo; y la segunda, por *contradicción*, de acuerdo con el tercer párrafo del propio artículo 192.

La primera, que es la más antigua,<sup>4</sup> se constituye siempre que se sustente en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas

---

<sup>2</sup> “DÉCIMO. Las jurisprudencias que se hubieren emitido antes de la entrada en vigor del presente Decreto mantendrán su obligatoriedad, salvo que sean interrumpidas en los términos que se prevén en el artículo 228 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al momento de la interrupción.”

<sup>3</sup> Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1936, abrogada el 2 de abril de 2013.

<sup>4</sup> Ruiz Torres sostiene que la jurisprudencia, en su sentido procesal, como conjunto de sentencias uniformes de los tribunales, tiene su origen en el

por otra en contrario.<sup>5</sup> Para el caso que nos ocupa, las sentencias que se reiteraron fueron dictadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los amparos en revisión 153/2008,<sup>6</sup> 155/2008,<sup>7</sup> 633/2008,<sup>8</sup> 212/2009<sup>9</sup> y 5/2009.<sup>10</sup>

Cuatro de las cinco ejecutorias tuvieron como origen juicios de amparo que, aunque con diversos actos reclamados y distintas autoridades responsables, fueron generados por los mismos hechos. Estos juicios tuvieron como materia de origen el nombramiento definitivo del rector llevado a cabo el día 8 de enero de

---

*common law*, por lo que, con una serie de fundamentos de carácter consuetudinario, se desarrolló en Inglaterra el sistema de precedentes. Hacia el siglo XVIII adquirieron fuerza obligatoria, según la doctrina del *stare decisis*. En México, quien se encargó de incorporar esta doctrina a nuestro juicio de amparo fue Ignacio Mariscal, quien le otorgaba cierta fuerza obligatoria a un antecedente. El cambio significativo, en el que ya se habló de ese carácter vinculante, pero de cinco sentencias dictadas en un mismo sentido, se da por la influencia de Ignacio L. Vallarta, quien, como presidente de la Corte, en el año de 1881, elaboró el proyecto que da como resultado la *Ley Orgánica de los Artículos 101 y 102 de la Constitución Política del 5 de Febrero de 1857*, la cual, en su artículo 70 contempla el sistema de reiteración como vía para la formación de la jurisprudencia en términos idénticos a los previstos actualmente. RUIZ TORRES, Humberto Enrique, *Curso general de amparo*, México, Oxford, 2007, pp. 824-826.

<sup>5</sup> Esta forma de integración, que ahora solo puede hacer los tribunales colegiados de circuito, se regula en el artículo 224 de la vigente Ley de Amparo.

<sup>6</sup> Tiene su origen en el juicio de amparo 67/2007, del índice del Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Michoacán.

<sup>7</sup> Tiene su origen en el juicio de amparo 22/2007, del índice Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Michoacán.

<sup>8</sup> Tiene su origen en el juicio de amparo 61/2007, del índice de Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Michoacán.

<sup>9</sup> Tiene su origen en el juicio de amparo 79/2007, del índice del Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Michoacán.

<sup>10</sup> Tiene su origen en el juicio de amparo 660/2008, del índice del Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca.

2007, efectuado por la Comisión de Rectoría de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (en lo sucesivo UMSH), y otros actos relacionados con el mismo hecho.

Esto deja en claro que el fondo de los cuatro juicios tiene que ver fundamentalmente con la aplicación e interpretación del artículo 8, apartado A de la Ley Orgánica de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (en lo sucesivo LOUMSH), el cual establece la facultad de la referida Comisión para nombrar al rector; se considera que esa facultad se inscribe dentro del ejercicio de la autonomía de la cual goza la Universidad.

#### B) LA QUINTA EJECUTORIA DERIVA DE UN CASO ESENCIALMENTE DISTINTO

Como ya se dijo, para las cuatro primeras ejecutorias lo fundamental es el contenido del apartado A del artículo 8 de la LOUMSH, en donde se establece la facultad de la Comisión de Rectoría para nombrar al Rector. Es importante destacar que a la Comisión de Rectoría no se le impone ninguna obligación o requisito previo para llevar a cabo dicho nombramiento, más que recibir y tomar en cuenta todas las opiniones que en forma escrita le envíen los miembros del Consejo Universitario en favor de alguna persona para ocupar el cargo de rector.<sup>11</sup> Dado el diseño del precepto, podemos decir que se trata de una facultad discrecional y soberana.

---

<sup>11</sup> Artículo 8.- La autonomía de la Universidad se deposita en la comunidad universitaria, constituida por autoridades, trabajadores académicos, administrativos, alumnos; y su gobierno estará formado por:

(...)

VI.- La Comisión de Rectoría.

(...)

Son atribuciones de la Comisión de Rectoría:

A.- Nombrar al Rector, conocer de la renuncia de éste y removerlo por causa grave. Antes de la designación del Rector definitivo, la Comisión de Rectoría recibirá y tomará en cuenta todas las opiniones que en forma escrita le envíen los miembros del Consejo Universitario a favor de alguna

Por otra parte, la quinta ejecutoria se funda en un acto esencialmente distinto, no solo porque se refiere al nombramiento del rector de otra institución, la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca (en los sucesivo UABJO), llevado a cabo el 15 de mayo del 2008 por la Comisión Electoral, sino porque la facultad que su Ley Orgánica (en lo sucesivo LOUABJO) le confiere a tal órgano no es, como erróneamente lo consideró la Primera Sala, la de designar al Rector, sino sólo la de llevar a cabo la preparación, el desarrollo y la vigilancia del proceso electoral.

En efecto, el artículo 44 de la LOUABJO,<sup>12</sup> establece que para la elección del Rector se deberá integrar una Comisión Electoral, la cual se encargará de la preparación, desarrollo y vigilancia del proceso electoral, conforme a lo establecido en los artículos 19 y 20 de la propia Ley. Estos artículos de la Ley Orgánica instituyen el voto libre, secreto y directo de los miembros de la comunidad universitaria como el único medio válido para elegir a las autoridades universitarias.<sup>13</sup>

Como se puede observar, mientras que en el caso de la LOUMSH se le confiere la facultad para nombrar al Rector a la Comisión de Rectoría, en la LOUABJO no se le otorga esa atribución a la Comisión Electoral, ya que en dicha institución tal órgano ni siquiera existe. Así, tenemos que las cuatro primeras ejecutorias se refieren

---

persona para dicho cargo.

(...)

<sup>12</sup> Artículo 44.- Para la elección del Rector se integrará una Comisión Electoral, la cual se encargará de la preparación, desarrollo y vigilancia del proceso electoral conforme con lo establecido en los artículos 19 y 20 de esta Ley.

<sup>13</sup> Artículo 19.- Las elecciones de autoridad constituyen un derecho y un deber de todos los miembros de la comunidad universitaria. El sufragio expresa la voluntad de ésta y se ejerce para garantizar la continuidad de la vida institucional de la Universidad, eligiendo a sus autoridades y representantes para integrar los órganos de gobierno.

Artículo 20.- Los integrantes de la comunidad universitaria ejercerán el voto uninominal, libre, directo y secreto. Para la elección, se cumplirán los requisitos, el procedimiento que establece esta ley y su reglamento.

a casos análogos, y la quinta a uno esencialmente distinto. Sobre un fenómeno como este, Burgoa comenta:

(...) el artículo 192 de la Ley de Amparo<sup>14</sup> (...) es incompleto y, por tanto, adolece de obscuridad. Efectivamente, su contenido alude a una coincidencia entre “cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario”, sin especificar que éstas deben corresponder a casos o asuntos análogos, cuando menos en algún punto de derecho, circunstancia que es el supuesto de integración de la uniformidad considerativa e interpretativa, que es en lo que estriba la jurisprudencia.<sup>15</sup>

En estos momentos nos limitamos a enunciar esta circunstancia, más adelante presentaremos un juicio de valor.

### III. PRINCIPALES ELEMENTOS QUE CONTIENEN LAS CONSIDERACIONES DE LAS CINCO EJECUTORIAS

Son muchas las cuestiones que se tratan en las cinco sentencias, que por cuestiones de espacio es imposible comentar en este estudio, sin embargo, presentamos de forma resumida los cinco puntos esenciales:

#### A) LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA<sup>16</sup>

La autonomía es una garantía de tipo institucional que la Cons-

---

<sup>14</sup> Obviamente se refiere a la Ley anterior.

<sup>15</sup> BURGOA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 42ª ed., México, Porrúa, p. 828.

<sup>16</sup> Respecto la autonomía universitaria hay abundantes estudios en la doctrina, pudiendo recomendar, solo como un botón de muestra, FUMERO VARGAS, Patricia, “Sobre la autonomía universitaria”, *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica*, Costa Rica, vol. IV, núm. 138, 2012, pp. 93-100.

titución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el artículo 3º, fracción VII, para algunas universidades, y que consiste esencialmente en la facultad de gobernarse a sí mismas (autogobierno). Estas universidades tienen como finalidad educar, investigar y difundir la cultura, respetando la libertad de cátedra, de investigación y de libre discusión de las ideas, y ostentan la atribución de determinar sus propios planes y programas, así como fijar los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico y administrar su patrimonio.

#### B) LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS AUTÓNOMAS SON ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS

Las universidades públicas son organismos públicos descentralizados y cuentan con autonomía especial,<sup>17</sup> que implica auto regulación y autogobierno, en atención a la necesidad de lograr una mayor eficacia en la prestación del servicio para el cual fueron creadas, y que se manifiesta en su libertad de enseñanza, sin que ello signifique su disgregación de la estructura estatal.

---

<sup>17</sup> Esto se inscribe dentro de la tendencia nacional e internacional a la proliferación de los organismos descentralizados como parte de las administraciones públicas. Solo como ejemplo, tomando el caso argentino, ALESSANDRO, Martín y GILIO, Andrés, señalan: “Actualmente, los organismos descentralizados ejecutan prácticamente la mitad (46%) del presupuesto total de la administración pública nacional, y en la mitad de las jurisdicciones emplean más personal que las áreas centrales. Estas cifras permiten visualizar la importancia de estos organismos para el funcionamiento del Estado argentino”. ALESSANDRO, Martín y GILIO, Andrés, “Cuando el origen importa: presidentes y congresos en la creación de organismos descentralizados en Argentina.” *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 48, Argentina, 2010, p. 151.

### C) FACULTAD DE AUTOGOBIERNO

Dentro de las facultades que se derivan del precepto constitucional y de las correspondientes leyes en que son creadas las universidades, está la de autogobierno. Ésta implica establecer un sistema que esté aislado del influjo de intereses ajenos, tomando una serie de decisiones *ad-intra* (al interior del cuerpo universitario), con independencia de cualquier órgano exterior.

### D) COMPETENCIAS DEL PRINCIPIO DE AUTOGOBIERNO

a) *Competencias Normativas*. Las universidades públicas pueden dictar normas en desarrollo de lo establecido en su ley de creación.

b) *Competencias Ejecutivas*. Conjunto de competencias que corresponden al desarrollo y ejecución tanto de los principios consagrados en el artículo 3º constitucional, como en su ley de creación y normatividad interna. Dentro de ellas encontramos la designación de los funcionarios de las universidades, incluido, por supuesto, el Rector.

c) *Competencias de Supervisión*. Implican actividades de inspección, evaluación y control de tipo administrativo, académico, científico, técnico, operativo, etc.

d) *Competencias Parajudiciales*. Capacidad para dirimir conflictos que surjan al interior.

### E) ELEMENTOS QUE DEBE TENER UN ENTE PARA SER CONSIDERADO COMO AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO

1. La existencia de un ente de hecho o de derecho que entable una relación *de supra* a subordinación con los particulares.

2. Que esa relación tenga su nacimiento en la ley, la cual dote expresamente al ente de una facultad administrativa y cuyo ejercicio sea irrenunciable, al ser de naturaleza pública la fuente de la potestad.
3. Que con motivo de esa relación emita actos unilaterales a través de los cuales cree, modifique o extinga, por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del particular, y
4. Que para emitir esos actos no requiera de acudir a los órganos judiciales, ni precise del consenso de la voluntad del afectado.

#### IV. AUSENCIA DEL PRIMER ELEMENTO PARA QUE EL ENTE SEA CONSIDERADO COMO AUTORIDAD RESPONSABLE

Con base en lo anteriormente expuesto, constatamos que, inicialmente, la Primera Sala realizó un estudio para determinar si el órgano que efectuó el nombramiento de Rector puede ser considerado como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, en las cinco ejecutorias. En especial, buscó comprobar si es que se daban los cuatro elementos ya descritos, bajo el entendido que bastaba con que no se cumpliera uno para obviar el estudio del resto, pues es necesario que se colmen todos.

La Primera Sala concluyó que no se cumple el primer elemento, es decir, que en el presente caso no estamos en presencia de un órgano que entable una relación *de supra* a subordinación con los particulares, de tal suerte que resulta jurídicamente imposible que éstos aleguen que con el nombramiento del Rector se les violaron sus derechos fundamentales.

De esta forma, se sostiene que, al no estar ante una autoridad responsable para efectos de amparo, se da la causal de improcedencia prevista por el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el 1º y 11 de la Ley de Amparo, por lo que se genera el sobresei-



miento de los juicios, en los términos del artículo 74, fracción III, del propio ordenamiento.

## V. ARGUMENTOS CONTENIDOS EN LAS PRIMERAS CUATRO EJECUTORIAS PARA NO CONSIDERAR A LA COMISIÓN DE RECTORÍA COMO AUTORIDAD RESPONSABLE

Como ya se expuso, las cuatro primeras ejecutorias tienen por origen juicios de amparo que, aunque con diversos actos reclamados y con distintas autoridades responsables, fueron generadas por los mismos hechos, en este caso, el nombramiento definitivo de rector, llevado a cabo el día ocho de enero de dos mil siete, por la Comisión de Rectoría de la UMSH.

La Sala transcribe los artículos 1º y 2º de la LOUMSNH,<sup>18</sup> los cuales establecen, entre otras cosas, qué es la institución, su naturaleza, su autonomía, sus atribuciones, sus órganos de gobierno, etc. La Sala resalta, sobre todo, lo dispuesto en el artículo 8, apartado A,<sup>19</sup> donde se consagra la facultad de la Comisión de Rectoría para nombrar al Rector. Aunque no lo diga de forma explícita, la establece como una atribución auténticamente discrecional, ya que la única obligación que se le atribuye, sin limitación de ninguna regla, es la de recibir y tomar en cuenta todas las opiniones que de forma escrita le envíen los miembros del Consejo Universitario a favor de alguna persona para ocupar dicho cargo.

Con base en ello, y en los razonamientos enunciados en el punto II anterior, la Sala formula el argumento que representa, a nuestro parecer, la base sobre la que se fundamentan las cuatro ejecutorias, a saber:

---

<sup>18</sup> Por cuestiones de espacio nos vemos imposibilitados para reproducirlos.

<sup>19</sup> En la nota 11 se reproduce su contenido.

En ejercicio de la competencia ejecutiva de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, que deriva de la autonomía que la Constitución General de la República le confiere en su artículo 3º, el legislador ha otorgado a la Comisión de Rectoría, en su carácter de autoridad administrativa de la Universidad, la atribución de nombrar al Rector.<sup>20</sup>

Nos parece un razonamiento correcto. Efectivamente, el artículo constitucional prevé la atribución de la autonomía, de la que se deriva, entre otras cosas, la facultad del autogobierno. Ésta supone, además de otras competencias, las ejecutivas, que implican la ejecución de los principios contenidos tanto en el precepto de la ley suprema, como en la ley de creación de la universidad y en su normatividad interna. Ello implica, de manera principal, la designación de sus autoridades, incluida, por supuesto, la del Rector, sin la influencia de intereses externos o de instancias ajenas a la Universidad. Tales cuestiones resultan perfectamente aplicables al caso de la UMSNH, donde su Ley Orgánica contempla la facultad soberana de la Comisión de Rectoría de nombrar al Rector.

Dicho de otra forma, no basta con que el Constituyente Permanente contemple la garantía institucional de la autonomía, de manera general, sino que se requiere que el legislador ordinario, además de preverla para el caso concreto de esa Universidad, en ejercicio de ella, establezca también la facultad de uno de sus órganos internos de nombrar al rector.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> En la ejecutoria del amparo en revisión 153/2008 este párrafo está en la página 65, en el 155/2008 en la página 57, en el 633/2008 en la página 70 y en el 212/2009 en la página 70.

<sup>21</sup> Ello con independencia del nombre que se le dé a ese órgano interno. De acuerdo con el Departamento Editorial de la ANUIES, existen en el país 32 universidades públicas autónomas. Consultado sus correspondientes leyes orgánicas, nos encontramos con que el referido órgano interno tiene algunas variantes en el nombre, que fluctúa en los cinco siguientes: Comisión de Recto-

Como podemos observar, es en la facultad prevista en el artículo 8, apartado A, de la LOUMSNH, donde se cristaliza, para el caso que nos ocupa, la aplicación del principio de autonomía, con su correspondiente facultad de autogobierno y, en última instancia, de las competencias ejecutivas que de todo ello se deriva.

La Sala, teniendo como punto de referencia ese razonamiento, establece otras determinaciones que también consideramos acertadas. Sostiene que la Comisión, al momento de nombrar al Rector, no ejerce un poder público basado en una relación *de supra* a subordinación con respecto a los quejosos, los cuales, para el caso, no tienen la posición de gobernados a los que se les puedan violar sus derechos humanos o fundamentales y, por tanto, como consecuencia, se les pueda afectar su esfera jurídica. Así las cosas, tal acto no puede ser considerado como de autoridad para efectos del juicio de amparo, incumplándose el primero de los cuatro elementos que se enunciaron en punto 1, del numeral 1, del apartado II, anterior.

Por todo ello, resulta obvio reconocer que es correcto lo resultado por el máximo tribunal, al señalar que se da la causal de improcedencia prevista por el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el 1º y 11 de la Ley de Amparo, y que, por tanto, se genera el sobreseimiento de los juicios, en los términos del artículo 74, fracción III, del propio ordenamiento.

## VI. ARGUMENTOS CONTENIDOS EN LA QUINTA EJECUTORIA PARA NO CONSIDERAR A LA COMISIÓN ELECTORAL COMO AUTORIDAD RESPONSABLE

Como ya se dijo, la quinta ejecutoria se deriva de un hecho esencialmente distinto, no solo porque tenga como origen la elección

---

ría, Junta de Gobierno, Consejo Universitario, Consejo General Universitario o Junta Universitaria.

de Rector de la UABJO, sino porque el artículo 44 de su Ley Orgánica no faculta a la Comisión Electoral para nombrarlo.

Siguiendo la misma ruta crítica, la Sala efectúa la transcripción de los artículos 1º, 2º, 18, fracción II, 33, 36, fracción XVIII y 45, fracción III, de la LOUABJO, en los que se define, entre otras cosas, qué es la institución, su naturaleza, su autonomía, sus atribuciones, sus órganos de gobierno, etc.<sup>22</sup> Pero, inclusive, se reproduce el referido artículo 44,<sup>23</sup> en el que se contempla que para la elección del Rector se integrará una Comisión Electoral, que se encargará de la preparación, desarrollo y vigilancia del proceso electoral conforme a lo establecido en los artículos 19 y 20 de la propia Ley. Éstos,<sup>24</sup> colocan al voto libre, secreto y directo de los miembros de la comunidad universitaria como la forma para elegir a las autoridades.

A pesar de ser una hipótesis diferente, se continuó dándole el mismo trato, al grado que se construye un argumento similar al de las cuatro ejecutorias anteriores, solo adecuándolo al caso que nos ocupa, en los siguientes términos:

En ejercicio de la competencia ejecutiva de la Universidad Benito Juárez de Oaxaca, que deriva de la autonomía que la Constitución General de la República le confiere en su artículo 3º, el legislador ha otorgado a la Comisión Electoral, a través del Consejo Universitario, en su carácter de autoridad administrativa de la Universidad, la atribución de designar al Rector.<sup>25</sup>

Como claramente se puede observar, esta afirmación es incorrecta. La referida Comisión no tiene la facultad de designar al Rector, sino sólo la de llevar a cabo la preparación, desarrollo y

---

<sup>22</sup> Por cuestiones de espacio no los podemos reproducir.

<sup>23</sup> En la nota 12 se reproduce su contenido.

<sup>24</sup> En la nota 13 se reproduce su contenido.

<sup>25</sup> Este párrafo viene en la página 69 de la ejecutoria dictada en el amparo en revisión 5/2009.

vigilancia del proceso electoral en el que, mediante la realización de una serie de actos de autoridad, se generarán las condiciones para que se emita el voto libre, secreto y directo de los integrantes de la comunidad universitaria, que es la fuente de la elección de sus autoridades, dentro de ellas, obviamente, el Rector.

Al ser incorrecta la base de donde se parte, también lo será el resto de la argumentación, pues de forma desafortunada se repite la línea argumentativa que se llevó en los cuatro primeros casos. Todo ello genera que sean incorrectos los resolutivos en los que se declara existente la misma causal de improcedencia, y que decreta el sobreseimiento del juicio de amparo.

## VII. CONTENIDO DE LA TESIS

No obstante que se trató de un caso eminentemente distinto, al dictarse la quinta ejecutoria se forma, por reiteración, la tesis de jurisprudencia, cuyo contenido es:

UNIVERSIDADES PÚBLICAS. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA EL ACTO DERIVADO DEL EJERCICIO DE SU AUTONOMÍA, CONSISTENTE EN EL NOMBRAMIENTO DE RECTOR.

Del artículo 3º, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la autonomía de las universidades públicas confiere a éstas la facultad de autoformación y autogobierno acotada constitucionalmente para determinar sus planes y programas de estudio, y fijar los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico, así como la forma en que administrarán su patrimonio. En ese sentido, el amparo es improcedente contra el acto derivado del ejercicio de la autonomía universitaria, consistente en el nombramiento del rector de la universidad, por lo que debe sobreseerse en el juicio al no estar sustentado en una relación de supra a subordinación respecto

de los gobernados, ni apoyado en una facultad de imperio susceptible de causar perjuicio en la esfera jurídica de éstos.<sup>26</sup>

Como ya se expuso, el quinto caso es esencialmente distinto, sin embargo, se le dio el mismo tratamiento y se aplicó idéntico criterio, llevándose, incluso, la misma línea argumentativa. En las relatadas condiciones, es normal que se haya formado la jurisprudencia transcrita.

Con base en lo expuesto, consideramos que el auténtico alcance que se le debe dar a la tesis es el de considerar improcedente el juicio de amparo cuando, derivado del principio de autonomía consagrado en el artículo 3º constitucional, la ley de creación de la universidad confiera a un órgano interno la facultad de nombrar al Rector, pues, en esa circunstancia, tal ente no puede ser considerado como autoridad responsable, ni se dará una relación *de supra* a subordinación en la que se afecte la esfera jurídica de los particulares.

Por las mismas razones, aplicadas *contrario sensu*, la improcedencia no se dará si al órgano no se le confiere la facultad de designación, sino sólo la de convocar, organizar y vigilar el proceso electoral en el que se elija al Rector.<sup>27</sup> Ello es así porque durante el proceso, esa y otras autoridades realizarán una serie de actos en los que sí se colocarán en una posición que genere una relación *de supra* a subordinación con respecto a los universitarios. Éstos, por

---

<sup>26</sup> Tesis 1ª./J. 19/2010 (9ª.), 2010, “UNIVERSIDADES PÚBLICAS. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA EL ACTO DERIVADO DEL EJERCICIO DE SU AUTONOMÍA, CONSISTENTE EN EL NOMBRAMIENTO DE RECTOR”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, marzo de 2010, Novena Época, p. 918.

<sup>27</sup> Son cuatro universidades en las que la elección del Rector, y de otras autoridades, se lleva a cabo a través del voto libre, secreto y directo de los integrantes de la comunidad universitaria, conformada por maestros, alumnos y trabajadores. Se trata de las universidades autónomas de Guerrero, de Chapinigo, Benito Juárez de Oaxaca y de Zacatecas.

tanto, se ubicarán en la circunstancia de gobernados a los que se les pueden violar sus derechos humanos o fundamentales, y que, en resumen, es factible que se les dañe su esfera jurídica.

A esa conclusión se puede llegar, respecto a los alcances de la jurisprudencia, entre otras razones, porque a pesar de que el quinto caso es diferente, se le dio el mismo tratamiento, lo que permite tener claro el sentido de interpretación de la Corte.

Existe otra razón para sostener que es esa la intención de la Sala, pues, aunque parezca un dato irrelevante, no lo es, nos referimos a que, tanto en el rubro como en el contenido de la tesis, se utiliza el concepto “nombramiento de Rector”, y no el de “elección de Rector”.

## VIII. UN CASO DE INCORRECTA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

En la actualidad, existe al menos un caso en que se aplicó incorrectamente esta jurisprudencia y se le dio un alcance que no tiene, o no debería tener. Nos referimos a la sentencia dictada en el amparo en revisión 152/2021, por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, con residencia en la Ciudad de Zacatecas, que tiene como antecedente el juicio de amparo 40/2021, del índice del Juzgado Tercero de Distrito en la entidad.

Los quejosos, dentro de los que se encuentra quien esto escribe, fuimos nueve académicos de la Universidad Autónoma de Zacatecas; como autoridades responsables señalamos al Consejo Universitario, a la Comisión Electoral Universitaria y al propio Rector.

Indicamos como actos reclamados, la Convocatoria al proceso ordinario de elecciones mediante voto electrónico por internet el día 5 de febrero del 2021, que tuvo por objeto elegir a los integrantes de los órganos de gobierno, del órgano desconcentrado y a las autoridades de la Universidad; de igual forma, reclamamos los

demás actos que se efectuaron para la organización, preparación y desarrollo del proceso electoral.

Expresamos como conceptos de violación, entre otros, que el Consejo Universitario no es autoridad competente, pues tanto la Ley Orgánica como el Estatuto General y el Reglamento General de Elecciones, no lo facultan para convocar a un proceso electoral en el que muchos de los actos, principalmente el voto, se llevaron a cabo de forma electrónica vía internet; de la misma manera, señalamos que en el contenido de la convocatoria se violaron los principios de igualdad y paridad de género.

Es importante aclarar, aunque con lo dicho resulta obvio, que ningún precepto de la normatividad aplicable faculta a las autoridades responsables para nombrar o designar al Rector y a las demás autoridades universitarias, sino que tal normatividad contempla que se debe llevar a cabo un proceso electoral, donde se regulan sus diferentes fases y etapas, dentro de ellas, una jornada electoral en la que se garantice el voto libre, secreto y directo de toda la comunidad universitaria, integrada por maestros, alumnos y trabajadores, y donde también se prevea una fase de calificación de la elección, etc.<sup>28</sup>

El Tribunal Colegiado alegó la jurisprudencia que nos ocupa, pero, independientemente que no reflexionó correctamente sobre su contenido, y mucho menos hizo referencia expresa a las cinco ejecutorias con las que se formó, le otorgó un alcance incorrecto.

---

<sup>28</sup> Esa normatividad está integrada por varios preceptos, dentro de los que se encuentran, principalmente, los siguientes: el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Universidad Autónoma de Zacatecas que precisa que es facultad exclusiva de los universitarios elegir a los integrantes de los órganos de gobierno y a las autoridades, mediante el voto universal, directo, secreto y libre; del Estatuto General se destacan el artículo 20, en que se reiteran dichas reglas, así como de los artículos 100 al 103 en que se regula lo relativo a la Comisión Electoral Universitaria, y del 115 al 128 se regula el proceso electoral; y, por último, tenemos los 106 artículos que integran el Reglamento General de Elecciones.



En efecto, sin hacer referencia expresa a dichas sentencias, llevó a cabo los mismos razonamientos que resumimos en el punto II anterior. Esto le bastó para concluir que, para el caso que nos ocupa, la elección de las autoridades universitarias forma parte de las atribuciones derivadas de la garantía institucional de la autonomía consagrada en la fracción VII del artículo 3º constitucional y de la Ley Orgánica de la Universidad Autónoma de Zacatecas.

A final de cuentas, esto lo lleva a concluir, con base en los razonamientos erróneos ya expresados, que las autoridades no pueden ser consideradas como responsables para efectos del juicio de amparo, pues no se da la relación *de supra* a subordinación con los miembros de la comunidad universitaria, en donde puedan ser considerados como gobernados. Todo ello genera que se llegue a resoluciones incorrectas, tales como declarar la misma causal de improcedencia, solo fundándola en la nueva Ley de Amparo, que es la prevista en el artículo 61, fracción XXIII, en relación con los artículos 1º, fracción I y 5, fracción II, y decretar el sobreseimiento del juicio de acuerdo con el artículo 63, fracción V.

Nunca se percató que, para llegar a esa consideración y resolución final, no basta con que el Constituyente establezca la autonomía con todo lo que ello implica, y que el legislador ordinario –Legislatura del Estado–, también prevea, en la Ley Orgánica, esa garantía institucional para la Universidad de Zacatecas, sino que además resultaría indispensable que, en la misma ley, se contemplara la facultad de alguna o algunas de las autoridades señaladas como responsables de nombrar o designar a las autoridades universitarias, dentro de ellas al Rector.

Pero dicha previsión no existe, pues, como ya se dijo, lo que contempla es la realización de un proceso electoral a través de la emisión del voto libre, secreto y directo de maestros, alumnos y trabajadores, como la única forma legítima de la elección de tales autoridades.

Como dato curioso, pero entendible, el Tribunal Colegiado ni siquiera construye el párrafo que hemos identificado como fundamental en las cinco ejecutorias, aunque lo hubiese hecho inco-

rectamente, como ocurre en la quinta, argumento que reproducimos en los apartados IV y V anteriores, a cuyo contenido nos remitimos.

## IX. CONCLUSIONES

El correcto alcance de la jurisprudencia debe consistir en considerar improcedente el juicio de amparo en contra del nombramiento o designación del Rector, por no originarse en una relación *de supra* a subordinación y, por tanto, no tratarse de un acto de autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, solo cuando, además de que la Constitución y la ley de creación de la universidad contemplen la garantía institucional de la autonomía, tal ley también faculte a un órgano interno para realizar la designación o nombramiento.

En consecuencia, la improcedencia no se dará si el legislador ordinario, federal o local, en la ley de creación de la universidad, no contemple la referida facultad, y en lugar de ello, señale que el Rector -y las demás autoridades universitarias-, sea electo por medio del voto universal, libre y secreto de los integrantes de la comunidad, compuesta por maestros, alumnos y trabajadores, a través de un proceso electoral que se lleve a cabo con las fases y etapas normales que caracterizan a todo ejercicio de esa naturaleza.

En las relatadas condiciones, los actos realizados por los entes universitarios, consistentes en convocar, organizar, vigilar y calificar las elecciones, sí los coloca en el plano de una relación *de supra* a subordinación con respecto a los particulares, miembros de la comunidad y, por tanto, en el escenario de poder ser considerados como autoridades responsables para efectos del juicio de amparo.



## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL SENTENCIA AL AMPARO EN REVISIÓN 365/2018

Jorge WITKER VELÁSQUEZ \*

**1** . Partes: Comunidad Bacánuchi vs Minera Buenavista del Cobre S.A de C.V. (Grupo México).

2. Objeto: Acción para detener por completo la construcción y ampliación de una presa de jales mineros, megaobra de 65 hectáreas, cerca de Cananea, Sonora, hasta que exista plena participación y decisión de los habitantes de la comunidad de Bacánuchi en sentencia al amparo en revisión 365/2018.

3. La litis: Radicado en la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una acción de la comunidad de pobladores Bacanuchi, Sonora, que reclaman la autorización de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), que otorgó a la minera mencionadas, para la ampliación y construcción de una presa de jales mineros, obra, que además obstruye, el camino que une a Bacánuchi con Cananea perteneciente a municipios distintos.

En dicha sentencia están en juego 2 criterios jurídicos:

- A. El derecho humano a un ambiente sano, establecidos en artículos constitucionales y convenciones internacionales, derivados de los pactos de derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales.
- B. El derecho a la consulta previa, imparcial e informada a que tienen derecho las comunidades y pueblos origina-

---

\* Investigador C de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Contacto: <witker@unam.mx>.

rios, cuando concesiones u, obras de infraestructura, afectan o dañan la posesión, propiedad de la comunidad.

Respecto a este primer criterio, la sentencia señala que el acto reclamado fue impuesto unilateralmente por las autoridades responsables, sin garantizar una oportunidad real, efectiva, accesible, suficiente y oportuna, para la participación de los afectados, informada en un asunto de interés público, pues la operación de dicha obra impacta su derecho a un ambiente sano en la medida en que su construcción se realizó sin las medidas de seguridad adecuadas, para prevenir violaciones a ese derecho.

Al respecto, la sentencia señala, que la construcción y operación de las presas de jales, está regulada en la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, el reglamento de dicha ley en materia de evaluación de impacto ambiental y la NOM 141, SEMARNAT 2003. Es pertinente señalar que esta NOM, establece el procedimiento para determinar y construir los jales, así como las especificaciones y criterios para la preparación del sitio, proyecto, construcción, operación y posoperación de presas de jales.

La propia sentencia señala, que, de acuerdo con dicha norma, una presa de jales es una obra de ingeniería para el almacenamiento y disposición final de los residuos sólidos (jales), generados en las operaciones primarias de separación y concentración de minerales, cuya construcción y operación ocurren simultáneamente.

Destaca la sentencia, que, tratándose de exploración, explotación y beneficio de minerales, aplica solo el informe preventivo y no el impacto ambiental y dichos informes preventivos deben publicarse en la Gaceta Ecológica y, en consecuencia, como lo establece la norma, no se requiere manifestación de impacto ambiental, derivada de la cual podrá llevarse a cabo una consulta pública para tal efecto.

Por su parte la sentencia señala textualmente:

La razón de ser de que las obras que se encuentren reguladas por una norma oficial mexicana, en principio, no requieran de una

manifestación de impacto ambiental sino solamente de un informe preventivo, obedece a que tales normas establecen de forma homogénea y obligatoria los requisitos, especificaciones, condiciones, procedimientos, metas, parámetros y límites permisibles que deberán observarse en regiones, zonas, cuencas o ecosistemas, en aprovechamiento de recursos naturales, en el desarrollo de actividades económicas, en la producción, uso y destino de bienes, en insumos y en procesos y, principalmente, consideran las condiciones necesarias para el bienestar de la población y la preservación o restauración de los recursos naturales y la protección al ambiente.

En síntesis, el primer criterio referido al derecho a un ambiente sano, según la resolución que comentamos, fue violentado por la empresa demandada, según probanzas y argumentos presentados y registrados en la sentencia.

El otro criterio jurídico que emerge de la sentencia es el derecho a la consulta previa, al cual le asiste el derecho a la comunidad Bacanuchi, según expresas disposiciones que reproducimos a continuación:

No obstante lo anterior, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que si bien es cierto que las autoridades actuaron conforme a la normativa aplicable, también lo es que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 4, quinto párrafo, 6 y 35, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”; 25, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 13, numeral 1 y 23, numeral 1, inciso a), de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, debió consultarse a los integrantes de la comunidad de Bacánuchi previo a la emisión de la autorización otorgada a la tercera interesada para construir y operar una presa de jales mineros, en aras de cumplir con su obligación de

promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

De esas fuentes jurídicas señaladas, se desprende que la participación pública y el derecho a la consulta, son derechos que en el caso que analizamos, fueron evidentemente vulnerados por la SEMARNAT y que la sentencia ratifica, tanto con fuentes legales nacionales, como por los pactos internacionales de derechos humanos, especialmente, el referido al Pacto sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En efecto, el derecho a participación pública en asuntos medio ambientales, se ve reflejado en instrumentos internacionales relacionado con el medio ambiente, como lo sostiene textualmente la sentencia que a la vez señala:

El derecho de participación pública en asuntos medioambientales, se ve reflejado en diversos instrumentos internacionales relacionados con el medio ambiente y el desarrollo sostenible, a saber, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte; el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus) y las Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Directrices de Bali)

En resumen, esta sentencia de fecha de publicación 12 de septiembre de 2018, marca un precedente de perspectivas interesantes, por cuanto hace converger el derecho a un ambiente sano, que tienen los ciudadanos en la actualidad, con el derecho a la participación pública, expresada en el derecho a la consulta, en este caso de la comunidad Bacánuchi, referidas a la actividad minera en donde el tema de las presas de jales es un tópico excluido de

la ley minera y que por reforma, últimas a la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, obliga ahora, a las empresas mineras, responsables de dichos vertederos, a responder y cubrir los daños que evidentemente causan al ambiente y comunidades en México.





Martínez-Celis Wogau, Rodrigo, Alcázar Carrasco, Tatiana y Benítez Manaut, Raúl (eds.).  
*Atlas de la Seguridad del Estado de México 2022*,  
México, Universidad Mexiquense de Seguridad-  
Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia,  
2023.

El conocimiento es la mejor inversión  
que se puede hacer

Abraham Lincoln

**L**a obra editada por Rodrigo S. Martínez-Celi Wogau, Tatiana Alcázar Carrasco y Raúl Benítez Manaut, es un trabajo de alto valor académico, donde se conjuntan a más de diecinueve actores del servicio público, sociedad civil y academia para dar a conocer a través de su punto de vista, los avances de la seguridad pública en el Estado de México.

En el primer artículo “Inteligencia policial su profesionalización”, escrito por Rodrigo Martínez, se resalta la importancia de resaltar de manera estadística el porcentaje de mexiquenses que actualmente se sienten inseguros por acciones de la Guardia Nacional y la policía estatal, recalcando la importancia que debe tener la estrategia e inteligencia policial para evitar cualquier acto contrario a la legalidad.

Asimismo, enfatiza que la prevención debe ser el eje principal de las fuerzas de seguridad pública, y el uso de las tácticas operativas y de planeación correcta entre autoridades, podrían mejorar la seguridad del Estado.

En un segundo trabajo “Inteligencia oficial para la seguridad pública en el Estado de México”, de José Guadalupe Cerda y Bárbara Jaloma López, en cinco fases metodológicas abordan, la inteligencia policial, entre las que destacan las siguientes: recolección y gestión de la información; clasificación y sistematización de la

información en bases de datos estructuradas; elaboración de productos de inteligencia policial; difusión de los productos de inteligencia y; retroalimentación.

En este sentido, continúan explicando de manera breve las principales tareas y acciones que realizar para definir las principales zonas a implementar la inteligencia policial, resaltando la importancia de tener una estrategia para prevenir, detectar actividades que ponen en riesgo el bienestar de la sociedad.

En el tercer artículo titulado: “C5 del Estado de México. El cerebro de la inteligencia y la seguridad”, los autores Hugo de la Cuadra Mendoza y Lucía Carmina Jasso López puntualizan el reconocimiento del incremento de las tecnologías de la información, así como las innovaciones por parte de las autoridades policíacas para crear comunicación y vigilancia en la seguridad pública en los gobiernos locales y municipales.

Además de señalar la trascendencia de la instalación de cámaras de seguridad en los ayuntamientos con mayor población e incidencias delictivas, a fin de incrementar la videovigilancia urbana y así poder obtener mayor control preventivo y detectivo de la criminalidad.

La cuarta investigación “La Universidad Mexiquense de Seguridad y la Profesionalización policial en el Estado de México”, escrito por la Maestra Griselda Camacho Téllez, quien además es Rectora de la Universidad Mexiquense de Seguridad, manifiesta que la actuación policial debe ser siempre ejercida bajo el yugo del marco normativo federal y local; sin embargo, esto no es suficiente para garantizar un buen control policial, se requiere de una institución encargada de capacitar a todo aquel interesado en formar parte de las fuerzas de seguridad pública.

Por lo anterior, fue que el Estado de México, creó la Universidad Mexiquense de Seguridad, a fin de impartir cursos de formación inicial, actualización y/o especialización a aspirantes y servidores públicos encargados de salvaguardar la seguridad pública y la procuración de justicia; para búsqueda de lo anterior, cuenta con programas de estudios de nivel superior como lo es el Título

de Técnico Superior Universitario en Investigación y Operaciones Policiales, así como las licenciaturas en Seguridad Ciudadana e Investigación Policial; en Investigación Científica del Delito y en Inteligencia Policial.

La autora además señala que, durante el periodo de 2017 a 2022, la universidad impartió capacitación al personal en diferentes dependencias y entidades, teniendo como una media de 47,000 alumnos por año y 126 profesores y profesoras, encargadas de la educación policial.

En el quinto trabajo: “Reflexiones para el cambio de paradigma en políticas públicas de procuración de justicia”, José Luis Cervantes Martínez menciona la importancia de la efectividad de la procuración de justicia a través del planteamiento de políticas públicas que redunden en acciones específicas del combate a la delincuencia y en la solución de problemas como lo es: la inseguridad, desconfianza ciudadana, ilegalidad, entre otros.

Puntualiza la importancia y trascendencia que necesita las fuerzas policiacas en la búsqueda de la impartición de justicia y señala a los actores en el ámbito público, privado-social, antijurídico, sin móviles económicos que tienen responsabilidad en la aplicabilidad de las políticas públicas de seguridad.

Finalmente explica los diferentes tipos de interés que tienen los actores de las políticas públicas, enunciándose desde tres grandes rubros: actores del ámbito privado-social, actores del ámbito antijurídico y la integración conceptual de las estrategias y acciones.

En el sexto artículo “Impartición de justicia en el Estado de México”, el autor, Ricardo Alfredo Sodi Cuellar, señala como base de su investigación, el marco normativo de las instituciones encargadas de impartir justicia desde la Constitución del Estado de México hasta sus leyes especiales; señalando como principal responsable al Poder Judicial del Estado de México de llevar los actos correspondientes a la aplicación de la Ley.

El magistrado realiza una comparación en materia de presupuesto público en tres rubros: Estado, Seguridad Pública e Impar-

tición de justicia a través de los Tribunales del Poder Judicial, manifestando que el presupuesto asignado por habitante del Estado de México es de 327 pesos, cuando la media en el país es de 351 pesos, aproximados.

Continúa explicando las regiones judiciales del Estado, teniendo como base del Poder Judicial, cuatro regiones: Toluca, Tlalnepantla de Baz, Texcoco y Ecatepec de Morelos, teniendo en total un número de magistradas y magistrados de 52 servidores públicos, dividiéndose por temas y número de casos atendidos en materia penal, civil, familiar, adolescentes, laboral, etcétera.

Finalmente menciona la cifras de casos registrados por materia y juzgado, para señalar que existe 2.7 juzgadores por cada cien mil habitantes, lo que ocasiona un flagrante violación a los derechos humanos, dado que la media internacional se encuentran entre 18 jueces por cada cien mil habitantes; el problema de la falta de jueces para impartir justicia, se refleja en los altos índices de delincuencia de alto impacto en el Estado, al tener una saturación de asuntos y pocos juzgadores que dirimen controversias.

El séptimo artículo “El sistema penitenciario en el Estado de México. El nuevo modelo” Jacobo Olaf Rodríguez García y Manuel Palma Rangel, escriben en su artículo la trascendencia del sistema penitenciario en el Estado de México, señalando que en esa entidad federativa se encuentra el sistema más grande del país, integrado por 20 centros penitenciarios y reinserción social, además de la penitenciaria modelo y las 23 preceptorías juveniles regionales, teniendo un aproximado de 35,000 personas privadas de la libertad.

El objetivo de este modelo es reinsertar a la vida en sociedad a las personas privadas de la libertad y proteger sus derechos humanos, así como garantizar y mantener la seguridad, gobernabilidad y el orden en los centros penitenciarios.

Estos objetivos tienen como apoyo a las tecnologías de la información, el mejoramiento de la infraestructura, la aplicación de los protocolos de actuación y los procedimientos sistemáticos de operación.

No obstante, de ello, el Estado de México presenta una sobrepoblación en sus centros, además de no tener espacios suficientes para ubicar a todos los reclusos que se encuentran buscando cumplir alguna pena impuesta por la autoridad judicial.

Por lo anterior, los escritores consideran que para mejorar el sistema penitenciario en el Estado de México, se debe utilizar tecnología y mejorar los centros de monitoreo a fin de reforzar el monitoreo de los reclusos; a la par de implementar medios tecnológicos que redunden en mejores resultados para todos los sujetos, ya sean activos o pasivos.

La octava investigación “Urbanismo y seguridad. La espacialidad de (in) seguridad urbana en el Estado de México”, escrita por Alfonso Iracheta Cenecorta, quien señala que la inseguridad y el crimen impactan negativamente la vida de una ciudad al introducir inestabilidad en la cotidianeidad de las personas a la par de todas aquellas actividades económicas, cohesión social y goce de espacios públicos para el esparcimiento de la ciudadanía.

Por lo anterior, el autor divide en cinco aspectos trascendentales su investigación:

1. Inseguridad y pobreza en las ciudades: señala que entre mayor desigualdad exista en una comunidad, mayor será la inseguridad y como resultado, algún tipo de pobreza en ese sector.

2. La (in) seguridad ciudadana es eminentemente territorial, y esta se conceptualiza como un conjunto de medios encaminados a proteger la vida de las personas y los bienes de los ciudadanos, así como de sus organizaciones.

3. La incidencia delictiva en el Estado de México: el escritor menciona que, actualmente la Secretaría de Seguridad del Estado de México cuenta con una base de datos detalladas que registra el número de delitos y su geolocalización, lo que permite tener un análisis adecuado en el espacio-temporal de los índices de delincuencia.

4. Análisis por delito en la Zona del Valle de Toluca: en el presente apartado, se menciona que de cada 20 delitos, 10 afectaron directamente al patrimonio de los habitantes, así como a la vida de

cada uno de ellos, lo que demuestra que por lo menos el 50% de delitos cometidos en esta región son considerados como de alto impacto.

5. Análisis de delito en un municipio del Estado de México: para Iracheta, el municipio de Lerma, es considerado como una de las localidades con mayor incidencia delictiva, esto derivado a los altos índices de robo de vehículos, a transeúnte, negocios, casa habitación, transporte, extorsión, comercio y en homicidios, lo que se traduce en falta de control por parte del gobierno en estos delitos.

Una novena entrega es “Violencia de género contra mujeres y niñas en el Estado de México. Una revisión de la información reciente” de Iram Kánter Coronel, quien ha señalado que la violencia contra las mujeres y las niñas ha sido en sus más diversas manifestaciones y ámbitos, un motivo de preocupación a nivel mundial, por lo que su erradicación se ha legislado en instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en 1979 por la Organización de las Naciones Unidas y en 1981 por México.

A pesar de estos esfuerzos, la autora, ha señalado que en el periodo de pandemia por SARS COV-2 Covid-19, las mujeres se enfrentaron a un sinnúmero de actos de violencia por parte de sus parejas, familiares u hombres que convivían con ellas en casa, derivado del encierro obligatorio.

Asimismo, el Estado de México, se ubicó en el cuarto lugar a nivel nacional, como la entidad con mayor violencia contra las mujeres de quince años o más, siendo el aspecto comunitario, laboral, pareja, escolar y familiar, los cinco principales ejes de estos actos.

En lo concerniente a la violencia sexual, se consideró en este periodo el acto con mayor casos presentados, siendo compañeros de trabajo o en su caso familiares, los sujetos que ejercían esta violencia.

Tratándose de los feminicidios y homicidios intencionales contra las mujeres y niñas del Estado de México, Iram señala el grave incremento de estos delitos en el periodo de 2015 a 2022, teniendo como lamentable resultado a 23,357 mujeres y niñas privadas de la vida, además de un alto índice de falta de justicia por parte de las autoridades responsables.

En este tenor, la autora menciona que el lugar de concurrencia de estos hechos se presentan en su mayoría en la vía pública, en el hogar u otro lugar donde tengan un desarrollo de sus actividades cotidianas.

El décimo artículo “Respuestas institucionales a la violencia de género en el Estado de México”, elaborado por María José González Cruz, explica la agenda nacional y estatal de la violencia de género, donde considera que la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de 2007, reformada en el año de 2022, es considerada como la norma base de la coordinación entre los tres niveles de gobierno, lo que permite tener un marco de legalidad para abatir este problema que atañe al Estado de México.

La autora menciona que la encuesta nacional ENDIREH de 2022, reporta que 2,766,349 mujeres han vivido alguna situación de violencia a lo largo de su relación de pareja y que la principal forma de agresión es la violencia psicológica, con el 50 % seguida de la económica con el 24.7 %, la física con un 21 % y la sexual con un 7.8 %.

Señalando el ámbito familiar, el Estado de México presentó un total de 760 mil 626 mujeres víctimas de algún tipo de violencia por parte de algún familiar, y se ha identificado a los hermanos como la principal persona agresora, con un total de 24.3 %, siendo el 10 % violencia psicológica.

Por lo anterior, se ha planteado a través del Manual General de Organización de la Secretaría de Seguridad del Estado de México, incorporar conceptos de igualdad de género y erradicación de la violencia, a fin de que, las instituciones encargadas de velar por la seguridad de sus ciudadanos, estén concientizados de



la importancia de llevar a cabo actos que den como resultado su eliminación.

En lo que corresponde a la onceava investigación “La seguridad en casa. La violencia invisible que puede ser letal” Carolina Serrano Barquín, explica la trascendencia que actualmente tiene la relación del gobierno federal, local y municipal para erradicar la violencia en el Estado de México, sin embargo, esto de nada sirve si la familia y en su defecto, la población en general no actúan para prevenirla, evitarla o en su caso, disminuirla.

En este sentido, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ha señalado que es necesario crear un ambiente escolar, familiar y social libre de violencia, donde las personas puedan convivir sin tener algún temor ni ser sujetos de bullying, sexismo, clasismo, racismo, y en general, el rechazo a lo que puede ser perceptible como distinto o vulnerable.

Finalmente, la autora puntualiza que la violencia es un mal que atañe a todos los estratos sociales y esta debe combatirse de manera frontal, a fin de erradicarla y un lugar para iniciar es en las universidades, donde puede ser el principio de un ejemplo como aplicar protocolos, así como seguimiento a todos aquellos que se encuentren en esos casos.

En la doceava investigación “Ecatepec. Los oscuros trazos de la violencia delictiva” de José Luis Cisneros, se decidió abordar el tema de este municipio dado que es el más poblado del Estado de México, así como uno de los entes con mayor violencia delictiva en toda la historia.

Desarrolla las razones por las cuales Ecatepec es considerado uno de los municipios con mayor delincuencia, ya sea por extorsión, robo, asalto, robo parcial, robo a casa habitación, robo total de vehículo, entre otros.

En este sentido, considera el autor necesario señalar que existen factores como la pobreza multidimensional y carencias y rezago social en el municipio que afecta a tener estos problemas, siendo el rezago educativo, el acceso a la seguridad social, el acceso a los servicios de salud, lo que permea que exista una desigualdad

entre los demás municipios y con ello una crisis dentro de esta zona geográfica.

Finalmente, realiza un cuadro comparativo entre Ecatepec y la Alcaldía Gustavo A. Madero, a fin de señalar que la violencia es una cuestión multi-estatal, lo que obliga a pensar en soluciones entre Estados, y así poder lograr un mejor control de la delincuencia en la región.

Por su parte, Andrea Velasco Fuentes escribe en el artículo “Derechos Humanos. Protestas sociales, métodos y protocolos de uso de la fuerza en el Estado de México”, una reflexión sobre los retos que presenta la federación al tratar de homologar los criterios de actuación para las fuerzas de seguridad en sus tres niveles de gobierno.

Actualmente, el Estado mexicano a celebrado un sinfín de convenciones internacionales que tienen como objeto, defender, proteger, promover y difundir los derechos humanos, sin embargo, el llevarlo a cada entidad federativa, y municipio a resultado difícil, dado la costumbre que en algunas regiones se tienen.

En este tenor, la autora contempla que deben implementarse los protocolos de actuación a fin de salvaguardar los derechos humanos de los ciudadanos, por lo que es importante capacitar a las fuerzas de seguridad pública a fin de garantizar la actuación policial y por ende el respeto de cada una de las prerrogativas de las personas.

El catorceavo artículo “Cooperación Ciudad de México-Estado de México. Seguridad compartida” de Tatiana Alcázar Carrasco, señala la trascendencia del trabajo en conjunto de estas dos entidades federativas, siendo de tal importancia que actualmente existen diversos programas de seguridad pública que han tenido resultados sobresalientes en la seguridad ciudadana y en la persecución de cualquier tipo de delito.

Tal es el caso del robo en el transporte público colectivo, donde a pesar de la alta incidencia, los dos gobiernos han trabajado en conjunto con el Plan Tres: Transporte estatal seguro, donde las

cámaras de videovigilancia en ambas entidades trabajan en conjunto para vigilar y perseguir actos que constituyen algún delito.

En lo tocante a Keyla Vargas Rojas en su trabajo de investigación “Análisis territorial de la Guardia Nacional en el Estado de México, 2019-2022” explica la importancia de este cuerpo armado, para realizar de manera temporal funciones de seguridad pública.

No obstante de que tiene como principal objeto salvaguardar a la sociedad, la mayoría de las personas ha estado en desacuerdo del despliegue armado en el Estado de México, en gran parte por la composición de este cuerpo de seguridad, dado que el 78 % lo integran miembros de las Fuerzas Armadas Mexicanas, 22 % ex servidores públicos de la policía federal y únicamente, 1 % de nuevos reclutas.

Siguiendo la misma línea, la autora, explica las regiones donde la Guardia Nacional a intervenido de manera quirúrgica para reducir los índices de criminalidad en el Estado de México, destacando la actividad de despliegue territorial en las zonas con mayores índices de delincuencia organizada, homicidios, robos, entre otros.

Para finalizar, se señalan los periodos y logros alcanzados por parte de este equipo de seguridad, a fin de mencionar la trascendencia de la coordinación entre los policías estatales o civiles y la Guardia Nacional.

En lo que corresponde al artículo de Viridiana López Valencia intitulado “Cooperación entre gobierno y sector privado. La labor de la Dirección General de Combate al Robo de Vehículos y Transporte”, la autora realiza un análisis de la incidencia delictiva en el Estado de México, a la par de enunciar los ejes del Plan de Desarrollo del Estado.

Para iniciar, la autora señala cuales son los elementos que constituyen el robo de vehículo de particulares en específico a los de transporte de carga, así como la inteligencia implementada para abatir este problema, donde destaca la coordinación con la

Fiscalía General de Justicia del Estado de México y la Dirección General de Combate al Robo de Vehículos y Transporte.

Por lo anterior, la autora destaca que el Estado de México a logrado reducir el índice de robos a vehículos del periodo de 2019 a 2021 en los diversos municipios, esto en parte por la alta tecnología que ocupan para identificar a los sujetos activos de estos delitos, así como el *modus operandi*.

Siguiendo con el análisis de la obra, Juan Manuel Aguilar Antonio desarrolla el tema de “La seguridad en las carreteras estatales y federales del Estado de México 2019-2022” donde analiza la incidencia delictiva del robo con violencia en la infraestructura de las carreteras municipales, estatales y federales del Estado de México, dividido en cinco partes.

La primera en el planteamiento del problema, al señalar el panorama de infraestructura en la que se encuentra las carreteras del Estado de México; la segunda parte, se realiza un panorama de la incidencia de los delitos de robo con violencia a: transportista, transporte público colectivo con violencia y transporte público individual con violencia.

El tercer punto plantea la clasificación regional impuesta por la Secretaría de Seguridad del Estado de México; en el cuarto punto, se realiza el análisis de la incidencia delictiva de los diferentes tipos de delitos para que finalmente, en el quinto apartado se presenta una posible solución a los problemas de robo a transporte público.

El último artículo realizado por María de los Ángeles Velázquez Martínez, titulado “La seguridad en el corredor del Aeropuerto Internacional Felipe Ángeles”, explica las razones por las cuales, la seguridad pública siempre se encuentra establecido como prioridad en el Plan Nacional de Desarrollo, sin importar el sexenio o año en que se trate.

Continúa explicando cada una de las estrategias estatales de seguridad pública en el ámbito federal, con los presidentes: Enrique Peña Nieto y Andrés Manuel López Obrador, así como de los

últimos periodos de gobernadores del Estado, especificando los rankings municipales en incidencia delictiva.

En lo que se refiere al aeropuerto, menciona la disminución de los delitos dentro y fuera de la zona federal, así como los índices de impunidad por institución, recalcando la confianza y desconfianza ciudadana en las organizaciones policiales y administrativas de las fuerzas armadas y de seguridad pública.

Finalmente, realiza un cuadro comparativo de la incidencia delictiva desde 2019 a 2022, enfatizando la disminución de casi un por ciento por año, lo que refleja la operabilidad de la seguridad en lugares estratégicos para el país, como lo es el Aeropuerto Internacional Felipe Ángeles.

Siguiendo la segunda parte de la obra, denominado como “Anexo estadístico”, los coordinadores de la obra, hacen mención de los 125 municipios del Estado de México, sus zonas: oriente, norte, Valle de Toluca y Sur, para explicar de manera detallada el porcentaje de población, la delincuencia de manera focalizada, los planes de acción utilizados, así como la colaboración de acciones con el gobierno federal, todos con el principal objetivo de asistir en la creación de políticas públicas que tengan como principal fin, el mejoramiento de la seguridad pública en el Estado.

Guadalupe JUÁREZ QUEZADA\*

---

\* Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM. Recipiendaria de la cátedra “Rosalío López Durán”. Contacto: <gjuarezq@derecho.unam.mx>.

Alencar, Thais Estrella de, *Democracia, bolsonarismo e a percepção do eleitorado*, Dissertação (Mestrado em Ciência Política), Rio de Janeiro, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2022.<sup>1</sup>

## I. RESUMO<sup>2</sup> E INTRODUÇÃO<sup>3</sup>

O estudo alude à percepção do eleitorado quanto à democracia no Brasil a partir de quatro dimensões: “apoio aos princípios fundamentais do regime; apoio às instituições do regime; avaliação do desempenho do regime; e apoio aos atores políticos”.<sup>4</sup> Ressalta-se a escassez dos estudos qualitativos referentes ao tema, especialmente quanto ao Governo Bolsonaro.

## II. RETROCESSO DEMOCRÁTICO NO SÉCULO XXI<sup>5</sup>

Abordam-se as discussões mais atuais sobre a crise das democracias contemporâneas (citam-se inclusive as pesquisas procedidas por Varieties of Democracy e Freedom House).

A crise se caracteriza pela redução do número de países democráticos e pelo retrocesso dos direitos políticos, civis e sociais. As explicações do fenômeno podem ser agrupadas da seguinte forma: “O primeiro [grupo] compreende a perda da legitimidade das instituições representativas (alta abstenção eleitoral e baixa

---

<sup>1</sup> Disponible en: <<https://catalogodeteses.capes.gov.br>>, (19/01/2023).

<sup>2</sup> ALENCAR, Thais Estrella de, *Democracia, bolsonarismo e a percepção do eleitorado*, Dissertação (Mestrado em Ciência Política), Rio de Janeiro, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2022, p. 5.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 8-12.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 13-36.

identificação partidária). O segundo à conflitante relação entre democracia e neoliberalismo (processos de mudança econômica ligados à erosão das condições de trabalho e transformação demográfica das sociedades). E o terceiro à emergência de diferentes atores e organizações explicitamente antidemocráticos (que se opõem ao regime democrático e às suas instituições, assim como a oposição às agendas do multiculturalismo e dos direitos humanos)”<sup>6</sup>

Divide-se o capítulo em quatro itens:

- *Pensar a democracia: o elitismo democrático e suas críticas* (o que dizem os principais teóricos, entre outros, Vilfredo Pareto, Gaetano Mosca, Joseph Schumpeter, Robert Dahl, Seymour Martin Lipset, Barrington Moore Jr., Samuel Phillips Huntington, Anthony Downs, Carole Pateman e Crawford Brough Macpherson);
- *As literaturas recentes sobre a crise: causas, sinais e sintomas*(as democracias perdem a consolidação conquistada; mencionam-se Adam Przeworski, Yascha Mounk, Manuel Castells Oliván, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt; registra-se que, no Governo Bolsonaro, a crise democrática é muito visível);
- *A desconfiança eleitoral: eleições contenciosas e gritos de fraude* (as eleições são contestadas em termos de legitimidade; conforme Przeworski, “ ‘No fim das contas, as eleições promovem a paz porque proporcionam horizontes de tempo. Mesmo quando achamos que as pessoas se preocupam mais com resultados do que com processos, a perspectiva de que partidos simpáticos aos nossos interesses podem assumir as rédeas traz esperança e gera paciência. [...] O milagre da democracia é as forças políticas em disputa aceitarem os resultados da votação. [...] Votos são pedras de papel.”)<sup>7</sup>;
- *Os limites da representação e o neopopulismo* (apresenta-se o novo populismo em face da crise democrática; segundo Norris & Inglehart, “ ‘A democracia é então atacada, mas não diretamente, o que levantaria muitas bandeiras vermelhas. Nenhum golpe de esta-

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 34.

do é planejado. Os militares ficam no quartel. As eleições não são canceladas. Os oponentes não são presos. Mas as normas democráticas são gradualmente degradadas por populistas que afirmam ser o melhor amigo da democracia’ ”)<sup>8</sup>.

### III. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NO BRASIL<sup>9</sup>

Comenta-se o impacto incidente nessa legitimidade a partir de três fatores: falta de confiança nas instituições democráticas, falta de satisfação com o regime democrático e intolerância política.

Para o cumprimento desse propósito, há quatro divisões do capítulo:

- *As dimensões do apoio à democracia* (elementos que caracterizam o apoio; para Norris, trata-se de cinco dimensões, quais sejam, sentimento geral de pertencimento, apoio aos princípios, satisfação com o desempenho do regime, confiança nas instituições e confiança nas autoridades);
- *As pesquisas que mensuram o apoio à democracia no Brasil* (salientam-se “*Latinobarómetro, AmericasBarometer do Latin American Public Opinion Project (Lapop), World Values Survey, Pew Global Attitudes, World Public Opinion e Gallup World Poll*”, entre os estudos relacionados à América Latina)<sup>10</sup>;
- *Atitudes e sentimentos em relação aos partidos políticos* (prospera no Brasil o antipartidarismo cultural, de acordo com Baquero & Linhares; Operação Lato Jato, que se transforma num “espetáculo midiático” e trata seletivamente os casos de repercussão política, consoante ao pensamento de Casara)<sup>11</sup>;
- *O eleitorado antipetista e a evolução do bolsonarismo* (parte do eleitorado adere ao bolsonarismo em razão de “1) uma reação cul-

---

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 37-60.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 52.



tural contra questões sociais e morais (relacionadas à defesa de uma influência de valores religiosos nos assuntos públicos); 2) atitudes favoráveis à punições mais severas no combate ao crime; 3) uma forte rejeição à corrupção; 4) uma perspectiva econômica liberal, favorável às privatizações; 5) uma forte rejeição e ressentimento em relação ao PT; e por fim, 6) uma forte oposição à políticas sociais distributivas e igualitárias”, os seis fatores estudados por Rennó;<sup>12</sup> por sua vez, Solano refere-se ao “discurso antissistema, antipartidário, antipetista e o apoio a grupos evangélicos e militares”;<sup>13</sup> Solano também “ressalta que estudos que dimensionam tendências conservadoras na sociedade brasileira já apontavam que mais da metade da população possui posicionamentos conservadores em relação a diversos temas como direitos da população LGBTQI+ e direitos humanos, ainda que esses posicionamentos não sejam estáticos na opinião pública. A autora considera a existência de um público conservador que até então não se sentia representado por nenhuma alternativa eleitoral viável”<sup>14</sup>.

#### IV. A PERCEPÇÃO DO ELEITORADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA DEMOCRACIA<sup>15</sup>

Apresenta-se a pesquisa empírica qualitativa realizada de 08 a 20 de abril de 2021, na cidade do Rio de Janeiro, pelo Grupo de Investigação Eleitoral (GIEL) da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), através de oito grupos focais no *Google Meet*, com duração aproximada de duas horas cada grupo, oito participantes por grupo (média) e total de 62 (sessenta e dois)

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 56-57.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 61-87.

participantes, a fim de se avaliarem as quatro dimensões referidas no Resumo<sup>16</sup> e detalhadas no Quadro 1.<sup>17</sup>

Os dois tópicos do capítulo são:

- *Metodologia*;
- *Resultados e discussões*.

A mestranda explica: “O voto em 2018 será classificado de acordo com as atitudes dos participantes em relação a Bolsonaro, enquanto candidato e presidente. Assim, aqueles que optaram por Haddad serão considerados ‘não simpatizantes’. O eleitorado que optou por Bolsonaro será dividido em três grupos diferentes considerando suas opiniões acerca do governo: os fiéis (aqueles que mantêm um apoio constante ao presidente); os apoiadores críticos (aqueles que fazem críticas ao governo mas podem optar por Bolsonaro novamente diante da falta de alternativas ou um possível segundo turno contra o PT); e os arrependidos (que se arrependem do voto em 2018 ou que não votariam em Bolsonaro numa próxima eleição)”<sup>18</sup>

O segundo tópico está dividido em quatro partes, de conformidade às quatro dimensões de apoio à democracia:

- *Apoio aos princípios fundamentais do regime* (o voto é valorizado);
- *Apoio às instituições do regime* (estas não têm credibilidade; “De modo geral, os entrevistados identificam o ex-capitão [Bolsonaro] como uma ameaça à democracia e supõem que ele aspira um governo militar. Mas acreditam que as instituições seriam fortes o suficiente para conter a ameaça e que o próprio presidente não tem apoio suficiente –seja apoio popular, político ou dos militares– para tal empreendimento”)<sup>19</sup>;
- *Avaliação do desempenho do regime* (assevera-se que “A diferença entre uma opinião positiva ou negativa sobre a atual per-

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 63

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 75.

formance é muito nítida quando visualizamos quem a emite: os “vencedores” ou “perdedores” do pleito de 2018”;<sup>20</sup> “A gestão da pandemia pode ser considerada um divisor de águas entre aqueles que votaram no candidato do PSL e o continuam apoiando, e os que votaram e estão arrependidos. A avaliação econômica também foi determinante para o arrependimento”;<sup>21</sup>

- *Apoio aos atores políticos* (estes não têm apoio).

## V. CONSIDERAÇÕES FINAIS<sup>22</sup>

Seguem alguns trechos relevantes:

- “As pesquisas constantemente apontam que os eleitores não aderem com a mesma intensidade às diferentes dimensões da democracia e possuem um sistema de crenças pouco coeso. Também descrevem que a cultura política desde a redemocratização é uma cultura autoritária, afeita ao personalismo e não às instituições, onde permanece um antipartidarismo reativo e cultural e elevados níveis de intolerância política”;<sup>23</sup>
- “Os resultados dos grupos indicam que embora a maioria dos participantes aponte uma forte valorização do voto, das eleições e da participação política, grande parte não mantém atitudes positivas sobre os partidos e políticos. Ainda, a mesma valorização não foi vista quanto às instituições políticas e eleitorais, principalmente quanto ao processo eleitoral. A percepção sobre a corrupção demonstrou ser determinante para as avaliações negativas. Por exemplo, a maior parte dos eleitores quando indagados sobre a confiança na urna eletrônica afirmaram que “no Brasil tudo é corruptível”. A

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 79

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 88-90.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 88.

percepção geral é de um descontentamento, desesperança e de uma decepção mais profunda com o funcionamento da democracia”;<sup>24</sup>

- “Um ponto a destacar é que os eleitores arrependidos do voto em Bolsonaro constantemente apontam a frustração com Paulo Guedes, a desilusão com o desmantelamento da Lava-jato e um ressentimento com a postura desumana de Bolsonaro em relação à pandemia”;<sup>25</sup>

- “De maneira geral, os grupos convergiram com a literatura especializada que revela que os eleitores manifestam altos níveis de apoio difuso aos princípios do regime e baixos níveis de apoio específico às instituições e às autoridades políticas”;<sup>26</sup>

Referências,<sup>27</sup> Apêndice A – Roteiro de discussão<sup>28</sup> e Apêndice B – Perfil dos entrevistados.<sup>29</sup>

Wellington SOARES DA COSTA\*

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 91-101.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 103-104.

\* Cuenta con una licenciatura en Administración y Derecho, complementada con estudios de posgrado en Gestión y Desarrollo de Seres Humanos, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Tutoría en Educación a Distancia. Además, colabora como revisor para revistas y se desempeña como Servidor Público en el Instituto Nacional de Seguridad Social de Brasil. Perfil completo en: <<http://lattes.cnpq.br/2378720543304237>>, ORCID: 0000-0003-0063-230X.



Ortega García, Ramón, *Apuntes de historia de la filosofía del derecho en México*, México, Tirant lo Blanch, 2023.

**E**l libro que ahora reseño lo leí íntegramente desde que era un manuscrito, por eso festejo que haya aparecido ya publicado. He de decir que desde el primer momento en que lo recibí y sólo por ver el título del trabajo me pareció interesantísimo. Esto porque como todos sabemos, no hay en México un libro reciente destinado a mostrar cuál ha sido la historia de la filosofía del derecho en nuestro país. Casi podríamos decir que es un trabajo pionero en la cultura iusfilosófica de nuestro país.

Hay algún trabajo publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y compilado por Rodolfo Vázquez que agrupa los testimonios de algunos filósofos del derecho mexicanos, pero este no es un libro como el que reseñamos, sino sólo de testimonios personales sobre la visión de la materia. También podemos encontrar los importantes esfuerzos que ha hecho Guillermo Hurtado por reconstruir la historiografía filosófica mexicana, pero estos esfuerzos han sido en el ámbito de la filosofía pura y dura, no de la filosofía del derecho. Así, no contábamos con un texto que nos mostrara cuál ha sido el desarrollo histórico de nuestra disciplina, y por este hecho el trabajo ya vale la pena leerlo.

Pero hay más atributos del trabajo por los que también vale la pena leerlo, estos se encuentran ya en el cuerpo mismo del libro. Antes de esto, un dato que vale la pena destacar es el interés mostrado por el autor de fijar su atención en la filosofía del derecho de autores mexicanos, podría haberla puesto en autores de otros países y cuyos nombres inundan librerías y bibliotecas enteras, pero no fue así, prefirió girar la vista a casa y mostrarnos una rica historia de la filosofía del derecho nacional a través de sus autores. Es verdad, como dice el Dr. Ortega en las primeras páginas de su texto, que la filosofía del derecho se ha visto fuertemente influida

por la filosofía<sup>1</sup>, la cual, generalmente, ha tenido su origen en otras latitudes, pero aceptando esto quizá valdría la pena preguntarse: ¿el pensamiento iusfilosófico mexicano ha sido capaz de crear una filosofía del derecho original como para dedicarle atención a este tema? La respuesta no puede ser otra que un sí rotundo, no hace falta mas que ver las innumerables citas que el Dr. Ortega hace de los autores mexicanos para comprobar nuestra afirmación.

Por lo que acabo de señalar creo que en nuestras universidades se deberían incentivar más aquellos trabajos e investigaciones que tuvieran como objetivo desarrollar una filosofía del derecho auténticamente mexicana, que fuera el aporte de nuestro país al mundo en esta materia, como sucedió, por ejemplo, con las referencias que el profesor italiano Norberto Bobbio hiciera de la figura de Eduardo García Maynez por los significativos avances que éste hizo en los terrenos de la lógica jurídica, o el reconocimiento mundial que hasta hoy se sigue haciendo del trabajo iusfilosófico de Luis Recasens Siches el cual fue hecho y publicado principalmente en México, aunque Recasens no hubiera nacido en este país. De este modo, y reconociendo las significativas aportaciones que hoy se hacen en el extranjero por autores foráneos, deberíamos preocuparnos más por crear una filosofía del derecho propia, y así evitar ser sólo repetidores.

Otra de las virtudes del libro se refiere a lo bien escrito que está. Esto no es un logro menor, y cualquier lector honesto agradecería siempre que el texto tenga una magnífica y fluida redacción como es el caso. Alcanzar una escritura como la mencionada sólo se puede deber a dos causas: i) a que se conoce muy bien la materia sobre la que se escribe, y en el caso particular esto lo podemos constatar a lo largo de todo el texto; y ii) conociéndola, saber transmitir con un lenguaje claro y llano las ideas en el libro. Cuantas veces encontramos libros escritos con un lenguaje tan rebuscado como impreciso, que lo único que provoca es confusión

---

<sup>1</sup> ORTEGA GARCÍA, Ramón, *Apuntes de historia de la filosofía del derecho en México*, México, Tirant lo Blanch, 2023, p. 13.

y malos entendidos. No es el caso del libro que ahora reseñamos, el cual engancha desde las primeras páginas de su lectura y uno desearía que no se terminara por la importante información y fluidez que se encuentra en cada renglón suyo.

Al hilo de lo que estoy señalando quisiera destacar un argumento que me ha parecido especialmente importante. No comentaré si se puede encontrar una filosofía del derecho entre los pueblos prehispánicos, seguramente desde los cánones de la más estricta teoría se podría decir que no, por eso sólo puedo decir que coincido con lo afirmado por el Dr. Ortega al decir que en ese periodo no hubo una filosofía de lo jurídico tal y como lo entendemos, aunque sí existió “una concepción particular de la justicia, de lo justo, basada en un código de conducta con tintes moralistas, y en cuyo centro residía la noción de lo recto y lo conveniente”<sup>2</sup>

En lo que sí quiero detenerme es en un argumento que se encuentra en el desarrollo de la *época novohispana*, este es el siguiente: Como sabemos, ha existido, sobre todo en los últimos tiempos, una especie de leyenda negra contra derecho natural clásico -aristotélico tomista-, se suele afirmar que fueron los teólogos españoles quienes justificaron, a partir de este derecho, las atrocidades de la Conquista. Esto, como lo muestra el Dr. Ortega, es completamente falso, y sólo puede ser afirmado desde la ignorancia, cuando no desde la mala fe. Al referirse a Fray Alonso de la Veracruz, por ejemplo, dirá el Dr. Ortega que este fraile agustino “niega que el sumo pontífice sea señor de todo el orbe. No podía serlo (...) ni por Derecho Natural, ni por derecho divino, ni tampoco por derecho humano”<sup>3</sup>. Es de destacar la crítica de un fraile al Papa, porque se tiene la falsa idea de que hay una sumisión absoluta al Sumo Pontífice.

Por su parte, y al tocar el tema de la guerra justa, suele también decirse que es el derecho natural que defendieron los religiosos católicos el argumento que justificó la imposición religiosa a

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 30.



los oriundos de estas tierras. Otra mentira, como nos lo muestra el autor del libro, pues al citar a uno de los inspiradores del *ius bellum*, como fue el dominico Francisco de Vitoria, dirá claramente que este pensador negó tajantemente que se le hiciera guerra justa a los indios simplemente porque hubiera una “diversidad de religión, el deseo de ensanchar los dominios y la gloria personal del príncipe”.<sup>4</sup>

En el caso del jesuita Francisco Suárez sucede lo mismo. Señala el Dr. Ortega: “Suárez fue más enfático al rechazar que fuera justa la guerra hecha porque los infieles se negaran a recibir la religión cristiana, o para someter a la soberanía de gente más civilizada a los pueblos bárbaros que fueran incapaces de gobernarse a sí mismos”.<sup>5</sup>

Finalmente, al tratar sobre Fray Bartolomé de las Casas, el Dr. Ortega hará ver que para este autor “la guerra emprendida contra los infieles para someterlos al imperio de los cristianos y obligarlos a recibir la fe de Cristo, era ‘temeraria, injusta, perversa y tiránica’”.<sup>6</sup> ¿Dónde está entonces la tesis de que el derecho natural justificó la Conquista?

En la *época moderna* (s. XVIII-XIX) la concepción iusnaturalista cambiaría claramente al iusnaturalismo racionalista, el que muy poco tiene que ver con el aristotélico-tomista. Hay, sin embargo, un argumento destacable dentro del iusnaturalismo racionalista: su concepción de los derechos humanos que tuvieron como referente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Es verdad, como lo creyeron los pensadores mexicanos que fueron influidos por ese iusnaturalismo, que los derechos del hombre son anteriores a la ley positiva; que son inalienables, etcétera, pero lo que quizá no advirtieron fue la profunda carga individualista de estos derechos, y tampoco repararon en la división

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> *Idem*.

que de estos derechos se hizo en tan emblemático documento. Como sabemos, hubo unos derechos del hombre y otros derechos del ciudadano. En esta última categoría no cabían, entre otros, las mujeres, por eso se les limitó, entre otros derechos, los de carácter político como ciudadanas.

Pienso que el movimiento anterior sentaría las bases del *positivismo mexicano* (1867-1910), con el cual se iniciarían los pasos de un abandono gradual del iusnaturalismo aristotélico-tomista. A la vez, la renuncia de esa gran tradición filosófica que desde la metafísica realista impregnaba prácticamente todo el conocimiento de la enseñanza en nuestras facultades, fue también dejada de lado. ¿Cuál fue el resultado de todo esto? El engaño, porque para las futuras generaciones de juristas se ofreció una educación parcial e incompleta. Cito al Dr. Ortega: se ofreció “una educación general y homogénea basada en la enseñanza de las ciencias positivas, que son las que proporcionan los métodos más confiables y probados para alcanzar el conocimiento de la verdad”<sup>7</sup>. Así, fue el positivismo mexicano el responsable de que en el resto de las ciencias -incluyendo, por supuesto, el derecho- se prescindiera de la metafísica o se redujera a ser sólo una materia histórica. Es verdad que en los estudios de derecho se dejó viva la enseñanza del derecho natural, pero ¿cómo puede enseñarse derecho natural sin metafísica? Gabino Barreda nos engañó al imponer su visión de la educación y de la ciencia, una ciencia incompleta y parcial.

Después de la fuerte embestida positivista ya muy poco se pudo hacer por una educación integral y completa; se optó por un modelo de ciencia (la positivista) -incluyendo la referida al derecho- que hoy está siendo fuertemente cuestionado y desacreditado, cuando no definitivamente abandonado. Y creo que esta misma crítica de parcialidad educativa puede ser aplicable al *Ateneo de la juventud*, al menos con sus maestros fundadores, como el Dr. Ortega lo menciona.

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 54.

Varios temas importantes son tratados en la *época contemporánea*, y aquí -como es lógico- tengo puntos de vista diferentes respecto al autor del libro. Por ejemplo, sería muy bueno saber cuáles son las tesis que Ulises Schmill identifica como centrales en el pensamiento de Hans Kelsen para ser considerado un autor kelseniano, porque no dice cuáles.<sup>8</sup>

Otro punto de vista diferente al del Dr. Ortega tiene que ver con señalar que el renacimiento del derecho natural a mediados del siglo anterior fue una reacción contra la ideología del positivismo jurídico. Pienso que el derecho natural no *renació* en la posguerra, porque no estaba muerto, sino que siempre había estado ahí, anunciando los excesos -como se dieron- en la Segunda Guerra Mundial, cosa distinta es que no se le hubiere hecho caso. Quizá, lo que sí hubo, fue un retorno del derecho natural, como dice Romen.

Está igualmente la afirmación del Dr. Ortega a propósito de que D. Rafael Preciado Hernández fue el más destacado autor mexicano del neotomismo o iusnaturalismo.<sup>9</sup> Para mi, y esto también lo han dicho otros autores, el más importante iusnaturalista ha sido Antonio Gómez Robledo. Sólo que este autor no le dedicó una sola línea a Kelsen, ni para aplaudirlo ni para criticarlo.

Luego hay otro argumento que a mi me ha despertado algunas dudas y que se me presenta ahora como un reto intelectual. Es verdad la identificación que se hace del pensamiento de García Maynez con la filosofía de los valores, pero ¿se puede deducir de aquí que su figura y obra tengamos que inscribirla en ser una filosofía de la vida o vitalismo? ¿Qué a caso el reconocimiento expreso de la existencia de valores objetivos -como lo hizo siempre García Maynez- lo harían ser más reconocido como un pensador iusnaturalista antes que un vitalista?

En fin, no entraré a la parte titulada “A modo de conclusión: mirar al futuro”. Creo que se puede coincidir en algunas de sus

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 77.

partes con esta visión *constitucionalista* y *pospositivista*, en otras evidentemente que no, pero esto ya es otra historia.

Felicito muy sinceramente al Dr. Ramón Ortega García por su nuevo libro y lo invito a que nos siga deleitando con su pluma y su sapiencia, siempre tan culta y esclarecedora.

Javier SALDAÑA SERRANO\*

---

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.  
Contacto: <javiers@unam.mx>.





La Revista de la Facultad de Derecho de México lamenta  
profundamente el fallecimiento del profesor

Óscar Plutarco Galicia García

acaecido el 18 de septiembre de 2023.



La Revista de la Facultad de Derecho de México lamenta  
profundamente el fallecimiento del profesor

Vicente Toledo González

acaecido el 23 de septiembre de 2023.



## CRITERIOS EDITORIALES

1. Los artículos que se publiquen en la Revista deberán ser originales e inéditos, presentados en idioma español, inglés, francés, italiano, portugués y alemán con una extensión entre quince y veinte cuartillas, en Arial 12, a espacio y medio; sin espacios ni medios espacios adicionales entre párrafos. Los textos se escribirán por un solo autor (no se admiten textos en coautoría) y deben capturarse en el procesador de textos Word.

2. Cada texto deberá ir encabezado por título en español e inglés, nombre del autor, resumen de hasta 200 palabras y cinco palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés como abstract y keywords, respectivamente. A pie de página incluirá los siguientes datos: institución donde obtuvo el título o grado, institución donde labora, cargo que desempeña, correo electrónico y código ORCID. En un máximo de cinco renglones señalar los aspectos más relevantes del currículum vitae.

3. Se sugiere que el trabajo contenga introducción, hipótesis, metodología, resultados de la investigación o desarrollo de la reflexión, conclusiones, referencias bibliohemerográficas y cibergráficas, en las notas a pie de página es necesario poner el dato del DOI si lo contiene el libro consultado.

4. Las notas a pie de página se deberán ajustar a los siguientes modelos:

<sup>1</sup> KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, IJ-UNAM, 1974, p. 21.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto, “De la ideología democrática a los procedimientos universales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año xxxv, núm. 103, enero-abril de 2002, p. 309.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 27.

<sup>4</sup> *Idem.*



<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 33.

5. Los artículos recibidos que en principio satisfagan los señalados requisitos, se someterán a dictamen doble ciego. Los dictámenes fundamentarán debidamente si el artículo es susceptible de publicación, con o sin correcciones, o bien, si se rechaza. En caso de que se sugieran cambios, el autor tendrá dos semanas para realizar los cambios necesarios.

6. Los trabajos deberán ser enviados a la siguiente dirección: de la plataforma OJS: < <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/login>>, se recibirán de manera excepcional los artículos en el correo electrónico: <[revista@derecho.unam.mx](mailto:revista@derecho.unam.mx)>. o en las oficinas de la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, ubicada en Facultad de Derecho de la UNAM, Av. Universidad núm. 3000, Col. Universidad Nacional Autónoma de México, C.U., Del. Coyoacán, C.P. 04510, México, D.F., teléfono: fax (52) (55) 56-22-20-53

7. El envío de un trabajo para publicación implica la cesión de los derechos por parte del autor a la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, por lo que el artículo aprobado para su publicación, ya no requiere de refrendo de dicha cesión.

8. La Revista no publicará más de un artículo de un mismo autor en cada número.

9. Dictaminado favorablemente un artículo ya no puede ser modificado por el autor.