

GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ  
MERCEDÉS IGLESIAS BÁREZ (Dirs.)

# ESTADO DE DERECHO, DEMOCRACIA Y FORMA DE GOBIERNO

Pablo Ramos Hernández  
Lizbeth García Montoya (Coords.)



AQUILAFUENTE  
A



Ediciones Universidad  
Salamanca





ESTADO DE DERECHO, DEMOCRACIA  
Y FORMA DE GOBIERNO



GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ  
MERCEDES IGLESIAS BÁREZ (Dirs.)

ESTADO DE DERECHO,  
DEMOCRACIA  
Y  
FORMA DE GOBIERNO

Pablo Ramos Hernández  
Lizbeth García Montoya (Coords.)



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

## AQUILAFUENTE, 306

© Ediciones Universidad de Salamanca  
y los autores

1ª edición: julio, 2021

ISBN: 978-84-1311-512-2 (PDF)

ISBN: 978-84-1311-513-9 (ePub)

ISBN: 978-84-1311-514-6 (POD)

DOI: <https://doi.org/10.14201/0AQ0306>

Ediciones Universidad de Salamanca  
Plaza San Benito s/n  
E-37002 Salamanca (España)  
<http://www.eusal.es> [eusal@usal.es](mailto:eusal@usal.es)




*Hecho en UE-Made in EU*

Maquetación y realización:  
Cícero, S.L.U.  
Teléfono: 923 12 32 26  
Salamanca (España)

Obra sometida a proceso de evaluación mediante sistema de doble ciego



Usted es libre de: Compartir — copiar y redistribuir el material  
en cualquier medio o formato Ediciones Universidad de Salamanca  
no revocará mientras cumpla con los términos:

-  Reconocimiento — Debe reconocer adecuadamente la autoría,  
proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios.  
Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera  
que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.
-  NoComercial — No puede utilizar el material para una finalidad comercial.
-  SinObraDerivada — Si remezcla, transforma o crea a partir del material,  
no puede difundir el material modificado.

Ediciones Universidad de Salamanca es miembro de la UNE  
Unión de Editoriales Universitarias Españolas  
[www.une.es](http://www.une.es)



Catalogación de editor en ONIX accesible en <https://www.dilve.es/> CEP

# Índice

La cooperación de terceros Estados con la Corte Penal Internacional ALMA CORINA BORJAS MONROY; JESÚS MANUEL NIEBLA ZATARAÍN .....	11
El nuevo régimen de responsabilidades administrativas en México ELIZABETH CAMACHO MASCAREÑO; EDUARDO RAMÍREZ PATIÑO.....	23
La maternidad subrogada en Sinaloa y Tabasco: dos formas de regulación CARLOS FRANCISCO CAMERO RAMÍREZ .....	33
Retos de las Administraciones públicas para garantizar la protección de datos personales ante el avance digital: una cuestión de interés general JOSÉ LUIS DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ.....	45
Función constitucional y ejemplaridad pública de los partidos políticos MARCELO EUGÊNIO FEITOSA ALMEIDA.....	61
Estados de anomalía constitucional ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA.....	71
La participación ciudadana en las elecciones. Caso de las personas inclusivas: reflexiones sobre el derecho al voto de las personas con incapacidad LILÍAN GALVÁN BAUTISTA.....	89



¿Es viable la mediación penal en los conflictos de violencia familiar? Una breve reflexión desde una postura criminológica LIZBETH GARCÍA MONTOYA.....	105
Los retos para el acceso a la Justicia de las mujeres en México CECILIA GAXIOLA FLORES; LIZBETH GARCÍA MONTOYA .....	119
Acciones positivas en la Unión Europea: evolución normativa y jurisprudencial LAURA HERNÁNDEZ LLINÁS .....	131
Democracia digital y protección de datos personales: ¿pueden los partidos políticos utilizar los datos sobre las opiniones políticas de los ciudadanos? MERCEDES IGLESIAS BÁREZ.....	145
Publicidad oficial o gubernamental: un estudio comparado entre México y España ROBESPIERRE LIZÁRRAGA OTERO; RODOLFO LIZÁRRAGA RUSSELL.....	155
Sistemas normativos internos de los pueblos indígenas en México JORGE LÓPEZ HERNÁNDEZ; MERCEDES VERDUGO LÓPEZ .....	167
Libertad de expresión y redes sociales. Un enfoque desde la jurisprudencia en México JOSÉ MANUEL LUQUE ROJAS; JORGE GUZMÁN MORALES .....	179
Paridad y poder privado SERGIO MARTÍN GUARDADO .....	191
La contribución del cambio climático a la ampliación del concepto de seguridad ESTELA MARTÍN PASCUAL.....	197
La (des)confianza en la representación política como explicación de la salud del Estado democrático JOSÉ LUIS MATEOS CRESPO.....	209
Los derechos humanos de la infancia a la luz del interés superior del niño IVETTE FÁTIMA MECOTT RIVERA.....	221
El Plan de Acción BEPS frente a los desafíos fiscales de las transnacionales y su influencia en México GUADALUPE DEL ROSARIO MEDINA CEBALLOS; GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ.....	231

México ante la meta 8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible IVÁN ALFREDO MONTES FLORES; MARTHA LOURDES CAMARENA RIVERA .....	241
El derecho de acceso a la información en el sistema jurídico mexicano KARLA ORTEGA FLORES; CARLOS FRANCISCO CAMERO RAMÍREZ.....	249
Derechos de las personas LGTBI+: los Principios de Yogyakarta en la realidad jurídica española actual PABLO RAMOS HERNÁNDEZ .....	261
Retos y desafíos de la reforma laboral de 2019 en México MANUELA RUIZ ARCE; LIZBETH GARCÍA MONTOYA .....	273
El divorcio en México: caso Sinaloa MARTHA LOURDES CAMARENA RIVERA .....	283
La obligación de proteger los derechos humanos de primera necesidad frente potestad o dualidad sancionadora estatal JOSÉ RODOLFO LIZÁRRAGA RUSSELL.....	309



## LA COOPERACIÓN DE TERCEROS ESTADOS CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

ALMA CORINA BORJAS MONROY  
JESÚS MANUEL NIEBLA ZATARAÍN

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, a los fines de un funcionamiento eficiente, depende de la cooperación de los Estados, ya que, a diferencia de los tribunales nacionales carece de mecanismos propios para ejecutar sus acciones tales como hacer cumplir las órdenes de arresto, o trasladar acusados a sus instalaciones. De igual forma, para recopilar pruebas, ubicar testigos requiere de la cooperación de los países donde estos se encuentren. De allí que el propio estatuto estipule la obligatoriedad de cooperación de los Estados partes: «*Los Estados Partes, (...) cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia*»<sup>1</sup>.

Esta obligación parece lógica en la medida en que los Estados deben asegurar la efectividad del funcionamiento de la institución de la cual son parte. Sin embargo, un escenario diferente se presenta cuando hablamos de Estados que no son parte del Estatuto. La Corte dependiendo de las situaciones, puede requerir la asistencia de Estados que no son parte, cuando se trata por ejemplo de la detención de un nacional de un Estado no parte pero que cometió un delito de competencia de la Corte en un Estado parte o en el caso de las remisiones sin nexo jurisdiccional por parte del Consejo de Seguridad.

<sup>1</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 86.

Como se mencionó anteriormente, la Corte depende para su funcionamiento eficaz de la cooperación de los Estados partes, sin embargo, qué pasa cuándo se requiere la cooperación de un tercer estado. En principio, es importante definir qué se entiende por tercer Estado. De conformidad con lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 2.1 h) se entiende por «Tercer Estado» un Estado que no es parte en el tratado. Teniendo como contrapartida que la misma Convención define un Estado Parte como un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor<sup>2</sup>.

Ahora bien, la propia Convención de Viena define las reglas generales con respecto a los efectos de los tratados y terceros Estados. El principio general, en esta materia es el conocido como *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, que significa que los pactos no obligan ni benefician a terceros<sup>3</sup>. La discreción política relativa a la elaboración de los tratados deriva directamente del principio de igualdad soberana de los Estados, establecido en el Art. 2.1 de la Carta de Naciones Unidas. En el orden legal internacional es sabido que no existe ninguna obligación para un Estado de formar parte de un tratado a menos que este así lo decida<sup>4</sup>.

La Corte Internacional de Justicia ha reafirmado este criterio al expresar que: «*It is well established that in its treaty relations a state cannot be bound without its consent*»<sup>5</sup>. Este principio se encuentra contenido en el Art. 34 de la Convención de Viena, según el cual un tratado no puede conferir derechos ni imponer obligaciones a terceros sin mediar su consentimiento<sup>6</sup>, aunque como toda regla tiene sus excepciones.

Efectivamente, el principio *pacta tertiis* no significa que los tratados no puedan tener cierto efecto indirecto sobre los terceros Estados, ya sea de manera favorable

<sup>2</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, entrada en vigor el 27 de enero de 1980, Art. 2.1 g) y h).

<sup>3</sup> AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, 2000, p. 207; BROWN-LIE, I. *Principles of Public International Law*. 7ª Ed., Oxford University Press, 2008, p. 627; CHINKIN, C. *Third parties in international law*. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 25; DINSTEIN, Y. «The Interaction between Customary International Law and Treaties». *Recueil des Cours*. Martinus Nijhoff Publishers, 2007, Vol. 322 (2006), p. 331; ABASS, A. «The International Criminal Court and Universal Jurisdiction». *International Criminal Law Review*. 2006, Vol. 6, p. 376.

<sup>4</sup> TOMUSCHAT, C. «Obligations arising for States without or against their will». *Recueil des Cours*. Martinus Nijhoff Publishers, 1994, Vol. 241 (1993 IV), p. 242.

<sup>5</sup> *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ, 28 de mayo de 1951 (Advisory Opinion), p. 21.

<sup>6</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, entrada en vigor el 27 de enero de 1980, Art. 34.

o desfavorable. La práctica sugiere que las disposiciones de tratados multilaterales a menudo crean realidades legales y políticas que podrían, en un sentido u otro, afectar intereses políticos y legales de terceros Estados e imponer ciertas obligaciones al comportamiento de los mismos<sup>7</sup>, sin embargo, la regla general sigue siendo el consentimiento.

Como el consentimiento es una condición cardinal del derecho de los tratados, ninguna obligación puede ser impuesta a un tercer Estado, excepto en caso de consentimiento explícito<sup>8</sup>. En el caso específico de la creación de obligaciones a terceros, según lo dispuesto en el Art. 35 de la Convención de Viena, para que un tratado dé origen a una obligación para un tercero es preciso que se cumplan, en síntesis, dos condiciones: 1) la intención de los negociadores de producir tales efectos; y 2) su aceptación por el tercero<sup>9</sup>. La base jurídica para terceros Estados aparecerá por lo tanto en un acuerdo complementario o colateral por escrito, lo que implica que en este caso el tercer Estado no se vuelve parte del tratado<sup>10</sup>.

Bajo el régimen de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, exceptuando el Art. 75 relativo a Estados cuya cualidad como Estado agresor ha sido explícitamente determinada, ningún mecanismo ha sido provisto para imponer un tratado a un Estado. El derecho de los tratados tal y como se encuentra codificado en la Convención de Viena como un reflejo de las reglas consuetudinarias tradicionales, no permite a ningún grupo hegemónico de Estados establecerse a sí mismos como directores que ordenan lo que legalmente requeriría cumplimiento<sup>11</sup>, que es la situación ante la que nos encontramos cuando el Consejo de Seguridad impone un tratado a un Estado que no ha consentido en obligarse por el mismo, en el caso de las remisiones sin nexo jurisdiccional con el Estatuto.

El Estatuto de Roma como cualquier otro tratado distingue a los terceros Estados con respecto a las obligaciones que se derivan del mismo, y reconoce la ne-

<sup>7</sup> CRYER, R. «The International Criminal Court and its relationship to Non-Party States». En CARSTEN, S. y SLUITER, G. (Eds.). *The emerging practice of the International Criminal Court*. Leiden-London: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 117; DANILENKO, G. «The Statute of the International Criminal Court and Third States». *Michigan Journal of International Law*. 1999-2000, Vol. 21, p.448; SINCLAIR, I. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. 2ª Ed., Manchester University Press, 1984, p. 99.

<sup>8</sup> DINSTEIN, Y. «The Interaction between Customary International Law and Treaties». *Recueil des Cours*. Martinus Nijhoff Publishers, 2007, Vol. 322 (2006), p. 332.

<sup>9</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, entrada en vigor el 27 de enero de 1980, Art. 35.

<sup>10</sup> CHINKIN, C. *Third parties in international law*, Oxford: Clarendon Press, 1993, pp. 33 y 41.

<sup>11</sup> TOMUSCHAT, C. «Obligations arising for States without or against their will». *Recueil des Cours*. Martinus Nijhoff Publishers, 1994, Vol. 241 (1993 IV), p. 244.

cesidad de su consentimiento para hacerlos partícipes se sus procedimientos. Por tanto, el régimen de derechos y obligaciones que pudieran otorgarse a los mismos se encuentra regulado por los artículos 35 y 36 de la Convención de Viena estudiados *supra*.

Dentro de las disposiciones que ejemplifican lo antes planteado tenemos lo dispuesto en el Art. 12.3 del ER según el cual:

3. *Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.*

Ésta debe leerse, por tanto, en conjunto con lo dispuesto en el Art. 87.5 del Estatuto, el cual establece:

- a) *La Corte podrá invitar a cualquier Estado que no sea parte en el presente Estatuto a prestar la asistencia prevista en la presente Parte sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada.*
- b) *Cuando un Estado que no sea parte en el presente Estatuto y que haya celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte se niegue a cooperar en la ejecución de las solicitudes a que se refieran tal arreglo o acuerdo, la Corte podrá informar de ello a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.*

De las disposiciones antes transcritas se puede deducir que se hace difícil ver como el Fiscal podría llevar una investigación con respecto a una situación en un Estado no parte del Estatuto antes de que ese Estado haya aceptado la jurisdicción de la Corte. Lógicamente, la Corte carece de jurisdicción hasta que el Estado no parte en el Estatuto deposite una declaración aceptando su jurisdicción<sup>12</sup>. Adicionalmente a la jurisdicción, la Corte necesita cooperación, y aún si a la Corte le sea dada jurisdicción universal, los principios básicos del derecho de los tratados implican que el Estatuto de Roma no podría imponer a Estados no partes el deber de cooperar<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> STAHN, C., EL ZEIDY, M., OLÁSOLO, H. «The International Criminal Court's Ad Hoc Jurisdiction Revisited». *American Journal of International Law*. Apr., 2005, Vol. 99, No. 2, pp. 421-431.

<sup>13</sup> CRYER, R. «Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice». *Leiden Journal of International Law*. 2006, Vol. 19, p. 216; WENQI, Z. «Acerca de la cooperación de los Estados que

El Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba proporcionan un cierto margen de flexibilidad al Fiscal para fomentar declaraciones como las dispuestas en el Art. 12.3 en situaciones donde los crímenes principales del Estatuto puedan de otra forma quedar impunes. La regla 44.1 establece que El Secretario, a solicitud del Fiscal, podrá preguntar a un Estado que no sea Parte en el Estatuto, con carácter confidencial, si se propone hacer la declaración prevista en el párrafo 3 del artículo 12. La norma se ha introducido para ahorrarle a la Corte gastar tiempo y recursos valiosos en el examen de situaciones en los terceros Estados que en última instancia puedan fallar debido a la falta de jurisdicción<sup>14</sup>.

Como se deriva del texto antes transcrito, el párrafo 5 del artículo 87 trata sobre la cooperación entre la Corte y Estados que no son parte del Estatuto. De conformidad con el principio general de derecho de los tratados, contenido en el Art. 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las obligaciones de la Parte IX del Estatuto no se extienden a los Estados no parte. Desde la perspectiva del Estatuto la cooperación entre la Corte y los Estados no partes puede, por lo tanto, ser sólo voluntaria y esto se refleja en el esquema básico delineado en la norma antes citada<sup>15</sup>. Se hace importante resaltar que el párrafo 5 b) del artículo 87 sólo se refiere a los casos donde el Estado que no es parte del Estatuto haya celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte.

De esto se evidencia la necesidad de la voluntad de cooperación del Estado involucrado para que la actuación de la Corte sea efectiva<sup>16</sup>, voluntad que será difícil de conseguir si no existe la convicción del Estado en cuestión sobre la importancia de su cooperación, y que aunque sea ordenada por el Consejo de Seguridad, no tendrá ningún efecto si el Estado no la considera una obligación o en todo caso no está dispuesto a cumplirla, dejando los intentos de actuación de la Corte vacíos de contenido.

---

no son partes en la Corte Penal Internacional». *International Review of the Red Cross*. Marzo 2006, N° 861, p. 3.

<sup>14</sup> STAHN, C., EL ZEIDY, M., OLÁSOLO, H. «The International Criminal Court's Ad Hoc Jurisdiction Revisited». *American Journal of International Law*. Apr., 2005, Vol. 99, No. 2, pp. 421-431.

<sup>15</sup> KREB, C. Y PROST, K. «Article 87 Request for Cooperation: general provisions». En TRIFFTERER, O. (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article*. 2nd. Ed., Alemania: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008, p. 1523; WENQI, Z. «Acerca de la cooperación de los Estados que no son partes en la Corte Penal Internacional». *International Review of the Red Cross*. Marzo 2006, N° 861, p. 4.

<sup>16</sup> WENQI, Z. «Acerca de la cooperación de los Estados que no son partes en la Corte Penal Internacional». *International Review of the Red Cross*. Marzo 2006, N° 861, p. 2.



Ahora bien, con respecto al Art. 87.5, aunque de su contenido es claro que sólo se aplica a los Estados que aunque no partes del Estatuto voluntariamente han decidido cooperar con la Corte, Kreß y Prost se pronuncian en sentido contrario al afirmar que esta disposición se aplica igualmente cuando la obligación internacional del Estado no parte proviene directamente de una resolución dictada por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta, sin que exista algún arreglo o acuerdo entre este Estado y la Corte<sup>17</sup>.

Esta afirmación la fundamentan en el hecho que presuntamente el Consejo actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, puede obligar a todos los Estados miembros de Naciones Unidas a cooperar con la Corte en un caso dado. La naturaleza vinculante del tal régimen de cooperación para los Estados no partes del Estatuto derivaría entonces de la Carta de las Naciones Unidas, la cual de conformidad con su Art. 103 tendría prioridad<sup>18</sup>.

Con respecto a estos argumentos es necesario decir en principio que aquí nos encontramos frente a los problemas con respecto a los límites de la actuación del Consejo de Seguridad en la aplicación de las medidas del artículo 41 de la Carta de Naciones Unidas, y los problemas de compatibilidad de ciertas decisiones de este órgano con los principios fundamentales del derecho de los tratados, tanto en lo referido a la máxima del consentimiento para obligarse como en lo que a interpretación del Estatuto se refiere.

En principio, de la interpretación del contenido del Art. 87.5 b) se aprecia claramente que sólo aquellos que han expresado su consentimiento en adquirir una obligación específica con respecto al Estatuto, en este caso específico la de cooperar son los que por lógica simple ante un incumplimiento pueden ser realmente compelidos a cumplir aquello en lo que han consentido en obligarse. Otra interpretación es ir más allá de la letra y la intención del tratado en este punto, y no podría ser de otra manera si atendemos a las reglas ya citadas sobre terceros Estados en materia de derecho de los tratados.

Y en lo que toca a la posibilidad de que el Consejo de Seguridad obligue a un Estado no parte a asumir obligaciones no adquiridas volvemos a la reflexión sobre los límites de las medidas que puede tomar este órgano en el marco del Art. 41 de

<sup>17</sup> KREß, C. y PROST, K. «Article 87 Request for Cooperation: general provisions». En TRIFFTERER, O. (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers' Notes, Article by Article*. 2nd. Ed., Alemania: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008, p. 1525.

<sup>18</sup> KREß, C. y PROST, K. «Article 87 Request for Cooperation: general provisions». En TRIFFTERER, O. (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers' Notes, Article by Article*. 2nd. Ed., Alemania: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008, p. 1523.

la Carta, las cuales deben estar acorde con los principios de derecho internacional y con las contradicciones surgidas en cuanto a la aplicación del Art. 103 de la Carta, ya que este artículo como se ha mencionado *supra* se refiere a la contradicción entre obligaciones contraídas por la Carta y aquellas contraídas en virtud de otro convenio, por lo que en el caso de un Estado no parte del Estatuto no existe contradicción de obligaciones.

Lo determinante a los fines de este análisis es la relación que se crea entre la Corte y los terceros Estados en situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad sin nexo jurisdiccional con la Corte, en el marco de las disposiciones del Estatuto y de las normas del derecho de los tratados ya antes enunciadas. En principio, debe observarse como del propio articulado del Estatuto se desprende la necesidad y la intención de que los terceros Estados cooperen de manera voluntaria.

En todo caso, ha de destacarse que para el correcto desarrollo de la investigación y del juicio es imprescindible la cooperación del Estado<sup>19</sup>. Sobre este aspecto ya existen antecedentes. La experiencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia es que el cumplimiento con las órdenes del tribunal para la entrega de acusados y la producción de evidencia es difícilmente automático<sup>20</sup>.

Hasta la fecha existen cuatro situaciones en la Corte Penal Internacional que involucran terceros Estados. La declaración en el marco del Art. 12.3 del ER por el gobierno de Costa de Marfil, las remisiones hechas por el Consejo de Seguridad sobre Sudan y Libia y la situación iniciada *motu proprio* por el Fiscal sobre Myanmar/Bangladesh. El gobierno de Costa de Marfil fue el primero en invocar la jurisdicción de la CPI para investigar los crímenes presuntamente cometidos dentro de sus propias fronteras nacionales.

El 18 de abril de 2003, el gobierno en ejercicio invitó formalmente a la CPI a realizar una revisión, a pesar de que Costa de Marfil aún no había ratificado el Estatuto de Roma. Lo hizo presentando una declaración en el marco del Artículo 12.3 del Estatuto de Roma ante la Secretaría, aceptando así la jurisdicción de la CPI sobre los hechos ocurridos a partir del 19 de septiembre de 2002, cuando las

<sup>19</sup> DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 16ª Ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2007, p. 954; GAMARRA CHOPO, Y. «La Política Hostil de Estados Unidos contra la Corte Penal Internacional: Los acuerdos del Artículo 98 o la Búsqueda de la Impunidad». *Revista Española de Derecho Internacional*. 2005, Vol. LVII, No.1, p. 155.

<sup>20</sup> WEDGWOOD, R. «The International Criminal Court: a American view». *European Journal of International Law*. 1999, Vol. 10, Iss. 1; WENQI, Z. «Acerca de la cooperación de los Estados que no son partes en la Corte Penal Internacional». *International Review of the Red Cross*. Marzo 2006, N° 861, p. 12.

fuerzas rebeldes lanzaron un golpe de estado contra el gobierno nacional asentado en Abidjan.

Posteriormente, tanto el 14 de diciembre de 2010 como el 3 de mayo de 2011, la Presidencia de Costa de Marfil volvió a confirmar la aceptación del país de esta jurisdicción, aunque finalmente, el 15 de febrero de 2013, Costa de Marfil ratificó el Estatuto de Roma. Sin embargo, lo relevante en este sentido es que a pesar de la posterior ratificación la Corte tiene jurisdicción desde el 19 de septiembre de 2002 que es la fecha marcada en la primera declaración. De la misma forma desde el 2010 se inició la primera investigación en la situación en Costa de Marfil, también anterior a la ratificación y avalada por la declaración en el marco del Art. 12.3. del ER.

Con respecto a las remisiones realizadas por el Consejo de Seguridad, hasta la fecha sólo se han realizado en dos ocasiones, primero con respecto a la situación en Darfur, Sudan y luego en Libia. El 31 de marzo de 2005, el Consejo de Seguridad, por once votos a favor, ninguno en contra y cuatro abstenciones (Algeria, Brasil, China y Estados Unidos), actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, decidió remitir la situación en Darfur, Sudán desde el 1° de julio de 2002 al Fiscal de la Corte Penal Internacional, a través de su Resolución 1593 (2005).

Posteriormente, el 26 de febrero de 2011 el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas decidió por unanimidad remitir la situación en la Jamahiriya Árabe Libia desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional<sup>21</sup>. En ambas resoluciones se remiten casos de Estados que no son parte del Estatuto y se insta a su cooperación con la Corte.

Así, el párrafo segundo de la Resolución 1593 (2005) establece:

2. Decide que el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto *de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución y*, aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, *exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente; (resaltado nuestro)*

En el mismo sentido, el párrafo quinto de la Resolución 1970 (2011) dispone que:

<sup>21</sup> CS Res. 1970 (2011) de 26 de febrero de 2011, párr. 4.

5. *Decide que las autoridades libias deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria de conformidad con la presente resolución, y, aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna en virtud de él, insta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que cooperen plenamente con la Corte y el Fiscal (resaltado nuestro)*

En ambas resoluciones el Consejo usa la misma fórmula, por un lado, imponiendo la obligación de cooperar y por el otro reconociendo que los Estados no parte, no están obligados a cooperar. Tal decisión representa una contradicción, ya que, si bien es cierto que impone a los gobiernos involucrados la obligación de cooperar, a su vez reconoce que los Estados que no son parte no tienen dicha obligación, situación que se corresponde con la de Sudán y Libia que no son Estados parte del Estatuto de Roma. En este sentido, nos encontramos con un problema de compatibilidad entre la decisión del Consejo y el derecho de los tratados.

Hay que señalar que en la situación particular de Sudán han pasado once años desde que se emitiera la primera orden de arresto contra Omar Al Bashir (4 de marzo de 2009), para el momento presidente en funciones de Sudán y la misma no se ha hecho efectiva. De hecho, en diciembre 2014 la Fiscal de la CPI anunció la suspensión de la investigación sobre la situación en Darfur por falta de cooperación, tanto en la ejecución de las órdenes de arresto contra los imputados, como por falta de apoyo para realizar de forma eficiente las investigaciones pertinentes.

Sólo hasta que hubo un cambio de gobierno y fue depuesto del poder, se ha podido comenzar a hablar de una posible transferencia a la Corte para ser juzgado. Pero aún hoy, un año después de esos sucesos es aún una interrogante. Esta situación pone de manifiesto las dificultades y casi imposibilidad de obtener cooperación de Estados que no son parte en el Estatuto de Roma. Esto sin contar la falta de cooperación de los Estados parte del Estatuto que visitó Al Bashir mientras aún era mandatario de Sudán, y ya estaba emitida la orden de arresto en su contra, que estos debían cumplir.

Por último, la situación de Myanmar/Bangladesh es absolutamente *sui generis*. La Fiscalía el 09 de abril de 2018 presentó una Solicitud de Resolución sobre Jurisdicción en virtud del Artículo 19.3 del Estatuto requiriendo una decisión sobre la cuestión de si la Corte puede ejercer jurisdicción de conformidad con el Artículo 12.2.a) del Estatuto sobre la supuesta deportación de miembros de la población Rohingya de Myanmar a Bangladesh. Los actos coercitivos relacionados con las deportaciones ocurrieron en el territorio de un Estado que no es parte en el Estatuto de Roma (Myanmar). Sin embargo, la Fiscalía considera que, la Corte puede ejercer su jurisdicción en virtud del artículo 12.2.a) del Estatuto debido a que un

elemento esencial del delito, que sería el crimen de deportación contenido en el Art. 7.1 h) del ER: cruzar una frontera internacional, ocurrió en el territorio de un Estado que es parte en el Estatuto de Roma (Bangladesh)<sup>22</sup>.

El 6 de septiembre de 2018, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, decidió por mayoría que la Corte podía ejercer su jurisdicción sobre la supuesta deportación del pueblo Rohingya, desde el territorio de Myanmar (que es un Estado que no es parte en el Estatuto) a Bangladesh (que es un Estado parte en el Estatuto), en repuesta a la solicitud presentada por la Fiscal de conformidad con el artículo 19.3 del Estatuto<sup>23</sup>. Finalmente, el 18 de septiembre de 2018, la Fiscal el inicio del examen preliminar sobre la presunta deportación de los miembros del pueblo Rohingya de Myanmar a Bangladesh.

El 4 de julio de 2019, después del proceso de examen preliminar, la Fiscal solicitó a los Jueces de la Corte que autorizaran una investigación sobre presuntos crímenes de lesa humanidad, a saber, deportación, otros actos inhumanos y persecución cometidos contra el pueblo Rohingya de Myanmar, que abarca el período desde el 9 de octubre de 2016. El mismo día, según las normas aplicables, la Fiscal también notificó a las víctimas o sus representantes legales, su intención de solicitar autorización para iniciar una investigación en la Situación en Bangladesh/Myanmar, informándoles que tienen hasta el 28 de octubre de 2019 para presentar sus observaciones. a los jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares III sobre su solicitud.

De igual forma, es muy importante comprender cuán limitada será cualquier investigación de la CPI sobre la situación de los Rohingya. Hay una razón por la que la Fiscalía pidió a la Sala de Cuestiones Preliminares que ofrezca su opinión sólo sobre la deportación: ningún otro crimen de guerra o crimen de lesa humanidad implica necesariamente una conducta que cruce una frontera internacional. Por lo que la Corte no tendrá jurisdicción sobre los otros delitos cometidos contra los Rohingya. Ni sobre un posible genocidio, asesinatos, violencia sexual, etc, ya que, esos actos se han producido únicamente en el territorio de Myanmar<sup>24</sup>, que no es un Estado parte y por tanto no está obligado a cooperar con la Corte.

<sup>22</sup> Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, ICC-RoC46(3)-01/18-1, de fecha 09 de abril de 2018.

<sup>23</sup> Pre-Trial Chamber I, Decision on the «Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute», ICC-RoC46(3)-01/18, de fecha 6 de Septiembre de 2018.

<sup>24</sup> HELLER, K. *Three Cautionary Thoughts on the OTP's Rohingya Request* [Consulta: 31 de marzo de 2019] Disponible en web <<http://opiniojuris.org/2018/04/09/some-thoughts-on-the-otps-rohingya-request/>> de fecha 9 de abril de 2018>

Lo que puede concluirse en todo caso es que la voluntad es importante y necesaria en la creación de un tribunal internacional, más aún a los fines de obtener la cooperación estatal, por esto ese fue el método escogido para la creación de la Corte Penal, pero además es la razón por la que no se han vuelto a crear tribunales como los *ad hoc*, y los tribunales mixtos o internacionalizados que se han creado han sido fruto del consentimiento de los Estados a través de tratados o normativas internas.

No se puede negar sin embargo el efecto que puede tener el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre terceros Estados, el asunto es entonces como encontrar un balance entre la operatividad efectiva de la Corte y su inevitable alteración de los derechos tradicionales de terceros Estados. Dibujar la línea no es tarea fácil, pero lo que sin lugar a dudas ocurrirá es que las actividades de la Corte en referencia a nacionales de Estados no parte afectarán intereses legales vitales de Estados no miembros.



# EL NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS EN MÉXICO

ELIZABETH CAMACHO MASCAREÑO<sup>1</sup>

EDUARDO RAMÍREZ PATIÑO<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

**E**L PRESENTE TRABAJO de investigación se realizó con el propósito fundamental de aportar conocimiento sobre los aspectos fundamentales del nuevo Régimen de Responsabilidades Administrativas en México, a todas aquellas personas interesadas en temáticas referentes al derecho administrativo sancionador y al Sistema Nacional Anticorrupción.

Por lo anterior, en primer lugar, se abordó una breve reseña histórica sobre el sistema de responsabilidades de los servidores públicos en México y los organismos públicos creados para conocer sobre responsabilidades de los servidores públicos, especialmente de responsabilidades administrativas, y la evolución que a su vez tuvieron dichos organismos.

En segundo lugar, se hizo un análisis a las reformas constitucionales que conllevaron a la creación del nuevo Régimen de Responsabilidades Administrativas, así

<sup>1</sup> Doctorando en Ciencias del Derecho del Programa Nacional de Posgrados de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología –CONACYT– en la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho, pertenece al Sistema Nacional de Investigadores, Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Sinaloa, fue Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma, fue Magistrado del Tribunal Electoral de Sinaloa, fue Director de Asuntos Jurídicos y Proceso Legislativo del Congreso del Estado.



como los elementos esenciales del mismo, tales como las faltas y sanciones administrativas a las cuales son acreedores los servidores públicos y particulares, las etapas del procedimiento y las autoridades facultadas para cada una de ellas.

## 2. ANTECEDENTES EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS EN MÉXICO DE 1982 A 2013

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la administración pública en México presentó grandes dificultades en el contexto administrativo por cuestiones de corrupción por parte de los servidores públicos, en ese tenor, fue que a partir de los años ochenta este problema se había desarrollado en demasía y diagnosticado como un problema público causante del estancamiento económico y pérdida de legitimidad gubernamental.

En el país, la Constitución de 1857 trajo consigo un progreso fundamental en materia de responsabilidades de los servidores públicos, toda vez que, dentro de la misma se creó el Título IV, denominado «De las responsabilidades de los servidores públicos», donde en sus artículos 103 y 105 se establecían responsabilidades de carácter penal, civil y político, así como el procedimiento de acusación y sentencia que llevaba a cabo el Poder Legislativo; sin embargo, no fue hasta en la Constitución de 1917, donde aparece por primera vez las responsabilidades administrativas.

En ese sentido y como consecuencia de dichas reformas, aparte de la responsabilidad civil, penal y política de los servidores públicos que ya existían, se agregó la responsabilidad administrativa, misma que se incorporó mediante la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de 1982, la cual tuvo como objeto reglamentar el Título Cuarto Constitucional en materia de responsabilidades administrativas, donde se establecía quienes eran los sujetos de responsabilidad en el servicio público, cuáles eran las responsabilidades y sanciones administrativas en las que podrían incurrir, y a su vez, se reglamentaba los procedimientos para sancionar y para declarar procedente un procesamiento penal para aquellos servidores públicos que gozaran de fuero<sup>3</sup>.

Asimismo, durante el periodo de gobernanza del ex Presidente Miguel de la Madrid, en el año de 1982, se suscitaron una serie de reformas a Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 1976, denominadas por el ex Presidente como la renovación moral de la sociedad, de las cuales se crearon nuevos organismos y

<sup>3</sup> Consultado en [http://dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?cod\\_diario=206135&pagina=3&seccion=0](http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=206135&pagina=3&seccion=0) el día 20 de septiembre de 2019.

dependencias, entre ellas la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación sobre la cual Socorro Flores apunta que: «...se crea la Secretaría de la Contraloría General de la Federación (SECOGEF) para fortalecer la función de control y evaluación de la gestión pública federal, y en el ámbito local, los Sistemas Estatales de Control y Evaluación...<sup>4</sup>».

Esta afirmación junto con lo analizado en la citada exposición de motivos, nos da a comprender que la Secretaría de la Contraloría General de la Federación se creó con la intención de controlar la operatividad y funcionamiento tanto de las contralorías internas de las dependencias y entidades centralizadas, desconcentradas y descentralizadas de la administración pública, así como de las contralorías de cada una de las entidades federativas; de igual forma, en materia de responsabilidades de los servidores públicos, José Lanz<sup>5</sup> señala que la precitada Secretaría contaba con facultades para investigar quejas y denuncias, así como instruir procedimientos de responsabilidades, sancionar a servidores públicos y denunciar ante el Ministerio Públicos delitos por desvío de recursos públicos o afectación a la Hacienda Federal.

La SECOGEF perduró de 1982 a 1994, toda vez que, el 28 de diciembre de 1994, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, esta misma pasó a nombrarse Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo – SECODAM–, y en esa tesitura, de acuerdo al artículo 37 de su Ley Orgánica, se dotó de nuevas atribuciones a la Secretaría, entre las que destacó la de organizar y coordinar el desarrollo administrativo integral en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal...<sup>6</sup>

Asimismo, otras reformas que tuvieron un alto impacto en materia de responsabilidades administrativas, fueron las del 24 de diciembre de 1996, toda vez que se modificaron, tanto la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal como la Ley Federal de Entidades Paraestatales y la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, mismas que facultaron a la Secretaría de la Contraloría de Desarrollo Administrativo para designar y remover a los contralores internos quienes por jerarquía dependían de dicha Secretaría, así mismos, la obligatoriedad

<sup>4</sup> FLORES MOYADO, SOCORRO, *Nuevo institucionalismo de la contraloría social en las políticas de desarrollo municipal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie estudio jurídicos, núm. 235, 2013, p. 1.

<sup>5</sup> LANZ CÁRDENAS, JOSÉ TRINIDAD, *La contraloría y el control interno en México. Antecedentes históricos y legislativos*, 2ª ed., México, Ed. Secretaría de la Contraloría General de la Federación y Fondo de Cultura Económica, 1993.

<sup>6</sup> Consultado en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/loapf/LOAPF\\_ref15\\_28dic94.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/loapf/LOAPF_ref15_28dic94.pdf) el día 22 de septiembre de 2019.

de las dependencias y entidades de enviar a la Secretaría copia de las denuncias cuando se trate de infracciones graves; en esa tesitura, es clara la afirmación de Max Keiser, al decir que: «...se dotó de autonomía a las Contralorías Internas reforzando el vínculo con la Secretaría, sustrayéndolas de la línea de mando del órgano fiscalizador<sup>7</sup>».

Por otra parte, seis años después de la última reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, el 13 de marzo de 2002, se publicó el Decreto que expidió la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, derogando a su vez la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de 1996; cabe señalar, que la Ley de Responsabilidades expedida en 2002 tuvo como objeto reglamentar al igual que las de 1993 y 1994 el Título Cuarto de la Constitución, y un año después de la expedición de la misma, se publica en el Diario Oficial de la Federación, el día 10 de abril de 2003, el Decreto mediante el cual se reforma la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y cambia nuevamente la denominación de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo por la de Secretaría de la Función Pública, denominación que aún perdura en el presente año 2019.

### 3. EL NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

El 28 de mayo de 2015, se expidió el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante las cuales se crea el Sistema Nacional Anticorrupción, asimismo, dichas reformas impactaron principalmente en el Título Cuarto de la Constitución, mismo que pasó a denominarse: De las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Particulares Vinculados con Faltas Administrativas Graves o Hechos de Corrupción, y Patrimonial, y en ese contexto, dentro de ese marco normativo para la operación y funcionamiento del Sistema Nacional Anticorrupción, se expidieron las siguientes siete leyes fundamentales: Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, Ley General de Responsabilidades Administrativas, Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Código Penal Federal –reformado–, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal –reformada–.

<sup>7</sup> KAISER, Max, *El combate a la corrupción la gran tarea pendiente en México*, 1a ed., México, Ed. Porrúa, 2014.

Como resultado de las mismas, se publicó el día 18 de julio del 2016 en el Diario Oficial de la Federación, la Ley General de Responsabilidades Administrativas –LGRA–, abrogándose con ello la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y creándose a la vez un nuevo régimen de responsabilidades administrativas, misma que de conformidad a su artículo primero tiene por objeto, distribuir competencias entre los órdenes de gobierno para establecer las responsabilidades administrativas de los Servidores Públicos, sus obligaciones, las sanciones aplicables, y de acuerdo a su artículo 4, los sujetos de la citada Ley serán, todas aquellas personas que funjan como Servidores Públicos o personas que habiendo fungido como Servidores Públicos se ubiquen en los supuestos de la misma, de igual forma, dicho artículo señala como sujetos de la propia Ley a los particulares vinculados con faltas administrativas consideradas como graves.

1. Las faltas administrativas de los servidores públicos y los actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves

En el título tercero de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, se establecen cuales con las faltas administrativas en las que pueden incurrir los servidores públicos, y estas pueden ser calificadas como no graves y como graves, asimismo, en el citado título se establece a su vez, los actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves, y en ese sentido, la responsabilidad administrativa se constituye por aquellos actos u omisiones realizados por el servidor público, mismos que al no estar apegados a lo establecido en la Ley y a ciertos códigos de ética, afectan principalmente la actividad pública que desempeñan en sus cargos, tal como lo menciona el Dr. Miguel Ángel García Domínguez en su libro *Teoría de la Infracción fiscal*<sup>8</sup>, al hacer la distinción entre delito e infracción administrativa –falta administrativa– donde apunta que la infracción es aquella en la que un hecho ilícito lesiona toda actividad que la administración pública realiza en favor de los gobernados, por lo que, si se perturba su buen funcionamiento, esta misma lesiona indirectamente los intereses particulares.

Por lo anterior, las responsabilidades administrativas calificadas ahora como no graves y graves, se encuentran establecidas en la LGRA, la primera de ellas en el artículo 49, y la segunda en los artículos del 52 al 64, consagrados a su vez en el Capítulo II, del Título tercero, del Primer Libro de la cita Ley, y éstas últimas son, el cohecho, peculado, desvío de recursos públicos, utilización indebida de información,

<sup>8</sup> GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel, *Teoría de la infracción fiscal. Derecho fiscal-penal*, México, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1982, p. 66.

abuso de funciones, actuación bajo conflicto de Interés, contratación indebida, enriquecimiento oculto u ocultamiento de Conflicto de Interés, tráfico de influencias, encubrimiento de actos que pueden incurrir en faltas administrativas y el desacato.

Ahora bien, un punto relevante a mencionar sobre el nuevo régimen de responsabilidades administrativas, aparte de la distinción que la LGRA realiza sobre las faltas administrativas no graves y graves, es la adhesión de la responsabilidad de los particulares en los actos de corrupción, esto, mediante la incorporación de un capítulo denominado: De los actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves; por lo tanto, a partir de la expedición de la LGRA, los actos de los particulares vinculados a faltas administrativas graves –actos de corrupción– son sancionados por la Ley de la materia, regulando de esa manera la comisión de conductas indebidas tanto de los servidores públicos como de los particulares que en ella participen; tales como, el soborno, participación ilícita en procedimientos administrativos, tráfico de influencias para inducir a la autoridad, utilización de información falsa, colusión, uso indebido de recursos públicos y contratación indebida de ex Servidores Públicos –artículos del 66 al 72 LGRA–.

De lo mencionado anteriormente, se rescata, como idea central, que la responsabilidad administrativa es toda aquella actividad que se encuentra relacionada estrictamente con el servicio público, esto es, la actividad del servidor público debe estar apegada al cumplimiento de sus funciones y competencias, no obstante, de acuerdo a la opinión Víctor Martínez el incumplimiento de las mismas «...es el que da ocasión al fincamiento de la responsabilidad y en su caso a la consecuente aplicación de las correspondientes sanciones administrativas»<sup>9</sup>.

Ahora bien, antes de entrar al estudio de las sanciones administrativas, es importante conocer a qué se refiere el término jurídico de la sanción, a lo que García Maynez apunta que: «...la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado a efecto de mantener la observancia de las normas, reponer el orden jurídico violado y reprimir las conductas contrarias al manejo legal<sup>10</sup>»; es por eso que, dentro de la LGRA, se contemplan las sanciones administrativas que deberán aplicarse en caso de la comisión de faltas administrativas no graves y graves, las primeras, se encuentra estipuladas en el artículo 75, el cual señala como sanciones aplicables las siguientes: amonestación pública o

<sup>9</sup> MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor M, «La responsabilidad administrativa de los servidores públicos y el medio ambiente», *La responsabilidad jurídica en el daño ambiental*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, Serie E: Varios, núm. 87, 1998, p. 124.

<sup>10</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, ed. 47°, México, Ed. Porrúa, 1995, p. 301.

privada, suspensión del empleo, cargo o comisión; –podrá ser de uno a treinta días naturales–, destitución de su empleo, cargo o comisión e inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas –no será menor de tres meses ni podrá exceder de un año–; en ese sentido, a su vez, el artículo 77 indica que corresponde a las Secretarías o a los Órganos internos de control imponer y ejecutar las sanciones por faltas administrativas no graves.

De igual forma, las sanciones por faltas administrativas graves, son todas aquellas mencionadas en el artículo 78, el cual advierte que, las sanciones administrativas que imponga el Tribunal a los servidores públicos, derivado de los procedimientos por la comisión de faltas administrativas graves, consistirán en: suspensión del empleo, cargo o comisión; –de treinta a noventa días naturales–, destitución del empleo, cargo o comisión; sanción económica –podrá alcanzar hasta dos tantos de los beneficios obtenidos y nunca podrá ser menor o igual al monto de los beneficios económicos obtenidos–, e inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas –de uno hasta diez años si el monto de la afectación de la falta administrativa grave no excede de doscientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, y de diez a veinte años si dicho monto excede de dicho límite; asimismo, dentro de las reformas que crearon el nuevo régimen de responsabilidades administrativas se encuentra la incorporación en la Ley de la materia, de sanciones para particulares vinculados con faltas administrativas graves, las cuales se encuentran establecidas en el capítulo III, del título cuarto, de la Ley en comento.

Para concluir el presente apartado, recurriremos a la opinión de Luis Gutiérrez y Manuel Lucero, quienes afirman que: «...ante la comisión de un ilícito administrativo resulta indispensable identificar el que la ley da a la conducta: ya sea como infracción o falta, o como delito. De lo anterior dependerá el procedimiento para sancionarla...<sup>11</sup>; en ese sentido, a continuación analizaremos lo referente al procedimiento de responsabilidad administrativa.

## 2. El procedimiento de responsabilidades administrativas

El procedimiento de responsabilidades administrativas, se desarrollará dependiendo de la calificación de la falta administrativa, en ese sentido, el Tribunal Fe-

<sup>11</sup> DELGADILLO GUTIÉRREZ, LUIS HUMBERTO y LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Elementos de derecho administrativo: segundo curso, México*, Ed. Limusa, 1996, p. 50.

deral de Justicia Administrativa es el órgano jurisdiccional facultado para conocer de faltas administrativas calificadas como graves y de los actos de los particulares relacionadas con las mismas, desarrollando dicho procedimiento a través de la Tercera Sección del Tribunal y de sus Salas Especializadas en la materia, y a su vez para imponer sanciones por la comisión de dichas faltas, que afecten el patrimonio y la hacienda pública federal; de igual forma, los Tribunales homólogos en las Entidades Federativas tendrán competencia para conocer de las faltas administrativas graves cometidas por servidores públicos y particulares vinculados con dichas faltas, que deriven de los daños y perjuicios que afecten al patrimonio de los entes públicos estatales, dejando como consecuencia la competencia para conocer de faltas administrativas no graves a las contralorías de las Entidades Federativas.

De lo anterior, es importante mencionar que el Procedimiento de Responsabilidades Administrativas consta de tres etapas fundamentales, las cuales son, la investigación, la sustanciación y la resolución, y en ese sentido, el artículo 115 de la LGRA establece que las autoridades encargadas de las mismas, deben de ser distintas unas a las otras y establecer divisiones de competencia, y en ese sentido, la etapa de investigación por la presunta responsabilidad de faltas administrativas –de conformidad con el artículo 91 de la LGRA– iniciará de oficio, por denuncia o derivado de las auditorías practicadas por parte de las autoridades competentes o, en su caso, de auditores externos; y de conformidad al artículo 3 de la Ley de la materia, las autoridades investigadoras serán: Las Secretarías, los Órganos internos de control, la Auditoría Superior de la Federación y las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas.

Por otra parte, el artículo 100 de la citada Ley indica que una vez que la autoridad investigadora haya concluido la etapa de la investigación y en su caso haya detectado faltas administrativas, ésta misma calificará dichas faltas como no graves y graves, por medio de la elaboración de un Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa –IPRA–, el cual deberá ser turnado a la autoridad Sustanciadora para que ésta de Inicio al Procedimiento de Responsabilidades Administrativas, mismo que, de acuerdo a la opinión de Lorenzo Antonio, dicho procedimiento: «...es el de ejecutar el procedimiento de responsabilidades administrativas desde la admisión del Informe de presunta responsabilidad administrativa y hasta la conclusión de la audiencia inicial<sup>12</sup>»; por lo tanto, la etapa de la sustanciación comienza con la admisión del Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, el cual, a su vez puede ser rechazado por la autoridad sustanciadora, si en el análisis del

<sup>12</sup> Consultado en <http://www.orfis.gob.mx/wp-content/uploads/2018/02/guia-resp18-cambios.pdf> el día 28 de septiembre de 2019.

mismo no se encontraren claros o suficientes los elementos que demuestren la existencia de la infracción o falta administrativa, así como a los presuntos infractores.

Sin embargo, de ser admitido el Informe, la autoridad sustanciadora deberá emitir el acuerdo de Inicio de Procedimiento de Responsabilidades Administrativas, dando con ello inicio al procedimiento, en el cual los sujetos que se considerarán parte del mismo –artículo 116 de la LGRA– son, la autoridad investigadora, el servidor público señalado como presunto responsable de la falta administrativa no grave o grave, el particular, sea persona física o moral, señalado como presunto responsable en la comisión de faltas de particulares, y los terceros, que son todos aquellos a quienes pueda afectar la resolución que se dicte en el procedimiento de responsabilidad administrativa, incluido el denunciante; y en ese contexto, cuando la autoridad investigadora haya calificado las faltas administrativas como no graves, el procedimiento de responsabilidades administrativas se desarrollará ante las Secretarías y Órganos Interno de Control, el cual procederá de conformidad a lo estipulado en el artículo 208 de la LGRA.

Por otra parte, cuando las faltas administrativas se hayan calificado como graves o se refiera a faltas por parte de particulares, el procedimiento de responsabilidad administrativa se realizará ante la Tercera Sección del Tribunal Federal de Justicia Administrativa o en alguna de sus Salas Especializadas en la materia, así como también en los Tribunales Administrativos homólogos en las Entidades Federativas; en ese sentido, el procedimiento se realizará de la misma manera que el de faltas administrativas no graves, hasta la etapa del cierre de la audiencia inicial por parte de la autoridad sustanciadora y posterior a eso, se seguirá de conformidad a lo establecido en el artículo 209 de la multicitada Ley.

#### 4. CONCLUSIONES

Primera: Las responsabilidades en las que puede incurrir un servidor público en México son cuatro, la responsabilidad civil, política, penal y administrativa, siendo esta última la más reciente, la cual se calificará no grave y grave.

Segunda: Se incorpora en la legislación de la materia, las conductas de los particulares que se encuentren vinculadas con faltas administrativas graves, para ser sancionadas, y a su vez, se establecen diferentes tipos de autoridad que deberán intervenir en el procedimiento de responsabilidades administrativas, los cuales serán, la autoridad investigadora, la sustanciadora y la resolutora.

Tercera: El propósito fundamental de las reformas constitucionales que crearon el nuevo Régimen de Responsabilidades Administrativas es el de coadyuvar al Sistema Nacional Anticorrupción a combatir los actos de corrupción, aumentando las



facultades de las autoridades competentes para el finamiento de sanciones administrativas y económicas; sin embargo, es necesario añadir que, aun y con las modificaciones e incorporaciones a la Ley de la materia, para lograr un efectivo combate a la corrupción, es necesario el apoyo de otros elementos sustanciales, tales como la transparencia, la rendición de cuentas, prácticas de gobierno abierto, campañas de prevención a la corrupción, entre otros.

# LA MATERNIDAD SUBROGADA EN SINALOA Y TABASCO: DOS FORMAS DE REGULACIÓN

CARLOS FRANCISCO CAMERO RAMÍREZ<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

**E**STE TRABAJO tiene por finalidad dar a conocer los aspectos más relevantes del contrato de maternidad subrogada reglamentado específicamente por el Código Familiar para el Estado de Sinaloa en comparación con la misma figura jurídica reglamentada en el Código Civil para el Estado de Tabasco, la cual necesariamente tenía que regularse dada la posibilidad actual de llevarse a cabo produciendo éste procedimiento médico de reproducción asistida una importante cantidad de repercusiones en el campo del derecho.

Es una realidad evidente que el derecho al ser un fenómeno social se ve afectado por todo cambio que se presente en su entorno, dichos cambios pueden presentarse tanto en la estructura social como en las innovaciones de carácter científico o tecnológico, por ejemplo, en el ámbito de la familia el hecho biológico de la procreación pierde su espontaneidad y casualidad al momento en que surge la técnica de inseminación artificial entendida ésta como «...el método por el que se fecunda a una mujer sin la realización del acto sexual y mediante el implante en su organismo de espermatozoides<sup>2</sup>», que pueden ser adicionalmente homologa o heteróloga, las

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Profesor e Investigador de Tiempo Completo Titular «C» adscrito a la Facultad de Derecho Culiacán de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Miembro del Cuerpo Académico Consolidado de Derecho Constitucional.

<sup>2</sup> ELÍAS AZAR, Edgar, *Personas y bienes en el derecho civil mexicano*, 1ra. edición. México, Porrúa, México, 1995, p. 258.

cuales consisten en «Si el esperma proviene del marido se está en presencia de la inseminación artificial homóloga y si proviene de persona extraña a éste será heteróloga<sup>3</sup>», produciendo con ello los primeros efectos en el ámbito jurídico, particularmente en la determinación de la filiación. Para Gabriela Roxana Piña

...los avances científicos generalmente tienen lugar por delante del Derecho; éste se retrasa en el análisis de las consecuencias de aquellos. Éste asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto a problemas concretos que deben solucionarse pues, de lo contrario, se deja a los individuos en situaciones de indefensión y, por qué no, autodestrucción. Sin duda las nuevas técnicas de reproducción asistida repercuten en cuestiones de índole administrativa, civil o penal. Por tales motivos se hace imperiosa la necesidad de regulación legal al respecto<sup>4</sup>.

La base de estos efectos radican particularmente en la disociación de lo procreativo con lo sexual ya que a través de estas técnicas se puede engendrar sin que para ello medie la relación sexual, de ahí se considera a la reproducción asistida como «...aquellas técnicas que propician la fecundación por un medio distinto a la cópula<sup>5</sup>», además éstas técnicas permiten la fecundación fuera del útero materno y su posterior implantación al útero de mujer distinta a la aportante del gameto femenino dando origen a la figura de la maternidad subrogada, posibilitan también la preservación de gametos y de embriones a través de la crío-conservación los cuales son entre otros, efectos importantes derivados de la instrumentación de las técnicas de reproducción humana artificial.

Adicionalmente, un aspecto de trascendencia de la reproducción asistida es su justificación como un derecho humano a la reproducción basado en la autonomía reproductiva «...pues implica la libertad de decidir sobre tener hijos o no, cuando tenerlos, con quien, o a través de qué medios<sup>6</sup>». Lo cual nos conduce a su necesaria reglamentación para salvaguardar ese derecho humano.

<sup>3</sup> Ídem

<sup>4</sup> PIÑA, Gabriela Roxana, «Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos dignos de protección penal», *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año I número 2, México, Julio diciembre 2004, p. 251

<sup>5</sup> PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena, *Derecho de Familia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, pp.57 y 58

<sup>6</sup> FLORES, Javier y Blazquez Graf, Norma, «Tecnologías de reproducción asistida en el siglo XXI y su impacto social» en en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 31

## 2. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN SINALOA Y TABASCO, GENERALIDADES, SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS.

En la actualidad las condiciones sociales, culturales, políticas y económicas que prevalecen han propiciado que las tasas de nacimiento desarrollen una marcada tendencia a decrecer, cada vez la reproducción humana tiene una tasa menor de incidencia a causa de la infertilidad, la cual, es definida como «...la incapacidad para lograr un embarazo, después de un año de mantener relaciones sexuales sin protección, una vez que ha transcurrido ese tiempo en una pareja cuyo miembro femenino no sea menor de 35 años, o de seis meses en el caso de que la mujer sea mayor de treinta y cinco años<sup>7</sup>», donde es importante destacar que «... en los últimos 20 años los problemas de infertilidad en la especie humana se han visto exarcebados<sup>8</sup>», siendo esta una de las motivaciones y la principal justificación de la ciencia médica para desarrollar su investigación y generar las condiciones para que las parejas con infertilidad puedan llegar a engendrar con el apoyo de las técnicas que la ciencia procreática aporten a ese fin.

Aparece así la técnica de inseminación artificial tanto homologa como heteróloga, la fecundación *in vitro* y posteriormente la posibilidad de transferir ese embrión concebido *in vitro* al útero de una mujer portadora o sustituta dando origen a la subrogación materna. De lo anterior se infiere que la justificante médica se basa principalmente en los siguientes elementos:

- a) Existe un porcentaje creciente de parejas con problemas de esterilidad y fecundidad que piden ayuda a la medicina; b) la respuesta médica más apropiada es la de las técnicas de reproducción asistida, y c) incidentalmente estas técnicas tienen la ventaja de responder de manera óptima a las demandas de los pacientes al tiempo que abren interesantes horizontes de investigación<sup>9</sup>.

En este sentido, la aportación de la ciencia médica representa para las parejas que por algún trastorno no puedan engendrar de forma natural intentar, a través de la intervención de médicos especialistas en biología de la reproducción concebir un hijo, donde en ocasiones la opción más segura sea la participación de una madre sustituta gestante, requiriéndose entonces formalizar la subrogación materna

<sup>7</sup> BARROSO VILLA, Gerardo y COLÍN Aline, «Bases biológicas y terapéuticas de la fertilización asistida», en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 4

<sup>8</sup> Ídem

<sup>9</sup> LEMA AÑÓN, Carlos, *Reproducción, poder y derecho, Ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de procreación asistida*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, p. 161

a través de la celebración de un contrato que otorgue a las partes certidumbre de los derechos y obligaciones derivadas tanto del procedimiento médico como de la determinación de la filiación materna y paterna. Al respecto Claudia Morán de Vicenzi señala:

Desde esta perspectiva, el acuerdo de maternidad subrogada es un negocio atípico válido por cuanto: (a) se trata de un acuerdo guiado por un espíritu de liberalidad basado en exigencias de solidaridad y altruismo; (b) tiene como objeto un interés digno de tutela como es el derecho al hijo, expresión del más amplio derecho al desarrollo de la personalidad, y en el derecho a la protección de la vida humana desde su inicio; y (c) no resulta contrario al principio de disponibilidad del *status* y de los actos dispositivos del propio cuerpo<sup>10</sup>.

La naturaleza y contenido de estos contratos queda determinado por los contratantes, pero por regla general regulan los siguientes aspectos:

...abstención de relaciones sexuales desde dos semanas antes de la primera inseminación hasta la confirmación del embarazo, lo que puede llevar varios ciclos. También prohíben las relaciones promiscuas (?) así como fumar y beber, regulan la asistencia a todas las citas administrativa, médicas, psicológicas, de asesoramiento o legales, según la conveniencia de horarios de la clínica<sup>11</sup>.

Dada la natural disociación de lo sexual de lo procreático propio de la reproducción humana asistida, surgen determinadas objeciones respecto a la licitud de los contratos de maternidad subrogada, los cuales giran en torno a la calidad de «persona» y no de cosa del ser humano, calidad que le concede el derecho a la vida, al respeto a su dignidad y, por ende, evitar la cosificación de que es objeto a raíz de este tipo de contratos, la deshumanización producida, además de:

...la creación de un instrumento de explotación física y económica por parte de la mujer acomodada patrimonialmente, que prefiere no pasar por las incomodidades del embarazo, hacia la mujer de escasos recursos (...) que necesita desesperadamente un ingreso extra, ya sea que se considere el pago como precio por el servicio, o como indemnización por las molestias que debió pasar<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> MORAN DE VICENZI, Claudia, *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, Lima, ARA EDITORES, 2005, p. 218.

<sup>11</sup> TABOADA, LEONOR. *La maternidad tecnológica, de la inseminación artificial a la fertilización in vitro* Barcelona, Ed. ICARIA ocho de Marzo, 1986, p. 17.

<sup>12</sup> SAMBRIZZI, Eduardo A. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, 2001, pp. 113 y 114.

Este planteamiento permite deducir que las técnicas de procreación artificial particularmente la de maternidad subrogada onerosa realmente puedan llegar a constituirse como un medio alternativo de procreación y no el remedio de una enfermedad llamada esterilidad.

Doctrinalmente se generan diversas posturas sobre la admisibilidad de la maternidad subrogada, citando en este sentido la aportación de Claudia Morán de Vicenzi quien señala tres posturas:

...la primera condiciona la validez del contrato al cumplimiento de determinados requisitos entre los que destacan el que haya sido celebrado por parejas de heterosexuales estériles, sin contraprestación alguna salvo la compensación por gastos médicos y de mantenimiento. En la segunda postura sostiene que los contratos de maternidad subrogada no deben considerarse como tales, sino que su naturaleza es la de un acto unilateral de voluntad revocable por la mujer en cualquier momento por ser actos de liberalidad pura de la mujer como una expresión de la libertad de autodeterminación del sujeto. La última postura niega la admisibilidad de la subrogación materna por impedir que el hijo determine su propia filiación y por contrariar al orden público, la moral y las buenas costumbres<sup>13</sup>.

Ante esta posibilidad de procreación nuestro derecho familiar incorpora una serie de supuestos, condiciones y requisitos para la celebración del mismo. A continuación abordaremos el concepto doctrinal y legal de maternidad subrogada, así como sus tipos.

La doctrina ha considerado que la maternidad subrogada «...consiste en depositar un embrión (óvulo fertilizado y desarrollado) en el vientre de otra, que es la que lo gestará y lo dará a luz<sup>14</sup>». De tal manera que la maternidad subrogada se presenta «...cuando existe imposibilidad de la mujer para gestar y se recurre a una tercera mujer para que se implante el embrión hasta su nacimiento, el material genético es de la pareja o de terceros a la pareja<sup>15</sup>».

Como puede observarse este procedimiento es de alta complejidad ya que para su implementación requiere la fecundación *in vitro* de embriones, la cual puede ser

<sup>13</sup> MORAN DE VICENZI, Claudia, *op cit*, pp. 198 – 202. La autora en el primero de los casos considera, en atención a esta tesis que la maternidad subrogada son actos lícitos de disposición del propio cuerpo que no vulneran el orden público o las buenas costumbres, centrando el debate sobre si es exigible coactivamente el cumplimiento o sólo se debe imponer la reparación del daño como sanción derivada del incumplimiento.

<sup>14</sup> AZAR, Edgar Elías, *op cit*, p. 260.

<sup>15</sup> FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, «Derechos de los terceros que participan en la reproducción asistida», en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 67

homologa o heteróloga, o puede llevarse a cabo con material genético exclusivamente proveniente de terceros más la intervención de la madre portadora o gestante, lo cual hace imprescindible su regulación de parte del derecho dando con ello lugar al concepto legal aportado por el Código Familiar para el Estado de Sinaloa.

En efecto, el artículo 283 de ese ordenamiento familiar sustantivo señala que:

La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

En el caso del Estado de Tabasco en el Código Civil define a esta técnica en su artículo 308 Bis-1 de la siguiente manera: La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

Del anterior concepto podemos deducir tomando en cuenta que sólo estos dos estados reglamentan esta figura, que en nuestro sistema jurídico mexicano adopta respecto a esta técnica de procreación la postura de considerarla como el remedio a la enfermedad llamada esterilidad y no como un medio alternativo de procreación ya que, como puede observarse incorpora en su concepto legal el necesario padecimiento de una imposibilidad física o contraindicación médica para gestar, cuestión que a su vez es retomado por los numerales 290 fracción III y 380 bis – 5 del Código Familiar para el Estado de Sinaloa y el Código Civil para el Estado de Tabasco respectivamente, en los cuales establecen como requisito para celebrar el contrato que la madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; en otras palabras, podría considerarse que este procedimiento sólo está destinado para casos de infertilidad demostrada y que, en consecuencia, las personas no pueden recurrir a él por simple capricho o por satisfacer un deseo egoísta de tener un hijo sin padecer las repercusiones que todo embarazo produce.

Desde el punto de vista moral podría considerarse adecuada la postura de éstos códigos al evitar con ello el uso arbitrario y abusivo de la técnica, pues toma en cuenta las implicaciones éticas que representa el hecho de que una mujer a cambio de una remuneración geste a un hijo para luego entregarlo a otra, lo cual desde una perspectiva estrictamente contractual sería como una compra-venta de niños

y constituiría una mercantilización del ser humano atentando contra los más elementales principios de la dignidad humana, la cual no podemos olvidar es la base principal de los derechos humanos puesto que de cierta manera con esta técnica «...se está realizando un contrato con un ser humano, y a éste se le vuelve una mercancía u objeto de negociación...<sup>16</sup>».

Por otra parte está el derecho a la libre procreación que, como se mencionaba en párrafos anteriores consiste en que toda persona tiene el derecho de decidir cuándo, con quién y a través de que medio procrear a sus hijos, lo que nos llevaría a plantear la interrogante si la reproducción asistida constituye un derecho de las personas, cuestión que a decir de Ochoa Hofmann Alfonso «...la reproducción asistida no puede ser considerada como un derecho, mucho menos como una necesidad que genere un derecho, las personas que tienen el problema de esterilidad y que quieren concebir deben tener el derecho a poder obtener asistencia médica para resolver su necesidad, pese a que se tenga que pagar por ésta<sup>17</sup>».

En consecuencia el planteamiento anterior nos lleva a considerarlo más como un derecho a la salud reproductiva que como un derecho a la libre procreación, entendido éste último como

...una libertad que reconoce, protege y garantiza la autonomía física y de voluntad de las personas; tiene un aspecto positivo, el que le permite al hombre o a la mujer decidir libremente sobre la decisión de tener o no tener hijos y el espaciamiento de los mismos, ya sea por la vía natural o por medio de las técnicas de reproducción asistida y sus mecanismos de realización<sup>18</sup>.

Dentro de la doctrina jurídica se han establecido diversas formas de subrogación materna estableciendo determinadas variantes a saber:

...si una mujer recibe un embrión para llevar a cabo sólo el embarazo y posteriormente dar a luz, se trata de una gestación subrogada. En cambio, si una mujer, además de llevar a cabo la gestación entregó su óvulo para la fertilización, se trata de una verdadera maternidad subrogada, la madre biológica y gestante asume el

16 Ochoa Hofmann, Alfonso E., «El derecho a tener hijos, consideraciones éticas y morales», en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 94

17 *Ibidem*, p. 98

18 MARÍN VELÉZ, Gustavo Adolfo, *El arrendamiento de útero en Colombia*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005, pp. 63 y 64, y Marrades Puig, Ana I, *Luces y sombras del derecho a la maternidad, análisis jurídico de su reconocimiento*, Valencia, Universidad de Valencia, 2002, pp. 40-42, en Pérez Contreras, María Monserrat, «El debate», en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 131



compromiso de entregar el hijo a quienes se lo pidieron por encargo. Una tercera posibilidad es que una mujer aporte el óvulo, otra gestante el embrión y que una tercera que encargo el proceso, se quede con el niño, así, la maternidad queda fragmentada; existe una madre biológica, otra gestante y una conocida como social, pues es quien solicitó el proceso<sup>19</sup>.

A esas variantes habría que agregársele el aspecto económico, es decir, la posibilidad de que en el contrato de subrogación materna se incorpore alguna retribución económica en favor de la mujer subrogada gestante como si se tratara de un servicio de alquiler ordinario, dando origen a la maternidad subrogada altruista y a la maternidad subrogada onerosa.

En el caso de la ley familiar sinaloense el artículo 284 establece las modalidades de maternidad subrogada que reconoce siendo las siguientes:

1. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante;
2. Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante;
3. Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y,
4. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.

En el caso de las modalidades que nuestra ley reconoce puede darse una serie de combinaciones entre las cuales se encuentra las maternidades subrogadas totales altruista u onerosa y las maternidades subrogadas parciales altruistas u onerosas, cabe aclarar que tratándose de la maternidad subrogada total onerosa la remuneración debe referirse exclusivamente al arrendamiento del útero con independencia de que la mujer subrogada gestante aporte el óvulo ya que, de incluirse, estaría en contra de la Ley General de Salud, la cual reconoce la facultad de disposición

<sup>19</sup> BRENA SESMA, Ingrid, «La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?», en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 140

de células germinales sólo de manera gratuita y, por ende, el óvulo será aportado altruistamente por la gestante y la remuneración sólo recaerá en concepto de la gestación en la cavidad uterina.

La afirmación anterior tiene sustento en lo preceptuado por el artículo 13 del Código Familiar vigente en el Estado, que establece que toda persona tiene derecho de disponer gratuitamente de sus células germinales remitiéndonos a los términos del Título Décimo Cuarto de la Ley General de Salud que a su vez reconoce en los artículos 314 fracción I, 320 y 327 la facultad de disposición de dichas células de forma gratuita, prohibiendo el comercio de los mismos<sup>20</sup>.

En el caso de la legislación civil para el Estado de Tabasco reconoce únicamente dos modalidades de gestación por contrato, la subrogada, la cual implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y la sustituta la cual implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante. Ambas figuras reglamentadas en su artículo 380 Bis- 2.

En este aspecto encontramos una marcada diferencia en la regulación de esta figura, mientras que en Sinaloa se reconoce la maternidad subrogada onerosa, en el caso de Tabasco no hace referencia a ésta, sólo habla gestación subrogada y sustituta, las cuales equivaldrían a la total y parcial que maneja la ley de Sinaloa.

Además en el caso de Sinaloa, la inscripción del nacido como hijo de los padres subrogados contratantes es de manera automática sin necesidad de un procedimiento de adopción con independencia del tipo de subrogación ya sea total o parcial, a diferencia de Tabasco donde tratándose de gestación por contrato subrogada – aquella donde la gestante es inseminada aportando sus propios óvulos– el producto será entregado a la madre contratante mediante el procedimiento de adopción plena<sup>21</sup>.

En cuanto a los requisitos que debe reunir la madre subrogada gestante son coincidentes en términos generales. Por ejemplo, en ambas legislaciones debe ser

<sup>20</sup> Art. 314. Para efectos de este título se entiende por: I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;.... Art. 320. Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente Título. Art. 327. Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

<sup>21</sup> Artículos 284 y 380 Bis- 2 del Código Familiar para el Estado de Sinaloa y del Código Civil para el Estado de Tabasco, respectivamente.

mujer entre veinticinco y treinta y cinco años de edad, que acredite mediante dictamen médico que no ha estado embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento, que no padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía, que ésta goce de buena salud psicosomática y, además acreditar que vive en un entorno familiar estable, libre de violencia y que las condiciones económicas y sociales de su entorno favorezcan el adecuado desarrollo del embarazo<sup>22</sup>.

En cuanto a la forma también coinciden en los requisitos generales, ya que en ambas leyes se permite el acceso a esta técnica únicamente a ciudadanos mexicanos que cuenten con plena capacidad de goce y de ejercicio, manifiesten su consentimiento libre e informado materializado en un instrumento público autorizado mediante la intervención de un Notario Público, y con la notificación del instrumento a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, sólo que la legislación de Tabasco señala que, dicho contrato deberá ser aprobado por el juez competente mediante procedimiento judicial no contencioso, mientras que en la legislación familiar de Sinaloa no requiere tal autorización. Una similitud adicional consiste en que en ambas legislaciones el acto es personalísimo por lo que no habrá lugar a la representación legal<sup>23</sup>.

En el estado de Sinaloa se han registrado del año 2014 a febrero de 2019 se han recibido ante a Oficialía del Registro Civil cuarenta y cuatro notificaciones donde se hace del conocimiento de la existencia del contrato de maternidad subrogada y en cuanto al número de nacimientos de niños y niñas bajo el procedimiento de maternidad subrogada se han recibido y realizado catorce registros.

En cuanto a las obligaciones derivadas de la propia naturaleza del contrato prácticamente son las mismas, a diferencia de la obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada<sup>24</sup>, situación que no está regulada en el código sinaloense.

<sup>22</sup> Artículos 283 y 285 del Código Familiar para el Estado de Sinaloa y artículo 380 Bis-3 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

<sup>23</sup> Artículo 293 del Código Familiar para el Estado de Sinaloa y artículo 380 Bis-3 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

<sup>24</sup> Artículo 380 Bis-7 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

### 3. CONCLUSIONES

A manera de conclusión puede señalarse que las tecnologías reproductivas por una parte han representado una alternativa para todas aquellas personas o parejas que por diversas razones no pueden engendrar a través del proceso natural. La ciencia médica en respuesta a las exigencias de esas personas generó investigación científica y con ello propició las condiciones para facilitar la reproducción humana disociándola de lo sexual, sin embargo, por otra parte, propició diversas problemáticas éticas y jurídicas, las primeras relativas a la dignidad humana de los futuros productos de las técnicas al considerarse que se mercantiliza con el cuerpo y con el ser humano y las segundas, al modificar totalmente los criterios de determinación de la filiación y sus consecuencias, al destruir presunciones legales que se consideraban inatacables como *mater semper certa est* donde la maternidad era indiscutible hoy vemos que puede presentarse varios supuestos donde dos o más mujeres pueden considerarse madres del hijo nacido al amparo de esas técnicas.

Adicionalmente plantea cuestiones de orden ético respecto a su permisibilidad y la posibilidad de contratar un vientre mediante el pago de un honorario como si fuese un servicio mercantilizando en cierta medida al ser humano, particularmente al producto de la gestación.

Nuestra legislación intenta regular a la maternidad subrogada y a las técnicas de reproducción humana artificial, pues es, sin duda, el acceso a éstas un derecho de las personas inherente a la misma, al reconocimiento a su libertad de procreación, sin embargo, siguen persistiendo algunos vacíos que posiblemente con el transcurso del tiempo y con el surgimiento de conflictos se irán colmando a través de la propia interpretación y la integración legal, o bien, con la adición o reforma a nuestras leyes civiles y familiares.



# RETOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ANTE EL AVANCE DIGITAL: UNA CUESTIÓN DE INTERÉS GENERAL

JOSÉ LUIS DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ<sup>1</sup>  
*Área de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*

«Fenómenos como la robotización y la datificación de la sociedad exponen a los ciudadanos del siglo XXI a riesgos evidentes. Un uso irresponsable de la tecnología puede conducir a graves daños sociales, hasta el punto de comprometer el funcionamiento mismo de nuestras instituciones democráticas<sup>2</sup>».

## INTRODUCCIÓN

**L**A PROCLAMACIÓN de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y con ello del derecho a la buena administración, pretendía traer consigo una transformación sin precedentes tanto de las categorías tradicionales del Derecho administrativo como de la propia concepción de las Adminis-

<sup>1</sup> Personal Investigador en Formación del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca – FPU 17/01088 Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

<sup>2</sup> Leonardo CERVERA NAVAS, Director del *European Data Protection Supervisor* (EDPS).

traciones públicas. La novedosa regulación en materia de protección de datos de carácter personal, fruto de la preocupación del legislador europeo por limitar los efectos perniciosos que el proceso de digitalización y datificación de la sociedad puede representar para la dignidad y libertad de la ciudadanía, exige hoy realizar una nueva lectura de ese derecho a la buena administración a la luz de estos profundos cambios normativos.

En ese sentido, se hace necesario que las Administraciones públicas redoblen los esfuerzos destinados a maximizar los estándares de seguridad de la información que obra en su poder, y especialmente en aquellos casos en los que dicha información pública contenga datos de carácter personal, ya que la protección de datos personales debe constituir, sin lugar a dudas, uno de los presupuestos indispensables para alcanzar el derecho a la buena administración y la consecución de la finalidad última de esta: la satisfacción de los intereses generales conforme al artículo 103.1 CE.

En las próximas líneas se pretende ahondar en esta idea-fuerza, destacando la estrecha vinculación existente entre el cumplimiento de la novedosa regulación en materia de protección de datos de carácter personal y la consecución efectiva de los fines de las Administraciones públicas constitucionalmente reconocidos, los cuales se resumen necesariamente en la idea de interés general<sup>3</sup>, concebido como la satisfacción de aquellas necesidades que, por su amplitud o por su rentabilidad económica o personal, no son espontáneamente cubiertas por los individuos privados<sup>4</sup>.

Sin embargo, esta tarea de maximización de los estándares de protección de los datos personales en poder de las Administraciones públicas, tarea que debemos concebir no solamente desde el punto de vista del cumplimiento normativo, sino también como piedra angular para la conquista de los fines de la Administración pública, es decir, la defensa de los intereses generales –entre los que destacan la defensa de los Derechos fundamentales y la garantía de la dignidad de la ciudadanía–, lejos de presentarse como un quehacer sencillo, puede convertirse en un auténtico quebradero de cabeza para buena parte de las Administraciones públicas españolas.

<sup>3</sup> Ahora bien, el interés general se presenta como un concepto difícilmente definible. A esta complejo quehacer se refiere acertadamente el profesor NIETO GARCÍA, al señalar que ni la ciencia ni la práctica están en condiciones de determinar lo que son los intereses generales o su papel en el Estado. Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales». En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Coord.), Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madrid, Civitas, vol. 3, 1991, pág. 2185.

<sup>4</sup> En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR señala que para alcanzar los intereses generales «el medio más característico de la Administración es el ejercicio del poder público, mediante el cual se puede vencer de forma unilateral las resistencias que los ciudadanos opongan a los intereses generales». Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pág. 36.

Ante esta tesitura, el presente estudio pretende realizar una pequeña incursión en las estribaciones de esta difícil problemática, planteando algunas respuestas a los principales retos que las Administraciones públicas deben afrontar en el campo de la protección de datos personales, con la finalidad de promover mejoras sustanciales orientadas a maximizar la seguridad de la información, el correcto tratamiento de los datos personales y la eficacia administrativa, soluciones entre las que destacan por su extraordinaria importancia, el impulso decidido de la interoperabilidad administrativa o la implementación de la educación para la digitalización.

## 1. LA TRANSFORMACIÓN DE LA REGULACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS COMO INSTITUTO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CIUDADANÍA

El derecho a la protección de datos personales constituye una de las grandes aportaciones de la Unión Europea a la esfera internacional en las últimas décadas y una prueba palpable del liderazgo que ha demostrado nuestro continente en la promoción de los valores de paz y tolerancia en defensa de las libertades y derechos fundamentales del individuo<sup>5</sup>.

En efecto, la protección de la vida privada ha visto transcurrir un periodo de casi tres cuartos de siglo desde su primera formulación teórica por WARREN y BRANDEIS<sup>6</sup> hasta su reconocimiento jurisdiccional en Estados Unidos o su aparición en nuestro ordenamiento jurídico con la promulgación de la Constitución española de 1978<sup>7</sup>. Pese a todo ello, el derecho a la protección de datos se ha asentado en nuestro ordenamiento con una rapidez inusitada teniendo en cuenta sus

<sup>5</sup> Vid. TERRÓN SANTOS, Daniel & DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, José Luis. *Nueva regulación de la protección de datos y su perspectiva digital*. Granada, Editorial Comares, 2019, pág. 1.

<sup>6</sup> Cfr. Samuel D. WARREN & Louis D. BRANDEIS. «The right to privacy». *Harvard Law Review*. Vol. IV, 1890, núm. 5, págs. 193-220.

<sup>7</sup> La Constitución española de 1978 reconoce en el art. 18 el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. Sin embargo, como afirma ESPÍN TEMPLADO, los derechos reconocidos en el art. 18, «aún con su respectiva especificidad, tienen una clara unidad, al versar, como el derecho a la privacidad, sobre la protección de un ámbito privado reservado para la propia persona, del que están excluidos los demás, a reserva de la voluntad de cada individuo de compartir dicho ámbito». Vid. ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, «Los derechos de la esfera personal». En: Derecho Constitucional. Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 208. Por su parte, ÁLVAREZ CONDE señala que «este derecho a un espacio de privacidad, frente a la intromisión de los demás, representa, también, una proyección del derecho a la vida y a la integridad moral –art. 15 CE– y del reconocimiento de la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10.1 CE–». Vid. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, Curso de Derecho Constitucional. Madrid, Tecnos, 1994, pág. 294.



especiales características morfológicas y la técnica jurisprudencial<sup>8</sup> que ha determinado su nacimiento<sup>9</sup>.

Ciertamente, el derecho a la protección de datos personales tiene un largo e intenso recorrido durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera década del siglo XXI<sup>10</sup>. Si se efectúa una primera aproximación a su evolución histórica, encontramos una serie de antecedentes que destacan con extraordinaria claridad. El primero de esos antecedentes lo encontramos en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948:

«Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

Inmediatamente después, el 4 de noviembre de 1950, tuvo lugar la aprobación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales<sup>11</sup>, más conocido como la Convención Europea de Derechos

<sup>8</sup> Será en la STC 292/2000 donde el Alto Tribunal diseñe con nitidez el contenido del derecho fundamental a la protección de datos. El fundamento jurídico quinto de la sentencia confirma la interpretación conforme a la cual el art. 18.4 CE incorpora un nuevo derecho fundamental dotándolo de plena autonomía respecto del derecho a la intimidad, al señalar lo siguiente: «este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos, cuya concreta regulación debe establecer la ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran». Vid. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5, publicada en el BOE núm. 4, de 4 de enero de 2001.

<sup>9</sup> Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas». *IDP: revista de Internet, derecho y política*= *revista d'Internet, dret i política*, 2007, núm. 5, pág. 4.

<sup>10</sup> Vid. ÁLVAREZ HERNANDO, Javier. *Practicum de protección de datos 2018*. Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pág. 48.

<sup>11</sup> El texto del Convenio ha sido modificado tras su aprobación por las disposiciones del Protocolo n.º 14 (STCE n.º 194) a partir de su entrada en vigor el 1 de junio de 2010. El texto del Convenio fue anteriormente modificado por las disposiciones del Protocolo n.º 3 (STE n.º 45), que entró en vigor el 21 de septiembre de 1970, del Protocolo n.º 5 (STE n.º 55), que entró en vigor el 20 de diciembre de 1971 y del Protocolo n.º 8 (STE n.º 118), que entró en vigor el 1 de enero de 1990. Incluía asimismo el texto del Protocolo n.º 2 (STE n.º 4) que, de conformidad con su artículo 5 párrafo 3, formaba parte integrante del Convenio desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1970. Todas las disposiciones modificadas o añadidas por dichos Protocolos fueron sustituidas por el Protocolo n.º

Humanos (CEDH), instrumento que tenía como finalidad prioritaria reafirmar la profunda adhesión del Consejo de Europa «a las libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen», también hizo mención expresa en su artículo octavo al Derecho al respeto a la vida privada y familiar, en los términos que a continuación se expresan:

«Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar»

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria.*

Esta inquietud de las organizaciones supranacionales por el respeto a los derechos de la personalidad, así como por las disfunciones sociales que los nuevos medios tecnológicos pueden producir, tuvo su plasmación por vez primera en el Convenio nº 108 del Consejo de Europa<sup>12</sup>. Dicha norma constituye no solo el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante en materia de protección de datos, sino también, el punto de partida para afrontar los retos que plantea la automatización desde el reconocimiento de un derecho a la protección de datos, derecho que vino a ser reforzado con posterioridad por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre en 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Sin embargo, la vertiginosa evolución tecnológica y la globalización han planteado la necesidad de acometer importantes cambios normativos, una modernización sin precedentes en aras de ofrecer un enfoque global que garantice el pleno respeto no solo del derecho fundamental a la protección de datos personales sino, también, de la dignidad humana ante los riesgos y amenazas de la realidad digital<sup>13</sup>.

---

11 (STE nº 155), a partir de la fecha de su entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998. Desde esa fecha, el Protocolo nº 9 (STE nº 140), que entró en vigor el 1 de octubre de 1994, quedó derogado y el Protocolo nº 10 (STE nº 146) quedó sin objeto.

<sup>12</sup> Vid. REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *Protección de datos en Europa. Origen, evolución y regulación actual*. Madrid, Editorial Dykinson, 2018, pág. 83.

<sup>13</sup> Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid, Editorial Universitas, 2012.

En este sentido, el Diario Oficial de la Unión Europea, publicaba el 4 de mayo de 2016 el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante RGPD). En esencia, la reforma pretende devolver a los ciudadanos el control de sus datos personales y garantizar en todo el territorio de la Unión Europea unos elevados estándares de protección, adaptados al entorno digital<sup>14</sup>. Esta idea-fuerza, presente en todo el texto del RGPD, se establece con meridiana claridad desde sus primeros considerandos –especialmente en el considerando cuarto–:

«El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. El presente Reglamento respeta todos los derechos fundamentales *y observa las libertades y los principios reconocidos en la Carta conforme se consagran en los Tratados, en particular el respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones, la protección de los datos de carácter personal, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, y la diversidad cultural, religiosa y lingüística*».

En líneas generales, podemos decir, que el RGPD nace con vocación de erigirse como el instrumento normativo encargado de dar respuesta y solución al tsunami tecnológico en el que se sumerge la sociedad actual<sup>15</sup>. En este sentido, su finalidad no es otra que la de garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas, al tiempo que pretende eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión Europea, apostando de forma decidida por el establecimiento de elevados y equivalentes niveles de protección de los derechos y libertades de las personas físicas –en lo que se refiere al tratamiento de dichos datos– en todos los Estados miembros.

En otras palabras, la nueva regulación trata de dar respuesta a la profunda evolución que el derecho a la libertad informática ha experimentado en el continente

<sup>14</sup> Vid. DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. «Reglamento Europeo sobre protección de datos». *Actualidad administrativa*, 2016, núm. 7, págs. 10.

<sup>15</sup> Cfr. RALLO LOMBARTE, Artemi & GARCÍA MAHAMUT, Rosario. *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos. Towards a new European Data Protection Regime*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

européo, lo que ha propiciado el paso de considerar el *habeas data* como un instituto de protección de otros derechos, principalmente la intimidad, a entenderlo como un derecho autónomo e independiente con su propia configuración y lógica interna<sup>16</sup>.

Algo similar ocurre con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDGD), la cual, sin lugar a dudas, constituye un ejemplo palmario de la transformación provocada por la tecnología en la sociedad contemporánea<sup>17</sup>. Si el derecho a la protección de datos personales sirvió durante las últimas décadas para preservar los derechos individuales frente a buena parte de los efectos generados por las tecnologías de la información y del conocimiento, la sociedad digital en la que nos hallamos completamente inmersos demanda un haz de derechos que se extienda a la práctica totalidad de los ámbitos en que el individuo se desarrolla en sociedad<sup>18</sup>.

Y es que, de conformidad con lo establecido en el artículo primero de la norma objeto de estudio, observamos que el legislador español confiere un doble objetivo a la LOPDGD: en primer lugar, adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completando sus disposiciones, y en segundo lugar garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución<sup>19</sup>.

En definitiva, cuando hablamos del RGPD y la LOPDGD, nos referimos a nuevos instrumentos normativos diseñados con la finalidad de hacer frente a nuevas y vertiginosas realidades, entre las que destacan especialmente la digitalización

<sup>16</sup> Vid. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio. «El nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos». *Nueva época*, 2016, vol. 19, núm. 1, págs. 395-411.

<sup>17</sup> Vid. RALLO LOMBARTE, Artemi. «Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales». En: RALLO LOMBARTE, Artemi *et al.*, *Tratado de Protección de Datos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 23-52.

<sup>18</sup> Vid. RALLO LOMBARTE, Artemi. «De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)». *Revista de Derecho Político*, 2017, núm. 100, págs. 637-667.

<sup>19</sup> En este sentido, el propio Tribunal Constitucional en aras de clarificar el régimen jurídico de la protección de datos personales tras los cambios producidos a raíz de las transformaciones normativas europeas iniciadas con la adopción del RGPD señala el carácter complementario del Reglamento y la LOPDGD, en tanto en cuanto, ambas fuentes configuran conjuntamente de forma directa la regulación en la materia [Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 76/2019, de 22 de mayo de 2019. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo respecto del apartado primero del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, incorporado por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales o supletoria el desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (FJ 4)].

y la datificación de la sociedad en su conjunto, lo que exige articular respuestas jurídicas innovadoras para salvaguardar la integridad y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de la ciudadanía. El derecho a la protección de datos de carácter personal se presenta, por tanto, como el presupuesto indispensable para garantizar la dignidad humana ante los riesgos y amenazas de la realidad digital, lo que requiere no solo el compromiso y el cumplimiento de las exigencias normativas en materia de protección de datos por parte de todos los actores —públicos y privados—, sino también la adopción de las medidas pertinentes y necesarias para garantizar en todo momento la minimización de los riesgos en la seguridad de la información, proceso que deberían abanderar de forma diligente las diferentes Administraciones públicas, y para lo cual urge, de una vez por todas, desplegar todo un haz de actuaciones y de herramientas que contribuyan de forma efectiva a lograr la tan ansiada interoperabilidad administrativa, mecanismo idóneo para reducir la proliferación excesiva de datos personales, datos que se presentan como principal activo para las diferentes unidades administrativas en los albores del nuevo paradigma de la Administración pública: la administración automatizada<sup>20</sup>.

## 2. LA INTERCONEXIÓN ENTRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

El 7 de diciembre del año 2000 tiene lugar la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>21</sup>, Carta que está llamada a ser la positivación de los principios generales del derecho comunitario<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> La actuación administrativa automatizada se define en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, como «actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular». Vid. MARTÍN DELGADO, Isaac. «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada». *Revista de administración pública*, 2009, núm. 180, págs. 353-386.

<sup>21</sup> En este sentido, FIGUERUELO BURRIEZA señala, de forma acertada, que «la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea viene a colmar un vacío, reiteradamente subrayado, en la Comunidad Europea, carente de una propia “Declaración de Derechos” aplicable a las eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales por las instituciones y órganos comunitarios». Vid. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, «La protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2001, núm. 5, pág. 334.

<sup>22</sup> Vid. RODRÍGUEZ DÍAZ, Ángel. «Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». *Revista de Derecho Político*, 2001, núm. 51.

Proclamada en el Consejo Europeo de Niza, la Carta es un texto atípico<sup>23</sup> al que el Tratado de Lisboa otorga el mismo valor jurídico que los Tratados. Dicho texto consta de un Preámbulo y 54 artículos comprendidos en siete Capítulos estructurados en siete grandes rúbricas: Dignidad, Capítulo I –artículos 1 a 5–; Libertades, Capítulo II –artículos 6 a 19–; Igualdad, Capítulo III –artículos 20 a 26–; Solidaridad, Capítulo IV –artículos 27 a 38–; Ciudadanía, Capítulo V –artículos 39 a 46–; Justicia, Capítulo VI –artículos 47 a 50–; y Disposiciones generales, Capítulo VII –artículos 51 a 54–, referidas al ámbito de aplicación de la Carta, el alcance de los derechos reconocidos, el nivel de protección y la prohibición del abuso de derecho<sup>24</sup>.

Aproximándonos al objeto de nuestro estudio, la Carta de Niza supuso la positivización de un novedoso derecho, el derecho a la buena administración –artículo 41–, cuya importancia estriba en que supone de facto un replanteamiento del derecho administrativo en su conjunto. En este sentido, algunos teóricos señalan que el derecho a la buena administración viene a exigir una nueva formulación del Derecho administrativo y sus principales categorías, al objeto de convertir a la ciudadanía –y la participación activa de esta– en el centro gravitacional de la nueva concepción del sistema del derecho administrativo<sup>25</sup>.

En efecto, tal y como señala el profesor RODRIGUEZ-ARANA, la buena administración –también conocido como el buen gobierno–, aspira a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales<sup>26</sup>. Otros teóricos señalan en cambio que el principio de buena administración responde a las concepciones más recientes del Derecho Administrativo, caracterizadas por el intento de superar la visión estrictamente formal que legitima la Administración para el mero cumplimiento neutral y objetivo de la norma que le otorga las potestades de

<sup>23</sup> Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Luis. «Los Derechos Fundamentales en el ámbito de la Unión Europea y su incidencia en España (con especial referencia a la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007)». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008, núm. 33, pág. 35.

<sup>24</sup> Vid. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, núm. 9, pág. 12.

<sup>25</sup> Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. «La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa». *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 2014, núm. 6, págs. 23-56.

<sup>26</sup> Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El buen gobierno y la buena Administración de las Instituciones Públicas (adaptado a la Ley 5/2006, de 10 de abril)*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.

actuación y, por otro lado, por la voluntad de situar al ciudadano en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad administrativa<sup>27</sup>.

A grandes rasgos, cuando nos referimos a la buena administración, estamos haciendo alusión a aquella que cumple con las funciones que le son otorgadas en democracia. Es decir, una Administración pública que sirve objetivamente a la ciudadanía, que realiza su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente al interés general. Un interés general que en el Estado social y democrático de Derecho no puede concebirse de otra forma que no sea la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas<sup>28</sup>.

Pero más allá del espíritu inherente de este artículo 41 de la Carta de Niza, el cual estaba concebido con la finalidad de provocar una verdadera catarsis en el seno del Derecho administrativo europeo, el mismo posee una serie de implicaciones en la cuestión que nos ocupa, la mejora de la protección de datos de carácter personal, con la finalidad de mejorar la seguridad de la información en poder de las Administraciones públicas. Y es que, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa de la Unión Europea –redactado por el Defensor del Pueblo Europeo y aprobado por Resolución del Parlamento Europeo de 6 de septiembre de 2001– se establece el principio del respeto a la vida privada y a la integridad de las personas, es decir a la protección de los datos personales, como corolario del derecho a la buena administración. De esta forma, se establece lo siguiente: «el funcionario que maneje datos personales referentes a un ciudadano respetará la vida privada y la integridad de la persona, de conformidad con las disposiciones del Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos».

Todo ello nos conduce a señalar la relación de causalidad y proximidad existente entre el derecho a una buena administración y el derecho a la protección de datos de carácter personal. Ciertamente, en nuestra opinión ambos derechos forman parte de un todo indisoluble –que no es otro que satisfacer los intereses generales y mejorar las condiciones de vida de la ciudadanía–, pues parece lógico que para que se cumpla la premisa de disponer de una buena administración es necesario que esta respete escrupulosamente las exigencias establecidas por la nueva regulación

<sup>27</sup> Vid. SANZ LARRUGA, Javier. «El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, núm. 13, págs. 729-751.

<sup>28</sup> Vid. *op. cit.* RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. «La buena Administración...».

en materia de protección de datos, ya que en caso contrario no solo se estará entrando en contradicción con el contenido del artículo 41 de la Carta de Niza, sino también vulnerando el derecho al honor y la intimidad personal de la ciudadanía<sup>29</sup>.

### 3. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANTE EL RGPD Y LA LOP-DGDD: DESAFÍOS PENDIENTES

Son muchas las cuestiones que las Administraciones públicas deben abordar, con carácter urgente, para adaptarse a las nuevas y crecientes exigencias en materia de protección de datos tras la promulgación del RGPD y la LOPDGDD respectivamente. Sin embargo, cuando hacemos referencia a los principales desafíos pendientes de afrontar por parte de las diferentes instituciones con la finalidad de adaptarse a las profundas transformaciones derivadas de los procesos de digitalización y datificación de la sociedad, necesariamente debemos hacer alusión a las siguientes cuestiones.

#### 3.1. POTENCIAR LA INTEROPERABILIDAD ADMINISTRATIVA

La cooperación entre las Administraciones públicas es esencial para proporcionar los servicios a los ciudadanos y garantizarles su derecho a relacionarse con ellas por medios electrónicos<sup>30</sup>. Dicha cooperación requiere unas condiciones tales que permitan que la misma se pueda llevar a cabo con fluidez para lo cual es necesario que haya interoperabilidad.

<sup>29</sup> Vid. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, José Luis. «Interoperabilidad administrativa y protección de datos personales: claves para garantizar el derecho a una buena administración». *Tábula*, 2019, núm. 22, pág. 99.

<sup>30</sup> La adopción de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante LAECSP), supuso la escenificación de esa apuesta decidida por la digitalización de la Administración pública española, positivizando por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico interno, de forma clara y universal, el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las diferentes Administraciones públicas de manera electrónica. Así, el art. 6.1 LAECSP establece que, «[s]e reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos (...)».



La interoperabilidad<sup>31</sup> se presenta, por tanto, como el desafío más importante que se plantea a la gestión administrativa en la primera mitad del siglo XXI. Hace posible que los datos situados en un punto de un sistema (por ejemplo, los que contenga un expediente administrativo electrónico confiado a un concreto órgano administrativo) puedan ser utilizados de manera electrónica por el conjunto de dicho sistema (es decir, por todos los órganos de una misma Administración) y cruzarse asimismo por medios electrónicos para su uso por los interesados y por otras entidades públicas y privadas<sup>32</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario que las Administraciones públicas adopten las medidas pertinentes para garantizar la efectividad y plena aplicabilidad del contenido normativa de la Disposición final duodécima de la LPDGDD, por la que se modifica el artículo 28.3 LPACAP, señala que

*«[...] Las Administraciones no exigirán a los interesados la presentación de documentos originales, salvo que, con carácter excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario. Asimismo, las Administraciones públicas no requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos por la normativa reguladora aplicable o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración. A estos efectos, el interesado deberá indicar en qué momento y ante qué órgano administrativo presentó los citados documentos, debiendo las Administraciones públicas recabarlos electrónicamente a través de sus redes corporativas o de una consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto, salvo que conste en el procedimiento la oposición expresa del interesado o la ley especial aplicable requiera su consentimiento expreso. Excepcionalmente, si las Administraciones públicas no pudieran recabar los citados documentos, podrán solicitar nuevamente al interesado su aportación».*

### 3.2. IMPLEMENTAR LA DESIGNACIÓN DE DELEGADOS DE PROTECCIÓN DE DATOS (DPD)

Tras la adopción del RGPD no solo aparecen nuevos derechos y garantías orientados a afianzar el control de la ciudadanía sobre sus propios datos personales. Unido a lo anterior, el Reglamento introduce una importante novedad al incorporar de

<sup>31</sup> El enchufe es un ejemplo rudimentario de interoperabilidad en procesos puramente industriales: la clavija de que disponga un aparato debe ser compatible con la clavija de suministro de corriente a la que vamos a conectarlo, porque en caso contrario no podríamos enchufar el equipo, cosa que no es tan fácil de lograr cuando son muchos los fabricantes y la distribución del producto abarca grandes áreas.

<sup>32</sup> Vid. GAMERO CASADO, Eduardo. «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor». *Revista de Administración Pública*, 2009, núm. 179, págs. 291–332.

forma decidida la figura del delegado de protección de datos<sup>33</sup>, elemento capital<sup>34</sup> para el correcto desarrollo del nuevo marco regulador de la protección de datos de carácter personal<sup>35</sup>. De esta forma, y en seguimiento de las disposiciones del artículo 35 RGPD, se deberá proceder al nombramiento de un delegado de protección de datos<sup>36</sup> siempre que el tratamiento de datos personales lo lleve a cabo una autoridad u organismo público (Administraciones públicas en sentido amplio), excepto en el caso de aquellos tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial; siempre que las actividades de tratamiento consistan en operaciones que por razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala, o bien cuando las actividades principales del responsable o del encargado se fundamenten en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales, en los términos previstos con arreglo al

<sup>33</sup> Véanse las «*Guidelines on the Data Protection Officers (DPO 's)*», aprobadas por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 el 13 de diciembre de 2016; y el documento relativo a la evaluación de impacto de la Comisión Europea sobre la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos, el cual contiene una definición de la figura del Delegado de Protección de Datos (DPD), según la cual nos encontramos ante «una persona responsable en el seno de un responsable del tratamiento o encargado del tratamiento de supervisar y monitorear de manera independiente la aplicación interna y el respeto de las normas sobre protección de datos. El DPD puede ser tanto un empleado como un consultor externo».

<sup>34</sup> Al respecto, el Supervisor Europeo de Protección de Datos (EDPS), al tratar esta figura a la luz del Reglamento (CE) nº 45/2001, ha indicado que «*The DPO has a central role within the institution/body: DPOs are familiar with problems of the entity where they work (idea of proximity) and, given their status, have a crucial role to play in giving advice and help in solving data protection issues*». Lo que puede traducirse como «El DPO tiene un papel fundamental dentro de la institución/organismo: los DPOs están familiarizados con los problemas de la organización donde trabajan (idea de proximidad) y, dado su estatus, desempeña un papel fundamental en cuanto a proporcionar consejo y ayuda para resolver los problemas sobre protección de datos». Vid. SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Position paper on the role of Data Protection Officers in ensuring effective compliance with Regulation (EC) 45/2001*. Bruselas, 28 de noviembre de 2005, pág. 5.

<sup>35</sup> Vid. PIÑAR MAÑAS, José Luis. «Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos». En PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un modelo europeo de privacidad*. Madrid, Editorial Reus, 2016, pág. 20.

<sup>36</sup> En palabras de RECIO GAYO, el origen de la figura del delegado de protección de datos se encuentra en una ley nacional sobre protección de datos. En concreto, Alemania fue el primer país del mundo en incluir esta figura en su ley federal de protección de datos personales (BDSG 1977), denominándola «*Beaufragten für den Datenschutz*». Adicionalmente, conviene señalar que la figura del delegado de protección de datos ya estaba incluida en la Directiva 95/46/CE, si bien su designación no era obligatoria pero sí una condición para poder aplicar una simplificación o excepción a la obligación de notificación a la autoridad de control. Vid. RECIO GAYO, Miguel. «El delegado de protección de datos». En PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un modelo europeo de privacidad*. Madrid, Editorial Reus, 2016, pág. 369.

artículo 9 RGPD y de datos relativos a condenas e infracciones penales a las que se refiere el artículo 10 RGPD.

Justamente, la designación de delegados de protección de datos y su posterior comunicación a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) es uno de los principales escollos a los que se enfrentan las Administraciones públicas, bien por la ausencia de recursos técnicos y/o humanos, o bien por la carencia de personal con formación específica en materia específica de protección de datos<sup>37</sup>. Esta situación alcanza cotas dramáticas en el caso de las Entidades Locales, las cuales durante décadas han visto mermados sus recursos y su capacidad de acción, abandono que deriva inexorablemente en una –involuntaria– dejadez de funciones por parte del eslabón más débil de la estructura administrativa territorial, y en la creación de enormes brechas de seguridad, que terminan por exponer, a la postre, ingentes volúmenes de información y datos personales del conjunto de la ciudadanía, poniendo en serio riesgo el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

### 3.3. CLARIFICAR Y FACILITAR EL CORRECTO EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA CIUDADANÍA RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La entrada en vigor del RGPD supone *de facto* la superación de los conocidos como derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), aquellos derechos tradicionales contemplados en la antigua Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Este refuerzo de los derechos del interesado se traduce a su vez en un fortalecimiento de las obligaciones del responsable del tratamiento. No debemos olvidar que los derechos de rectificación, cancelación, oposición y limitación del tratamiento están estrechamente relacionados y encuentran su razón de ser en los propios principios del derecho de protección de datos, indudablemente vinculados con la necesaria exactitud de los datos<sup>38</sup>, así como con el concepto de autodeterminación

<sup>37</sup> En 2020, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) comenzó a actuar de manera decidida contra las organizaciones que seguían sin contar con un delegado de protección de datos, a pesar de estar obligadas por ley desde hace más de dos años. La primera empresa en ser sancionada por este motivo fue la plataforma de envíos a domicilio Glovo, la cual tuvo que hacer frente a una multa de 25.000 euros. Las Administraciones públicas no han sido ajenas a esta labor de inspección y sanción de la AEPD lo que se ha traducido en los primeros apercibimientos contra diversas Entidades Locales. El primer procedimiento sancionador sobre esta cuestión fue iniciado por la AEPD el mismo año contra el Ayuntamiento de Huércal Olvera (PS/00001/2020) por no haber designado a un delegado que velara por los datos de los vecinos de la localidad

<sup>38</sup> *Vid. op. cit.* RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. «Principios de protección...».

informativa y control del individuo sobre sus propios datos<sup>39</sup>. En este sentido, Murillo de la Cueva define la autodeterminación informática como «el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, nuestra dignidad y libertad. En su formulación como derecho, implica necesariamente poderes que permitan a su titular definir los aspectos de su vida que no sean públicos, que desea que no se conozcan, así como facultades que le aseguren que los datos que de su persona manejan terceros informáticamente son exactos, completos y actuales, y que se han obtenido de modo leal y lícito»<sup>40</sup>.

Este poder de control sobre los propios datos se concreta tras la entrada en vigor del RGPD, en una revisión y adaptación de la normativa a la nueva Era digital, incluyendo también la modificación de la actuación tradicional de las Administraciones públicas con la finalidad de adaptar la acción administrativa a los nuevos derechos de los interesados o administrados, entre los que destacan necesariamente, derechos tales como el Acceso, la Rectificación, la Supresión o derecho al olvido, la Limitación del tratamiento, la Portabilidad de los datos personales y la Oposición al tratamiento de los mismos<sup>41</sup>.

#### 3.4. IMPLEMENTAR LA EDUCACIÓN PARA LA DIGITALIZACIÓN

El artículo 83.1 LOPDGDD<sup>42</sup>, referente al derecho a la educación digital, refuerza, de manera particularmente destacada, las obligaciones del sistema educativo para garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y en el aprendizaje de un uso seguro y adecuado de los medios digitales, con el fin de garantizar su privacidad, incluyendo una formación específica en los currículums

<sup>39</sup> El Tribunal Constitucional español reconoce un derecho a la protección de datos de carácter personal como derecho fundamental que garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales. *Vid.* la sentencia STC 292/2000, de 30 de noviembre.

<sup>40</sup> *Vid.* MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *Informática y protección de datos personales (estudios sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)*. Cuadernos y Debates, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 32 y ss.

<sup>41</sup> *Vid.* ÁLVAREZ CARO, María. «El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas». En PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un modelo europeo de privacidad*. Madrid, Editorial Reus, 2016, pág. 230.

<sup>42</sup> Este precepto ha sido recientemente modificado y ampliado por la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

académicos y exigiendo que el profesorado reciba una formación adecuada en esta materia.

Así, y de conformidad con el citado precepto, el Gobierno debería haber remitido en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la LOPDGDD –diciembre de 2018– un proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar estos derechos, plazo del que las Administraciones educativas disponían para la inclusión de dicha formación en los currículums y programas formativos, y que igualmente han incumplido.

Ante esta situación, urge que los Poderes públicos, y especialmente las Administraciones públicas, como garantes de los intereses generales, sean conscientes, en primer lugar, de las profundas transformaciones –y nuevas amenazas– que el avance desmedido de la sociedad digital implica, y en segundo lugar, de la necesidad de promover actuaciones administrativas concretas orientadas al estricto cumplimiento de las exigencias y obligaciones establecidas por la novedosa regulación en materia de protección de datos de carácter personal. Solo de esta forma las Administraciones públicas conseguirán minimizar el alcance lesivo que la rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado para el pleno disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales de la ciudadanía. Presupuesto sin el cual, difícilmente la Administración pública podrá servir objetivamente a la sociedad, y orientar su actuación a la consecución del interés general, interés general que, en un Estado social y democrático de Derecho, como ya hemos señalado con anterioridad, no puede concebirse de otra forma que no sea la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del conjunto de la población.

# FUNCIÓN CONSTITUCIONAL Y EJEMPLARIDAD PÚBLICA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

MARCELO EUGÊNIO FEITOSA SALMEIDA<sup>1</sup>

## 1 INTRODUCCIÓN

EL PRESENTE trabajo tiene sus orígenes en el «Congreso Internacional Congreso “Estado de Derecho, Democracia y Forma de Gobierno”<sup>2</sup>», evento que reunió investigadores de la Universidad de Salamanca (España) y de la Universidad Autónoma de Sinaloa (México), para debatir los temas más urgentes del constitucionalismo contemporáneo. En la ocasión nos motivamos a presentar algunas ponderaciones sobre el tema de la crisis de confianza en los sistemas políticos y plantear algunas soluciones desde roles que pueden ser ejercidos por los partidos políticos.

De hecho distintos sistemas políticos del mundo, como el de Brasil, México y España, tras años de lucha por estabilidad y escándalos de corrupción política, cierran esta primera quinta parte de siglo compartiendo la misma sensación de desafectación y escepticismo de sus ciudadanías con relación a las instituciones que conforman esos sistemas, especialmente los partidos políticos.

<sup>1</sup> Abogado de la Nación (Brasil), doctorando en «Estado de Derecho y Gobernanza Global» en la Universidad de Salamanca, *visiting researcher* en el Centro de Estudios Sociales de la *Universidade de Coimbra*.

<sup>2</sup> Congreso «Estado de Derecho, Democracia y Forma de Gobierno», evento ocurrido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, el 11 de noviembre de 2019, bajo codirección de los Profesores Doctores Mercedes Iglesias Báez y Gonzalo Armienta Hernández.

En Brasil la serie temporal de datos del Latinobarómetro de 2013 a 2018, con referencia a la confianza en el régimen democrático y en sus partidos políticos, demuestra la tendencia mencionada. Preguntados si «a la gente como uno, nos da lo mismo un régimen democrático que uno no democrático», en 2013, el 29% de los encuestados pensaban así. En 2018 para 40,5% de los encuestados les daba igual un régimen democrático o autocrático. Sobre el rol de los partidos, en la ronda de 2013, los niveles de antipartidismo capturados por las respuestas «poca confianza/ninguna confianza» estaban en el 73,1%, un número alto, pero aún bajo frente a lo que vendría en los años siguientes. En la ronda de 2015 el porcentaje de «poca confianza/no confianza» en los partidos políticos saltó al 87,5%. En los años siguientes el nivel de desconfianza creció y siempre fluctuó por encima del 90%: con 93,6% en 2016 y 92,2% en 2017 y 2018<sup>3</sup>.

Más al norte, en México, la situación no es distinta. También preguntados si les daba lo mismo un régimen democrático o autocrático, en 2013, ya el 37,2% de los ciudadanos mexicanos encuestados pensaban así, porcentaje que se amplió hasta el 38% en 2018. Con respecto a la confianza en los partidos, en 2013, los niveles de antipartidismo capturados por las respuestas «poca confianza/ninguna confianza» ya estaban en el 76,2%, mientras que, en los años siguientes, el nivel de desconfianza creció y siempre fluctuó por encima del 80%, llegando al 86,3% en 2018<sup>4</sup>.

Mientras cruzando el Atlántico, canjeando tradiciones hiperpresidencialistas inestables por un parlamentarismo establecido, el tema igualmente infunde preocupaciones. En España en noviembre de 2006 en las encuestas realizadas por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), preguntados en qué medida está el ciudadano español satisfecho con el funcionamiento de la democracia, en una escala de 0 (completamente insatisfecho) a 10 (completamente satisfecho), el 57% de los encuestados declaraban estar satisfechos con el funcionamiento de la democracia española, es decir, de 6 a 10 en la escala. En 2018, sin embargo, el 59% de la ciudadanía española cambió hacia la escala de 0 a 5. Con respecto a la valoración de la situación política general de España en la ronda de 2018 el sentimiento de «muy mala» o «mala» estaba al 63,8%. Aún en el barómetro de 2018 la corrupción política ocupa el segundo puesto del ranking de preocupaciones sociales, seguido, en tercera posición, por los políticos, los partidos y la política, cuestiones que son percibidas como un problema por 1 de cada 4 ciudadanos españoles<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Disponible en: <[https:// http://www.latinobarometro.org/](https://http://www.latinobarometro.org/)>. Acceso en: 20 de ene. de 2020.

<sup>4</sup> Disponible en: <[https:// http://www.latinobarometro.org/](https://http://www.latinobarometro.org/)>. Acceso en: 20 de ene. de 2020.

<sup>5</sup> Disponible en: <<http://www.analisis.cis.es/cisdb.jsp/>>. Acceso en: 20 de ene. de 2020.

Así que el tema de la antipolítica y del antipartidismo está extendido en estos distintos sistemas, como una compleja ecuación que involucra variables como las distintas tradiciones de los respectivos constitucionalismos, los modelos de Estado, los sistemas de gobierno, los sistemas electorales, cómo se procesa la cultura del escándalo en cada sociedad, el rol de las ciudadanías, etc., de modo que planteamos aquí algunas propuestas con un enfoque en una constante presente en esa ecuación: los partidos políticos.

Los partidos políticos, en ese contexto, pueden ser vistos, por supuesto, como parte del problema. Sin embargo, y es lo que planteamos, estas entidades políticas también pueden ser vistas como parte de la solución. Es parte del problema la supervivencia de partidos políticos que todavía siguen modelos decimonónicos, que actúan como meros ofertantes de candidatos e intermediadores de demandas clientelares con el Estado. Es parte de la solución partidos que tienen nuevos perfiles, nuevas formas de intermediar las demandas sociales, que asumen nuevas funciones y que participan activamente de redes de cooperación para el desarrollo social y económico.

Aquí proponemos una nueva función más para los partidos, convirtiéndolos en ejemplos a ser seguidos por los actores institucionales que con ellos están involucrados y relacionados, es decir, los políticos, los otros partidos, los gobiernos, la ciudadanía, el mercado, los medios de comunicación, etc. Aquí planteamos que los partidos dejen de ser un freno al desarrollo político-institucional para convertirse en un motor capaz de mover el sistema político hacia el rescate de la confianza de la ciudadanía en el sistema político.

Para tanto, veremos cómo se procesa la antipolítica, el antipartidismo y la deformación de la confianza en las instituciones políticas. Comprendido ese proceso, analizaremos cómo nuevos roles partidistas pueden contribuir para el rescate de la confianza de la ciudadanía en el sistema político y las instituciones democráticas.

## 2. ANTIPOLÍTICA, ANTIPARTIDISMO Y LA DEFORMACIÓN DE LA CONFIANZA EN LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS

Con base en los ejemplos de Brasil, México y España, cuyos sistemas sufren una gradual degradación a raíz de graves y profundos escándalos de corrupción política, como el caso Mensalão y Odebrecht, en Brasil; casos CFE, OHL, Videgaray, Panamá Papers, en México; casos Gürtel y Bárcenas, en España. La ciudadanía contemporánea, más informada, más crítica, con más opciones de hacer incidencia política, está cada vez más hastiada con este estado de cosas y desconfiada respecto al modo tradicional de funcionamiento de la política.



Hay, así, relaciones entre la cultura del escándalo, la antipolítica, el antipartidismo y la desconfianza de la ciudadanía en el sistema político. Vamos primero, en este apartado, a comprenderlas para después plantear algunas soluciones desde los partidos políticos.

El antipartidismo es parte de una insatisfacción más global en las propias instituciones políticas, destacándose dos tipos: el cultural y el reactivo. El antipartidismo reactivo, que es lo que importa para este trabajo, es la posición crítica adoptada por la ciudadanía en respuesta al comportamiento de las élites de los partidos, su insuficiente *responsiveness*, su deficiente *accountability* política, financiera (electoral y ordinaria) y patrimonial y, finalmente, su contumaz incapacidad de conformidad a los marcos jurídicos regulatorios electorales. Estos temas, por lo tanto, están relacionados con el objeto y la ritualización de los procesos internos de toma de decisiones de los partidos, en particular su opacidad y su incapacidad para actuar de acuerdo con los marcos legales que se les son impuestos<sup>6</sup>.

La «confianza», muy bien estudiada por Luhmann<sup>7</sup> y Claus Offe<sup>8</sup>, es una herramienta social esencial para la vida comunitaria y, asimismo, para el sistema político. Así, «confianza» es la creencia con respecto a las probabilidades de que otras personas o instituciones con las que tenemos relaciones (como los partidos políticos) hagan ciertas cosas, o se abstengan de hacerlas, que, al alcanzar nuestras expectativas, afecta a nuestro bienestar. Por lo tanto, la confianza es una creencia, una expectativa, con respecto a la acción futura de aquellos de quien esperamos ciertos comportamientos.

La demanda tradicional de coordinación social está cambiando hoy y se asocia más con una demanda de cooperación social. Sin embargo, para participar en estas redes de cooperación la ciudadanía debe ser capaz de predecir el comportamiento de otros actores y el funcionamiento de las «reglas del juego», especialmente las reglas e instituciones que afectan a este comportamiento y a la vida de las personas con quienes interactúa, como los partidos políticos<sup>9</sup>.

Por lo tanto, en términos de relaciones de confianza, los partidos políticos deben abandonar la clásica función decimonónica de simplemente ofrecer candidatos y mediar las demandas entre la sociedad y el Estado para ir más allá, participando activamente en estas redes de cooperación. Con ese fin los partidos deben abrirse a

<sup>6</sup> GIBERT, José Ramón Montero; GUNTHER, Richard; LINZ, Juan José (Ed.). *Partidos políticos: viejos conceptos y nuevos retos*. Ed. Trotta, 2007, p. 245.

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Anthropol Editorial, 2005, p. 19.

<sup>8</sup> HARDIN, Russell; OFFE, Claus. *Democracy and trust*. Cambridge University Press, 1999, p. 47.

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. *Op Cit.*, 21.

la ciudadanía aumentando las viejas formas de relación con su base electoral y, más que nunca, ser conscientes de las «reglas del juego» que pueden afectar la previsibilidad y el juicio ciudadano de su comportamiento institucional.

Desde otro ángulo, los ciudadanos, en sus relaciones con los partidos, hoy en día, ya no se ajustan a los perfiles duvergerianos clásicos de miembros, afiliados, militantes, simpatizantes, etc., y buscan nuevas formas de relacionarse con los partidos, especialmente a través de nuevas tecnologías. Es importante resaltar que esta ciudadanía, que ya nació antipartidista, necesita aprender a predecir los comportamientos de los partidos, que, a su vez, deben ser más previsibles para facilitar este aprendizaje y fomentar la confianza.

Como, actualmente, el comportamiento de los partidos es impredecible, no cumplen con las expectativas y evaluaciones intuitivas de la ciudadanía ni están disponibles para participar en redes de cooperación. Este conjunto de factores contribuye sustancialmente a la sensación de antipartidismo.

En conclusión, aunque no son las únicas causas, el papel de la opacidad y el incumplimiento de los marcos legales por parte de los partidos políticos son relevantes para el proceso de deformación de la confianza de los ciudadanos, para el antipartidismo y, consecuentemente, para el descrédito del sistema político. Estas desviaciones de comportamiento están en la organización y el funcionamiento de los partidos, a menudo previstos en los estatutos, como supervivencias de las antiguas asociaciones de partidos del siglo XIX, que ya no se mantienen en la actualidad.

Comprendido el papel de la opacidad y de la no conformidad, ambos entrñados en las estructuras partidistas, para la deformación de la confianza de los ciudadanos en esas entidades políticas (repito, aunque no exclusivo), el próximo capítulo se centrará específicamente en cómo los partidos, desde dentro, pueden cambiar ese estado de cosas.

### 3. LAS (NUEVAS) FUNCIONES PARTIDISTAS Y EL ROL DE LA EJEMPLARIDAD

Existe un consenso clásico sobre las funciones esenciales que desempeña un partido en una democracia, es decir, la promoción de patrones estables de competencia partidaria; formación de ciudadanos y políticos que desarrollan identidades partidarias estables y la legitimación del acceso al poder por medio de esas entidades. Todo ello en un proceso que culmina en la consolidación institucional de los

partidos, es decir, cuando dejan de ser meramente apéndices de líderes populistas<sup>10</sup>. Sin embargo, estas organizaciones han sido forzadas a enfrentarse a una variedad de nuevos retos, lo que, incluso, alimenta la idea de declive de su importancia como actores institucionalizados de la democracia<sup>11</sup>.

Así, hoy y cada día más, los partidos se enfrentan a una serie de nuevos retos, sobre todo con respecto a su rol de mediador entre los ciudadanos y el Estado, su capacidad para transmitir demandas sociales y para forjar identidades y consensos<sup>12</sup>.

El tejido y las relaciones sociales se han cambiado y los partidos, como parte de ello, necesitan cambiar también. Y aquí planteamos uno de los cambios más urgentes: convertirse en una institución no solo fiable, sino un ejemplo de fiabilidad institucional, y, así, liderar el rescate de la confianza de esa nueva ciudadanía en el sistema político y democrático. ¿Por qué hacerlo?, ¿cómo hacerlo?

Javier Gomá Lanzón, en sus estudios filosóficos sobre autoridad en el ejercicio del poder público<sup>13</sup>, refleja una síntesis de todos los valores que deben conformar el buen gobierno de lo público, bajo la idea central de la «ejemplaridad pública». Esta ejemplaridad debe ser entendida no como una imposible guía de modelos excepcionales de comportamiento, sino como el ejercicio de las funciones públicas, en su sentido más amplio, bajo la conciencia de que este comportamiento será juzgado e imitado en tanto que se acerque a los valores ideales de las sociedades democráticas avanzadas<sup>14</sup>.

Para el autor la facticidad general de los ejemplos adquiere en los políticos especial importancia, pues son justo los autores de las fuentes formales del Derecho (leyes, decretos, etc.) y los titulares del monopolio estatal de la violencia legítima, con amplio dominio sobre nuestras libertades, derechos, patrimonio, etc. Así, como los políticos son importantes en la vida de los ciudadanos, atraen sobre sí fuerte atención de esa ciudadanía por ellos afectada. Asimismo, tras esas consideraciones, el autor concluye que los políticos «dan el tono a la sociedad, crean pautas y

<sup>10</sup> BAQUERO, Marcello; DE FREITAS LINHARES, Bianca. *Por que os brasileiros não confiam nos partidos? Bases para compreender a cultura política (anti) partidária e possíveis saídas*. Revista Debates, v. 5, n. 1, p. 89, 2011, pag 93

<sup>11</sup> GIBERT, José Ramón Montero; GÜNTHER, Richard. *Op cit*, p.13

<sup>12</sup> GIBERT, José Ramón Montero; GÜNTHER, Richard. *Op cit*, p. 14-17.

<sup>13</sup> LANZÓN, Javier Gomá. *Imitación y experiencia; Aquiles en el gineceo; Necesario pero imposible: O ¿qué podemos esperar?; Ejemplaridad pública*. Taurus, 2014.

<sup>14</sup> Ponencia impartida por José Antonio Fernández Ajenjo en el XXI Curso sobre valores humanos. *La ejemplaridad pública como modelo de gobernanza frente a la crisis*. Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense.

expectativas de comportamiento, definen en la práctica el dominio de lo permitido y no permitido, suscitando hábitos colectivos, son fuentes de moralidad social<sup>15</sup>».

Gomá Lanzón aun señala qué factores derivados de la consolidación de las democracias liberales (como el Estado de Derecho, la creación de una opinión pública libre, la garantía de los derechos fundamentales, la independencia de los jueces, las elecciones periódicas y la alternancia en el poder de los partidos gobernantes) fortalecen aún más los deberes de ejemplaridad de los políticos. De hecho, en los regímenes democráticos la confianza está, pues, en la raíz del contrato de agencia político, pues los representantes del pueblo ostentan el poder solo porque los ciudadanos se lo han confiado provisionalmente<sup>16</sup>.

En este mismo orden de ideas, mejor planteado el tema de la política y ejemplaridad, Gomá Lanzón puntúa que los agentes políticos son personificaciones de la ética implícita vigente en una sociedad, al mismo tiempo que configuradores privilegiados de ella. Así, la corrupción de sus costumbres individuales, lo que llama de «vulgaridad pública», supone «el espectáculo colectivo de una deshonestidad latente en el grupo, lo que a su vez tiene consecuencias desmoralizadoras porque de ejemplo la ciudadanía sólo puede extraer modelos de vulgaridad<sup>17</sup>».

Aunque Lanzón no lo ha plantado originalmente, esa «idea-fuerza» alcanza a los partidos políticos con la misma intensidad, primero como antesalas de los gobiernos que de hecho son y, segundo, como entidades formadoras de agentes políticos. La crítica nihilista, a partir de fines del XIX, ha deslegitimado el principio de autoridad, que funcionaba como eje en torno al cual giraba toda la rueda social. Así, el nihilismo alcanza a los partidos que, por sí solos, no se sostienen más en el sistema político exclusivamente con base en sus autoridades. Como las demás autoridades clásicas instituidas, los partidos necesitan cambiar para ser relevantes en el sistema en el que están incluidos, hacia un imperativo de ejemplaridad.

Por ello, los partidos resisten a ser relevantes en el sistema política de la actualidad basados solamente en sus autoridades. Sea por el nihilismo, sea por la crisis de confianza planteada, ambos indisolubles, se exige a los partidos cambios profundos en su modo de funcionamiento, para que no sean expelidos de la rueda social y del sistema político.

Comprendido el «porqué», ahora veremos «cómo» hacerlo.

<sup>15</sup> LANZÓN, Javier Gomá. *Ejemplaridad pública*. Taurus, 2014, p. 74.

<sup>16</sup> LANZÓN, Javier Gomá. *Op cit.*, p. 76.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 77-79.

Como se ha dicho, la confianza es una creencia, una expectativa, con respecto a la acción futura de aquellos de quien esperamos ciertos comportamientos. Así, el camino para que los partidos asuman la nueva función de faros de ejemplaridad institucional y se conviertan en instituciones confiables, es convertirlos en instituciones más predecibles. Y el camino para ello es por medio de cambios en su organización y funcionamiento, en busca de más transparencia e integridad en sus procesos internos.

Como dijo Gomá Lanzón, la confianza no se compra, no se impone, no se fabrica: la confianza se inspira. La confianza despierta en uno tras un juicio global sobre la persona que la recibe y en quien la depositamos. Nos preguntamos sobre ella: ¿es, en conjunto, una persona fiable? Que lo sea o no dependerá no tanto de ese o aquel hecho particular, de la invocación de un mérito como de una interpretación genérica sobre la fiabilidad de su persona<sup>18</sup>.

Así, hablar de imperativos de ejemplaridad en las estructuras partidistas es hablar de cambios en su organización y funcionamiento, para que pase a actuar de tal manera que su comportamiento sea imitable y generalizable en su círculo de influencia, produciendo en él un impacto positivo y de confianza<sup>19</sup>.

De manera general, considerando, como se ha dicho, que los partidos son antecelas de los gobiernos, valores básicos de la acción pública, como la austeridad, la objetividad, la honestidad, el desinterés, la integridad, la responsabilidad, la transparencia, y el liderazgo; podrían ser un punto de partida a la constitución de imperativos de ejemplaridad a los partidos políticos<sup>20</sup>.

¿Y cómo impulsar eso? Todo ha de empezar por la ciudadanía que debe optar por partidos que adopten estándares de transparencia e integridad, que sepamos, de manera sencilla, cómo funcionan internamente, cómo construyen su agenda política, cómo se financian y cómo gastan sus recursos. Eso vale para todos los partidos, independiente de su matiz ideológico. Integridad y transparencia no son valores de derechas o izquierdas, sino de deontología política exigible a todos.

Así que partidos ejemplares atraerán votos y la competencia electoral hará el resto del trabajo. Tal fenómeno fue observado, *mutatis mutandis*, en el Uruguay de los años 90, donde una fuerza política nueva, con valores deontológicos superiores a los tradicionales partidos, atrajo votos y obligó a los demás a cambiar. Alina Mun-

<sup>18</sup> LANZÓN, JAVIER GOMÁ. *Op cit.*, p. 84.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>20</sup> Ponencia impartida por José Antonio Fernández Ajenjo. XXI Curso sobre valores humanos. *La ejemplaridad pública como modelo de gobernanza frente a la crisis*. Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense

giu-Pippidi apunta que, allí, a fines de los años cincuenta, el juego político cambió y el uso de la estrategia clientelista por votos empeoró la situación económica, convirtiendo el sistema político en un círculo vicioso. La profundización de la crisis económica y social a finales de los años sesenta hizo que los nuevos partidos fueran más competitivos en sus agendas y modos de funcionamiento porque los partidos tradicionales y sus estrategias particularistas perdieron el apoyo de la clase media urbana, larga e históricamente con alto nivel de educación<sup>21</sup>.

La transición uruguaya empieza por la transformación de los partidos, donde había un equilibrio competitivo entre dos grupos políticos tradicionales, que cambió con la incorporación de un tercero *challenger* con una estructura comparativamente menos opaca. La nueva agenda de Frente Amplio (FA) llevó a un cambio en la mentalidad de los miembros más jóvenes de las élites políticas tradicionales que gobernarían el país durante los años ochenta y noventa<sup>22</sup>. Esa nueva agenda partidista, con gran éxito en la captación de votos, pasó a ser copiada por los concurrentes, con una transformación en la competencia electoral que obligó a los líderes de los partidos tradicionales a comprometerse con la transformación de Uruguay<sup>23</sup>. Este país, hoy, disfruta de uno de los mejores niveles de confianza en las instituciones democráticas en el mundo iberoamericano.

A modo de conclusión, la adaptación del modelo teórico de Gomá Lanzón a los partidos políticos y la experiencia uruguaya muestran que el establecimiento de una cultura de integridad y transparencia, por exigencia ciudadana mediante el voto, puede convertir los partidos en instituciones ejemplares y así imitables y confiables. El rescate de la confianza en los partidos será un largo proceso, pero se puede empezar hoy si así quisiera la ciudadanía.

#### 4. CONCLUSIONES

Como se ha dicho, distintos sistemas políticos del mundo comparten la misma sensación de desafección y escepticismo de sus ciudadanías con relación a las instituciones políticas y democráticas, especialmente los partidos políticos. Esa cuestión está especialmente presente en Brasil, México y España, aunque tengan distintas tradiciones y estructuras políticas

<sup>21</sup> MUNGIU-PIPPIDI, Alina. *The quest for good governance: How societies develop control of corruption*. Cambridge University Press, 2015, pp. 74-76.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 59.

Los partidos políticos, aunque son parte del problema, pueden ser vistos como parte de la solución, de acuerdo con las ideas de Javier Gomá Lanzón sobre ejemplaridad pública en los partidos políticos.

La propuesta consiste en modificar las viejas estructuras partidistas opacas y su tradicional deficiencia en cumplir los marcos jurídicos que les son exigidos por estándares de desinterés, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo.

La ciudadanía, a su vez, ha de premiar a los partidos que adopten estos estándares, que pasen a funcionar por medio de procesos internos por los que sepamos, en tiempo real y de manera sencilla, cómo funcionan internamente, cómo construyen su agenda política, cómo se financian y cómo gastan sus recursos.

Eso cambios, lejos de ser ideas utópicas inalcanzables, son propuestas tangibles e, incluso, *mutatis mutandis*, ya observables, más allá del histórico caso uruguayo. Experiencias como «#yosoy132» y «wikipolitica» en México, por ejemplo, muestran, con claridad, que hay una ciudadanía lista para premiar partidos que opten por el camino de la ejemplaridad.

El origen de Podemos y su rápida ascensión en las elecciones de 2014 y los primeros pasos de experiencias como «Barcelona en Comú» también revelan que la ciudadanía española, además de su gran complejidad, está unida en busca de representaciones y partidos que aborden estrategias de ejemplaridad.

En Brasil, pasa lo mismo. El movimiento «bancada ativista», por ejemplo, es una muestra del esfuerzo ciudadano en busca de representación política ajena a los partidos que todavía se sustentan en autoridades opacas y no-conformes.

Así, de todo lo que se ha dicho, lo que se propone es recuperar la confianza en el sistema político a partir de los partidos políticos, desde cambios interiores, en sus estructuras internas, promoviéndose una espiral de transparencia –integridad–ejemplaridad y confianza.

Con base en las lecciones de Gomá Lanzón, partidos más transparentes e íntegros son más predecibles. Organizaciones más predecibles, consecuentemente, son más confiables y, así, más imitables y se convierten en ejemplos a ser seguidos. Con partidos ejemplares tendremos organizaciones que impactan positivamente en su círculo de influencia produciendo, en escala, más confianza en el sistema político.

# ESTADOS DE ANOMALÍA CONSTITUCIONAL

ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA  
*Catedrática de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Salamanca*

## 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

**H**ABLAR DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES implica partir del concepto de Constitución como norma jurídica suprema (art. 9.1 CE) y no como un texto normativo de carácter nominal o semántico. Así las cosas, cuando hablamos de defensa constitucional nos referimos al conjunto de instrumentos y medidas mediante los cuales el Estado preserva sus instituciones y su ordenamiento fundamental frente a los peligros que lo amenazan desde dentro. Para ello, las garantías puestas al servicio de la defensa de la «norma normarum» suelen obedecer a tres categorías: constitucionales normativas, ejecutivas y jurisdiccionales. Sin duda alguna estas últimas son las más eficaces porque se les suele encomendar la defensa jurídica de la Constitución a Tribunales Constitucionales creados «ad hoc» y que son configurados como órganos de cierre del sistema jurídico-político de un Estado y en consecuencia fungen como supremos intérpretes y defensores de la ley de leyes.

Lo anteriormente referido es de aplicación a la garantía ordinaria de la Constitución y por lo tanto del Estado. Pero al lado de estos instrumentos de protección que actúan en el día a día de la vida política y jurídica de una sociedad jurídicamente organizada, intentando garantizar su estabilidad y permanencia, existen otros instrumentos extraordinarios de protección de las Constituciones que deben intervenir dando respuestas a las situaciones imprevistas por las que puede atravesar la vida de un Estado: se trata de los Estados excepcionales (comúnmente conocidos



como defensa política de la Constitución) y que aparecen configurados constitucionalmente para dar respuesta a las situaciones de emergencia por las que, en determinadas circunstancias, puede verse afectada la existencia del ordenamiento constitucional.

La historia del constitucionalismo liberal, que surge a finales del siglo XVIII, pone de relieve que junto al modelo de los estados excepcionales, en el derecho comparado aparecen otras manifestaciones para dar respuesta a las situaciones de crisis: la dictadura constitucional, la cláusula de plenos poderes, la cláusula general... La variedad de figuras al respecto es una clara manifestación de la imposibilidad de tipificar las situaciones de crisis a las que un Estado debe hacer frente y las correspondientes respuestas eficaces como solución a las mismas. La historia nos enseña que tanto el estado de necesidad como el derecho de resistencia son contenidos necesarios en la fenomenología de los Estados democráticos de occidente. Si superan las duras pruebas a las que a veces son sometidos será una clara evidencia de la solidez de las instituciones establecidas para la protección extraordinaria del Estado.

La abundancia de textos constitucionales que España ha tenido vigentes desde 1812 son una evidente prueba de la frecuencia con la que la vida del estado español se veía sometida a excepciones y anormalidades. De ahí que, después de casi cuarenta años de régimen franquista, la Constitución Española de 1978 estableciera en su artículo 116 tres Estados excepcionales diferentes con la intención de dar respuesta a las distintas situaciones de emergencia por la que en algún momento puede transitar la vida de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

Próxima a celebrarse la gran efeméride del XL aniversario de la Constitución Española de 1978, que ha proporcionado a este país el más largo periodo de paz y libertades de toda nuestra historia constitucional, voy a dedicar las páginas que siguen a comentar el papel que ha desempeñado dicho precepto desde 1978 hasta nuestros días. Se trata de una norma constitucional que no ha suscitado la atención de la doctrina constitucionalista de manera relevante; y que ha permanecido «en la reserva» hasta el año 2010 en que por vez primera se activó dicho precepto con la declaración del Estado de Alarma a causa que una huelga de controladores aeroportuarios que puso en peligro el tráfico aéreo generando muy graves consecuencias. Ello hizo repensar a la doctrina sobre la naturaleza jurídica del Estado de Alarma (hasta esos momentos solo conocido sobre el papel) y arrojó luces y sombras en torno a los controles jurídicos que podían ser ejercitados en nuestro ordenamiento jurídico sobre las normas que declaraban estos estados excepcionales. El Tribunal Constitucional resolvió los recursos presentados y las opiniones y críticas doctrinales al respecto de dichos pronunciamientos hicieron que se desplazara el interés del

tema de la naturaleza del estado de alarma hacia el problema referente al lugar que las normas que lo declaran y prorrogan ocupan en el sistema de fuentes español así como a la efectividad de su control.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DERECHO COMPARADO Y DEBATES EN SEDE CONSTITUYENTE

Repasando las Constituciones que en España han sido apreciamos que no se ocupan de una enumeración de las diferentes situaciones excepcionales; estas aparecían reguladas en las leyes de Orden Público de 1870, de 1933 y de 1959; es decir, que las Constituciones quedaban para regular el contenido básico de estas situaciones que viene a ser la suspensión de los derechos; de este tema se ocupan el artículo 308 de la Constitución de Cádiz, el artículo 8 de la Constitución de 1845, el artículo 31 de la Constitución de 1869, el artículo 17 de la Constitución de 1876, el artículo 42 de la Constitución de 1931, el artículo 35 del Fuero de los Españoles (precedente directo del artículo 55 de la vigente Constitución de 1978) y el artículo 10 de la Ley Orgánica del Estado que permitía al Jefe del Estado (asistido por el Consejo del Reino) adoptar medidas excepcionales en circunstancias determinadas.

Por lo que respecta al derecho comparado hay que señalar que la Constitución de Filadelfia de los USA prevé la posibilidad de suspender el «Habeas Corpus» cuando lo exige la seguridad pública (Sección 9ª del artículo 1) pero no hace referencia a ninguna situación excepcional en concreto. La Constitución Italiana no contiene preceptos que contemplen situaciones excepcionales y tampoco regula la suspensión de derechos. Únicamente en el artículo 78 se refiere al estado de guerra; ahora bien, este precepto está pensado para los casos de guerra internacional y no para casos de la defensa extraordinaria del Estado a nivel interno. La Ley Fundamental de Bonn fue reformada en 1968 y tras dicha reforma prevé las siguientes situaciones excepcionales: situaciones catastróficas u otros graves accidentes (artículo 35); estado de necesidad interno (artículo 80, a) en relación con el 87. a/ IV y con el artículo 12 a/ y el estado de defensa (artículo 115, a/a1). Por su parte, la Constitución Francesa de 1958 contempla en su artículo 16 las facultades excepcionales del Presidente de la República; en el artículo 35 se refiere a las declaraciones de guerra internacional autorizadas por el Parlamento y en el artículo 36 al estado de sitio que será decretado por el Consejo de Ministros. La Constitución de Portugal de 1976 en su artículo 19 regula los Estados de excepción y sitio.

También y con vigencia en el ámbito regional europeo, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, en su artículo 15 prevé la posibilidad de que un

Estado miembro en el caso de guerra o de peligros que amenacen la vida de la nación cualquier alta parte contratante puede actuar derogando las obligaciones contenidas en el Tratado en la medida necesaria para solventar la situación y siempre que no se opongan a las normas procedentes del Derecho Internacional.

El constituyente español de 1978 no dudó en introducir en la ley de leyes la protección extraordinaria del Estado optando por el modelo más clásico o de mayor tradición dentro del constitucionalismo. En el artículo 116 configuró tres diferentes estados excepcionales: Alarma, Excepción y Sitio para responder a las situaciones de emergencia que puedan producirse en la vida del Estado español. La inclusión de este precepto por el constituyente de 1978 se justifica por la frecuencia con que nuestros textos constitucionales han sufrido situaciones de anomalía a lo largo de la historia: excepción y anomalía son una constante a lo largo de los siglos XIX y primera mitad del siglo XX en España. Se pretende pues, que la misma Constitución establezca mecanismos para la protección de los derechos y de las libertades y de la propia norma suprema cuando la vida del Estado atraviese por circunstancias de especial necesidad.

Así pues, no hubo Grupos Políticos, ni Diputados o Senadores que se manifestaran en contra de la introducción de este precepto. En cambio, en la Constitución de 1873 se opuso la mayoría republicana a su regulación en el texto constitucional. Sin embargo, como dicho precepto prevé la posibilidad de limitar coyunturalmente un gran número de derechos y libertades y alteraciones en el equilibrio de los poderes del Estado, su regulación no era muy grata en el marco de una ley de leyes que pretendía ser redactada con el espíritu liberal más amplio posible: democracia y eficacia son conceptos de difícil convivencia y no combinan bien; pero, ante el peligro que amenaza a una comunidad política es preciso regular las situaciones de emergencia y eso fue lo que hizo el artículo 116, siendo aprobado con toda suerte de cautelas y limitaciones en su tramitación parlamentaria, tanto en el Congreso como en el Senado.

Sin embargo, hay que resaltar que dicho precepto no sufrió excesivas modificaciones durante su recorrido parlamentario respecto a la versión inicial recogida en el Anteproyecto de Constitución. La redacción que al final prevaleció fue la que le dio la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados que se limitó a cambiar la denominación del Estado de Guerra por la de Estado de Sitio y a introducir una serie de garantías menores en torno a las facultades de las Cámaras que debían pronunciarse sobre la proclamación de todos los estados excepcionales y no podían ser disueltas durante la vigencia de los mismos. Pero, además de las reformas expuestas, en sede parlamentaria se suscitó un debate bastante intenso sobre la oportunidad de regular el Estado de Alarma

ya que, ciertos grupos políticos del arco parlamentario lo consideraban innecesario puesto que no suponía una suspensión de derechos y porque, además, opinaban que las facultades ordinarias del Gobierno eran suficientes para responder a las situaciones de anomalía constitucional reguladas en este supuesto concreto. Al final se impuso la opinión de los Grupos Centrista y Socialista favorables a la incorporación de esta modalidad de Estado Excepcional. En contra se manifestaron los representantes de Alianza Popular y del Grupo Comunista en el Congreso. En el Senado se opusieron los Progresistas y Socialistas independientes.

Todas las reticencias que suscitaba dicho precepto quedaron recogidas en la redacción final del artículo 116 que remite el desarrollo de esta norma constitucional a una Ley Orgánica encargada de regular las situaciones de anormalidad previstas con las correspondientes limitaciones. Así pues, el precepto no era ágil y eficaz para dar respuestas directas a situaciones de anormalidad; se redactó un precepto muy largo, con muchas limitaciones y un gran número de garantías. Pero que debía ser desarrollado por otra norma con rango de ley orgánica. Se trata de la Ley Orgánica 4/81 de 1 de junio, que regula lo estados de Alarma, Excepción y Sitio. Contribuyen a dicho desarrollo también los artículos 162 a 165 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 en lo que a la tramitación se refiere. La Ley orgánica 4/81 es la consecuencia de un proyecto de ley más amplio (Ley de Seguridad Ciudadana) presentado en 1979 y que dio lugar a la ya derogada Ley Orgánica 11/80, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55,2 de la CE y la Ley Orgánica 4/81. El carácter de ley orgánica de la normativa de desarrollo viene impuesta por el párrafo primero del artículo 116, en coherencia con lo establecido en el artículo 81.1 de la CE, para aquellas normas que desarrollan derechos fundamentales y libertades públicas del núcleo duro de la CE. Concurren también a este respecto la Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno en su art. 5.1.f) y la Ley 2/85, de 21 de enero, sobre Protección Civil.

Del análisis de todas estas normas en concordancia con la CE se desprenden una serie de efectos comunes. Así pues, solo podrán ser declarados cuando las circunstancias extraordinarias que afectan a la vida del Estado hacen imposible el mantenimiento de la normalidad a través de los cauces ordinarios establecidos al respecto. Las medidas adoptadas han de ser las indispensables para el restablecimiento de la normalidad y han de ser aplicadas de forma proporcionada a las circunstancias (STC 33/81, de 5 de noviembre y STC 199/87, de 16 de diciembre). Esto es así porque, el carácter excepcional permite una capacidad de incidir en la esfera de la libertad ciudadana más intensa que en cualquier otra situación, incluida la suspensión individual de derechos recogida en el artículo 55.2 de la CE. No se puede ver afectado el normal funcionamiento de las instituciones del Estado; el Gobierno y

sus agentes siguen siendo responsables y no se puede disolver el Congreso de los Diputados. Si están en periodo de sesiones deben ser inmediatamente convocadas las Cámaras y en el caso de estar éstas disueltas las funciones del Congreso serán asumidas por la Diputación Permanente. Tampoco puede iniciarse la reforma de la Constitución estando declarados alguno de los Estados del art. 116 CE.

Algo que llamó en su momento la atención de la doctrina es la explicación de la ubicación sistemática del art. 116 en el marco de la CE. Es el último precepto del Título V que regula las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales. Esto puede llegar a dar la impresión de que las emergencias políticas se deben a una relación entre poderes constitucionales. En un principio se pensó situarlo al final del Título IV que regula las Cortes Generales. Pero este no era un sitio apropiado aunque el Legislativo ocupe un lugar prevalente en esta cuestión. Incluso algún Senador propuso ubicarlo en el Título IX que regula la institución del Tribunal Constitucional (ambas instituciones responden a la defensa constitucional pero con significados diferentes). Se consideró que no era oportuno mezclar las defensas jurídica —ordinaria y política— excepcional de la norma suprema y otro Senador colocó sobre la mesa la posibilidad de ubicarlo al final del Capítulo V del Título I (parte dogmática de la CE) que se refiere a la suspensión de los derechos y libertades y sus correspondientes garantías.

En mi opinión este apartado hubiera sido el más acertado para su ubicación; la relevancia del tema radica en los derechos individuales que pueden ser suspendidos y en la defensa de la norma suprema contra las vías de hecho o las fuerzas fácticas. Sólo cabe entender el lugar que ocupa en la CE el art. 116 desde un punto de vista residual: se dejó al final del Título V porque no se supo encontrar otra solución mejor.

### 3. COMENTARIOS AL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 116 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La protección extraordinaria del Estado prevista por el ordenamiento constitucional español de 1978 se enmarca en el modelo más clásico o más común de la configuración de los Estados excepcionales. Es decir, aquellos que sostienen situaciones formalizadas por las cuales se modifican de forma sustantiva el régimen de las garantías de los derechos y la distribución de competencias entre los poderes del Estado; pero, ahora bien, esto no significa una modificación del Estado de Derecho. Luego, un régimen de legalidad sustituye a otro a través de una serie de manifestaciones según la gravedad de las situaciones por las que atraviesa el Estado español. Por ello son distintos los modelos de Estados excepcionales previstos en

función de la intensidad de la emergencia y de la cualidad de la respuesta necesaria para volver a la normalidad perdida. Así, el artículo 116 constitucional estableció tres modelos de estados excepcionales: el estado de Alarma, el de Excepción y el de Sitio. Todos están desarrollados en la Ley Orgánica 4/81, de 1 de junio, que establece, además, para cada uno de ellos las competencias y las limitaciones correspondientes.

Según establece la precitada Ley Orgánica el Estado de Alarma se declarará en todo o en parte del territorio nacional, siendo competencia del Gobierno dicha declaración. Este órgano constitucional lo hará mediante un Decreto acordado en Consejo de Ministros, de oficio o a petición del Presidente de la Comunidad Autónoma afectada cuando acontezcan alguno de estos supuestos: a) catástrofes o accidentes de gran magnitud; b) crisis sanitarias como epidemias o situaciones de contaminación graves; c) paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad; y d) desabastecimiento de productos de primera necesidad. Estos cuatro supuestos se califican como alteraciones graves de la normalidad, pero el tercero de los citados, en opinión de la doctrina más cualificada, no puede ser considerado un supuesto autónomo que permita por sí mismo declarar el Estado de Alarma: puesto que se exige la «paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad» estos deben coincidir con alguno de los otros supuestos que alteran la normalidad.

Aunque la doctrina ha discutido sobre la conveniencia de su constitucionalización la pluma de finos juristas escribe que dicho supuesto no sobra porque la alteración en cuestión puede deberse a situaciones de conflictividad social. Lo que sí es cierto es que la Ley Orgánica que regula los estados excepcionales lo ha previsto como un remedio específico para dar respuestas a crisis y emergencias que no responden a cuestiones de carácter político. Deben ser catástrofes naturales o tecnológicas. El Decreto del Gobierno que lo declara debe determinar el ámbito territorial, los efectos y la duración de dicho estado, que no podrá exceder de quince días, salvo autorización del Congreso de los Diputados; debiendo ser comunicado a la Cámara Baja junto con los Decretos que se dicten durante su vigencia.

La Comisión competente recibirá la comunicación del Gobierno que podrá recabar la información y la documentación que considere necesaria. La autorización de la prórroga la debe solicitar el Gobierno al Congreso antes de que expire el plazo inicial y su aprobación corresponde al Pleno. El procedimiento se regula en el artículo 74.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados, pudiendo los Grupos Parlamentarios presentar propuestas sobre el alcance y las condiciones de la prórroga.

En principio, la declaración del Estado de Alarma no surte efectos sobre la vigencia de los derechos fundamentales, porque su declaración implica solo una puesta de todas las autoridades civiles de la administración pública del territorio afectado bajo las órdenes directas de la autoridad competente (Presidente del Gobierno o Presidente de una Comunidad Autónoma si solo afecta al territorio de la misma). Se produce una concentración de potestades en el Estado cuya constitucionalidad ha sido ratificada por la STC 133/90, de 19 de julio, ya que el Alto Tribunal entiende que en estos casos de forma indudable se aprecia el interés general que la justifica. No obstante, cabe la posibilidad de que algunas libertades se vean afectadas como consecuencia de las medidas previstas en el art. 11 de la Ley Orgánica 4/81, que faculta al Gobierno para imponer límites a la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas o lugares determinados, practicar requisas temporales de bienes, imponer prestaciones personales obligatorias, ocupar transitoriamente industrias y explotaciones, racionar el consumo de artículos de primera necesidad e imponer las órdenes necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios afectados por una huelga o medida de conflicto colectivo.

El Estado de Alarma es el único de los previstos en el artículo 116 que ha sido aplicado en estos cuarenta años de vivir en Constitución. El 4 de diciembre de 2010 el Gobierno, mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros (Real Decreto 1673/2010), declaró el Estado de Alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.

También el Estado de Excepción ha sido objeto de desarrollo por la citada Ley Orgánica de 1981. Éste puede ser declarado cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales o cualquier otra circunstancia que afecte al orden público resulten gravemente alterados. Éste es el más complejo de los tres Estados en lo que a su declaración se refiere, puesto que, le corresponde al Gobierno previa autorización del Congreso de los Diputados. El trámite se inicia con una solicitud perfectamente detallada que el Gobierno dirige al Congreso de los Diputados. En ella se pide la autorización para declarar el Estado de Excepción y es requisito «sine qua non» que en dicha solicitud se fijen el ámbito territorial y temporal, así como el contenido del estado excepcional a declarar. Si el Congreso autoriza la Declaración no tiene necesariamente que ser en los términos solicitados por el Gobierno; los artículos 162 y 163 del Reglamento de la Cámara Baja permiten a los Grupos Parlamentarios presentar propuestas alternativas. Finalmente la declaración le corresponde al Gobierno mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros. Su duración no puede exceder de treinta días prorrogables por otro plazo igual con idénticos requisitos. Este modelo de estado excepcional en el caso

español es el más estricto por lo que se refiere a las condiciones de su prórroga. Una interpretación laxa permite entender que cabe más de un prórroga pero, con una duración máxima de treinta días y siendo aprobadas con los mismos requisitos que la declaración del Estado de Excepción.

La declaración del precitado estado puede ocasionar importantes efectos sobre diversos derechos fundamentales en el marco de lo preceptuado en su art. 55.1 de la CE y la LO 4/1981, porque determinados derechos enumerados en el precepto constitucional pueden ser suspendidos. Sin embargo, la Ley Orgánica ha realizado dos precisiones importantes. Por un lado la declaración del Estado de Excepción no supone de forma automática la suspensión de todos los derechos ya que solo lo serán los que aparecen expresamente determinados en la declaración. Además dicha suspensión no implica la supresión de las garantías de los derechos suspendidos, sino únicamente una debilitación importante de las mismas. Los derechos fundamentales que pueden ser suspendidos son: la libertad individual regulada en el art. 17,1 y 2 de la CE; la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones prevista en el art. 18,2 y 3 de la CE; la libertad de circulación del art. 19 constitucional; determinados aspectos de la libertad de expresión y del derecho a la información (art. 20,1.a) y d) y apdo. 5); las libertades de reunión y manifestación del art. 21 de la CE; el derecho de huelga previsto en el art. 28.2 de la CE y el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo regulado en el art. 37.2 de la CE. En el caso de ciudadanos extranjeros, el art. 24 de la Ley Orgánica de 2001, al amparo de la remisión a la ley que en la regulación de sus derechos contiene el art. 13.1 de la CE, dispone la obligación de realizar las comparecencias que se acuerden y a cumplir las normas que se dicten sobre renovación o control de permisos de residencia. En caso de incumplimiento y previa justificación sumaria se puede decretar su expulsión.

Es preciso señalar también que el Gobierno tiene potestad para poner fin al Estado de Excepción antes de que finalice el periodo para el que fue declarado, dando cuenta inmediatamente al Congreso de los Diputados. La norma exigida es un Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros. También esta norma es el medio legal para solicitar la prórroga de dicho Estado por otro plazo máximo de 30 días.

El Estado de Sitio es el medio que la Constitución prevé para la defensa extraordinaria del Estado ante una agresión violenta o una amenaza inmediata que se cierne sobre el ordenamiento constitucional o la soberanía e integridad territorial de España. Se trata, pues, de la medida extrema de que dispone el Estado ante amenazas que provengan de insurrecciones o actos de fuerza contra la soberanía o independencia de España y que no puedan resolverse por otros medios. Podemos hablar de que la situación supone una auténtica crisis de Estado a la hora de



afrontar la naturaleza de la emergencia a la que con la correspondiente declaración del Estado de Sitio hay que enfrentarse. La iniciativa para la declaración parte del Gobierno pero la competencia para declararla le corresponde al Congreso de los Diputados. La resolución aprobada debe determinar su ámbito territorial, el tiempo de su duración –que no tiene fijados límites en el texto constitucional– y las condiciones. Al igual que sucede con el Estado de Excepción, la propuesta del Gobierno no tiene que ser aprobada en los mismos términos en que se formula porque el Congreso puede declarar el Estado de Sitio con un contenido y un ámbito temporal o espacial distintos a los que aparecen recogidos en la propuesta. Como ni en la CE ni en la Ley Orgánica se fija una duración máxima del Estado de Sitio es preciso que ésta aparezca recogida de forma expresa en la Declaración correspondiente. Ahora bien, no caben declaraciones de urgencia del Estado de Sitio llevadas a cabo por autoridades locales ya sean civiles o militares.

Como el Estado de Sitio es la «última ratio» del sistema que se aplica ante la insuficiencia de otros medios se permite la máxima restricción de los derechos fundamentales; bajo la declaración de este modelo de Estado excepcional se suspenden los mismos derechos que bajo el Estado de Excepción, en los mismos términos que en éste, con la única adición de las garantías jurídicas del detenido (art. 17.3 de la CE), dejando únicamente indemne al Habeas Corpus que regula el artículo 17.4 constitucional. Pero, la nota más característica del Estado de Sitio es la relevancia que le corresponde a las fuerzas armadas durante su vigencia. La función constitucional de las fuerzas armadas aparece regulada en el art. 8.1 de la CE; ahora bien, esa relevancia no puede confundirse con el protagonismo que desempeñaron en otros momentos de nuestra historia. Sin embargo, no deja de ser cierto que el Gobierno, declarado el Estado de Sitio, y puesto que dirige la política militar y de defensa (art. 97 de la CE) podrá asumir todas las facultades extraordinarias previstas en la CE y en la Ley Orgánica de 1981 que serán ejercidas por la autoridad militar que designe el propio Gobierno. Dicha autoridad difundirá los bandos oportunos con las medidas y prevenciones necesarias y recabará de las autoridades civiles la información referente al orden público que sean necesarios y pertinentes. Incluso, de acuerdo con el art. 117.5 de la CE, durante el Estado de Sitio el Congreso de los Diputados puede establecer los delitos que quedan sometidos a la jurisdicción militar regulada en la LO 4/87, de 15 de julio, y reformada por la LO 9/2003, de 15 de julio. Dicha jurisdicción debe estar sometida en su organización y funcionamiento a los principios constitucionales y su extensión más allá del ámbito castrense solo puede hacerse de forma excepcional (STC 113/1995, de 10 de julio). Incluso cuando ciertos delitos sean cometidos por ciudadanos no militares pueden ser sometidos a la jurisdicción militar pero, para que esto sea así es necesario que venga expresamente contemplado en la declaración del Estado de Sitio.

#### 4 SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS NORMATIVOS QUE DECLARAN LOS ESTADOS EXCEPCIONALES

La naturaleza jurídica y el control jurisdiccional de las decisiones de declaración y prórroga de los estados excepcionales tienen gran relevancia constitucional. En el caso español han suscitado dudas a causa de la diversidad en la formalización de dichas decisiones y ante la no previsión en el ordenamiento jurídico de cual sería el órgano jurisdiccional encargado de fiscalizarlas. No olvidemos que la esencia de la democracia reside en la posibilidad del control de todos los actos de los poderes públicos.

El derecho no pierde su fuerza normalizadora en situaciones de crisis; por ello el control jurisdiccional debe seguir existiendo en los supuestos de anomalía constitucional. Pero, la CE de 1978 que establece tres estados excepcionales para responder a situaciones de crisis no ha previsto ni en la propia normativa constitucional ni en la Ley Orgánica de desarrollo el correspondiente control; tampoco está clara en nuestro ordenamiento jurídico la naturaleza jurídica de estas decisiones excepcionales cuyo titular y procedimiento de adopción varían en función de la situación de emergencia declarada.

Al Gobierno le corresponde declarar el Estado de Alarma y su prórroga. También declara y prorroga el Estado de Excepción con la autorización previa del Congreso de los Diputados. En cambio, la declaración y la prórroga del Estado de Sitio le corresponde al Congreso de los Diputados. De ahí que las decisiones excepcionales presenten una diversidad de formas: decretos gubernamentales, autorizaciones y resoluciones parlamentarias. Así las cosas, es difícil encuadrarlas en una categoría común porque proceden de órganos distintos y por ello es también oneroso encomendar su control jurisdiccional a los órganos ordinarios de justicia o al Tribunal Constitucional. Durante treinta y dos años, al no haberse declarado ninguno de los Estados previstos en el art. 116 de la CE, los debates de ciñeron al plano teórico. El problema cambió de sesgo con ocasión de la primera y hasta ahora única declaración del Estado de Alarma en España el día 4 de diciembre de 2010. A partir de estos momentos ya tenemos mimbres suficientes para analizar desde el plano de la práctica jurídica el derecho constitucional de la excepción. Quedó claro en el texto constitucional de 1978 que se reconoció la exigencia de la doble intervención del legislativo en el derecho de excepción; pues, la regulación de los estados excepcionales precisa Ley orgánica (LO 4/81, de 1 de junio de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio). Pero el art. 116 constitucional no exige que tenga naturaleza de ley formal la intervención y ésta al ser realizada por el Parlamento (Poder legislativo) tiene diverso alcance según el Estado que se declare. El Estado de Excepción y en la prórroga del Estado de Alarma el Congreso «autoriza»

la decisión, pero el Gobierno la «formaliza». En el Estado de Sitio el Congreso declara la emergencia mediante una «resolución». En el Estado de Alarma la declaración le corresponde al Gobierno y éste solo está obligado a recibir información.

Las peculiaridades son más todavía. El art. 116 constitucional prevé la proclamación de la emergencia y además determina el régimen jurídico de cada uno de los Estados excepcionales declarados. Por ello la declaración del Estado Excepcional aparece como un tercer nivel normativo que se suma a la LO 4/81 y a la CE en el sistema de fuentes del derecho de excepción. Es decir que, desde un punto de vista material las decisiones excepcionales del art. 116 de la CE son mitad actos jurídicos y mitad normas. Por ser actos proclaman la situación de emergencia y por ser normas jurídicas concretan el estatuto extraordinario del poder y constituyen fuente de habilitación de disposiciones y actos de ejecución del Estado declarado. Formalmente la singularidad de las decisiones es debida a que proceden de órganos distintos con procedimientos diferentes de adopción y formalización jurídica. Y, a pesar de que pueden incidir y violar la CE ni la norma suprema ni la Ley Orgánica que regula el Tribunal Constitucional aclaran el tema. Esta última norma no incluyó en su art. 27.2 estas decisiones entre los actos y normas susceptibles de control de inconstitucionalidad. Tampoco lo hizo la Ley Orgánica 4/81 al amparo de la cláusula del art. 161.1.d/ de la CE que desconstitucionaliza las competencias del Tribunal Constitucional ya que cabe la posibilidad de que sean ampliadas por Ley Orgánica.

Ante la ausencia de un título competencial expreso para el control de estas decisiones la doctrina ha debatido sobre la naturaleza jurídica de los actos declarativos de los estados excepcionales y sobre cuál sería el órgano jurisdiccional competente para su control. Un sector de la doctrina opina que los decretos previstos en el art. 116 de la CE son actos políticos o de Gobierno ajenos al derecho administrativo y exentos de todo control jurisdiccional (incluido el control por el Tribunal Constitucional). Otra parte de la doctrina es partidaria de controlar sus decretos reglados y su obligado respeto a los derechos fundamentales a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional /SSTC 196/90 y 220/91) justificando la competencia del Alto Tribunal en el art. 42 de la LOTC que regula el recurso de amparo para los actos parlamentarios sin valor de ley. Tampoco faltan quienes apuestan porque los decretos gubernamentales de declaración y prórroga de la excepción serían disposiciones reglamentarias sometidas al control de la legalidad en base al art. 106 de la CE. Aquí cabría el decreto de declaración del Estado de Alarma, los decretos de prórroga de dicho Estado, y los decretos de declaración y prórroga del Estado de Excepción autorizados por el Congreso.

Distinta consideración jurídica han merecido para la doctrina las autorizaciones parlamentarias de prórroga del Estado de Alarma y la declaración y prórroga del Estado de Excepción, así como las resoluciones parlamentarias de declaración y prórroga del Estado de Sitio. En esta caso las opiniones oscilan desde quienes apuestan por considerarlas leyes-medida (concepto acuñado por C. Schmitt), o bien normas con rango de ley muy próximas a la naturaleza de los Decretos-leyes, o a las leyes de delegación legislativa. Otros autores se inclinan por considerarlos actos simples parlamentarios sin fuerza de ley, resistentes a la jurisdicción ordinaria y susceptibles de control, en lo que se refiere a su eficacia jurídica externa, por el Tribunal Constitucional vía amparo (art. 42 LOTC) o mediante el conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sin embargo, lo más granado de la doctrina constitucionalista sobre este tema opina que son actos del Estado con fuerza de ley (art. 27.2.b/ de la LOTC) y por ello susceptibles del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. Justifican su opinión en que se trata de actos jurídico-públicos de incidencia normativa en los que el Parlamento o una de sus Cámaras interviene en su procedimiento de adopción. La fuerza de ley es una cualidad de ciertos actos derivada de la intervención parlamentaria. Resta aún aludir a una opinión minoritaria que defiende que tanto los decretos gubernamentales como las decisiones parlamentarias de declaración y prórroga de los Estados Excepcionales tendrían la misma naturaleza jurídica: actos con fuerza de ley porque son el complemento imprescindible para la efectividad plena de algunos preceptos constitucionales, al margen de su procedencia parlamentaria y del carácter simple o complejo por el que se adoptan. No sufrirían control de legalidad sino únicamente de constitucionalidad. Luego, las decisiones de declaración y prórroga de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (que complementan los arts. 55.1 y 116 de la CE, así como la propia LO 4/81) pertenecerían a esta categoría de normas jurídicas.

La declaración del Estado de Alarma es un acto simple que se realiza mediante decreto. Las declaraciones y prórrogas de los Estados de Excepción y Sitio y la prórroga del Estado de Alarma son actos compuestos de distintos actos simples. Aunque alguien opina que los actos simples gozan también de fuerza de ley esta opinión no es acertada ya que los actos simples carecen de eficacia jurídica externa; son relevantes porque determinan el contenido del decreto de declaración o de prórroga pero, por sí mismos no activan la constitución alternativa de la emergencia (STC 16/84, Fundamento Jurídico 4º y ATC 135/2004, Fundamentos Jurídicos 6º y 7º). Así las cosas, sólo los actos compuestos de declaración y prórroga de los Estados Excepcionales que gozan de eficacia «erga omnes» tienen fuerza de ley; se encuentran infraordenados inmediatamente a la CE (arts. 55.1 y 116) y únicamente la declaración y prórroga de dichos Estados tienen incidencia constitucional en

lo que afecta a la distribución del poder y al sistema de garantías. De ahí que, sean estos actos, y no las partes que los integran, los que deberían ser objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

## 5. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA DECLARACIÓN DE LA EXCEPCIONALIDAD

El día 4 de diciembre de 2010 el Gobierno español, alegando una «situación insostenible» creada por el caos aeroportuario causado por el abandono de los controladores aéreos de sus puestos de trabajo, la tarde del día 3, declaró el primer Estado de Alarma de nuestra historia democrática. El Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre (BOE extraordinario con la misma fecha) declaró el Estado de Alarma previsto en el art. 116.2 de la CE al amparo del art. 4.c/ en relación con los apartados a/ y d/ de la LO 4/81; incluyendo en el ámbito personal de la aplicación de dicho Decreto a todos los controladores al servicio de AENA que pasaron a ser considerados personal militar, quedando sometidos a las autoridades militares y a las leyes penales y disciplinas militares (art. 8 de la LO 13/85, de 9 de diciembre, Penal Militar). El sábado, día 15 de enero de 2011, a las 24 horas se declaró finalizado el Estado de Alarma puesto que el Gobierno consideró que se habían alcanzado los objetivos que motivaron su declaración: «garantizar el derecho de los españoles a viajar sin problemas y asegurar la normalidad en los aeropuertos en épocas complicadas y lograr encauzar el diálogo con los controladores». Es decir, España vivió durante 43 días bajo la declaración del Estado de Alarma.

La consideración del cierre del espacio aéreo como causa fundamentadora de la declaración del Estado de Alarma ha sido una cuestión que suscitó un serio debate por parte de la doctrina en torno a la posible insuficiencia de las cuatro posibilidades previstas en la Ley Orgánica 4/81 y también sobre la innecesariedad de alguna de ellas. De ahí que no faltasen voces a favor de solventar el problema planteado con la Ley de Protección Civil o con un Decreto-Ley (art. 86 de la CE). Aunque a nadie se le ocultaba el carácter extraordinario de las circunstancias que impedían el funcionamiento de los aeropuertos españoles no había consenso sobre si la declaración y prórroga del Estado de Alarma era la solución más acorde con las previsiones constitucionales y legales.

Para el Gobierno la declaración del Estado excepcional previsto en el art. 116.2 de la CE se basaba en la protección del derecho fundamental de la ciudadanía a la libre circulación, el cual se había visto vulnerado gravemente por el cierre del espacio aéreo debido a la huelga de controladores; este hecho se consideró «una calamidad pública de enorme magnitud» y era obligado adoptar las medidas ne-

cesarias, previstas en la normativa vigente, para restablecer la normalidad alterada: entre ellas la militarización de unos ciudadanos civiles que quedaban sometidos a las leyes militares y a la jurisdicción de los correspondientes tribunales a pesar de lo establecido en el art. 117.5 de la CE. Ante las dudas que esta medida suscitó no faltaron voces en el seno de la doctrina manifestándose a favor de aplicar la legislación civil al respecto, que sanciona con gravedad la conducta ilegal de los controladores que de forma masiva abandonaron sus puestos de trabajo paralizando el tráfico aéreo.

En relación con el tema tratado hay que destacar que también sobre la vigencia del Estado de Alarma (43 días, debido a la duración de la declaración más la prórroga) se apreciaron reticencias. La prórroga fue acordada en Consejo de Ministros el 14 de diciembre de 2010 y se extendió hasta el 15 de enero de 2011. Las voces discrepantes percibían vicios de inconstitucionalidad tanto en la declaración del Estado de Alarma como en su prórroga. En la declaración porque se aducía que no cumplían los requisitos del art. 116.2 de la CE en relación con las causas previstas en el art. 4 de la LO 4/81. Y en cuanto a la prórroga porque no se acreditó de forma suficiente su necesidad y únicamente se actuaba para prevenir problemas futuros; de ahí que se llegase a considerar que nos encontrábamos con una «prórroga por incertidumbre» porque la misma obedecía a la posibilidad de que se alterase de nuevo el tráfico aeroportuario y esta era una situación no deseable. La vigencia del Estado de Alarma finalizó con el Decreto de 13 de enero de 2011 que anulaba el de fecha 3 de diciembre de 2010 al considerar el Gobierno que había terminado la crisis aeroportuaria y quedaba garantizada la normalidad del tráfico aéreo y con ello el derecho a la libre circulación de las personas.

Del relato anterior cabe deducir que en la primera declaración del Estado de Alarma de nuestra vigente democracia la polémica generada haya tenido naturaleza jurídica y no política. Las dudas jurídicas vienen de la mano de la ambigua previsión constitucional sobre el tema y de la defectuosa redacción de la LO 4/81. Da la impresión de que ambas normas se escribieron pensando que nunca deberían ser aplicadas. Pensemos, además, que dichas normas fueron redactadas en 1978 y 1981, fechas ya muy lejanas en el tiempo en las cuales era imprevisible adivinar las circunstancias excepcionales por las que atravesaría la vida estatal décadas después. Pero el Estado tiene el deber de defenderse ante las situaciones de emergencia y debe hacerlo en base a los principios de necesidad, proporcionalidad y responsabilidad que permiten encontrar soluciones «extraconstitucionales válidas» para resolver los casos de «fuerza mayor» o «estado de necesidad».

Sin perjuicio de apostar por la reforma que actualice el ordenamiento jurídico introduciendo una serie de previsiones más acordes con las situaciones que en la so-

ciudad actual alteren la normalidad constitucional, hay que resaltar que esa primera declaración de un Estado de Alarma en nuestro país sirvió para arrojar luz sobre diversas cuestiones que habían sido debatidas doctrinalmente en nuestro sistema de fuentes del derecho y también sobre el control jurisdiccional de los actos que declaran los estados excepcionales.

Veamos: la Unión Sindical de Controladores Aéreos interpuso sendos recursos contencioso-contenciosos contra el Real Decreto de declaración del Estado de Alarma y contra el Real Decreto que lo prorrogaba. Posteriormente, varios controladores aéreos interpusieron un nuevo recurso contra el Real Decreto de la citada declaración. Y también, en régimen de litisconsorcio activo necesario, varios cientos de controladores interpusieron recurso en el que impugnaban el Real Decreto de la declaración del Estado de Alarma, el acuerdo del Consejo de Ministros que solicitaba al Congreso la prórroga del mismo y el Real Decreto que lo prorrogó. Pese a que dichos recursos estaban muy bien fundamentados jurídicamente fueron inadmitidos en distintos Autos de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo pronunciados en los años 2011 y 2012.

En sus pronunciamientos el Tribunal Supremo destacó la doble condición del Gobierno en cuanto órgano que ejerce la potestad reglamentaria y dirige la Administración General del Estado y como un órgano constitucional que desempeña funciones de dirección política reguladas directamente en la CE. En el ejercicio de esta segunda condición el Gobierno declaró el Estado de Alarma y lo comunicó al Congreso de los Diputados. Aunque el Tribunal Supremo era consciente de que los actos del Gobierno en relación con las Cortes Generales (Título V de la CE) no quedan al margen del control de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2.1.a/ LJCA) recurrió a un argumento jurídico, cuando menos sorprendente para excluir su control: el Tribunal Supremo afirmó que la impugnación iba dirigida contra un acto jurídico asumido en su integridad por el Congreso desde el momento mismo de la prórroga del Estado de Alarma y dicha actuación de la Cámara Baja no puede ser controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa. En base a estos argumentos –reiterados en la resolución de los recursos de reposición– las decisiones gubernamentales de excepción quedarían fuera del control de la jurisdicción ordinaria.

Dada la importancia atribuida por el Tribunal Supremo a la autorización parlamentaria del Estado de Alarma, 322 controladores aéreos decidieron interponer un recurso de amparo contra el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 16-XII-2010. Alegaban vulneración de los derechos fundamentales basada en la vía del art. 42 de la LOTC, considerando que los Autos del Tribunal Supremo le otorgaban efectos externos a dicho acto; se trataba, pues, de una decisión

parlamentaria desprovista de fuerza de ley cuyo alcance violaba «per se» derechos fundamentales. El Pleno del Tribunal Constitucional, que avocó para sí el conocimiento del recurso, decidió que el acuerdo del Congreso que autorizó la prórroga del Estado de Alarma no es un acto sin valor de ley recurrible en amparo (vía art. 42 de la LOTC) sino un «acto con fuerza o valor de ley» susceptible del control de constitucionalidad por otras vías establecidas al efecto en la CE y en la LOTC. Dicho pronunciamiento se llevó a cabo en el Auto del Tribunal Constitucional 7/2012, de 13 de enero, y recayó sobre el acuerdo parlamentario de autorización de la prórroga del Estado de Alarma y su consideración como acto dotado de eficacia jurídica «ad extra» con fuerza de ley. Posteriormente en la Sentencia 83/2016, de 28 de abril, el Pleno del Tribunal Constitucional rechaza el amparo solicitado por los controladores aéreos y se reafirma en la tesis de que las decisiones de declaración y prórroga de los Estados excepcionales son actos con fuerza de ley susceptibles únicamente de control de constitucionalidad por el supremo garante del ordenamiento constitucional.

El acto de autorización parlamentaria de los Estados excepcionales tiene para el Alto Tribunal un contenido normativo regulador puesto que fijan el alcance, las condiciones y los términos a los que deben ajustarse la prórroga del Estado de Alarma o la declaración y prórroga del Estado de Excepción que el Gobierno decreta; estas resoluciones junto con las de declaración y prórroga del Estado de Sitio poseen un «rango o valor de ley» porque son expresiones del ejercicio de una competencia que la CE atribuye al Congreso en el art. 116. Teniendo en cuenta su naturaleza jurídica la vía para recurrir ante el Tribunal Constitucional no es el recurso de amparo, sino el recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad previstos, respectivamente en los arts. 161 y 163 de la CE y en la LOTC. Pero, el supremo intérprete constitucional descarta de plano cualquier control jurisdiccional del acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicita al Congreso la autorización para prorrogar el Estado de Alarma porque no tiene incidencia sobre derechos fundamentales y siendo un mero trámite no debe ser recurrido.

Debido a la fuerza de ley de las decisiones gubernamentales de declaración y prórroga del Estado de Alarma las resoluciones judiciales que inadmiten la impugnación de los correspondientes decretos en la vía contencioso-administrativa no han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los controladores aéreos (art. 24.1 de la CE) porque, dada su naturaleza jurídica no pueden ser fiscalizadas por la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, los actos y disposiciones dictados en su aplicación pueden ser revisados por la jurisdicción ordinaria en cada caso competente (art. 3.2 de la LO 4/81) y, una vez agotada la vía judicial ordinaria, se pueden



interponer los recursos de amparo pertinentes cuando se consideren lesivos de los derechos fundamentales. Recurso de amparo, que para garantizar de forma plena el derecho a la tutela judicial efectiva, puede dar lugar al planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad por parte del propio Tribunal Constitucional si este supremo intérprete de la Constitución dudase de la constitucionalidad del Real Decreto o resolución parlamentaria de declaración o prórroga de un estado excepcional.

De este modo y trascendiendo el objeto recurrido, el Pleno del Tribunal Constitucional mantiene que los decretos gubernamentales de declaración y prórroga del Estado de Excepción y las resoluciones de declaración y prórroga del Estado de Sitio, que se formalizan de distinto modo y se adoptan por órganos diferentes, también poseen por su contenido y efectos la naturaleza de «actos y resoluciones con fuerza de ley». Así pues, todas las decisiones constitucionales relativas a los Estados excepcionales que reconoce el art. 116 de la CE en nuestro sistema de fuentes del derecho se enmarcan en la categoría jurídica reconocida en el art. 27.2.b/ de la LOTC) común de «actos con fuerza y rango de ley» no siendo posible su control jurisdiccional ordinario, pero sí es factible su control por el Tribunal Constitucional. Queda garantizada de este modo la vigente Constitución de 1978 que puede actuar como límite efectivo frente a quienes tienen la capacidad de decidir sobre los estados de anomalía constitucional o defensa política de la norma suprema. El control de constitucionalidad sobre el titular de dicho poder neutraliza las tentaciones en que el titular de la decisión pueda incurrir.

# LA PARTICIPACION CIUDADANA EN LAS ELECCIONES. CASO DE LAS PERSONAS INCLUSIVAS: REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO AL VOTO DE LAS PERSONAS CON INCAPACIDAD

LILIÁN GALVÁN BAUTISTA  
*Universidad de Salamanca*

## 1. INTRODUCCIÓN

ESPAÑA cuenta con una experiencia de mas de cuarenta años ejerciendo el Derecho al voto, y recientemente, con la Ley Orgánica 2/2018 de 5 de diciembre, se desblinda el derecho al voto para las personas con incapacidad judicial, gracias a la modificación y supresión de algunos apartados de los artículos de la LOREG. Se consigue desvincular de las limitaciones de los derechos civiles, los derechos políticos y sociales como es el derecho a participar en las elecciones políticas mediante el voto. Así, España sigue el ejemplo de algunos países de la Unión Europea, como Finlandia, Italia, Países Bajos, Reino Unido, entre otros. Sin embargo aun falta mucho que mejorar en esta materia, pues el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, en concordancia con la Comisión de Derechos Humanos de la Unión Europea en España, ha observado la falta de garantías en la participación de las personas con discapacidad para participar de manera plena y efectiva en la vida pública y política en igualdad de condiciones<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Desde 1810, la historia del voto en la España contemporánea surge y transcurre paralela a la historia del Estado Liberal. Las rupturas del Estado liberal han constituido unos paréntesis, dentro de

## 2. EVOLUCION EN LA REGULACION DEL DERECHO AL VOTO

El 5 de diciembre de 2018, se aprobó la Ley Orgánica para modificar y suprimir algunos apartados de los artículos de la LOREG (Ley Orgánica de Régimen Electoral General). Con esto, lo que pretende el Gobierno, es garantizar el derecho a la igualdad ante la ley que proclama el artículo 14 de la Constitución, mismo que abarca el derecho al sufragio, es decir, que se garantice la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas con discapacidad, en estricto acatamiento del artículo 49 de la Constitución<sup>2</sup>, y en cumplimiento a los compromisos adquiridos internacionalmente por España<sup>3</sup> mediante la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad que entró en vigor el 3 de mayo de 2008<sup>4</sup>.

Pues, en septiembre de 2011 el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas al observar que por regla general estaba restringido el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial junto con la privación de su capacidad jurídica por sentencia judicial, realizó la recomendación respeto del derecho de participación de la vida política y pública recogido en el artículo 29 del Tratado. Pues se entiende que la privación de los derechos civiles no contempla el derecho a votar o a participar en la vida pública, si bien es cierto, puede contemplarse la excepción, pero no tomarlo como una regla general<sup>5</sup>.

---

los cuales la evolución del sufragio se congeló –en el caso de la monarquía absoluta de Fernando VII (1814-1820 y 1823-1833)– se quebró –incipientemente en la Dictadura (1923-1931) y con mayor rotundidad en el régimen de Franco–, tomando una dirección distinta, adversa, a la que con cierta unidad y coherencia se venía asistiendo hasta entonces. VARELA DÍAS, S. «El Proceso electoral. La perspectiva histórica», pág. 281.

<sup>2</sup> ARNALDO ALCUBILLA, E. «El carácter dinámico del régimen electoral español», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 9 y sigs.

<sup>3</sup> SATRÚSTEGUI, M. «La elección de las Cortes generales» en Luis LÓPEZ DE GUERRA y otros, Derecho Constitucional, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, vol. II, pág. 42.

<sup>4</sup> Apurando en la síntesis al máximo, el estudio de la historia electoral española puede realizarse contraponiendo al conjunto de las etapas liberales. Que se suceden desde las Cortes de Cádiz hasta la Guerra Civil, el extenso lapso o periodo autoritario del régimen franquista, cuyo antecedente, en este orden de cosas, serían los intentos corporativistas frustrados de Primo de Rivera. VARELA DÍAS, S. *Ibidem*. Historia del constitucionalismo español, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955, 1ª Ed., pág. 346.

<sup>5</sup> RAMÍREZ, M. «La participación política», Tecnos, Madrid, 1985, págs. 25 y ss. GARRORENA MORALES, A. «El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho», Tecnos, Madrid, 1987, págs. 107 y sigs.

Toda vez que el sufragio ha de ser, en formula ampliamente conocida, universal, libre, igual, directo y secreto. Principios a los que aluden los artículos 68, 69 y 140 de la Constitución Española, respecto a la regulación de la elección del Congreso de Diputados, del Senado, y de los Ayuntamientos<sup>6</sup>.

### 3. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL VOTO

El derecho al voto y a participar en la vida pública debe estar garantizado con la asistencia necesaria, con todos los medios de apoyo material y personal que faciliten el real y efectivo goce y disfrute de este derecho. De Esteban comenta que «Las elecciones lógicamente significan la emisión del voto, instrumento por medio del cual, el elector especifica su preferencia política<sup>7</sup>». Y como bien dice Luis A. Gálvez, «El objetivo fundamental... es contribuir a mejorar el régimen de emisión de voto por parte del colectivo de las personas especialmente vulnerables, a fin de que el mismo se ajusta de forma más plena y adecuada a los derechos, principios y valores reconocidos en la Constitución y, en especial, a los caracteres básicos del sufragio: universal, libre, igual, directo y secreto<sup>8</sup>».

Dentro del proceso electoral, el voto se concibe como un derecho y un deber del ciudadano. Aquí nos centraremos a analizar su esencia como derecho, el cual, tiene como característica fundamental ser inalienable a los ciudadanos que pertenecen a una comunidad, por estar reconocido como un derecho fundamental, por los instrumentos internacionales que forman parte de las Declaraciones de Derechos, y por las propias Constituciones que surgen a partir de la Revolución francesa, «como lógico corolario de la soberanía nacional y como elemento esencial de la legitimidad democrática pero este derecho, aun reconocido como tal, se presenta en su evolución en dos etapas: el sufragio restringido y el sufragio universal<sup>9</sup>».

<sup>6</sup> «El principio de sufragio directo supone, fundamentalmente, que los ciudadanos cuando expresan su sufragio eligen de forma directa o inmediata a las personas que van a ocupar los cargos a cubrir en las instituciones representativas. No cabe elegir intermediarios para que luego éstos designen a los titulares del órgano representativo en cuestión. Se trata de una elección de un único grado». GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 38.

<sup>7</sup> DE ESTEBAN, J., y otros. El Proceso Electoral, pág. 62.

<sup>8</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit., pág. 22.

<sup>9</sup> «El primero descansa en la capacidad que se exige para poder votar en base a criterios de riqueza, capacidad intelectual, raza, sexo o afiliación política o religiosa. De esta manera, solo dispondrán de dicho derecho aquellas personas que posean un determinado nivel de renta (sufragio censitario), que gozan de una determinada capacidad intelectual o unos conocimientos mínimos (sufragio capa-

Ha sido el sufragio universal el que ha proliferado como derecho fundamental en la evolución política. Sin embargo, se han considerado algunas restricciones en su ejercicio, como es la edad, la nacionalidad o las razones procesales, como es, estar cumpliendo una condena de privación de libertad. Lo demás, significa un atentado flagrante al derecho fundamental de votar y participar en las elecciones.

Otra característica de este derecho, es la forma de emisión del voto, Mackenzie señala que «El principio fundamental del cual hay que partir es el carácter secreto del voto. Esta es una conquista democrática destinada a evitar todo tipo de presiones, de la que no es posible prescindir en nuestro días. Pero de acuerdo a esta premisa, es posible distinguir varios tipos. El primero y más clásico es el de la emisión personal de una papeleta en una urna, sufragio que se realiza en una cabina cerrada a fin de posibilitar el secreto. En algunos países, sin embargo, se está introduciendo últimamente la utilización de procedimientos electrónicos que simplifican el computo de los votos, al mismo tiempo que se sigue garantizando el carácter secreto necesario<sup>10</sup>».

---

citario), que pertenecen a una determinada raza o sexo (sufragio étnico) o que hace muestras de una determinada filiación política o religiosa, (sufragio politizado). En cualquiera de estos casos, se niega el derecho del voto a ciertas categorías de ciudadanos de acuerdo a criterios restrictivos, incluyéndolos así en una categoría de segunda clase con respecto a los que si gozan de él. No hace falta decir que semejante actitud es insostenible desde el punto de vista estrictamente democrático. De ahí que surgiese el segundo tipo, esto es, el sufragio universal como reivindicación indispensable en un régimen democrático. El derecho al voto se concede entonces a todo ciudadano en tanto que un derecho imprescriptible de la persona humana, con independencia de su fortuna, capacidad intelectual, religión, raza, sexo o filiación política». DE ESTEBAN. *Ibídem*.

<sup>10</sup> MACKENZIE, W.J.M, *Elecciones libres*, Tecnos, Madrid, 1962. pág. 141. En España, la emisión al voto tiene las siguientes manifestaciones básicas, las cuales apunta Luis A. GÁLVEZ: «—La expresión del voto por medio de papeletas electorales y sobres de votación; la vinculación de cada elector a una de las múltiples Mesas Electorales distribuidas en todo el país; La utilización del correo como mecanismo básico a distancia o no presencial; la concentración temporal de la votación directa, lo que se concreta en el hecho de que las elecciones duran un solo día, que no cabe interrumpir el desarrollo de la votación y que ésta tiene lugar de forma simultánea en todo el país; el carácter no laborable del día de votación con el fin de favorecer la participación y limitar las distorsiones que para el funcionamiento ordinario de un país supone la celebración de unas elecciones; el uso facultativo, no obligatorio, de la cabina de votación, como lugar en donde los ciudadanos pueden confeccionar su voto fuera de la vista de las demás personas en el local electoral; el escaso uso de las tecnologías de la sociedad de información a lo largo de todo el desarrollo del sistema de voto y no solo por lo que hace al medio de expresión del sufragio (las papeletas y sobre de votación); la flexibilidad en la identificación del elector, en la medida en que se permite acreditar su identidad por medios distintos al documento nacional de identidad, tratándose de los españoles, y a la tarjeta de residencia, en el caso de los extranjeros residentes en España que tengan derecho al voto en las elecciones municipales y europeas; la amplitud con la que se ha admitido el voto a distancia o no presencial en nuestro Derecho; el tratamiento singular del voto de los electores residentes ausentes, en especial su exclusión del voto directo y las menores garantías que se han establecido en relación con el cumplimiento de

La obligación constitucional de facilitar el derecho al voto, la ha asumido el Poder Legislativo en el sentido de establecer varios procedimientos de votación, esto supone la existencia del voto directo y el voto a distancia, así como un procedimiento general u ordinario y una serie de procedimientos especiales, destinados a colectivos determinados de electores, considerando sus diferentes situaciones y dificultades a la hora de emitir su voto, plasmados en el Real Decreto 605/1999 de 16 de abril.

Los votantes discapacitados o vulnerables que se consideran en los procedimientos especiales son: los analfabetos e impedidos para realizar por si mismo las operaciones electorales y los ciegos<sup>11</sup>. Y, con respecto a los votantes que ejercen su derecho a distancia dentro del procedimiento ordinario son: los que acrediten sufrir una enfermedad o incapacidad que les impida acudir personalmente a Correos para hacer la solicitud de voto por correo, entre otros casos de impedimento.

En general el reconocimiento de un derecho, conlleva necesariamente que se garantice la libertad de su ejercicio, por el Estado, como es el caso del derecho al voto. En esencia es lo que reconoce este derecho fundamental al voto.

Luis A. Gálvez Muñoz, considera que actualmente, el sistema de elección vigente en España, en cuanto al ámbito del voto de las personas especialmente vulnerables cuenta con 5 principales elementos que de forma directa condicionan el contenido de este régimen jurídico para servir de instrumento de interpretación y de crítica del mismo que son:

- La imposición a los poderes públicos de la obligación general de facilitar el sufragio.
- El establecimiento de las condiciones básicas a las que el sufragio debe responder: universalidad, personalidad, libertad, igualdad, y secreto.
- El compromiso de los poderes públicos de garantizar la participación electoral de los discapacitados en condiciones de igualdad.

---

las condiciones básicas del sufragio; el establecimiento de órganos independientes para la gestión del voto, singularmente las Mesas Electorales; el escrutinio inmediato de los votos por las Mesas Electorales receptoras de los votos nada más incluir la votación. GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. págs. 44 a 47.

<sup>11</sup> Orden del Ministerio de Interior 3817/2007, de 21 de diciembre, por la que se desarrolla el procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, regulado en el Real Decreto 1612/2007 de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio.

- La configuración tradicional que se ha dado al sistema de votación en nuestro país.
- Y la regulación de una pluralidad de procedimientos de votación, es decir, de modos distintos de articular la expresión del sufragio<sup>12</sup>».

De esta forma, los tres Poderes en España<sup>13</sup>, adquieren el compromiso de respetar, proteger, garantizar y promover el derecho al voto de los ciudadanos, entre los cuales, se encuentran las personas especialmente vulnerables, por una discapacidad o incapacidad. Ya que son los encargados de poner en funcionamiento el Principio Democrático y el Principio Facilitador que observan los artículos 1.2, 9.2 y 53.1 de la Constitución Española, conformando así el Estado Social y Democrático de Derecho en España<sup>14</sup>. «Se ha querido con ello, consagrar al máximo nivel jurídico las pautas mínimas que deben reunir las elecciones en nuestro Derecho para poder merecer la calificación de democráticas»<sup>15</sup>.

Pues tal y como acertadamente lo Expresa Luis A. Gálvez, «El sufragio se configura no solo como un derecho subjetivo individual, de gran importancia para el completo desarrollo de la libertad y la dignidad de la persona, sino también como un derecho de enorme valía para la comunidad, pues cumple como una función legitimadora imprescindible para el funcionamiento de la democracia; dicho de otra forma: con la expresión del sufragio el ciudadano ejerce su derecho a votar, pero también contribuye a la formación de la voluntad estatal y al correcto funcionamiento del Estado democrático»<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 28.

<sup>13</sup> «Los poderes políticos están obligados siempre, *ex constitutione*, a facilitar el ejercicio de los distintos derechos fundamentales, pero el constituyente ha querido que esta obligación sea particularmente exigible en el caso del derecho de sufragio y de los demás derechos de participación política, dada la gran importancia que tienen en nuestro sistema político. GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 30.

<sup>14</sup> Artículo 53.1 Constitución Española. «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos...». Y, el artículo 9.2 Constitución Española, contiene el Principio facilitador del Sufragio en la necesaria lucha por hacer efectiva la libertad, la igualdad y la democracia.

<sup>15</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 36.

<sup>16</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 31.

#### 4. EL DERECHO AL VOTO DE LAS PERSONAS CON INCAPACIDAD

Como hemos visto, el sufragio universal<sup>17</sup> concebido como derecho fundamental al voto debe estar reconocido en el ordenamiento jurídico de España, lo que conlleva a que tanto los Poderes del Estado como los propios ciudadanos, contribuyan a que el ejercicio de este derecho sea ejercido en secreto y con total libertad independientemente de las limitaciones de minusvalía o incapacidad que puedan sufrir algunos ciudadanos<sup>18</sup>.

Es decir, que el principio del sufragio implica dos obligaciones de carácter general, como apunta Luis A. Gálvez<sup>19</sup>, primero, se debe hacer materialmente posible el ejercicio del derecho de sufragio por parte de todos los colectivos ciudadanos, y segundo, conseguir que este ejercicio resulte fácil y cómodo, para que nadie pueda desistir de votar por las complicaciones que pueda plantear la emisión del voto. Esto se traduce en la obligación a los poderes públicos a facilitar el ejercicio del derecho de voto por todos los ciudadanos, con una proyección inclusiva. Solo así se podrá legitimar el Poder.

Para tener una mejor sensibilización con estos casos, es preciso señalar que no es lo mismo una incapacidad judicial o incapacidad civil, que la discapacidad. Pues la primera, necesariamente requiere de la sentencia del juez para que le prive en algún momento de su vida del ejercicio de sus derechos civiles mediante sentencia firme. Siendo esto, una mera situación jurídica. Cuyas consecuencias es no poder regir sus bienes, ni su propia persona debido a la situación psíquica, física o sensorial, lo

<sup>17</sup> «El significado de este principio de promoción del sufragio ofrece pocas dudas. Este principio supone que el Estado, entendiendo este término en su sentido más amplio, está constitucionalmente obligado a hacer todo lo posible para que la participación electoral de la ciudadanía pueda ser una realidad efectiva y tangible, de tal modo que el derecho de voto pueda encontrar su realización plena, inmanente a su carácter universal». GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 33.

<sup>18</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1986, Fundamento Jurídico Tercero indica que: «Rompiendo con el antagónico binomio derecho-deber, se considera el derecho fundamental consagrado en el artículo 23 CE, como un derecho generador de deberes sociales que imponen la participación necesaria para expresar la conciencia social y la voluntad colectiva, puesto que la soberanía radica en el pueblo y a esa formación del sentir popular ha de contribuir el titular del voto con su aportación básica y los restantes elementos de su entorno social que pueden condicionar la posibilidad de aquél y a lo que cabe añadir que los dos factores indicados son indispensables para hacer explícita la voluntad política ciudadana, en la que radica la esencia de la democracia y del sistema parlamentario».

<sup>19</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», *ibidem*.



que hace imprescindible que otra persona, mediante la figura del curador, tutor o defensor judicial vele por su situación, sus derechos y sus obligaciones<sup>20</sup>.

En cambio, la discapacidad necesariamente tiene que ser física, y solo necesita de un tutor o curador cuando esta alcanza una minusvalía física o sensorial del 65% y si es psíquica debe ser superior al 33%. Son estas las personas a las que se refiere la reforma de la LOREG. Cabe hacer mención que la incapacidad judicial puede ser reversible o permanente, y la discapacidad judicial es permanente.

Luis A. Gálvez extrae tres elementos de gran significación en orden a la determinación del contenido, crítica e interpretación del régimen de votación de las personas especialmente vulnerables de la LOREG: «la adquisición por los poderes públicos del compromiso específico de garantizar la participación electoral de los discapacitados en condiciones de igualdad; la configuración tradicional del sistema de votación; y el establecimiento de una pluralidad de procedimientos de emisión del voto»<sup>21</sup>.

Pues ni antes, ni después de la reforma de la LOREG, se garantiza plenamente el derecho al voto de las personas vulnerables por su incapacidad. En la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General, en su artículo tercero apartado 1, apartados b) y c) (antes de la actual reforma) se disponía:

1. Carecen de derecho de sufragio:

b) los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio de derecho de sufragio.

c) los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el periodo que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho al sufragio»<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Luis LÓPEZ GUERRA, considera que: «Es particularmente interesante a este respecto, el análisis que lleva a cabo (Luis A. GÁLVEZ MUÑOZ) de las disposiciones encaminadas a hacer posible el voto de las personas enfermas inmovilizadas. Como puede apreciarse, se trata de cuestiones que siguen abiertas en la discusión académica y política, y que se refieren a disfuncionalidades de tipo general que repercuten forzosamente en las condiciones de voto de colectivos con problemas específicos de discapacidad o de otro tipo de vulnerabilidad». En el Prólogo a la obra de GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 18.

<sup>21</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 40.

<sup>22</sup> Hay que tener en cuenta que el Principio de Sufragio, implica además del carácter directo del voto, la personalidad del sufragio. TAMAMES, L. y R. «Introducción a la Constitución española 6ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 1992, pág. 113.

Ya en los Acuerdos de la Junta Electoral Central de 21 de noviembre de 1980, 15 de septiembre de 1982, 25 de mayo de 2003 y 16 de febrero de 2005, que conforme al artículo 2.2 del Real Decreto Ley 20/1977 de 18 de marzo, sobre normas electorales. El voto es personalísimo e intransferible, «esto supone que el voto ha de ser emitido necesariamente por su titular y no por ninguna otra persona en representación suya, siguiendo sus indicaciones o interpretando su voluntad»<sup>23</sup>. Porque el voto personal y directo es el que garantiza la democracia que pretende España.

También la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en su disposición final quinta, relativa a las «condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en las relaciones con las Administraciones Públicas»<sup>24</sup>, en cuyo primer punto ordena al Gobierno, que en el plazo de dos años, regule la accesibilidad en los procesos electorales según lo previsto en el artículo 10<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 39. «El que el sufragio se emita de forma personal es la mejor forma de garantizar la autenticidad del voto, es decir, que el voto emitido y escrutado posteriormente por el órgano encargado de su computo tenga correspondencia exacta con el efectivamente querido por el elector. No debe haber interferencias que puedan defraudar su voluntad.»

<sup>24</sup> Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. BOE N° 289 de 3 de diciembre de 2003.

<sup>25</sup> Artículo 10. «1. El Gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, regulará unas condiciones básicas de la accesibilidad y no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad.

Dicha regulación será gradual en el tiempo y en el alcance y contenido de las obligaciones impuestas, y abarcará a todos los ámbitos y áreas de las enumeradas en el capítulo I.

2. Las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación establecerán, para cada ámbito o área, medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones, y para compensar desventajas o dificultades. Se incluirán disposiciones sobre, al menos, los siguientes aspectos:

a) Exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos tecnológicos, o de los bienes y productos utilizados y la adaptación de equipos e instrumentos

b) Condiciones más favorables en el acceso, participación y utilización de normas, criterios y prácticas.

c) Apoyos complementarios, tales como ayudas económicas, tecnológicas de apoyo, servicios o tratamientos especializados y otros servicios personales.

En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas oral y lengua de signos y otros dispositivos que permitan la comunicación.

d) La adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimule la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad.

e) Planes y calendario para la implantación de las exigencias de accesibilidad y para el establecimiento de las condiciones más favorables y de no discriminación.

f) Medios y recursos humanos y materiales para la promoción de la accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate. Ley 51/2003, op. cit.

Finalmente, quince años después, el Congreso actuó y estas disposiciones quedaron suprimidas mediante la reforma de la Ley Orgánica 2/2018, de 7 de diciembre, debido a la recomendación expuesta por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, la cual, apuntaba que con estos preceptos legales se excluía a este sector de la población del derecho fundamental al sufragio, ya que resultaba contradictorio al derecho de participación en la vida política y pública recogido en el artículo 29 del Tratado de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España en 2008 adquiriendo el compromiso de adhesión.

A su vez, en la misma reforma de la LOREG se añadió un segundo párrafo al artículo tres reformado, que señala:

«2. Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consiente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera».

Así queda establecido en términos generales, pero con bastantes deficiencias, el compromiso del Estado de garantizar el derecho fundamental al voto atendiendo al artículo 29 del Tratado<sup>26</sup>. Pues, el Estado, mantiene la configuración tradicional

---

3. Las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación se establecerán teniendo en cuenta a los diferentes tipos y grados de discapacidad que deberán orientar tanto el diseño inicial como los ajustes razonables de los entornos, productos y servicios de cada ámbito de aplicación de la ley».

<sup>26</sup> Artículo 29. Participación en la vida política y pública. Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a: a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la política y pública en igualdad de condiciones con las demás directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho a la posibilidad de las personas con discapacidad para votar y ser elegidas, entre otras formas mediante: i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electoras sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar; ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentar efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda; iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar; b) Promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas: i) Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos; ii) La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional, local, y su incorporación a dichas organizaciones. Convenio Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 3 de mayo de 2008. BOE 9 de abril de 2008.

del sistema de votación<sup>27</sup>, en el que se permite el derecho al voto directo o presencial, pero no se establecen los medios o condiciones más favorables de acceso o de participación que comprende el derecho al sufragio en condiciones de igualdad, libertad, personalidad, universalidad y secreto del sufragio.

Pues Luis A. Gálvez nos recuerda que «el sistema de votación actualmente vigente en España es el mismo que el que estableció el viejo Real Decreto Ley 20/1977 de 18 de marzo, sobre las normas electorales, que fue aprobado por el Gobierno de Adolfo Suárez a fin de encauzar las primeras elecciones democráticas desde febrero de 1936 y que se aplicó a las elecciones convocadas con posterioridad hasta su sustitución por la LOREG»<sup>28</sup>. Lo que califica como un «seguidismo» de la LOREG respecto de la legislación electoral de la transición. Por tanto, considera que «Es indudable que si no conocemos “lo general”, “lo ordinario” o “común”, no podemos entender adecuadamente el alcance y significado de “lo especial”, “lo particular” o “singular”»<sup>29</sup>.

Pues, se trata de saber qué debe hacer exactamente el elector y la Mesa electoral para hacer realidad el ejercicio del derecho al voto de los discapacitados o incapacitados, para tratarlos de forma inclusiva<sup>30</sup>.

En la última reforma de 2018, el Legislador podría haber añadido un tercer párrafo al artículo tercero de la LOREG en el que se haga referencia a los mecanismos para implementar un procedimiento que rompa las barreras materiales para la participación en las elecciones de personas con discapacidad como por ejemplo, las instituciones que les representen en todos los niveles (internacional, nacional, regional y local) para realizar de forma real y eficaz su participación plena en la vida política y pública.

<sup>27</sup> «-Tanto en la modalidad de voto directo o presencial, como en la de votación a distancia-, se encuentra regulado en España, de una forma que podemos calificarla como de «bastante conservadora»». GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 43.

<sup>28</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 44.

<sup>29</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 55.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, J. C. «Derecho electoral español. Normas y procedimientos, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 88. GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «Trabajo y elecciones. El régimen jurídico de los permisos labores para ejercer el derecho fundamental de sufragio», en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 137, 2008; GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho de sufragio y el deber de trabajar. El artículo 13.1 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, regulación complementaria de los procedimientos electorales», en la Constitución Española de 1978, Libro Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Barcelona, 2008.

## 5. QUEDAN CUESTIONES POR RESOLVER

Son muchas las cuestiones por resolver sobre el derecho al voto de las personas con incapacidad, para garantizar la participación ciudadana en las elecciones en España<sup>31</sup>. Si bien es cierto, también se han obtenido algunos logros como celebrar elecciones en domingo o días festivos<sup>32</sup>, la concesión de permisos retribuidos para votar a aquellas persona que estén trabajando el día de las elecciones<sup>33</sup>, la cercanía de las mesas electorales a los domicilios de los electores<sup>34</sup>, la realización de campañas institucionales por los poderes públicos<sup>35</sup> y la admisión del voto a distancia<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Luis A. GÁLVEZ, expone que «los poderes públicos tiene, ... un amplio margen de libertad para establecer las medidas de facilitación del sufragio que consideren más adecuadas, sin estar obligados a inclinarse necesariamente por unas y otras en concreto. Lo único que tienen vedado en este terreno es la inacción y el entorpecimiento de tal ejercicio, así como, naturalmente, la violación gratuita o injustificada de otros principios, de derechos o valores constitucionales». GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 33.

<sup>32</sup> Artículo 42 de la LOREG,

<sup>33</sup> El artículo 13.1 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementara de los procesos electorales (BOE 92/1999, de 17 de abril) señala: «La Administración del Estado o en su caso, las de las Comunidades Autónomas que tengan retribuidas competencias en materia laboral, previo acuerdo con los Delegados de Gobierno, respecto de los trabajadores por cuenta ajena, y las administraciones públicas, respecto a su personal, adoptarán las medidas precisas para que los electores que preste sus servicios el día de las elecciones pueden disponer en su horario laboral de hasta cuatro horas libres para el ejercicio del derecho del voto, que serán retribuidas. Cuando el trabajo se preste en jornada reducida, se efectuará la correspondiente reducción del permiso».

<sup>34</sup> Los artículos 23 y 24 de la LOREG. Establece que las Mesas Electorales tienen entre quinientos y dos mil electores, pero, en caso de población diseminada puede bajarse hasta doscientos.

<sup>35</sup> El artículo 50.1 de la LOREG, tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 13/1994, de 30 de marzo, es el que se ocupa de las campañas institucionales: «Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral pueden realizar durante el periodo electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento, para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores. Esta publicidad institucional se realizará en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña».

<sup>36</sup> «En el caso concreto del voto a distancia, el legislador ha decidido establecerlo en determinados casos, bajo el auxilio del correo, tras constatar las enormes dificultades que tienen determinadas personas para acercarse a las urnas el día de la votación y evaluar, entre otras consideraciones, la capacidad del Servicio de Correos para la gestión del voto de miles de personas, la mayor o menor posibilidad de fraude que presenta esta modalidad de votación, la consistencia que tienen otras alternativas y el problema de la ruptura del principio de unidad del acto electoral, es decir, de que se excepcione para ciertos electores el sagrado y centenario rito de votar el mismo día, en condiciones y bajo el control directo del propio electorado. ÁLVAREZ CONDE, E. «Los principios del Derecho Electoral»; Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 9, 1991, págs. 27-30; GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El régimen jurídico de la publicación de las encuestas electorales, Congreso de los

Solo me centraré en dos cuestiones esenciales que me permitirán no extenderme en la redacción.

Podríamos celebrar el gran avance que se ha logrado en el derecho al sufragio en la historia de España con la última reforma a la LOREG, pero aún quedan varios temas que matizar en lo que al Derecho de sufragio respecta. Pues una inconstitucionalidad no puede solventarse con otra inconstitucionalidad. Lo cual, nada tiene que ver con la ponderación de Derechos.

Pues el Legislador al reformar la LOREG en una labor de restituir en su derecho al voto a las personas que fueron privadas mediante sentencia firme<sup>37</sup>, se limita a añadir una disposición adicional octava que «deja sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio ahora suprimida». Redacción que vulnera los artículos 117 y 118 de la Constitución<sup>38</sup>, los cuales hacen referencia a que solo corresponde a los Juzgados y Tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Siendo obligación de todos cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales.

Si bien es cierto, que la intención del legislador era buena, no fue la más acertada reparar una inconstitucionalidad con otra, y menos aún hablando de Democracia en España, Estado que cuenta con una división de Poderes claramente definidos en la Constitución de 1978. Ya los procedimientos establecidos en España para juzgar están bien establecidos, y existen los mecanismos legales para que una sentencia deje de surtir efectos como es el caso de una situación sobrevenida que reabra el caso. Por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 761 prevé el caso de que si en el futuro se da la aparición de nuevas circunstancias y condiciones será posible modificar el alcance de la incapacitación o, incluso, dejarla sin efecto. Lo que permitiría al incapacitado obtener una sentencia que le permita votar.

No necesariamente todos los incapacitados deben tener el derecho a votar, pues la recomendación del Comité observador, explicó que veía extraño que la LOREG impidiera votar de manera generalizada a los incapacitados declarados por senten-

---

Diputados, Madrid, 2002, págs. 197-199 y 255. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», op. cit. pág. 35.

<sup>37</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de mayo de 2005. Arnaldo ALCUBILLA, E. y DELGADO IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M. Código Electoral, 6ª edición, La Ley y el consultor de los Ayuntamientos y los Jueces, Madrid, 2008, págs. 38 y 39. Vid., GUTIÉRREZ CALLES, José L. «Matrimonio, testamento y derecho de sufragio activo del incapacitado», Revista del Poder Judicial, N° 56, 1999, págs. 345 y sigs.

<sup>38</sup> Artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

cia judicial firme, y se contemplara esta situación como excepción. Pues cabría la posibilidad de que un juez si lo estima necesario y lo razona en una sentencia basado en pruebas e informes médicos, que se le prive a un incapacitado de su derecho a votar<sup>39</sup>, toda vez que su curador o tutor, puede tener ventaja de su custodio para votar doblemente<sup>40</sup>.

Otra polémica que surgió ha sido en relación a la instrucción 5/2019 de la Junta Electoral Central del pasado 11 de marzo de 2019, sobre la aplicación de la modificación de la LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018 de 5 de diciembre, que establece en el punto Segundo:

«En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral, o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto de una persona con discapacidad no es ejercido de forma consiente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte.»

Ante dicha instrucción, el Partido Político PODEMOS solicitó su modificación a la Junta Electoral Central, por considerarla discriminatoria y contraria a la Constitución y a los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos a los que esta suscrita España.

Si la intención de la Junta Electoral Central fue el tener conocimiento de cualquier conducta que vulnerara el ejercicio al voto de forma consiente, libre y voluntaria, lo hubiera manifestado igual, sin aludir solo a las personas con discapacidad, pues todos los ciudadanos que ejercen su derecho al voto, corren el riesgo de que se transgreda este derecho. Pues lo que se pretende legalmente es un trato igualitario, evitando la discriminación que en este caso textualmente se señala, pero en el camino de la evolución y transformación social inclusiva estamos<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Vid, Acuerdo de la Junta Electoral Central de 22 de junio de 1999; y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de junio de 2003.

<sup>40</sup> Vid. GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «La confección del voto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009. GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. y RUBIO LARA, P. A. «Normas, abusos y garantías en el voto de las personas especialmente vulnerables», Cuadernos de Política Criminal, N° 94, 2008.

<sup>41</sup> CAZORLA PRIETO, L. M. «Artículo 87», en la obra por él dirigida «Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, Civitas, Madrid, 1986, pág. 836.

## 6. EL DERECHO AL VOTO DE LAS PERSONAS CON INCAPACIDAD EN LA UNION EUROPEA

En distintos países de la Unión Europea ya ejercen el derecho al voto las personas con incapacidad, entre los cuales se encuentran Austria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Letonia, Países Bajos, Suecia, Irlanda, Italia, y Reino Unido<sup>42</sup>. De los cuales, España podría tomar referencias legales y procesales para desarrollar el derecho al voto de estas personas con plena garantía, en la medida en que el derecho comparado a nivel constitucional y político lo permita.

Algunas de las características que a grandes rasgos se observan es que en países como Francia, Estonia, Chipre, Malta y Eslovenia el derecho al voto está limitado por un doctor o un juez quien decide si la persona puede votar o no. En cambio, en Reino Unido, Países Bajos, Suecia, Letonia, Austria, Croacia e Italia se da completa libertad de voto a las personas con discapacidad intelectual. Por lo que es oportuno hacer un análisis comparativo de los sistemas políticos y jurídicos que se emplean para garantizar este derecho.

Por ejemplo, en Polonia las personas con discapacidad participan en los procesos electorales de manera justa gracias a todas las medidas que instauraron en 2015, cuando se promovieron otros métodos de votación, en cambio en Portugal las personas con discapacidad intelectual no pueden votar porque la información electoral no está preparada de un modo accesible para que puedan entenderla fácilmente. Tampoco en Alemania tienen derecho al voto las personas con demencia, discapacidad psicosocial o intelectual.

El panorama que se percibe sobre la garantía plena de este derecho al voto entendido como sufragio universal respetando la libertad de elección y el voto secreto es complejo, pero también sería trascendental que en España se concibiera una garantía plena del derecho al voto de las personas con incapacidad<sup>43</sup>. Por lo que el inicio a un estudio de derecho comparado sea la clave para su realización<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> SÁENZ ROYO, E. «La reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral por la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre de», Revista de las Cortes Generales, Número 68, 2006, pág. 15 nota 11.

<sup>43</sup> Propuesta del voto electrónico. GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. «El Derecho al Voto de los Discapacitados y otras personas vulnerables», Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 105 y sigs. ONEGA LÓPEZ, J. R. «El ejercicio del derecho de sufragio activo por el colectivo de discapacitados: el voto por internet como posible vía de solución», en Colectivos con dificultades para el ejercicio del derecho de sufragio, Dykinson y Ministerio del Interior, Madrid, 2003, págs. 13-16. BASTIDA, F. «La soberanía borrosa: la democracia», en fundamentos, N° 1, 1988, págs. 444 y sigs. PAU I VALL, F. y SÁNCHEZ I PICANYOL, J. «Democracia y nuevas tecnologías», Parlamento y sistema electoral. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Aranzadi y Alepa, Madrid 1999, págs. 425 y sigs.

<sup>44</sup> El Código Electoral Francés, artículo L.64 Voto asistido, artículo L.71 y sigs. y R. 72. Voto por procurador.



## 6. CONCLUSIONES

Para que las personas con incapacidad ejerzan su derecho al sufragio y se les garantice su participación de manera eficaz es importante iniciar el desarrollo del derecho al voto con las siguientes propuestas:

Realizar un estudio que genere una ley creadora de los mecanismos adecuados para garantizar la participación en las elecciones a las personas con incapacidad de manera plena y efectiva, así como en la vida pública y política en igualdad de condiciones. Dicho estudio ha de ser enfocado en un análisis de legislación comparada con otros países de la Unión Europea, para obtener fuentes que contribuyan a obtener esos medios de apoyo legales, sociales, personales y materiales que incluyan a todos los ciudadanos en la participación del sufragio universal.

Establecer una vía procesal rápida y expedita dentro del ámbito judicial, para modificar las Sentencias que privan del derecho al voto a los incapaces legales, a efectos de que se les reconozca el derecho al voto de conformidad con la LO 2/2018 LOREG. Con lo cual, se podrá juzgar caso por caso atendiendo a las particularidades de cada ciudadano sobre el disfrute del derecho al voto.

Las observaciones que sugiere la Junta Electoral Central, en la instrucción 5/2019 de 11 de marzo, deben ir abocadas a todos los ciudadanos en general sin realizar discriminación alguna para garantizar el voto secreto, libre y voluntario.

# ¿ES VIABLE LA MEDIACIÓN PENAL EN LOS CONFLICTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR? UNA BREVE REFLEXIÓN DESDE UNA POSTURA CRIMINOLÓGICA

LIZBETH GARCÍA MONTOYA<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

**E**L PRESENTE trabajo versa sobre la problemática que viven más de la mitad de las mujeres de 15 años o más casadas o unidas, en el hogar. Según datos arrojados por la Encuesta Nacional sobre Dinámica de las Relaciones en los Hogares <ENDIREH> 2016, el 66.1% de las mujeres en México con las características antes dichas han vivido en algún momento de su vida algún tipo de violencia en el hogar.

Dando respuesta a la problemática planteada en el párrafo que antecede, y tomando en cuenta que el acceso a la justicia es un derecho humano, fue que se encontró importante indagar sobre la figura de las medidas alternas de solución de controversia cuando éstas son aplicadas como mecanismo para acceder a la justicia y reparación del daño en el delito de violencia familiar, formando parte este tipo de mecanismo alternativo a la vía jurisdiccional de la filosofía de la justicia restaurativa

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, Maestría en Procesal Penal por el Instituto Estatal de Ciencias Penales y Seguridad Pública, Estudios Avanzados y Doctorado en Criminología por la Universidad de Castilla La Mancha, con la línea de investigación sobre violencia hacia la mujer, Profesora e Investigadora de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa e Integrante del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I.

como una figura reconocida en la reforma Constitucional de 2008, mediante la cual se obligó a los estados de la República mexicana instaurar un nuevo sistema de impartición de justicia con un sentido garantista.

En este sentido este análisis parte de dos preguntas centrales, siendo las siguientes: ¿Es o no recomendable hacer uso de la mediación como salida alterna al proceso jurisdiccional en los delitos de violencia familiar? Y ¿Se viola o no derechos humanos de las mujeres recurriendo a la figura de la mediación como proceso a seguir para resolver conflictos de violencia familiar?

No hay que olvidar que los métodos alternos de solución de conflictos <MASC>, en especial la mediación en el delito de violencia familiar, es un tópico muy debatido por distintas corrientes feministas, pues argumentan que el conciliar o mediar una situación donde implique violencia hacia la mujer es un arma de doble filo y que en México por ser un país cuya cultura carece de expertiz en la aplicación de estos métodos, la mediación podría conllevar consecuencias devastadoras en las víctimas que deciden llevar a cabo una mediación como forma de resolver sus conflicto de violencia en el hogar.

Con el ánimo de explicar cada una de las ideas centrales que forman parte de este análisis fue que se dividió esta contribución en varios apartados que nos permitirán conocer sobre la mediación en el delitos de violencia familiar

Para dar respuesta a las interrogantes planteadas se decidió apoyarnos de métodos como: el analítico, histórico, deductivo a través de la técnica documental, misma que permitirá un acercamiento al objetivo.

## 2. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR

### 2.1. JUSTICIA RESTAURATIVA COMO FILOSOFÍA QUE DA ORIGEN A LA MEDIACIÓN

Cuando se habla de la figura de mediación en los casos de delito de violencia familiar sobre todo a partir de la reforma de 2008, resulta importante conocer un poco sobre la filosofía de la justicia restaurativa, pues es ésta la que da origen a los MASC, llevando implícita la mediación.

Es evidente que conforme pasa el tiempo, el gobierno pone más atención en aquellos postulados de las escuelas jurídicas penales, donde sus principales exponentes fueron: Cesar Lombroso y Cesare Beccaria y que en su tiempo sus ideologías eran consideradas como fuera de contexto y absurdas, siendo retomados sus

postulados con posterioridad en el accionar del derecho penal, como ejemplo de lo anterior tenemos los ejes que guían a la justicia restaurativa.

La obra de Cesare Beccaria denominada: «*tratado de los delitos y las penas*» contempla postulados que han dado cavidad al estudio de la criminología y la victimología. Estas ciencias se han preocupado por coadyuvar con el derecho penal en el estudio del delincuente, víctima; así como las penas o medidas de seguridad desde una óptica filosófica, sociológica y menos jurídica.

Después de la reforma Constitucional de 2008, donde se ha requerido un cambio total en el sistema de procuración e impartición de justicia en México tomado auge el estudio de las partes de una litis, pero no sólo desde el ámbito jurídico; sino del criminológico y victimológico, incluyendo en el estudio del primero la política criminal, al delincuente y a la medida de seguridad o pena impuesta; y del segundo a la víctima como eje central. De tal manera que, conjugando el estudio de estas dos ciencias básicamente estaríamos en condiciones de poder darle sentido a la justicia restaurativa enfocándonos en poder cumplir el objetivo de la pena o medida, siendo algunas de ésta: la reparación, rehabilitación, y reinserción social del delincuente o sujeto activo del delito.

En este sentido este cambio de paradigma le apuesta a la justicia restaurativa, pues en ésta se toma en cuenta por igual a la víctima con respecto al victimario, es decir, le importa; tanto el bienestar de quién es sujeto pasivo de la conducta, como quien funge como sujeto activo de la misma, dándole un sentido filosófico a las partes.

Así pues, para la justicia restaurativa es importante mantener un orden social donde resulte la convivencia pacífica de los sujetos de una litis, respetando sus derechos y enfatizando los valores que se destacan de esta corriente como lo son: igualdad, honestidad, respeto, ética, dignidad, por citar algunos.

La justicia restaurativa retoma postulados de la escuela clásica de Cesare Bonesana Beccaria, pues en ella se establece que la mejor forma de reinsertar al delincuente, y lograr una prevención primaria y secundaria en definitiva no es una pena privativa de la libertad del sujeto activo del problema; por lo contrario es llegar a una negociación mediante la cual ambas partes guiadas por un especialista en justicia restaurativa acuerden de qué forma se reparará el daño a la víctima, en la que no se perjudique a ninguno, sino por lo contrario que ambos estén de acuerdo y que sea benéfico para ambas partes.

En este sentido Howard Zehr establece que «los principios de la justicia restaurativa son útiles únicamente si están arraigados ciertos valores básicos. Los princi-

pios de la justicia restaurativas el eje y los rayos de la rueda tienen que estar rodeados de un aro de valores para que funcionen bien»<sup>2</sup>.

Por su parte en el I Congreso Internacional sobre justicia restaurativa y mediación penal: «*dimensiones teórica y repercusiones prácticas*», llevado a cabo en Burgos, España, se definió a la justicia restaurativa como:

«una filosofía acerca de cómo enfocar la propia justicia y el derecho penal, que se centra en dar protagonismo a los afectados de forma directa o indirecta por el delito. Parte de la premisa que se ha causado un daño y cuáles son las acciones requeridas para remendar este da restaurador de la reparación y la paz social. Para reparar ese daño se da participación a las partes y así se puede alcanzar el resultado restaurador de la reparación y la paz social»<sup>3</sup>.

De lo anterior, cabe mencionar entonces que, una de las finalidades de la justicia restaurativa es reparar el daño a la víctima de manera integral, pero no centrándonos en el castigo del victimario; sino a través de una atención a las partes, mediante la cual éstas salgan beneficiadas del acuerdo reparatorio consensuado.

Haciendo alusión a lo anterior la reforma Constitucional da luz a una figura que se contempla en el artículo 186 del Código Nacional de Procedimientos Penales llamada acuerdo reparatorio, conceptualizando éste en el artículo de la ley de la materia antes citado como: aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal.

Entendiéndose entonces que en términos legales la mediación entra y forma parte de esa figura denominada acuerdo reparatorio. Se destaca que conforme a la Ley adjetiva de la materia, no todos los delitos ni en todos los casos puede existir una cuerdo reparatorio, en este sentido el artículo 187 del CNPP establece en qué casos estos podrán proceder, enfatizando los siguientes:

- I. Delitos que se persiguen por querrela, por requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido;
- II. Delitos culposos, o
- III. Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.

El mismo artículo 187 establece que no procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos, tampoco procederán cuando

<sup>2</sup> HOWARD, Z., «*El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*», ed. Good Books.

<sup>3</sup> <http://www.justiciarestaurativa.org/news/conclusiones%20congreso>.

se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las entidades federativas, asimismo, no serán procedentes en caso de que el imputado haya incumplido previamente un acuerdo reparatorio, salvo que haya sido absuelto.

A lo anterior cabe decir que existen aún algunas legislaciones internas en nuestro país que permiten los acuerdos reparatorios en los casos de violencia familiar, toda vez que este delito según su normatividad interna no se persigue de oficio; sino de querrela, como es el caso del estado de Tabasco en donde en su legislación penal no especifica si el tipo penal de violencia familiar se persigue de oficio o de querrela, dejando una ambigüedad y un razonamiento lógico para el Ministerio Público de resolver el conflicto por medio de un acuerdo reparatorio basándose en lo estipulado en la fracción I del artículo 187 del CNPP, implicando esto ciertas desventajas en el proceso judicial y trayendo efectos colaterales, pues la ley estipula la posibilidad de que la víctima pueda retirar cargos al acusado, poniéndose en riesgo otros derechos de la víctima, mismos que con posterioridad abordaremos detalladamente.

## 2.2. ANTECEDENTES DE LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA PENAL EN MÉXICO

En México, los métodos alternativos de solución de conflictos son consecuencia de las transformaciones sociales que se han ido presentando distintos contextos. Por tanto, realizar una revisión crítica y propositiva de su regulación y aplicación es una tarea importante, pues al ser relativamente nueva esta figura en un ordenamiento procesal en materia penal lo hace inexperto y; por su puesto con errores dentro de su aplicación en el día a día.

El CNPP en su artículo 184 establece cuáles son para efectos de esta ley las soluciones alternas a la vía judicial, siendo éstas: los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso. Lo que significa que, tanto el acuerdo reparatorio como la suspensión condicional del proceso son vías ajenas al trámite judicial mediante las cuales se puede solucionar un conflicto poniendo fin a la Litis y reparando el daño de manera integral a la víctima por parte del infractor de la ley.

Los primeros indicios de los MASC se encuentran en palabras de Vonz en «la literatura criminológica de manera transversal la influencia del Programa de Marburgo de 1882 de Vonz Liszt, quien abogó por la eliminación de las penas privativas de corta duración y por la necesidad de potencializar alternativas, mientras que Beccaria argumentó en favor del carácter humanitario y utilitario de las consecuencias jurídicas penales, a favor de la idea que la pena que se imponga sea lo menos gravosa, de manera de respetar los derechos del recluso, promover su reinserción

social y evitar la reincidencia futura, entendiendo que si las penas no son eficaces y útiles, pierden su sentido»<sup>4</sup>.

Los MASC, tiene su fundamento en el artículo 17 Constitucional<sup>5</sup> y en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal en su artículo 3 fracción IX, ya que en esta disposición se contempla y reconoce a la mediación, conciliación y junta restaurativa como únicos mecanismos alternos a la vía judicial.

Los MASC, vienen, por una parte a desahogar el trabajo en los tribunales, pero también se suele pensar que estos, si son bien aplicados pueden generar impacto positivo en un futuro en la prevención de la delincuencia, pues está comprobado que si se aplica este tipo de mecanismos de una manera eficiente y apegada a los principios de la justicia restaurativa, hay avances sustanciales en la disminución de la reincidencia entre otros problemas relacionados con la violencia tal y como se comprueba con la experiencia de algunos países europeos como Nueva Zelanda, y Noruega.

### 2.3. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: RETOS Y DESAFÍOS

Las preguntas que se han planteado y que impulsaron a realizar este trabajo son las siguientes: ¿Es o no recomendable hacer uso de la mediación como salida alterna al proceso jurisdiccional en los delitos de violencia familiar? Y ¿Se viola o no derechos humanos de las mujeres cuando se recurre a la figura de la mediación como salida alterna al proceso jurisdiccional en los delitos de violencia familiar? Las respuestas no son sencillas, ni uniformes puesto que hay varias consideraciones que hacer al respecto antes de llegar a una determinación, éstas se plantean a continuación.

Para dar respuesta a las anteriores interrogantes, se debe conocer la figura de la mediación, en este orden de ideas, Petroneo Calmón (2007) define a la mediación como: un mecanismo para la obtención de la autocomposición, caracterizado por la participación de un tercero imparcial que auxilia, facilita e incentiva a las partes. Este tercero imparcial y neutro no cuenta con poderes de decisión<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> VONZ Liszt, F. «strafrechliche vortrage und aufsate». *La mediación en materia familiar «por la generación de na cultura de paz y no de conflicto. Revista de derecho privado*, p 513.1970.

<sup>5</sup> Cabe decir que fue el estado de Quintana Roo quien en 1997 fue el primer estado que estableció en su Constitución, los métodos alternativos de solución de conflictos, entrando en vigor el 30 de abril de ese año.

<sup>6</sup> HOWARD Zehr. op.cit, s/p.

Por lo que se puede observar la mediación es un bondadoso mecanismo, cuyo objetivo es ayudar a las partes de una controversia a ser más empática la forma de solucionar el problema. No obstante cabe destacar que no siempre en los casos que se resuelve por mediación existe una verdadera reparación el daño integral de la víctima, ni tampoco se da solución de fondo al problema. En este sentido es importante decir que la mediación es importante y viable en algunos casos, sin embargo hay otros que debido a su trascendencia, impacto, perfil del delincuente y daño ocasionado en la víctima no deberían ser resueltos por este tipo de proceso, pues lejos de beneficiar a las partes, podrían perjudicarse.

El dialogo es una mezcla de argumentos, fundamento, sentimientos, de razón y de corazón, por esto es viable pensar en una forma de diálogo, negociación o mediación <como prefieran llamarle> para llegar a la justicia, a una reparación integral, donde no sólo beneficie a la víctima; sino también sirva para el beneficio de quien ejecutó el acto. Hasta aquí estamos en beneficio de la mediación, no obstante hay casos que sería un error no llegar a un proceso judicializador con el que se pueda dictar una pena privativa de la libertad, esto con el único objetivo de salvaguardar la integridad, seguridad y hasta en ciertos casos la vida de la víctima, como lo es ciertamente los casos graves de violencia familiar.

La violencia familiar es un delito que según lo estipulado en el Código Nacional de Procedimientos Penales y en algunos textos de los Códigos Penales de las entidades federativas, aceptan alguna medida alterna de solución de conflictos, sin embargo tienen ciertas excepciones, siendo éstas: no ser una conducta reiterativa o con una condición biológica especial como lo es el embarazo o bien ser menor de edad, en estos supuestos sí queda prohibida las medidas alternas, pero se deja por fuera todos los demás supuestos de violencia familiar queriendo decir que, todos los casos de delitos de violencia familiar que no encuadran en alguno de los tres supuestos anteriormente dichos podrán ser mediados.

De lo anterior se desprende que puede existir un supuesto en el que haya una violencia grave (física y emocional, feminicida) hacia las mujeres por parte de su pareja, pero que no haya una constancia que acredite la reincidencia de este acto, lo anterior con fines de evitar que se resuelva el caso por una salida alterna, debido a la falta de dicha constancia el caso es mediado y; finalmente el victimario sale libre y acaba con la vida de la víctima, existiendo con esto, una re-victimización.

El anterior ejemplo ha sido retomado porque es un problema palpable en México. Sólo en Sinaloa, según datos de la Fiscalía General del Estado hasta el mes de septiembre de 2019 se habían registrado 35 feminicidios donde más del 85% de ellos fueron cometidos por las parejas de las víctimas, pero que además ya vivían



violencia previa al feminicidio y no habían denunciado<sup>7</sup> o bien lo habían hecho y el Estado no les garantizó seguridad como fue el caso de Diana Gisel de 19 años embarazada de 4 meses, asesinada brutalmente por 8 balazos por su ex pareja, el cual ya tenía una orden de restricción<sup>8</sup>, es aquí donde se podría cuestionar si verdaderamente en México se le debe apostar a la justicia restaurativa.

De acuerdo con cifras proporcionadas el Secretario Ejecutivo del país advierten que en «el primer cuatrimestre del 2019, murieron 1,199 víctimas de la violencia machista. Es decir, cada dos horas y media en promedio, una mujer es asesinada por el hecho de ser mujer, una estadística que no disminuye a pesar de la gran movilización social»<sup>9</sup>.

Ahora bien, cuando escuchamos, leemos o vemos algo relacionado con justicia restaurativa y mediación, lo primero en lo que podemos pensar como muchos estudiosos del derecho y de otras ramas afines es en considerar que es la forma idónea de impartir justicia en esta sociedad, la cual está en constante cambio, pero hay que estar conscientes que la aplicación de la mediación en México, no puede ni debería ser bajo los mismos parámetros que la que se aplica en otros países europeos e incluso de Latinoamérica, pues el contexto cultural, económico, social, estructural y político no es el mismo, en este sentido debemos observar para el caso de México en qué momentos y bajo qué parámetros es viable pensar en una mediación.

### 2.3.1. *Prohibición en el delito de violencia familiar la mediación como salida alterna*

Mucho se ha debatido sobre la posibilidad que la ley otorga a la víctima y al infractor con relación a que en el delito de violencia familiar se puede solucionar el conflicto por medio de una salida alterna al proceso. En este sentido se ha cuestionado si se debe o no prohibir la mediación como salida alterna en este delito y las respuestas han sido contradictorias, toda vez que para los juristas pareciera ser una vía viable para dirimir conflictos, no obstante los grupos activistas de derechos humanos de las mujeres suelen estar en contra de estas prácticas.

Por su parte la Carta Iberoamericana de Derechos de la Víctima, establece en su artículo 3o que:

<sup>7</sup> <http://fiscaliasinaloa.mx/index.php/acciones-y-avances/mujeres-ofendidas>

<sup>8</sup> <https://www.debate.com.mx/policiacas/Matan-a-joven-embarazada-a-balazos-en-Bacurimi-Culiacan-20190922-0002.html>

<sup>9</sup> <https://www.infobae.com/america/mexico/2019/05/30/feminicidio-en-cifras-rojas-en-mexico-asesinan-diariamente-a-nueve-mujeres/>

Las víctimas tienen derecho a que los Estados tengan una política articulada, integral y sostenible de acceso a la justicia que tome en cuenta sus diferencias e identidad cultural, eliminando todo tipo de práctica discriminatoria, que proporcione procedimientos judiciales y administrativos, que consideren las necesidades de las víctimas. Estos servicios deben ser oportunos, expeditos, accesibles y gratuitos.

Tomando en cuenta lo establecido por la Carta Iberoamericana de Derechos de la Víctima, considero de importancia tomar en principio algunos aspectos para poder determinar si es o no factible una mediación como medio alternativo de solución de conflicto en los delitos de violencia familiar. Visualizando a continuación alguno de ellos.

Con relación a lo anterior cabe decir, que la mediación en el delito de violencia familiar debe ser una práctica regulada bajo criterios más específicos en la legislación mexicana, debido a que esta práctica en sí en el caso de violencia familiar pudiera violar derechos de las personas que están en la posición de víctimas del delito <generalmente mujeres>, siendo uno de estos derechos el de acceso a la justicia, pues se prescinde la aplicación de un debido proceso conforme a las leyes penales y en ocasiones se omite la reparación del daño de manera integral, pues no hay suficiente capacitación por parte de los facilitadores quienes llevan a cabo procesos de mediación pudiendo ocasionar consecuencias irreversibles, teniendo un impacto negativo revictimizando a quienes deberían ser protegidas por el Estado.

La realidad es que algunos facilitadores no tienen certificación que los acrediten como tal, y menos estudios que atestigüen que cuentan con expertiz en temas de violencia familiar, pues este debido a su complejidad y; por ser un problema multifacético la exige.

En un estudio realizado por la doctora Yanira Lizbeth Cristerna Huerta<sup>10</sup>, se les preguntó a los facilitadores que laboran en los CMASC del estado de Sinaloa sobre si contaban con algún curso que los acreditaran como tal y un (10.7%) dijo que «ninguno» y de quienes dijeron que «sí» un (57.1%) externó haber tomado sólo «un curso» de formación<sup>11</sup>. Asimismo cuando se les preguntó a los facilitadores si estaban certificados, la mayoría contestó que «no lo están», respondiendo con un porcentaje de (71.4%), encontrando sólo un (3.6%) de facilitadores certificados, reflejando esto que en realidad no se cumple con lo estipulado en la fracción II del artículo 48 de la LNMASC.

<sup>10</sup> CRISTERNA HUERTA, Yanira Lizbeth, «*la mediación como herramienta auxiliar en el sistema acusatorio en Sinaloa: retos y desafíos*», p 174. Tesis no publicada.

<sup>11</sup> Idem.

Por otro lado, me sumo a lo expresado por el Juez Francisco Manuel Gutiérrez<sup>12</sup> en que las partes dentro de una mediación en el delito de violencia familiar no están sujetas al principio de igualdad procesal, haciendo esto un proceso parcial beneficiando al victimario, violentándose con esto el derecho a un debido proceso.

Lo anterior suena gratificante, no obstante falta algún tiempo para que en México se pueda hablar de que en la práctica se logre obtener bajo el proceso de mediación los objetivos para lo que fue creada dicha figura.

Herrera<sup>13</sup> establece que la mediación como medio alternativo de solución de conflicto ha traído mucha discusión sobre el impacto dentro del proceso de búsqueda de justicia, en este sentido hay división de opiniones, por una parte están quienes expresan que es un medio viable para solucionar un conflicto como es el caso de Herrera Trejo y Buen Rostro, este último establece que:

Los mecanismos alternativos de solución de controversias, en particular la conciliación y la mediación, son metodologías colaborativas que, adecuadamente instrumentadas en los conflictos familiares, son excelentes alternativas no sólo para su solución sino, además, para facilitar la comprensión de sus protagonistas sobre su misión social, particularmente, cuando los modelos que se aplican son de orientación transformativa o asociativa ...<sup>14</sup>

Por otro lado, está la postura de Francisco Manuel Gutiérrez, Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n°2 de Sevilla, España quien se ha pronunciado en contra de la mediación en el delito de violencia familiar<sup>15</sup>. A lo anterior López Bentacourt señala que «algunos autores consideran incorrecta la posibilidad del no ejercicio de la acción penal, ya que puede ser una fuente inagotable de arbitrariedades, debido a que dicha acción entra en el ámbito de la negociación entre el imputado y el órgano acusador»<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> <https://www.upo.es/diario/cursos-verano/2013/07/magistrado-afirma-que-la-victima-tiene-un-papel-protagonista-en-el-proceso-de-mediacion-penal/>

<sup>13</sup> HERRERA TREJO S. «*La mediación en México*»: México, fundación universitaria del derecho, Administración y Política, 2001,

<sup>14</sup> BUEN ROSTRO BR., PESQUEIRA REAL, J., y SOTO LAMADRID MA. «*Justicia alternativa y sistema acusatorio*», *Gobierno, México*, p 12, s/f <http://setecc.gobiernodigital.gob.mx/wp-content/uploads/sites/12/2015/06/Justicia-alternativa-y-el-sistema-acusatorio.-Buenrostro-Baez-Pesqueira-Leal-Soto-Lamadrid.pdf>

<sup>15</sup> <https://www.upo.es/diario/cursos-verano/2013/07/magistrado-afirma-que-la-victima-tiene-un-papel-protagonista-en-el-proceso-de-mediacion-penal/>

<sup>16</sup> LÓPEZ BENTACOURT Eduardo, «*Juicios Orales en Materia Penal*», IURE, editores, México, 2013, p.73

Ahora, si bien es cierto el propósito de la justicia restaurativa según el artículo 3 de la Ley que regula esta figura es: «hacer efectiva la justicia restaurativa, mediante la participación de la víctima u ofendido y el imputado, siempre que no se afecten la moral, los derechos de terceros, ni se contravengan disposiciones de orden público, ni se trate de derechos irrenunciables», también es cierto que utilizar un medio alternativo como lo es la mediación para solucionar un conflicto de índole doméstico, lejos de resolver o solucionar una Litis pone en riesgo como se ha venido diciendo la salud emocional de la víctima, integridad, seguridad, libertad e incluso su vida.

Haciendo sentido a lo anterior, se considera que las medidas alternas en los casos de violencia familiar no cumplen su objetivo, pues en principio procuran una reparación del daño, creo que las secuelas emocionales de una violencia que en muchos casos se viven por tiempo indefinido, pues esta modalidad de violencia impacta desde y hacia muchos ámbitos generando consecuencias sociales, y por último se habla de la reinserción social del victimario, esto creo que da mucho que decir, pues las cifras de reincidencia en México habla por sí sola<sup>17</sup>.

El autor Ríos (2006) considera que:

En los delitos de violencia de género y contra la libertad sexual, en razón de la tensión emocional entre las partes, el equipo mediador debe de evaluar la situación psicológica de la víctima y en los delitos contra la salud pública es posible la mediación simbólica con representantes de entidades de atención a personas toxicómanas para que la persona infractora caiga en cuenta del daño que están causando en las personas las conductas delictivas»<sup>18</sup>.

Así pues es importante contar con una sensibilización en temas de género, toda vez que en la práctica son visibles en los operadores las mediaciones que carecen de perspectiva de género, pues como ya se dijo con anterioridad, un mediador carente de perspectiva de género, pudiera generar otro conflicto en el cual se revictimice a la víctima.

En este sentido la figura de la revictimización merece un estudio detallado, ésta se tiende a generar principalmente por parte de los funcionarios públicos en su accionar en búsqueda de la impartición de justicia, observándose cuando se violen-

<sup>17</sup> En México, según datos de la Encuesta Nacional de la Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2016, realizada por INEGI, determinó que el 63.6% de la población privada de la libertad fue juzgada penalmente por la comisión de un delito antes de su reclusión actual y el 44.3% de dicho porcentaje reincidió más de 2 años después del delito anterior. Datos extraídos de [www.inegi.gob.mx](http://www.inegi.gob.mx)

<sup>18</sup> ARMIENTA HERNÁNDEZ G. «*El juicio oral en la justicia alternativa en México*»: Editorial Porrúa: México, 2009, p 127.

tan derechos de la víctima durante el proceso a través de actos contrarios a derecho generando en ocasiones impunidad<sup>19</sup>.

Otro aspecto importante a destacar es la seguridad que se le debe brindar a la víctima dentro de un proceso, Buen Rostro expresa que ésta «debe recuperar la certeza y seguridad que perdió por el suceso en sí mismo, o bien, por el miedo y temor al ofensor»<sup>20</sup>, esto es básico para poder recuperarse de síndromes, traumas u otras consecuencias psicológicas que el ciclo violento le pudo haber ocasionado.

En el caso de México la mediación está prohibida en la fracción IV del artículo 8o de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia <LGAVLV>, estableciéndose en él que se debe evitar procedimientos de mediación o conciliación, por ser inviables en una relación de sometimiento entre el Agresor y la Víctima; con el objetivo de imponer medidas y acciones para proteger a las víctimas de violencia familiar, como parte de la obligación del Estado, de garantizar a las mujeres su seguridad y el ejercicio pleno de sus derechos humanos y no para obstaculizarlos. Sin embargo ésta se sigue utilizando en la legislación mexicana como una forma de terminación anticipada o suspensión del proceso.

Por otro lado la Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Sinaloa en su artículo 7º, fracción IV no textualmente establece la posibilidad de utilizar un mecanismo alternativo de solución de conflicto como la mediación en los casos de violencia familiar.

Mucho se ha considerado que la mediación en todos los delitos debiera darse u otorgarse por el Juez no sólo atendiendo a la gravedad del delito; sino también al riesgo a la repetición de éste, la peligrosidad del ejecutor del acto, así como el impacto individual y social que trajo dicha conducta.

Con respecto a lo anterior Osset establece que:

En experiencias extranjeras tenemos el caso español en donde antes de su reforma de 2015, en su Código Penal de 1995 se contemplaba la facultad de los tribunales de dejar en suspensión la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la

<sup>19</sup> En este sentido de acuerdo a los resultados del Índice Global de Impunidad en México <IGIM, por cada averiguación previa y carpeta de investigación abierta, se aprehende y se sentencia a 0.12 personas. El Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales (2014) señala que dentro de los cinco delitos del fuero común más recurrentes en Sinaloa se encuentran: homicidio y lesiones. Resulta relevante mencionar que Sinaloa es el tercer estado a nivel nacional con mayor incidencia de homicidios. Véase en [http://www.udlap.mx/igimex/assets/files/IGI-MEX\\_digital\\_sinaloa.pdf](http://www.udlap.mx/igimex/assets/files/IGI-MEX_digital_sinaloa.pdf).

<sup>20</sup> BUEN ROSTRO, op. cit, p. 172

peligrosidad criminal del sujeto. Tal pronóstico, que no es otra cosa que una prognosis que hace el juez, debe basarse en aspectos penales y criminológicos como la tipología y gravedad delictiva, la disposición del sujeto, incluso la relevancia social de los hechos, debiendo considerar la peligrosidad como pronóstico de evento futuro y nunca del pasado»<sup>21</sup>.

Con posterioridad se modifica el Código Penal que modifica la Ley Orgánica 10/1995, dicha reforma fue aprobada por la Ley Orgánica 1/2015, pasando de una valoración de la peligrosidad criminal del sujeto a la existencia de otros procesos penales contra él, como únicos requisitos para acceder a la suspensión de la condena. El juez debe valorar si la imposición de la pena en vez de la suspensión del proceso mediante una medida alterna será suficientemente disuasoria e impedirá la comisión de nuevos delitos.

Para decretar la suspensión de la condena según el artículo 92 del Código Penal Español se han establecido los criterios que el juez deberá examinar para determinar si el sujeto necesita o no cumplir la pena, para que ésta cumpla su finalidad de prevención especial, estos son: las circunstancias del delito, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho (en particular su esfuerzo por reparar el daño), sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que caben esperar de la suspensión y el cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

No obstante y en este mismo sentido, España cuenta con una Ley Orgánica 1/2004 ley que contempla medidas de protección Integral contra la violencia de género, donde se prohíbe en su artículo 44.5 la mediación en los casos de violencia de género.

## A MANERA DE REFLEXIÓN

Un aspecto que se considera necesario para avanzar en la protección de los derechos de las víctimas del delito que nos ocupa, es la armonización legislativa en nuestro marco jurídico, pues como pudimos observar hay contradicciones con relación a la aplicación de los medios de solución de conflicto, en las leyes generales con las estatales, pero también es necesario aplicar por parte de los servidores públicos un proceso con perspectiva de género mediante el cual se apliquen las figuras establecidas en nuestra Constitución como lo es el control de convencionalidad;

<sup>21</sup> OSSET, BELTÀN, N. «*Suspensión de la pena privativa de la libertad, especial referencia al supuesto por enfermedad muy grave con padecimientos incurables*»: España, Ministerio del Interior-Secretaría Técnica, 2014, p. 49.

de no ser así, preguntaría ¿Para qué sirve tener firmado y ratificados tratados internacionales en materia de Derechos Humanos? Sin duda lo anterior es algo que merece reflexión.

Me gustaría concluir manifestando mi postura en contra de la mediación en ciertos casos donde el delito sea violencia familiar, sobre todo en los casos en lo que se pone en peligro a la víctima de una futura y pronta reincidencia.

Sin embargo en conflictos que obedezcan a violencia familiar de tipo económico merecería la pena valorar la pertinencia de solucionar la Litis por medio de la mediación como medida alterna al proceso judicial. Asimismo se sugiere analizar y determinar si en el caso específico un acuerdo mediado podría reparar el daño de manera integral ocasionado a la víctima, siendo este acuerdo conveniente también para el victimario; así como la propia sociedad.

No se pretende con todo lo expresado en esta contribución afirmar que la mediación no es factible en los casos cuyo delito sea el de violencia familia; por lo contrario no hay que minimizar los aspectos positivos de las medidas alternas de solución de conflictos. Sin embargo se debe tener la habilidad como operadores de justicia de poder determinar en qué casos específicos y no en qué delitos específicos se puede acceder a un medio alternativo de solución de conflictos, toda vez que en los casos donde no se debe aplicarlos y; por el hecho de que un artículo de la ley regula lo contrario, puede traer consecuencias irreparables para la víctima, como lo pudiera ser un feminicidio.

En este sentido, habría que meditar también lo siguiente: si bien es cierto a la víctima de este delito es informada de sus derechos al iniciar la investigación por parte del Ministerio Público, también es cierto que, por ser un delito no grave se puede decretar la suspensión del proceso, en estos casos me surge la duda sobre si la víctima puede estar consciente de los riesgos que tiene que enfrentar como consecuencia de aceptar esa medida alterna, esta interrogante la dejo abierta.

# LOS RETOS PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES EN MÉXICO

CECILIA GAXIOLA FLORES<sup>1</sup>  
LIZBETH GARCÍA MONTOYA<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

**D**ESDE HACE ALGUNAS DÉCADAS México se ha caracterizado por contar con niveles de violencia realmente alarmantes, donde las mujeres se han visto afectadas en su derecho a una vida libre de violencia, pues cada día la viven en distintos ámbitos como en el familiar, escolar, laboral, comunitario, e institucional, enfrentándose a una serie de restricciones por parte las autoridades encargadas de garantizar su acceso a la justicia, limitando este derecho a través de su revictimización, la naturalización y el fomento de conductas violentas cada vez más ancladas en el tejido social.

Representando la violencia contra las mujeres en México, la violación a sus derechos humanos, donde las causas están arraigadas a la desigualdad histórica en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, que han dado como resultado

<sup>1</sup> Maestra en Ciencias del Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, Doctoranda en Ciencias del Derecho en la Facultad de Derecho Culiacán de la Universidad Autónoma de Sinaloa, parte del Programa Nacional de Posgrados de Calidad inscrito en el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

<sup>2</sup> Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, Estudios Avanzados y Doctorado en Criminología por la Universidad de Castilla La Mancha, Profesora e Investigadora de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa e Integrante del Sistema Nacional de Investigadores.



la discriminación por razones de género, que no es otra cosa que una limitación al ejercicio de sus derechos, propiciando con ello el menoscabo de su libertad, su seguridad, su participación en la vida pública, en la actividad política, su derecho a la salud y en los casos más graves a su derecho a la vida.

Y al no tener las mujeres víctimas protección y justicia por parte de las autoridades responsables, se ve limitado un derecho humano transcendental, como el derecho de acceso a la justicia que tiene toda persona, ya que, para las mujeres, transitar hacia a este derecho, desprende una serie de obstáculos, que le limitan y perpetúan enviando un mensaje de vulnerabilidad de las víctimas, e impunidad para los agresores.

Surgiendo de lo anterior el interés por realizar un trabajo de investigación donde analizamos los retos a los que se enfrentan las mujeres en el sistema jurídico mexicano, tras ser víctimas del delito de violencia familiar, y que buscan a través de la denuncia del delito ante la autoridad responsable de la investigación del ilícito, el camino efectivo para lograr su derecho humano al acceso a la justicia.

## 2. CONTEXTO ACTUAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN MÉXICO

Actualmente el panorama mundial en el que se encuentran las mujeres, según distintas organizaciones como la Organización Mundial de la Salud señalan que una de cada tres mujeres en el mundo ha sufrido violencia física y/o sexual de pareja o violencia sexual por terceros en algún momento de su vida;<sup>3</sup> la Organización Panamericana de la Salud, en un estudio realizado en 12 países de América Latina y el Caribe informó que mujeres de entre 15 y 49 años alguna vez casadas o unidas, reportaron haber vivido violencia física por parte de un esposo/compañero, alguna vez y en el último año<sup>4</sup>; evidenciando con lo anterior la existencia de un entramado cultural que las ha mantenido en un segundo plano, sometidas por la violencia masculina, limitando el ejercicio pleno de sus derechos.

Por su parte en México la realidad se rescata de la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares, (ENDIREH 2016) en las experiencias de violencia, en sus distintos ámbitos, las mujeres de 15 años y más, informaron

<sup>3</sup> Organización Mundial De La Salud, *Violencia contra la mujer 2016*, [en línea]. [Consulta: 10 de octubre de 2019] Disponible en web: <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/>>

<sup>4</sup> ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Violencia contra las mujeres en América Latina y El Caribe: Análisis comparativo de datos poblacionales de 12 países*, Estados Unidos de América: Organización Panamericana de la Salud, 2014.

que el 66.1% han vivido al menos un incidente de violencia; y el 43.9% han sufrido violencia por parte de su actual o última pareja, esposo o novio, a lo largo de su relación; representando casi la mitad de las encuestadas en el país.

De manera que existe una necesidad de crear acciones que garanticen a las mujeres una vida libre de violencia en el país, además es una obligación constitucional adquirida tras las recomendaciones realizadas por el Comité Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en 2015, con la recomendación número 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia; que ha servido como base para la creación de acciones y políticas, en materia de prevención, erradicación de la violencia contra mujeres y su acceso a la justicia.

Lamentablemente en México hay ineficacia en el sistema de justicia, pues la realidad social refleja la ausencia de mecanismos jurídicos efectivos que garanticen la seguridad de las mujeres; pues la violencia en su contra, se ha venido tolerando y fomentando, llegando incluso a ser un problema social normalizado, convirtiéndose en ocasiones en hechos extraordinarios e inabordables.

Teniendo la existencia de casos emblemáticos que evidencian en sus sentencias contra México, las violaciones a derechos humanos de las mujeres y las limitaciones a las que se enfrentan para el acceso a la justicia como los casos: Campo Algodonero, Rosendo Cantú, González y otras, y caso de mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco, por señalar algunos, que muestran como en nuestro país existe un rezago importante en la vigencia, exigibilidad, y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, en especial a los derechos vinculados a la igualdad, la no discriminación y al acceso a la justicia.

Y analizando el caso particular de los retos que enfrentan las mujeres para el acceso a la justicia en el estado de Sinaloa, se encuentra que la violencia está fuertemente arraigada en la sociedad, fomentada por la problemática del narcotráfico en la región, que ha contribuido a que las violencias contra mujeres sean naturalizadas y aceptadas, resultando ser un grave problema social y jurídico, que requiere particular atención<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Por lo que desde el mes de marzo del año 2017, la Secretaría de Gobernación a través de la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres emitió la declaratoria de Alerta de Violencia de Género contra las mujeres en 5 municipios de Sinaloa: Ahome, Culiacán, Guasave, Mazatlán y Navolato, comprometiendo a las autoridades para la creación de un programa de trabajo que implemente una serie de medidas de seguridad, prevención y justicia enfocadas a garantizar a las mujeres el acceso a sus derechos, particularmente el derecho a una vida libre de violencia.

### 3. EL ACCESO A LA JUSTICIA

Para analizar lo que es el acceso a la justicia, debemos plantear su significado y su origen; ya que ha sido un término comúnmente empleado, que en ocasiones no se logra dimensionar sus alcances e implicaciones. Cappelletti y Garth, con quien coincidimos, señalaron que la expresión no es fácil definirla, pero es útil para hacer referencia al principio fundamental de todo sistema jurídico: «que el pueblo pueda ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado<sup>6</sup>» Así como que «el sistema legal debe ser igualitariamente accesible para todos y que debe estar encaminado a que su funcionamiento sea individual y socialmente justo<sup>7</sup>». Por lo que el Estado estará comprometido a crear los mecanismos que garanticen a la ciudadanía el respeto de todos los derechos necesarios para su desarrollo.

En nuestro país, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) reconoce la garantía de derecho de acceso a la justicia; comprometiéndolo al Estado a respetar y proveer los medios para hacer efectivo tal derecho; teniendo claro que no estará permitida la resolución de conflictos entre particulares, es decir, será el Estado quien supervisará y facilitará los medios para que se solucionen los conflictos a través de la creación de todo un sistema conformado por instituciones jurídicas y públicas que se encargarán de administrar la justicia.

Así mismo, en el artículo 17 Constitucional, se establece el derecho de acceso a la justicia, como un derecho humano de las mujeres, pues señala en su segundo párrafo que: Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Labor que corre a cargo del Estado a través de los tribunales instaurados para ello, ya que ningún sentido tendría para un particular el acudir a una instancia judicial a resolver una controversia y obtener un fallo favorable si el mismo no es ejecutado en los términos en que fue dictado, por lo que indudablemente la prescripción que comentamos constituye un derecho de certeza, seguridad jurídica y efectivo acceso a la justicia.

Y en el ámbito internacional las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia<sup>8</sup>, proponen que el sistema judicial se debe configurar, como un instrumento para la

<sup>6</sup> CAPPELLETTI, M. y GARTH, B. *El Acceso a la Justicia. Movimiento Mundial para la Efectividad de los Derechos Informe General*, 1st ed. Argentina: Pafernor, 1983.

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

<sup>8</sup> REGLAS DE BRASILIA, [en línea]. [Consulta: 27 de noviembre de 2019]. Disponible en web: <<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/americas/ReglasdeBrasilia-2008.pdf>>

defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Ya que poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho, si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.

Reafirmando lo anterior con lo señalado por Popkin, al referir que el acceso a la justicia implica los «...derechos de todos los ciudadanos, sin distinción de raza o grupo étnico, género, posición económica, edad y discapacidad, para poder acceder a los mecanismos de resolución de conflictos y el reconocimiento de sus derechos a través de decisiones legalmente vinculantes<sup>9</sup>» lo anterior debe ser facilitado por el estado, sin ninguna oposición.

Y por su parte Castilla, considera al acceso a la justicia desde tres ángulos: derecho, garantía y deber:

Derecho, porque da a las personas la posibilidad de hacer, no hacer o exigir, y así se da la posibilidad que todos nuestros demás derechos sean una realidad, al darnos la oportunidad de acudir ante un mecanismo que se asegura de ello<sup>10</sup>. Garantía porque es el mecanismo que sirve para asegurar, proteger y dar certeza a todos los derechos reconocidos en las normas tanto de origen nacional como internacional<sup>11</sup>. Deber, ya que implica la obligación de facilitar el acceso a un derecho, adoptar las medidas necesarias y desarrollar condiciones (adecuar la legislación, modificar practicidad y crear instituciones y políticas públicas) que permitan a todas las personas el goce pleno y efectivo de sus derechos humanos; así como poner al alcance de las víctimas los medios para restaurar su ejercicio<sup>12</sup>.

Por tales anuncios, el acceso a la justicia tiene que ver con formar un Estado democrático de derecho, donde se le garantice a toda la ciudadanía contar con los medios para hacer valer sus derechos y libertades, a través de los mecanismos jurisdiccionales que están obligados a atender sus necesidades de justicia, para que ese derecho sustantivo se convierta en un derecho objetivo, donde las y los ciudadanos que ha sido victimizados puedan tener acceso también a la reparación del daño. Y dar cumplimiento a todo esto implica atender el compromiso adquirido en la legislación internacional.

<sup>9</sup> CASTILLA JUÁREZ, K. A. *El acceso efectivo a la justicia. Elementos y caracterización*, 1st ed. México: Porrúa, 2012.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 31.

Coincidiendo con López<sup>13</sup> quien señala que hay un panorama incierto para las mujeres en cuanto al acceso a la justicia y debido proceso, ante lo que se requiere una detección real de la problemática para poder construir indicadores que sirvan de guía para permitir la creación de políticas claras para el combate de los factores que provocan desigualdad.

#### 4. EL DEBER DE LA DEBIDA DILIGENCIA COMO GARANTÍA PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

En los casos de violencia contra las mujeres, como en los de todas las materias en general, las autoridades están obligadas a atender a las víctimas con respeto y garantía de los derechos humanos, pues es una responsabilidad derivada de la CPEUM, Convenios, Tratados y Jurisprudencia Internacional, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que vigila al Estado para que cumpla con lo que le corresponde.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida también como la Convención Belem do Pará, establece el deber de la debida diligencia en la investigación de casos de violencia contra las mujeres, lo que entre otras cosas contribuyó a que en México se diera un cambio paradigmático en su sistema de justicia penal, con el fin de garantizar el acceso a la justicia de las mujeres.

De modo que, ante casos de violación a los derechos humanos de las mujeres, se reafirma el deber de investigar adquiriendo particular importancia cuando se trata de mujeres que sufren muerte, maltrato o afectación a la libertad personal en un contexto de violencia general en su contra<sup>14</sup>. Por lo que investigar con apego a la debida diligencia implica que cuando la autoridad en este caso Ministerio Público será la responsable de conocer los hechos constitutivos de violencia, deberá iniciar una investigación sin dilación, imparcial y efectiva. Asimismo, es necesario que ésta

---

<sup>13</sup> LÓPEZ BENÍTEZ, L. M. «Acceso de las mujeres a la justicia: Análisis de tres sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva del derecho a la información». *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Enero 2015, n° 39, p. 193-206.

<sup>14</sup> GRUPO DE TRABAJO CONFORMADO PARA ATENDER LA SOLICITUD DE ALERTA DE VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES. *Informe del Grupo de Trabajo conformado para atender la Solicitud de Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres en los municipios de Abome, Culiacán, Guasave, Mazatlán y Navolato del estado de Sinaloa*. [En línea]. [Consulta: 2 de octubre de 2019]. Disponible en web: <[https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/106561/Informe\\_AVGM\\_Sinaloa\\_16de\\_junio.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/106561/Informe_AVGM_Sinaloa_16de_junio.pdf)>

se lleve a cabo a través de todos los medios legales posibles y que esté orientada a la determinación de la verdad.

Siendo las garantías al debido proceso «un conjunto de requisitos que todo mecanismo jurisdiccional debe observar durante la tramitación de un asunto para dar regularidad y equilibrio a su análisis a fin de que éste pueda concluir con una decisión no solo apegada a derecho, sino también conforme a unas especiales condiciones de validez y veracidad<sup>15</sup>» Es de ahí que la importancia y respeto al debido proceso, se debe a que de ello dependerá el acceso a la justicia de la víctima.

En la actualidad, todo Estado debe asumir su deber específico de «observar la diligencia necesaria para garantizar el goce y ejercicio efectivo de los derechos por sus titulares<sup>16</sup>». Resultando ser una obligación que requiere de la creación de estrategias y procedimientos que deben ser respetados, con el fin de garantizar a la población y particularmente en el caso que nos ocupa, a las mujeres, el ejercicio y goce de todos sus derechos, sin distinción.

Y en ese sentido, para garantizar el deber de debida diligencia<sup>17</sup> en la procuración de justicia, de las mujeres en víctimas de violencia, se establecen unas líneas de acción a seguir, las cuáles serán las siguientes:

Garantizar asesoría jurídica gratuita y promover atención médica y psicológica oportuna a mujeres en situación de violencia y sus familias; diseñar un protocolo único para la emisión de órdenes de protección a mujeres víctimas de violencia en el país; promover la consolidación del fondo de garantía para reparación del daño a las mujeres víctimas de violencia y sus familiares; Impulsar la sanción a personal de servicio público que den trato discriminatorio e incumplan con la debida diligencia en el proceso; promover sanciones a empresas omisas ante actos de violencia contra las mujeres y niñas, así como a agresores reincidentes<sup>18</sup>.

Así pues, comprendemos que la debida diligencia es un elemento básico para garantizar el acceso a la justicia a las mujeres víctimas de cualquier delito y en caso

<sup>15</sup> CASTILLA JUÁREZ, K. A. *op cit.*, p. 178.

<sup>16</sup> BIRGIN, H. y GHERARDI, N. *La Garantía de Acceso a la Justicia: Aportes Empíricos y Conceptuales*, 1 st ed. México: SCJN-Fontamara, 2011.

<sup>17</sup> Instrumentos Internacionales que contemplan el deber de debida diligencia, para los países de América Latina y el Caribe: Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres de Belém do Pará, donde se enmarcan los lineamientos que se deben seguir para la debida diligencia.

<sup>18</sup> PROGRAMA INTEGRAL PARA PREVENIR, ATENDER, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, 2014-2018, [en línea]. [Consulta: 14 de noviembre de 2019]. Disponible en web: <[http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5343064&fecha=30/04/2014](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343064&fecha=30/04/2014)>

de no dársele el cumplimiento efectivo, el Estado mexicano también podrá ser sujeto de sanciones al estar comprometido con la justicia internacional.

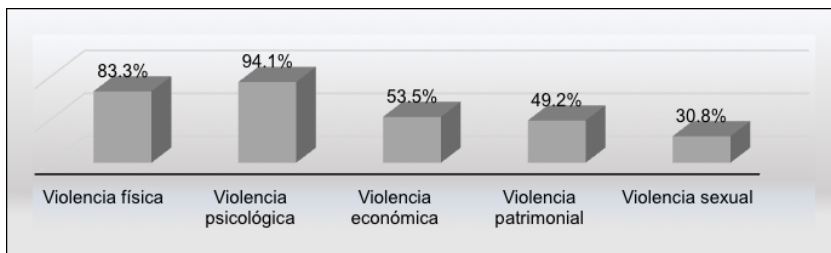
## 5. RESULTADOS DE UN ESTUDIO DESCRIPTIVO SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES

Durante el año 2017, se realizó en el estado de Sinaloa en el Municipio de Culiacán, un estudio de tipo descriptivo, basado en la aplicación de la metodología cuantitativa; con la finalidad de visualizar indicadores confiables, que nos permitieran conocer las limitaciones con las que se enfrentan las mujeres que al haber sido víctimas de un delito acuden ante el Ministerio Público en busca de ejercer su derecho de acceso a la justicia; donde se planteó la pregunta de investigación: ¿Se les garantiza a las mujeres en la ciudad de Culiacán su derecho de acceso a la justicia?<sup>19</sup>

Presentando a continuación algunos resultados de la investigación, donde 59.4% fueron mujeres «solteras» y 40.6% «casadas». Quienes tenían como vínculo de parentesco con el imputado, «concubino» el 41.1%, «cónyuge» el 37.7%, y «ex cónyuge» el 11.4%.<sup>20</sup>

El resultado del Gráfico 1<sup>21</sup> presenta los tipos de violencia que refirieron haber sido víctimas, donde la «violencia psicológica» fue la más señalada con un 94.2%, y el 30.8% indicó ser víctima de violencia sexual.

GRÁFICO 1. Tipos de violencia contra las mujeres denunciados



<sup>19</sup> GAXIOLA FLORES, C. *Violencia en el ámbito familiar: víctimas del delito y su denegado derecho de acceso a la justicia*, México, 2018. Tesis no publicada. En la investigación realizada se encuestó a 187 mujeres que contaban con una carpeta de investigación tras haber presentado denuncia y/o querrela por el delito de violencia familiar, ante la Unidad del Ministerio Público de lo Penal Especializada en Delitos Contra la Libertad, Libertad Sexual y Contra la Familia, recabando la información en 7 meses comprendidos en los meses de abril a octubre de 2017.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 161.

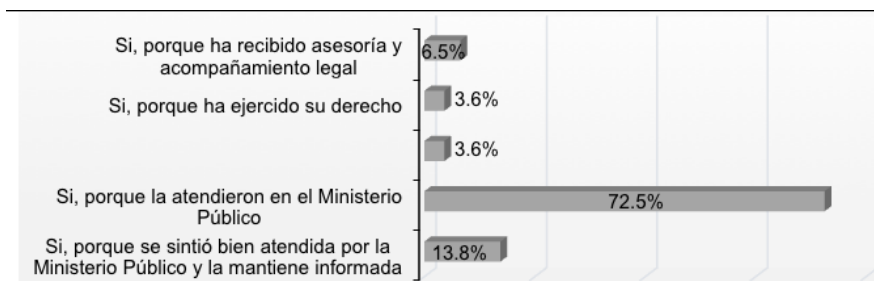
<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 164.

También se cuestionó a las mujeres si ya habían presentado con anterioridad una denuncia y/o querrela por el delito de violencia familiar, ante lo que el 30.1% indicaron que «sí»; cuestionándoles el tiempo con el que habían denunciado, donde indicaron el 39.3% «hace 2 o 3 años» y 12.5% señalaron que «hace más de 5 años». Haciendo evidente que el acceso a la justicia, es un proceso que llega a requerir una larga espera para las víctimas, lo que las mantiene en riesgo de sufrir nuevos actos de violencia en su contra y al margen del ejercicio de sus derechos. Y en el caso de las mujeres que no habían denunciado antes, se les cuestionaron los motivos, respondiendo el 9.7% porque «no cree en las autoridades», y el 7.3% por «desconocimiento<sup>22</sup>»; lo que implica que la percepción de impunidad, inseguridad, insatisfacción y desconocimiento que tienen las mujeres representa una de las limitaciones para su acceso a la justicia.

Sobre la atención recibida por las mujeres en la Unidad del Ministerio Público de lo Penal Especializada en Delitos Contra la Libertad, Libertad Sexual y Contra la Familia, indicaron que cuando se presentaron a denunciar el delito, el 44% la atención fue «inmediata», en contraste con el 13% que señaló que «esperó mucho tiempo» siendo en la última categoría donde señalaron haber esperado desde 1 hora, hasta 4 meses para ser atendidas, lo que muestra como los procesos para lograr acceder a la justicia no tienen la efectividad debida.

Y como parte medular de la investigación realizada, se cuestionó a las mujeres si consideraron que se les había garantizado su derecho al acceso a la justicia, donde el 77.1% indicaron que «sí»; mientras el 22.9% dijeron que «no<sup>23</sup>».

GRÁFICO 2. Razones por las que consideraron que si se garantiza el derecho de acceso a la justicia



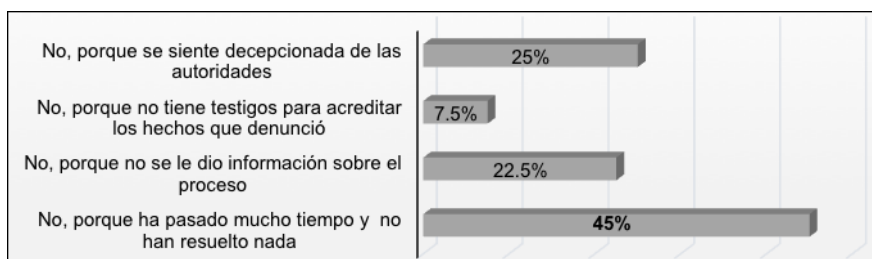
<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 174.



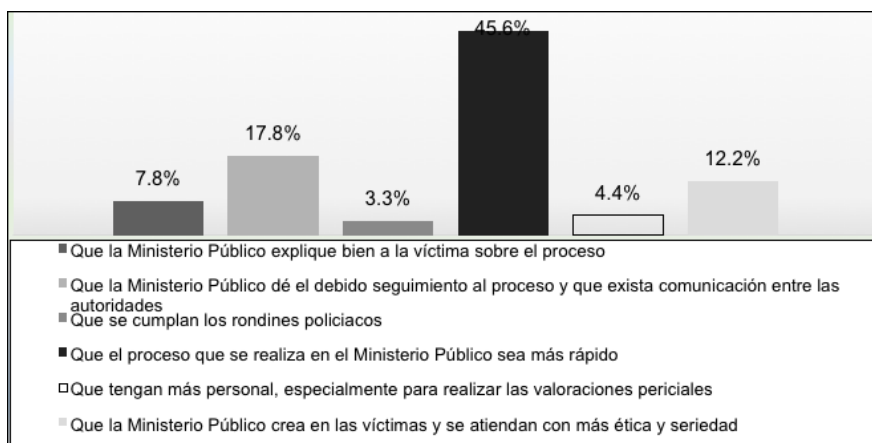
El Gráfico 2<sup>24</sup> representa las categorías encontradas ante las respuestas expresadas por las víctimas, acerca de los motivos por los cuales consideraron que sí se les garantizó su derecho de acceso a la justicia, indicando la mayoría de 72.5% que «sí, porque la atendieron en el Ministerio Público».

GRÁFICO 3. Razones por las que consideraron que no se garantiza el derecho de acceso a la justicia



Contrastando con el gráfico anterior, el Gráfico 3<sup>25</sup> representa a las víctimas que consideraron que no se les había garantizado su derecho de acceso a la justicia, argumentando la mayoría de las respuestas representadas con el 45% debido a que «ha pasado mucho tiempo y no han resuelto nada».

GRÁFICO 4. Sugerencias sobre el proceso realizado en el Ministerio Público



<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>25</sup> *Idem*.

Y en el Gráfico 6<sup>26</sup>, se señalan las sugerencias realizadas por las mujeres para garantizar su acceso a la justicia, donde el mayor porcentaje de 45.6% fue «que el proceso realizado sea más rápido», mientras que el 3.3% indicó «que se cumplan los rondines».

## 6. REFLEXIONES FINALES

Cuando una mujer en nuestro país ha sido víctima de un delito como el de violencia familiar, se sabe que al buscar ejercer sus derechos para el acceso a la justicia, se enfrentará a una serie de obstáculos, en su búsqueda de protección y justicia; enfrentándose a la falta de sensibilidad y especialización en materia de género por parte de las y los policías, Ministerios Públicos, responsables de la investigación del delito, provocando una sensación de inseguridad, indefensión, frustración y desconfianza en la administración de justicia, generándose un contexto de impunidad que contribuye a perpetuar la violencia contra las mujeres.

De los resultados de la investigación realizada a mujeres víctimas del delito de violencia familiar que acudieron a denunciar ante la autoridad de Ministerio Público, en la ciudad de Culiacán, Sinaloa, es de relevancia detenernos a reflexionar los resultados, por ejemplo, en cuanto al vínculo de parentesco entre víctima e imputado, la mayoría de las mujeres víctimas no tenían formalizada con su agresor la relación; así como las que resultaron agredidas por su ex cónyuge, demostrando que pesar de haber concluido la relación con un divorcio o una separación, las mujeres siguen siendo vulnerables a ser agredidas por hombres que se consideraron con derechos sobre ellas, esto reflejo de la cultura machista arraigada en nuestra sociedad.

Otro de los aspectos a analizar tiene que ver con la atención que recibieron las mujeres por parte de Ministerio Público, donde un grupo de mujeres señaló no haber denunciado antes, debido a que desconfiaban de la autoridad, y otras por desconocimiento de sus derechos, siendo las grandes limitaciones para que las mujeres logren su acceso a la justicia; pues las mujeres necesitan confiar en sus autoridades, conocer plenamente sus derechos, para lograr su ejercicio así como la exigencia de la restitución de sus derechos humanos, contemplados en el marco jurídico nacional e internacional, así como la obligación de garantizar por parte de las autoridades responsables, el cumplimiento de sus deberes gubernamentales con la finalidad de obtener su seguridad y justicia.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 176.

Y como parte medular de la investigación realizada, se cuestionó a las mujeres si consideraron que se les había garantizado su derecho al acceso a la justicia, donde un alto porcentaje señaló que sí, tan solo por haber sido atendidas por Ministerio Público, lo que refleja el bajo nivel de expectativa que tienen algunas mujeres, para la exigencia de la restitución de sus derechos y el acceso a la justicia, por el desconocimiento de las mujeres sobre sus derechos, donde no nada más tiene derecho a ser atendida, sino a que sus denuncias lleguen a una sanción para su agresor, donde se le castigue y se garantice su protección en todo momento.

Y es que como señala Burgueño, hay ausencia de lineamientos claros para la actuación de las autoridades, la aplicación de protocolos específicos, produciendo en algunos casos la revictimización por no cuidar la integridad emocional de las mujeres afectadas, pues las mujeres al momento de presentar su querrela se encuentran en un estado casi de inconciencia ante la realidad, consecuencia de las secuelas que les dejó la violencia, siendo la falta de calidad en la atención a las víctimas, actitudes que denotan corrupción y carencia de perspectiva de género en las políticas de acceso a la justicia<sup>27</sup>.

De manera que existen limitaciones para el acceso de las mujeres a la justicia, debemos estar conscientes que existen muchos retos por lograr, ya que el hecho de que una mujer acuda a presentar su querrela, lo que genera es hechar a andar todo un sistema jurídico, del cual en parte es responsable ya que el procedimiento requiere de su seguimiento, y participación activa, como parte ofendida e interesada en que se haga justicia. Y que que una mujer no tenga conocimiento del proceso que esta iniciando, implica que no se encuentra preparada para enfrentarlo, y se corre el riesgo de que la mujer abandone el proceso, desistiéndose u otorgue el perdón, lo que la posiciona en una situación de desprotección.

<sup>27</sup> BURGUEÑO DUARTE, L. B. «Violencia de género en México: revictimización hacia las mujeres por falta de acceso a la justicia» *Alegatos*, septiembre – diciembre de 2017, n° 97, p. 623– 640.

# ACCIONES POSITIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Laura Hernández Llinás

*Investigadora en Formación (FPU) | Área de Derecho Constitucional  
Universidad de Salamanca*

## I. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA: UNA HERRAMIENTA ANTIDISCRIMINATORIA PROCEDENTE DE ESTADOS UNIDOS

LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD y, muy en particular, de la igualdad entre hombres y mujeres, es uno de los objetivos prioritarios de la Unión Europea, y así lo reconocen sus tratados fundacionales desde la firma del Tratado de Ámsterdam en 1997. Con anterioridad a la inclusión de la igualdad de género entre los objetivos comunitarios explícitamente contemplados por las normas de Derecho originario, las instituciones europeas ya habían elaborado varias directivas en esta materia, sirviendo éstas como motor del avance de la legislación de los Estados miembros. Desde hace ya algunas décadas, una de las herramientas habituales en las políticas públicas de igualdad son las llamadas «medidas de acción positiva» o «acciones positivas». El objetivo de este trabajo es presentar los ámbitos en los que éstas se han utilizado en Europa, así como la evolución de su apoyo normativo y de la posición del Tribunal de Justicia de Unión Europea al respecto. Antes de ello conviene, no obstante, dar unas pinceladas sobre su definición, su origen y los argumentos más frecuentemente utilizados por sus defensores y detractores; a este propósito dedicaremos el presente apartado.

Las medidas de acción positiva se destinan a promover la integración social y laboral de personas pertenecientes a colectivos discriminados, y su presencia en espacios de los que han sido tradicionalmente excluidos. Siguiendo a MICHAEL

ROSENFELD, se caracterizan por constituir tratamientos preferenciales otorgados a minorías o mujeres para compensar la discriminación sufrida en el pasado, o corregir su infrarrepresentación en determinados sectores<sup>1</sup>. La amplitud de esta definición nos permite incluir en la categoría de acción afirmativa un gran número de medidas de muy distinto contenido y alcance, desde cursos de formación, becas y programas de fomento del emprendimiento específicamente dirigidos a colectivos discriminados, hasta políticas de intervención más incisivas, como el establecimiento de reglas de desempate a favor del candidato perteneciente al colectivo infrarrepresentado a la hora de competir por el acceso a puestos de trabajo, o la reserva determinados bienes o plazas para personas pertenecientes a un colectivo desfavorecido<sup>2</sup>.

El uso de las medidas de acción positiva se difundió en Estados Unidos a partir de la década de los años sesenta del pasado siglo, una época marcada por el entusiasmo en la lucha por los derechos civiles y, al mismo tiempo, un momento en el que la sociedad americana se hacía consciente de que eran necesarios cambios de gran envergadura para superar la situación de discriminación y segregación que sufría un importante porcentaje de su población. Un siglo después de que las enmiendas de la Reconstrucción introdujeran en la Constitución americana el principio de la igualdad y la prohibición de toda discriminación basada en la raza, la realidad social estadounidense, marcada aún por una profunda desigualdad racial, ponía de manifiesto la necesidad de introducir mecanismos pro activos en la lucha contra la discriminación para conseguir una sociedad por fin libre de la herencia de un pasado esclavista ignominioso. Impulsar normativamente la superación de la marginación y exclusión de las personas pertenecientes a minorías raciales se convirtió en uno de los objetivos claves del Presidente John F. Kennedy. Tras su asesinato, su sucesor, Lyndon B. Johnson, recogió el testigo de dicha empresa y convirtió la lucha por los derechos civiles en la insignia de su mandato. Además de asegurar que el gran proyecto de Kennedy, la Civil Rights Act de 1964, llegara a buen puerto y finalmente entrase en vigor, aprobó la Executive Order 11246,

<sup>1</sup> M. ROSENFELD (1991). *Affirmative action & Justice. A philosophical and constitutional inquiry*. Yale University Press. pág. 47.

<sup>2</sup> En la doctrina es habitual el empleo de una acepción amplia del término acción positiva, tanto en los trabajos estadounidenses como en los estudios elaborados en Europa. Ello ha llevado a muchos autores a realizar un esfuerzo por distinguir subtipos de acciones positivas dentro de esta amplia y heterogénea categoría. Para conocer las clasificaciones utilizadas por los autores que con mayor exhaustividad se han dedicado a este tema en la doctrina española pueden consultarse las siguientes monografías: MARTÍN VIDA, M.A. (2003). *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Civitas. Madrid. GIMÉNEZ GLUCK, D. (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad*. Tirant lo Blanch. Valencia.

que no solamente prohibía la discriminación racial en el empleo, sino que exigía a aquellos contratistas federales que facturasen más de 10.000 dólares anuales en contratos con el gobierno federal el emprendimiento de *acciones positivas* para asegurar que la contratación y el trato a sus empleados no se vieran influidos por patrones de discriminación racial. La fiscalización de la puesta en marcha de este tipo de medidas quedaba a cargo del Comité para la igualdad de oportunidades en el empleo. Es a partir de entonces cuando comienzan a proliferar programas pro activos contra la discriminación en las grandes empresas y en la propia administración pública norteamericana, tanto a nivel federal como estatal, dando lugar a la puesta en marcha de diferentes modelos de lo que hoy conocemos como acciones positivas<sup>3</sup>. En poco tiempo éstas llegarán también al ámbito educativo, insertándose en los planes de selección de alumnos de Universidades públicas y privadas, uno de los ámbitos en los que mayor polémica han generado este tipo de medidas<sup>4</sup>.

Si algo puede decirse de las medidas de acción positiva es que son siempre motivo de controversia, despertando intensos debates allí donde son implementadas<sup>5</sup>. Las premisas de sus defensores y detractores son similares a ambos lados del Atlántico. Para estos últimos, otorgar un trato normativo y preferencial en función de la pertenencia a un colectivo resulta inadmisibles, bien porque ello constituye una clasificación por sí misma discriminatoria, o bien porque contraría los criterios de mérito y capacidad que deberían guiar la selección de personal al servicio de la Administración Pública y el reparto de los recursos públicos disponibles, o porque implica un sacrificio injustificable de los derechos de quienes no pertenecen al colectivo favorecido por el legislador. Por el contrario, sus partidarios ven en ellas un medio legítimo y extraordinariamente útil para la consecución de un objetivo ineludible en toda sociedad que se pretenda democrática: la superación de la discriminación. Existen distintas líneas argumentales para justificar el recurso a las acciones positivas. Una primera línea sería de tipo retrospectivo: plantear que sobre nuestras sociedades pesa una deuda histórica con los colectivos discriminados, y que es un imperativo de justicia compensar en el presente los abusos del pasado. Otros autores siguen una argumentación de tipo prospectivo, e insisten en que

<sup>3</sup> Para una reconstrucción detallada de la historia de las acciones positivas en Estados Unidos: ANDERSON, T.H. (2004). *The pursuit of fairness: A history of affirmative action*. Oxford University Press.

<sup>4</sup> Una de las obras de referencia en la materia, especialmente completa, es la de WILKINSON, J. H. (1981). *From Brown to Bakke*. Oxford University Press.

<sup>5</sup> Uno de los autores que con mayor profundidad y acierto ha recabado los debates sobre esta cuestión es Michael ROSENFELD. M. ROSENFELD (1991). *Affirmative action & Justice. A philosophical and constitutional inquiry*. Yale University Press.

estas acciones son el único remedio eficaz para luchar contra la discriminación, porque sin ellas el proceso de evolución hacia una sociedad verdaderamente libre de discriminación se dilataría excesivamente en el tiempo. Por último, hay quien plantea que las medidas de acción positiva no solo son útiles para conquistar un futuro igualitario, sino que son necesarias para reequilibrar las condiciones de competición en el momento actual. La superación de la discriminación requiere algo más que un comportamiento negativo de abstención de aplicar prácticas discriminatorias: exige igualar las condiciones de partida, y ese sería, precisamente, el efecto que pretende obtenerse a través de las medidas de acción positiva.

## 2. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO EN EL ACCESO Y LA PROMOCIÓN EN EL EMPLEO. BASES NORMATIVAS Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

El concepto de acción positiva como medida de lucha contra la discriminación llega a Europa en la segunda mitad de la década de los años setenta, y debutará aquí en un nuevo escenario: la lucha contra la discriminación por razón de género. Las instituciones de las Comunidades Europeas vieron en este instrumento una enorme potencialidad para alcanzar sus metas en lo referente a la conquista de mayores cotas de igualdad material para las mujeres, especialmente en el ámbito laboral. Ello condujo a la introducción de una referencia a las acciones positivas en el artículo 2.4 de la ya derogada Directiva 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (76/207/CEE)<sup>6</sup>. Desde entonces, los textos normativos de la Unión han continuado reflejando esta apuesta por las acciones positivas, para cuyo respaldo se introdujo un artículo específico en los Tratados constitutivos de la Unión (157.4

<sup>6</sup> El tenor literal de dicho artículo era el que sigue: 2.4. *La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1.* [Dichas materias eran el acceso al empleo, incluida la promoción, el acceso a la formación profesional, las condiciones de trabajo y el acceso a la seguridad social].

TFUE<sup>7</sup>). A ellas se refiere también la Carta de derechos fundamentales de la Unión en su artículo 23<sup>8</sup>, así como varias directivas en materia de igualdad<sup>9</sup>.

Salvando el caso de los países escandinavos, pioneros en la implementación de medidas de reserva de plazas para mujeres en los puestos de dirección de las empresas privadas, lo habitual en Europa ha sido restringir la obligatoriedad de las medidas de acción positiva al ámbito público<sup>10</sup>. El sector del empleo público es – junto con la representación política, sobre la que volveremos más adelante – el ámbito en el que han sido objeto de un mayor desarrollo las medidas de acción positiva en el contexto europeo. Las condiciones que éstas deben cumplir para considerarse admisibles a la luz del Derecho europeo han sido delimitadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en una jurisprudencia que ha conocido una importante evolución desde sus primeros pronunciamientos en la materia hasta el momento actual. Casi veinticinco años han pasado ya desde la resolución del caso Kalanke, en el que el Tribunal se enfrentó por primera vez al control de una norma que contenía una norma de desempate a favor del candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado. En aquella ocasión no mantuvo una posición absolutamente contraria a la legitimidad de las medidas de acción positiva, sino que consideró que éstas debían ser valoradas caso por caso, para esclarecer si resultaban o no desproporcionadamente lesivas de los derechos de las personas no beneficiadas por ellas (de los varones, en las medidas preferenciales diseñadas para compensar la infrarrepresentación femenina). No obstante, a pesar de no optar por una negación radical de la legitimidad de estas medidas a la luz del principio de igualdad, en

<sup>7</sup> El tenor literal del artículo es el que sigue: *157.4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.*

<sup>8</sup> El tenor literal del artículo es el que sigue: *La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.*

<sup>9</sup> Cabe destacar a estos efectos el art. 3 de la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006, el art. 6 de la Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, el art. 7 de la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, y el art. 5 de la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000.

<sup>10</sup> Para un estudio sobre las formas de acción positiva más habituales en los Estados miembros de la Unión Europea, ver: SELANEC, G. & SENDEN, L. (2013). *Positive action measures to ensure full equality in practice between men and women, including on company boards*. European Commission. European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6b4179c6-13e5-406f-b30e-048804d1bea3> (consultado el 29/02/2020).



aquella ocasión el Tribunal desarrolló una interpretación de este último muy estrecha, en base a la cual las formas de acción positiva fuerte – medidas de desempate y cuotas – parecían destinadas a desaparecer<sup>11</sup>. Esta concepción, duramente criticada por la doctrina, fue objeto de rechazo también por las instituciones europeas, que introdujeron cambios en el marco normativo vigente a fin de reforzar la legitimidad de las medidas preferenciales destinadas a superar las desigualdades de género, y mostrar su compatibilidad con la letra y el espíritu del Derecho comunitario<sup>12</sup>. A raíz de estos cambios normativos el Tribunal de Justicia flexibilizó su postura, permitiendo así la consolidación y difusión de este tipo de medidas, si bien su legitimidad ha estado siempre supeditada al respeto de ciertas condiciones.

Centrando nuestra atención en las concretas medidas que han sido objeto de examen por parte del TJUE, en el caso Kalanke<sup>13</sup> este debía resolver una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero antes mencionada<sup>14</sup>. En concreto, debía aclarar si una norma en virtud de la cual se utilizaba una regla de desempate en favor del candidato del sexo infrarrepresentado para decidir a quién otorgar un ascenso, en un empleo público en un sector caracterizado por la escasa presencia femenina, resultaba o no conforme a dicha Directiva. La norma alemana establecía, como requisito previo para activar la regla de preferencia a favor de las candidatas femeninas, la igual capacitación de los aspirantes a la promoción. El TJCE consideró, como punto de partida, que «una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo». Sentada esta premisa, pasó a valorar si la norma enjuiciada podía entenderse, en la medida en que sus defensores la presentaban como una medida de promoción de la igualdad de oportunidades, como una excepción amparada por el art. 2.4 de la Directiva y, por tanto, legítima.

<sup>11</sup> En este sentido, M. V. BALLESTRERO auguraba una «crisis de la estrategia de las acciones positivas» a raíz de esta sentencia, y de algunos otros elementos circunstanciales. BALLESTRERO, M. V. (1996). Acciones positivas: punto y aparte. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, (19), 91-110.

<sup>12</sup> De ello da cuenta D'ALOIA en D'ALOIA, A. (2002). *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*. CEDAM, págs. 336 y ss.

<sup>13</sup> STJCE de 17 de octubre de 1995. Caso Kalanke. 17 de octubre 1995, C-450/93, Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen.

<sup>14</sup> El tenor literal del artículo 2.1 era el que sigue: 2.1. *El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar*. El artículo 2.4 ha sido ya transcrito en este trabajo, ver nota 6, página 4.

En opinión del Tribunal, una normativa nacional *«que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato»*, como era el caso de la medida examinada, *«sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva»*. Añadió, además, que un sistema de tal naturaleza, *«en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio»* no promueve legítimamente la igualdad de oportunidades, sino que pretende imponer una igualdad de resultado. Como ya se ha comentado, la concepción de la igualdad que vertebra el razonamiento del Tribunal en esta sentencia era muy estrecha, continuaba encorsetada en las rígidas exigencias de la igualdad formal, y frustraba cualquier expectativa de desarrollo de medidas incisivas de promoción de la igualdad (cuotas, objetivos, o reglas de desempate formuladas en términos parecidos a los de la medida que dio lugar a este caso).

El cambio en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia llegó en 1997, en el caso *Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*<sup>15</sup>, con ocasión de la resolución de una nueva cuestión prejudicial sobre la interpretación de los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva de igualdad de oportunidades en el empleo planteada por un juez alemán. La norma cuya compatibilidad con el Derecho comunitario suscitaba dudas para el juez nacional era una disposición de la ley de función pública del land de Nordrhein-Westfalen muy similar a la que años antes dio lugar al caso *Kalanke*. En virtud de esta disposición, en caso de deber producirse una promoción en un sector con infrarrepresentación femenina, se concedería preferencia a las mujeres, siempre y cuando estuvieran igualmente capacitadas para ocupar la plaza vacante que los aspirantes varones, y ello salvo que concurriesen en la persona del candidato masculino motivos que inclinasen la balanza a su favor. La novedad respecto al caso *Kalanke* es que el legislador había tenido la prudencia de introducir una «cláusula de apertura» en la medida preferencial, es decir, una previsión que dotaba a los aplicadores de la norma de un cierto margen de libertad para poder apreciar en el candidato masculino circunstancias tales que justificaran la excepción de la regla general de preferencia de la mujer a igualdad de capacitación. Este elemento fue, precisamente, el que hizo que el Tribunal de Justicia, aún manteniendo como premisa la incompatibilidad de las normas de preferencia automática con la normativa europea, considerase legítimas este tipo de medidas. A la luz de su sentencia, su uso por parte de los legisladores de los Estados miembros quedaría amparado por la excepción del art. 2.4 de la Directiva, siempre y cuando el diseño

<sup>15</sup> STJCE de 11 de noviembre de 1997. Caso *Marschall*. 11 de noviembre de 1997, C-409/95, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*

de las medidas garantizara que las candidaturas de hombres y mujeres serían objeto de una apreciación objetiva que permitiese considerar todos los elementos relativos a los candidatos individualmente considerados, y excepcionar la preferencia en caso de resultar esto justificado como resultado de tal valoración. No obstante, el Tribunal advirtió igualmente que los criterios de excepción de la regla de la preferencia, es decir, los motivos que eventualmente pudieran avalar la promoción del candidato masculino, no podían resultar en sí mismos discriminatorios y perjudiciales para las candidatas femeninas.

En resoluciones posteriores<sup>16</sup>, el Tribunal ha continuado reconociendo la admisibilidad de aquellas medidas de acción positiva en favor de la mujer en el empleo que cumplan ciertas exigencias de proporcionalidad y, en el caso de establecer cuotas o reglas de desempate, contengan una cláusula de apertura que permita una valoración de las circunstancias concretas del caso, y una eventual excepción de la preferencia del sexo infrarrepresentado. Desde los años 2000, además, no se refiere a las acciones positivas como una excepción al principio de igualdad de oportunidades y no discriminación, y se desprende de sus planteamientos que éstas constituyen una manifestación más de este principio.

### 3. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA. NUEVOS DEBATES Y RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES

Además de introducir medidas de acción positiva en el empleo para la promoción de la igualdad de género, a imagen y semejanza de las políticas de igualdad racial puestas en marcha en Estados Unidos a partir de los años sesenta, los Estados europeos han utilizado esta polémica figura en un ámbito desconocido para el modelo norteamericano original: la representación política. Los precursores europeos de la acción positiva en este campo fueron los países nórdicos, cuyos partidos socialdemócratas, ya en los años setenta, comenzaron a imponerse el respeto de cuotas mínimas de mujeres candidatas en las listas electorales para tratar de acrecentar la presencia femenina en puestos de decisión de manera voluntaria<sup>17</sup>. En 1996 el

<sup>16</sup> En concreto, en los conocidos como *caso Badeck*, *caso Abrahamsson* y *caso Lommers*: STJUE de 28 de marzo de 2000, C-158/97, Georg Badeck et al. c. Land de Assia, STJUE de 6 de julio de 2000, C-407/98, Katarina Abrahamsson, Leif Anderson y Elisabet Fogelqvist, y STJUE de 19 de marzo de 2002, C-476/99, H. Lommers contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij.

<sup>17</sup> Sobre ello, GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T. (2008) Democracia paritaria, ¿mito o realidad? Francia vs. Suecia: Dos perspectivas antagónicas. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. (9), págs. 283 y ss.

Consejo de la Unión Europea emplazaba a los Estados miembros a promover la participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de decisión política y, en especial, *a sensibilizar a los actores oportunos* (partidos políticos y otras organizaciones) acerca de la importancia de que se emprendieran iniciativas para alcanzar ese equilibrio<sup>18</sup>. En sentido parecido se pronunciaba el Parlamento Europeo en el año 2000<sup>19</sup>, instando de nuevo a los Estados y a los partidos políticos a adoptar las medidas oportunas para fortalecer la participación femenina en los procesos políticos de toma de decisiones. A día de hoy es frecuente, no solo en Europa, sino también en Latinoamérica y en otras partes del mundo, que, más allá de las iniciativas privadas de los partidos políticos para reforzar el papel de la mujer a nivel interno, se establezcan incentivos legislativos para reforzar la presencia femenina en los partidos, así como obligaciones relacionadas con la composición de las listas electorales para aumentar el número de mujeres en las cámaras de representantes electos<sup>20</sup>. A pesar de haber despertado reticencias iniciales, este tipo de medidas, incluso en sus formas más incisivas, parecen hoy consolidadas como una pieza más de nuestra estructura democrática, al menos en los países de nuestro entorno.

La legitimidad de las acciones positivas en la representación política puede defenderse desde posiciones esencialmente diversas<sup>21</sup>. Por un lado, es posible plantear que la ausencia de las mujeres en la esfera política, herencia de una sociedad patriarcal que reservaba el ámbito público al varón mientras confinaba a la mujer en el ámbito doméstico, se perpetúa hoy en gran medida porque las condiciones de competición dentro del escalafón propio de las estructuras partidistas son injustas para las mujeres, que ven como los estereotipos de género tradicionales impiden un desarrollo plenamente libre de sus carreras políticas. Siendo esto así, es justo – y necesario – corregir la desigualdad fáctica de oportunidades entre hombres y mujeres

<sup>18</sup> Recomendación del Consejo de 2 de diciembre de 1996 relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión (96/694/CE)

<sup>19</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 2 de marzo del 2000 sobre las mujeres y la toma de decisiones

<sup>20</sup> De acuerdo con la versión española del informe *Women in parliament in 2018: The year in review*, el último informe publicado por la Unión Interparlamentaria, hoy en día las elecciones de más de 130 países están regidas por algún tipo de política de cuotas de alcance estatal o a nivel de partidos. UNIÓN INTERPARLAMENTARIA (2019) Las mujeres en el parlamento en 2018: perspectiva anual. pág. 10. Disponible en: <https://www.ipu.org/resources/publications/reports/2019-03/women-in-parliament-in-2018-year-in-review> (consultado el 1/03/2020)

<sup>21</sup> Para una síntesis de los argumentos más frecuentes a favor y en contra de las cuotas electorales: DAHLERUP, D (2002) «El uso de cuotas para incrementar la representación política de la mujer», en MÉNDEZ-MONTALVO M., BALLINGTON, J. (eds.) (2002) *Mujeres en el Parlamento. Más allá de los números*. Institute for Democracy and Electoral Assistance. págs. 159-171

en la esfera política, y una forma de hacerlo es acudir a las acciones positivas, que vendrían a equilibrar las condiciones de competición, permitiendo a las mujeres interesadas en asumir tareas de representación política alcanzar los puestos que un entorno discriminatorio no les ha permitido ostentar hasta ahora. Una argumentación de este tipo es similar a la que subyacía a la mayor parte de los discursos de defensa de la acción positiva racial en Estados Unidos en el pasado siglo, y también es semejante a la que justifica hoy las acciones positivas que buscan la promoción de la igualdad de género en el ámbito laboral. Sin embargo, para algunos autores medidas como las cuotas electorales tienen una fundamentación más compleja y más profunda, que requiere una revisión de las teorías tradicionales de la representación política. Así, para quienes defienden la necesidad de cambiar nuestro paradigma democrático por el de la *democracia paritaria*<sup>22</sup>, la ausencia de las mujeres en los Parlamentos y las esferas de poder público no es un mero síntoma de que las mujeres continúan encontrando obstáculos y sesgos de género en el desarrollo de sus carreras políticas, no es solo una expresión más de la situación de desigualdad estructural en la que vivimos las mujeres, sino que es un problema en sí misma; la ausencia de las mujeres en los órganos de representación política merma la representatividad de éstos y compromete la entera legitimidad del sistema democrático, en la medida en que una democracia que excluye a la mitad de su población de la dirección de los asuntos públicos no puede nunca ser una democracia de calidad. Este tipo de argumentaciones, ligadas al concepto de ciudadanía y a la teoría de la representación, hacen del debate sobre las acciones positivas en el ámbito político un objeto de estudio particular, en el cual entran en juego nuevos elementos, diferentes a los que dan forma a las discusiones clásicas sobre la compatibilidad con el principio de igualdad de las de medidas de acción positiva temporales y orientadas a reequilibrar las condiciones de competición en el presente.

Este tipo de discusiones han alcanzado los Tribunales constitucionales de algunos países europeos, a raíz de la impugnación de medidas de acción positiva fuerte – cuotas electorales – por una presunta incompatibilidad con el principio de igualdad, así como por haber sido éstas consideradas contrarias a la unidad e indivisibilidad de la soberanía, y vulneradoras de los derechos de sufragio. Las experiencias francesa e italiana han sido las más relevantes en este sentido. No podemos detenernos ahora en su análisis pormenorizado, pero ésta es una tarea a la que la

<sup>22</sup> En la doctrina española conviene consultar a este respecto los trabajos de RUIZ RODRÍGUEZ, B. (2010). *Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía*. *Revista de Estudios Políticos*. 149, págs. 87-122, y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2018) *Democracia paritaria y paridad electoral: conceptos básicos para alumnos de primero*. En CEBRIÁN ZARZUCA, E., PALACIOS ROMEO, F. *Elegir cómo elegir. Retos y urgencias del régimen electoral en España*. Fundación Manuel Giménez Abad. Págs. 161-199.

doctrina ya ha dedicado numerosas reflexiones<sup>23</sup>. Es suficiente ahora señalar que en ambos casos la impugnación de las leyes que establecían un sistema de cuotas electorales fueron declaradas inconstitucionales por el Conseil Constitutionnel francés y por la Corte Costituzionale italiana, y dichos pronunciamientos fueron sorteados por sendos Parlamentos nacionales a través de la reforma de sus respectivas Constituciones<sup>24</sup>. Dichas reformas despejaron las dudas en torno a la constitucionalidad de las cuotas electorales que funcionan, desde hace años, en ambos países, y que han conseguido mejorar la presencia femenina en sus Parlamentos, a pesar de que el número de mujeres parlamentarias esté aún lejos de representar el 50% de sus miembros<sup>25</sup>. En el caso español, es por todos conocida la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, introducida en el año 2007 la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que estableció la obligatoriedad de respetar el principio de composición equilibrada en las listas electorales presentadas en cualquiera de los comicios celebrados en España<sup>26</sup>, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento, respetándose esa proporción en cada tramo de cinco candidatos. También esta previsión legal fue objeto de impugnación ante nuestro Tribunal Constitucional que, sin embargo, y a diferencia de sus homólogos europeos, desde un principio aceptó la constitucionalidad de estas medidas. Hizo pivotar su razonamiento sobre la premisa de que la medida legislativa analizada debía entenderse como una limitación de la libertad de los partidos políticos en la configuración de sus listas – por tanto, no como una medida que afectase en nin-

<sup>23</sup> Cabe citar, en este sentido, los trabajos de RUÍZ RODRÍGUEZ, B., MARÍN RUBIO, R. (2007). De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático. *Revista española de derecho constitucional*, 81, págs. 115-159; FARAGUNA, P. (2013). Recenti sviluppi dell'esperienza costituzionale italiana in tema di cd «quote rosa». F. SPITALERI (a cura di), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*. Torino, págs. 41-84; MILLARD, E. (2008) La paridad en Francia: concepción y puesta en marcha. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. (9) págs 431-460.

<sup>24</sup> La modificación de la Constitución francesa se llevó a cabo mediante la Ley Constitucional núm. 99-569, de 8 de julio de 1999. En el caso italiano, la modificación fue introducida por las Leyes Constitucionales 2 y 3 de 2001, de modificación de los estatutos de las regiones con estatuto especial y del art. 117 de la Constitución respectivamente, y la Ley Constitucional núm. 1 de 30 mayo 2003 de modificación del art. 51 de la Constitución.

<sup>25</sup> Los datos del porcentaje de parlamentarias en las cámaras bajas nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea pueden consultarse en un informe del Parlamento Europeo publicado recientemente, disponible en el siguiente enlace: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/publications/2018/0001/P8\\_PUB%282018%290001\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/publications/2018/0001/P8_PUB%282018%290001_ES.pdf) (consultado el 1/03/2020)

<sup>26</sup> El respeto al principio de composición equilibrada en los términos expuestos es el mínimo común que deben respetar todas las elecciones, pudiendo superarse esta previsión por las legislaciones autonómicas, en un sentido más favorable a la promoción de la presencia femenina, exigiendo listas paritarias o/y listas cremallera (posibilidad de la que han hecho uso varias Comunidades Autónomas).

gún modo a los derechos de sufragio activo o pasivo, ni a la dimensión individual de la libertad de asociación —, limitación que resultaba razonable, habida cuenta de que los partidos, dada su función constitucional, son un cauce válido para promover la igualdad sustancial en cumplimiento con las exigencias impuestas por el art. 9.2 CE. Analizando la proporcionalidad de la medida, concluyó que ésta perseguía un fin legítimo, la igualdad efectiva en el terreno de la participación política, a través de un diseño concreto que no imponía cargas excesivas sobre los partidos y, además, resultaba inocuo para los derechos fundamentales, no siendo los partidos políticos titulares de los derechos de sufragio activo y pasivo.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

Cuanto hemos dicho hasta ahora nos permite afirmar que las medidas de acción positiva diseñadas para la promoción de la igualdad de género forman parte de la realidad normativa actual de los países de nuestro entorno. Desde que su uso comenzara a difundirse en Europa en los años setenta hasta hoy, estas medidas han ampliado de forma progresiva sus sectores de actuación y, a pesar de la polémica que han suscitado, han logrado mantener y reforzar su vigencia en ámbitos tan importantes como la función pública o la representación política.

Por lo que respecta al uso de medidas incisivas como las cuotas o las reglas de desempate a favor de las mujeres en la formación, el acceso al empleo y las promociones del sector público, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que éstas se considerarán compatibles con el Derecho de la Unión siempre y cuando no concedan preferencia a las candidatas femeninas de modo automático e incondicional, y garanticen que éstas tendrán una cualificación semejante a la de sus competidores, y que todas las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos<sup>27</sup>. En lo referente al uso de cuotas obligatorias en las listas electorales, que con frecuencia asume la forma de la imposición del respeto al principio de composición equilibrada, las cortes constitucionales nacionales de varios países europeos, a pesar de algunas reticencias iniciales, han terminado por aceptar la compatibilidad de estas medidas con las Constituciones internas.

Las medidas de acción positiva han demostrado ser un instrumento útil para el avance de la sociedad hacia mayores cotas de igualdad material. Por ello, dado que

<sup>27</sup> Estas condiciones se enuncian de manera particularmente clara en el apartado 23 de la sentencia que resolvió el caso *Badeck y otros c. Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, a la que ya nos hemos referido en este trabajo.

hoy aún existe una situación de desventaja y subordinación de las mujeres en el ámbito público –cuyas manifestaciones más evidentes se muestran, precisamente, en el ámbito laboral y en la representación política–, y habida cuenta de que la conquista de una igualdad real y efectiva en esta esfera es imprescindible para el ejercicio de pleno de nuestros derechos y deberes como ciudadanas, cabe esperar que estas medidas continúen estando presentes en nuestras políticas públicas, y que sigan contribuyendo a impulsar a nuestras sociedades hacia un futuro más igualitario y más justo, en el que las mujeres gocemos, por fin, de una vida libre de discriminación.





# DEMOCRACIA DIGITAL Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: ¿PUEDEN LOS PARTIDOS POLÍTICOS UTILIZAR LOS DATOS SOBRE LAS OPINIONES POLÍTICAS DE LOS CIUDADANOS?<sup>1</sup>

MERCEDES IGLESIAS BÁREZ  
*Universidad de Salamanca*

## 1. INTRODUCCIÓN

**L**A UTILIZACIÓN DE DATOS de los ciudadanos que revelen sus opciones políticas representa un problema común y compartido en las democracias actuales, que también viven en el ecosistema digital.

Si bien no cabe duda de que la tecnopolítica<sup>2</sup> puede ayudar a crear un mayor foro político, a mejorar la participación política ciudadana y restañar la dañada relación entre los electores y los representantes políticos, el riesgo de control político de los algoritmos y los datos<sup>3</sup>, de un ciberleviatán<sup>4</sup>, es evidente.

<sup>1</sup> Este artículo se inserta en el Proyecto de Investigación Referencia: der2017-84733-r, entidad solicitante: Universidad Nacional de Educación a Distancia Centro: Facultad de Derecho, Título: Partidos Políticos: Origen, Función y Revisión de su Estatuto Constitucional, cuyas investigadoras principales son las Dras María Salvador Martínez y Remedios Morán Martínez.

<sup>2</sup> SALVADOR LEETOY, Diego ZAVALA SCHERER, Francisco SIERRA CABALLERO, «Tecnopolítica y ciudadanía digital», en *Comunicación y Sociedad*, n. 16, 2019.

<sup>3</sup> Daniel JOVE VILLARES, «Datos personales y partidos políticos», *Agenda Pública*, 1 de febrero de 2019; Eduardo Olier, «Algoritmos. El poder del control social», en *Telos*, n. 110, 2019.

<sup>4</sup> José María LASSALLE, *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la Revolución digital*, Arpa, 2019.

Casos como el de Cambridge Analytica<sup>5</sup> en el Brexit o en las elecciones presidenciales norteamericanas nos muestran el peligro de la manipulación electoral y la plausible lesión de la integridad electoral<sup>6</sup>.

Este riesgo es más acentuado en el actual «momento democrático» europeo<sup>7</sup>, un tiempo de nacionalismos y populismos, de resurgimiento de las democracias iliberales<sup>8</sup> y donde el control de los datos igual sirve para desestabilizar políticamente a la Unión Europea –como así lo está haciendo Rusia–, para dañar a la democracia española en el caso de la pretensión de secesión de Cataluña o para fomentar la autocracia informativa, que favorezca el consenso social y político en torno a regímenes autoritarios. Una nueva democracia, la democracia sentimental<sup>9</sup>, que por medio de las fake news<sup>10</sup>, y la propaganda subliminal encuentra en la red su mejor hábitat.

Mi intención, en el desarrollo de este artículo, es que conozcan la respuesta que ha dado la justicia constitucional española a la pregunta: ¿Es constitucionalmente legítimo el uso por los partidos políticos de datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos en el marco de sus actividades electorales?

La decisión del Tribunal Constitucional de 22 mayo de 2019 nos muestra, por un lado, el problema democrático que el empleo de estos datos especialmente sensibles suscita y, por otro, evidencia cómo una errónea técnica legislativa en la determinación de los límites de los derechos fundamentales puede convertir una política legislativa constitucional en inconstitucional. En muchas ocasiones el gran problema del legislador democrático no es el qué, sino el cómo.

<sup>5</sup> Myriam REDONDO, «Cambridge Analytica: ¿Hay alguien ahí?», *Agenda Pública*, 4 de mayo de 2018.

<sup>6</sup> Vid Pippa Norris y Max Grömping, *Electoral Integrity Worldwide*, mayo 2019. [https://www.researchgate.net/publication/333385734\\_Electoral\\_Integrity\\_Worldwide](https://www.researchgate.net/publication/333385734_Electoral_Integrity_Worldwide), visitado por última vez el 25 de febrero de 2020.

<sup>7</sup> Mercedes Iglesias Báñez, «El actual «momento democrático europeo»: nacionalismo, populismo y auge de las democracias iliberales», en *Gobernanza, cooperación internacional y valores democráticos comunes*, Editor Eric Tremolada Álvarez, Universidad Externado de Colombia, octubre 2019.

<sup>8</sup> FARAH ZAKARIA, «El surgimiento de las democracias iliberales», en *Política Exterior*, n. 62, 1998.

<sup>9</sup> Manuel ARIAS MALDONADO, *La democracia sentimental*, Página indómita, 2016.

<sup>10</sup> Marc AMORÓS, *Fake news, la verdad de las noticias falsas*, Plataforma, 2018; Matthew d'Ancona, *Post-Truth: The new war on Truth and how to fight*, Ebury Press, 2017.

## 2. LA APROBACIÓN DEL ARTÍCULO 58 BIS APARTADO PRIMERO DE LA LEY ORGÁNICA 5/1985, DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL Y LAS PRIMERAS DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE SUSCITA

La Enmienda n. 331 a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDPGDD), presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados y aprobada por los cuatro grandes partidos españoles a nivel nacional, incluyó, mediante la Disposición Final Tercera, una modificación a la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (LOREG) con la finalidad de añadir un nuevo artículo 58 bis apartado primero con el siguiente tenor: «la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas».

El propio legislador arguye que su único interés con esta nueva normativa era evitar que en España, ante la existencia de una desregulación en esta materia, se pudiera dar un supuesto como el de Cambridge Analytica, de manipulación electoral y lesión de la integridad electoral. Además, entiende, que la propuesta legislativa encuentra su fundamento habilitador en el Considerando 56 del Reglamento General de Protección de Datos Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo de 27 de abril de 2016 que permite que «si, en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas».

La aprobación del artículo 58 bis apartado primero de la LOREG suscitó muy pronto la cautela y preocupación de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que, a solicitud de su Directora, emitió un Informe (Agencia Española de Protección de Datos, Gabinete Jurídico N7REF: 210070/2018 sobre su interpretación y aplicación)<sup>11</sup>, con el fin de delimitar el uso de datos políticos, y que serviría más tarde como base para la aprobación de su Circular 1/2019, de 7 de marzo, sobre el tratamiento de datos relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones electorales al amparo del artícu-

<sup>11</sup> <https://www.aepd.es/es/documento/2018-0181.pdf>, visitado por última vez el 25 de febrero de 2020.

lo 58 bis de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE, 11 de marzo de 2019, n. 60, Sección I pp. 22834 y ss)<sup>12</sup>.

### 3. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO CONTRA EL ARTÍCULO 58 BIS APARTADO PRIMERO DE LA LO-REG: LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

Las dudas de constitucionalidad del precepto impulsaron el 5 de marzo de 2019 al Defensor del Pueblo a presentar ante el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad n. 1405-2019. En opinión del Defensor del Pueblo, la nueva normativa reconocía un derecho absoluto a los partidos políticos para el uso y tratamiento de datos que revelen las opciones políticas de los ciudadanos en el marco de las actividades electorales. Los problemas de indeterminación que presenta el artículo 58 bis en su apartado primero, como el hecho de que habla de interés público y no de interés público esencial, que no especifica las garantías adecuadas, o la alusión a las actividades electorales, que no tienen por qué coincidir con el período de campaña electoral, así como la carencia de valor normativo del Considerando 56 del RGPD, provocan, en opinión del Defensor del Pueblo, la lesión de derechos fundamentales y principios constitucionales. La falta de concreción de garantías legales lesiona la libertad ideológica del artículo 16.1 CE y es contraria a la garantía del artículo 16.2 CE, pues nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología. Esta habilitación tan genérica a los partidos políticos lesiona también el derecho de participación política del artículo 23.1 CE, ya que en el contexto tecnológico actual y con las prácticas electorales existentes hoy en día el riesgo de manipulación del voto y de lesión de la libertad de voto es muy alto. La falta de concreción de las garantías adecuadas lesiona, en su opinión, la reserva de ley y el respeto del contenido esencial del artículo 53.1 CE en relación al habeas data del artículo 18.4 CE y, finalmente, la indeterminación del interés público, las actividades electorales y las garantías necesarias supone una vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE.

Por su parte, el Abogado del Estado, que solicita la desestimación del recurso de inconstitucionalidad, centra su defensa de la nueva normativa en entender que no existe una lesión del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y, por tanto, tampoco se da una lesión de los derechos fundamentales alegados, pues las

<sup>12</sup> <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/circular-1-2019.pdf>, visitado por última vez el 25 de febrero de 2020.

garantías adecuadas están expuestas en el RGPD de 2016, la LO de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales de 2018, así como en la Circular 1/2019 de la AEPD. Así mismo, el derecho de uso de datos políticos se encuentra sometido a un régimen jurídico limitado, pues solo corresponde a los partidos políticos, en casos de razones de interés público y solo durante el proceso electoral. El legislador español se encuentra además habilitado por el Considerando 56 del RGPD. Finalmente, entiende que el artículo 58 bis apartado primero de la LOREG deber ser interpretado sistemáticamente con el RGPD y la Ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, por lo que se evita así «la incertidumbre razonablemente insuperable» que exige la STC 292/2000, FJ 10º para entender que se ha producido una lesión del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE.

#### 4. LA STC 76/2019 QUE DECIDE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 58 BIS APARTADO PRIMERO DE LA LOREG

El Pleno del Tribunal Constitucional emite su Fallo el 22 de mayo de 2019 (Rec. 1405/2019) declarando contrario a la Constitución y nulo el apartado 1º del artículo 58 bis de la LOREG<sup>13</sup>.

En primer término, el Tribunal en el FJ 2º de la decisión expone cuál debe considerarse el núcleo de la impugnación. Más allá de las alegaciones del Defensor del Pueblo y del Abogado del Estado, entiende que el estudio de la tacha de inconstitucionalidad del precepto debe centrarse en la posible lesión del habeas data (artículo 18.4 CE) en conexión con el artículo 53.1 CE, en la doble vulneración de la reserva de ley y el respeto del contenido esencial del derecho fundamental. El resto de las vulneraciones son accesorias y el Tribunal las omitirá.

Esta lesión constitucional tendría como ejes principales que (i) no hay una determinación de la finalidad (interés público), (ii) no hay una regulación pormenorizada de las restricciones del derecho de uso de datos políticos por los partidos políticos y (iii) no hay una determinación de las garantías adecuadas.

<sup>13</sup> Sobre la STC 76/2019, vid el excelente artículo de Mónica Arenas Ramiro, «Partidos políticos, opiniones políticas e internet: la lesión al derecho a la protección de datos personales», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 44, 2019, especialmente las páginas 355 y ss; Fabio Antonio Pascua Mateo, «Un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: los datos de contenido político. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 29 de mayo, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1405-2019 (BOE n. 151, 25 de junio de 2019)», en *Revista de las Cortes Generales*, n. 106, 2019, pp. 549.558.

Una de las primeras cuestiones que exige el estudio del caso es determinar cuál es el régimen jurídico del uso de datos de carácter político en relación al artículo 18.4 CE. De conformidad con el Reglamento Europeo de 2016 la regla que rige es la prohibición del uso de datos políticos (artículo 9.1). No obstante, esta regla tiene su excepción en el artículo 9.2 del mismo texto legal que permite su uso si así se prevé por el Derecho de la Unión o bien si los Estados lo regulan expresamente.

De acuerdo al Considerando 6 del Reglamento de 2016 los Estados tienen un margen de apreciación para permitir su uso pero deben cumplir con la obligación concreta de que los mismos establezcan las garantías adecuadas. En el mismo sentido, el uso de los datos políticos está permitido también por el Reglamento de 2016 si existe consentimiento explícito del interesado.

El otro elemento que determina el régimen jurídico del artículo 18.4 CE es la LO de 2018, que en su artículo 9.1 excluye que el consentimiento del interesado pueda levantar la prohibición del uso de datos políticos.

Por todo ello, el criterio interpretativo que debe regir el uso de los datos políticos es, en primer lugar, su prohibición; y en los casos en los que se emplee, que son excepcionales, hacer un uso muy restringido y garantista de los mismos (FJ 4º).

En segundo lugar, el artículo 18.4 CE no recoge la concepción de un derecho absoluto de habeas data, no sometido a restricciones. Se trata, como la mayoría de derechos fundamentales de un derecho cuya regulación y limitación están sometidas a reserva de ley<sup>14</sup>, al respeto del contenido esencial<sup>15</sup>, así como al cumplimiento del principio de proporcionalidad<sup>16</sup>.

La reserva de ley es una de las garantías normativas de los derechos fundamentales y requiere una dimensión formal (en este caso una ley que además debe ser orgánica) y una vertiente material, es decir, que la ley establezca la regulación y límites del derecho fundamental cumpliendo con las exigencias de previsibilidad y certeza, en definitiva, de seguridad jurídica (FJ 5º).

Por su parte, también el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las garantías adecuadas para asegurar el respeto del contenido esencial de un derecho fundamental (vid por todas la STC 292/2000 FJ 10º). Estas garantías van más allá de la previsión legal y la legitimación del fin; requieren la efectividad de la protec-

<sup>14</sup> Luis VILLACORTA MANCEBO, *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, 1994.

<sup>15</sup> Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de ley*, Dykinson, 2003.

<sup>16</sup> Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, 2014.

ción, si no existen estas garantías se considera una vulneración del contenido esencial del derecho fundamental, y la existencia de estas garantías es más necesaria y debe ser también más exigente en el caso de los datos políticos, que están sometidos a un régimen excepcional de tratamiento.

En este sentido, el Tribunal considera que «la necesidad de disponer de garantías adecuadas es especialmente importante cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos, también llamados datos sensibles, pues el uso de estos últimos es susceptible de comprometer más directamente la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad» (FJ 5º). Estos datos están sometidos a un mayor nivel de exigibilidad en cuanto a sus garantías, que no sólo deben ser las garantías generales sino también establecer garantías específicas (FJ 5º). El fin de las garantías es «velar por que el tratamiento de datos se realice en condiciones que aseguren la transparencia, la supervisión y la tutela judicial efectiva, y deben procurar que los datos no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para otros fines distintos de los que justifican su obtención» (FJ 5º). El tipo de garantías depende «de tres factores esencialmente: el tipo de tratamiento de datos que se pretenda llevar a cabo; la naturaleza de los datos, y la probabilidad y la gravedad que, a su vez, están vinculadas al tipo de tratamiento y a la categoría de datos de que se trate» (FJ 5º). El Tribunal opta, pues, por un concepto de garantías abierto y dinámico, que se puede ir desarrollando por el legislador y adecuando al caso y al tipo de datos.

Después de desarrollar su doctrina sobre la reserva de ley, el respeto al contenido esencial y las garantías adecuadas, el Tribunal analiza las tachas de inconstitucionalidad del precepto.

Considera, en primer lugar, que la finalidad del legislador que se ampara en la mera invocación del «interés público» es lo suficientemente vaga y genérica para no ser válida, pues traslada a los partidos políticos la función de determinar el fin, que es una función propia del legislador democrático. Tampoco es válida la finalidad alegada del «funcionamiento democrático» pues «encierra un elevado grado de incertidumbre y puede suponer un razonamiento circular» (FJ 7º). Esta falta de identificación del fin afecta al principio de proporcionalidad (FJ 7º).

Tampoco está limitado por el legislador el tratamiento por medio de la regulación de las restricciones del derecho fundamental. Solo se contiene la restricción «en el marco de las actividades electorales» pero presenta serios problemas de delimitación pues no tiene por qué centrarse en el período electoral, y además los procesos electorales son relativamente frecuentes en nuestro país (FJ 7º). Tampoco se remite a las condiciones y presupuestos del tratamiento de datos políticos por lo que se abre un gran campo de actuación para los partidos políticos (FJ 7º).



El artículo 58 bis apartado primero de la LOREG no contiene tampoco las garantías adecuadas frente al uso por parte de los partidos políticos del tratamiento de los datos políticos, pero ¿es posible suplir esta laguna con otras normas jurídicas, tal y como propone el Abogado del Estado? En opinión del Tribunal Constitucional sí sería posible si el reenvío del legislador fuera expreso y claro a unas fuentes externas, que además cumplan con la garantía de la reserva de ley (FJ 8º). Para que el reenvío sea compatible con el artículo 53.1 CE debería ser una ley orgánica y que esté predeterminada normativamente la calidad de la ley, es decir, que contenga los supuestos, condiciones y garantías necesarias. Estos requisitos constituyen la antesala para aplicar el principio de proporcionalidad.

No obstante, el Tribunal considera que en este caso estas fuentes externas no existen pues no aparecen en la literalidad de la norma, no aparecen tampoco como tales garantías en el Reglamento de 2016, que sí establece garantías mínimas y comunes, pero no garantías especiales para el supuesto de datos políticos; ni tampoco en la Ley de 2018 y no es posible acudir al sentido de la Enmienda n. 331 porque esta no tiene valor normativo, sino meramente interpretativo. Así pues, este vacío, en opinión del Tribunal, no puede ser colmado a partir de estos textos normativos por vía interpretativa sin especificar los preceptos en concreto a los que se remite.

Además tampoco en estas normas hay garantías específicas para la protección de datos especiales como son los datos políticos. Admitir un reenvío en estas condiciones sería dejar en manos del Gobierno o bien del aplicador del derecho su determinación, lo que resulta atentatorio contra el respeto al contenido esencial del derecho fundamental. Tampoco es posible dejar en manos de la AEPD<sup>17</sup> la

<sup>17</sup> El artículo 7 de la Circular 1/2019 de la AEPD realiza un notable esfuerzo en el determinación de estas garantías. A continuación se reproducen según su dicción literal:

“1. Atendiendo al principio de responsabilidad desde el diseño y por defecto previsto en el artículo 25 del RGPD, deberán adoptarse, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la seudonimización, e incluso la agregación y anonimización. Además, deberá garantizarse que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento y que no serán accesibles, sin intervención de la persona, a un número indeterminado de personas.

2. Será obligatorio designar a un delegado de protección de datos conforme a lo previsto en el artículo 37.1.c) del RGPD, al realizarse un tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales. El delegado de protección de datos desempeñará las funciones que le atribuyen el artículo 39 del RGPD y los artículos 36 y 37 de la LOPDPGDD con especial diligencia atendiendo al alto riesgo asociado a estos tratamientos.

3. Deberá llevarse un registro de las actividades de tratamiento con el contenido señalado en el artículo 30 del RGPD, debiendo ser precisos y claros, conforme a los principios de lealtad y transparencia, en la descripción de los fines del tratamiento, y de las categorías de interesados y de datos

determinación de las garantías pues sería vaciar el principio de legalidad. Por otra parte, tampoco el Tribunal puede operar una interpretación conforme del precepto pues no estamos ante varias interpretaciones posibles igualmente razonables, ni esta forma de reenvío implícito es coherente además con el marco europeo (FJ 8º).

Por todo ello, el Tribunal considera que el legislador español no ha identificado la finalidad del uso de los datos políticos, no ha establecido los presupuestos ni las condiciones de injerencia en el derecho de habeas data y no ha establecido las garantías adecuadas, con lo que se constata una vulneración triple y autónoma del artículo 18.4 CE en relación al artículo 53.1 CE, aunque todas ellas vinculadas al

---

personales objeto de tratamiento. La llevanza de dicho registro resultará en todo caso obligatoria al incluir categorías especiales de datos personales del artículo 9.

4. Se deberá realizar una evaluación de impacto relativa a la protección de datos al realizarse un tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos conforme a lo dispuesto en el artículo 35.3 del RGPD.

5.o Deberá consultarse a la AEPD antes de proceder al tratamiento conforme al artículo 36.1 del RGPD al tratarse de tratamientos que entrañan un alto riesgo, a no ser que el responsable justifique la adopción de medidas para mitigarlo. En este último caso deberá remitirse a la AEPD el análisis de riesgos y la evaluación de impacto junto a la justificación de las medidas adoptadas, al amparo de lo previsto en el artículo 58.1. a) y e) del RGPD. La solicitud de consulta a la AEPD o, en su defecto, la remisión de la documentación anteriormente indicada, deberá realizarse al menos 14 semanas antes del inicio del periodo electoral.

6. Deberán adoptarse las medidas de seguridad necesarias conforme a lo previsto en el artículo 32 del RGPD, que deberán ser lo más rigurosas que permita el estado de la técnica teniendo en cuenta que se están tratando datos referentes a las opiniones políticas cuyo tratamiento es excepcional y que suponen un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas.

7. Cuando el tratamiento se vaya a realizar por un encargado del tratamiento, deberá seleccionarse uno que ofrezca garantías suficientes y haberse suscrito un contrato con el contenido del artículo 28 del RGPD, en el que deberá quedar plenamente garantizado que el encargado actuará solo siguiendo instrucciones del responsable, debiendo dichas instrucciones contemplar todas las garantías adecuadas a las que se hace referencia en la presente circular.

8. Deberá facilitarse, de un modo sencillo y gratuito, el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación del tratamiento y oposición, conforme a lo previsto en el artículo 12 del RGPD y, en cuanto al derecho de oposición, conforme a lo previsto en el apartado 5 del artículo 58 bis de la LOREG.

9. En el caso de que se pretenda obtener los datos de terceros que no actúen como encargados del tratamiento, el responsable deberá comprobar que dichos datos fueron obtenidos de manera lícita y cumpliendo con todos los requisitos del RGPD, especialmente que el tercero tiene una legitimación específica para obtener y tratar dichos datos y que ha informado expresamente a los afectados de la finalidad de cesión a los partidos políticos, cumpliendo de este modo con el principio general de responsabilidad proactiva consagrado en el artículo 5.2 del RGPD, y singularmente para actuar conforme a lo previsto en sus artículos 24 y 25.

10. El responsable deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 22 del RGPD si los afectados van a ser objeto de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, siempre que el tipo de tratamiento que prevea, por sus características y teniendo en cuenta de nuevo la naturaleza de los datos tratados, pueda afectar significativamente a los ciudadanos».

mandato de respeto al contenido esencial del derecho fundamental. Estas insuficiencias de la ley «constituyen en sí mismas injerencias en el derecho fundamental de gravedad similar a la que causaría una intromisión directa en su contenido nuclear» (FJ 9º), por lo que el Tribunal procede a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 58 bis apartado 1º de la LOREG.

# PUBLICIDAD OFICIAL O GUBERNAMENTAL, UN ESTUDIO COMPARADO ENTRE MÉXICO Y ESPAÑA

ROBESPIERRE LIZÁRRAGA OTERO<sup>1</sup>  
RODOLFO LIZÁRRAGA RUSSELL<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

EN MÉXICO se transitó en los últimos 30 años, de un modelo político de partido hegemónico, (que duró desde los 40's hasta los años 90's), el cual se fue transformando producto de las trascendentales reformas electorales de principios de los años 90's en un sistema de partido dominante, y para el fin del siglo XX, gracias a esas mismas reformas se logró que nuestro país arribara a la alternancia política, instaurándose en México desde entonces, una real democracia con multipartidismo. Pasamos de un régimen antidemocrático, a uno otro democrático, que se transformó rápidamente a juicio de muchos, en una «mediocracia», y que producto de la reforma electoral de 2007, que significó la delineación desde la Constitución de un nuevo modelo de comunicación política en México, se transitara a una especie de «partidocracia». La reforma electoral de 2007 fue una reacción, un intento de contención de parte de los partidos hacia el gran poder que los medios de comunicación masiva principalmente la radio y la televisión, habían desarrollado producto de la germinal democracia mexicana.

<sup>1</sup> Estudiante de Doctorado en Ciencias del Derecho, por la Unidad de Estudios de Posgrado de la Unidad Académica Facultad de Derecho Culiacán de la Universidad Autónoma de Sinaloa.

<sup>2</sup> Doctor en Ciencias del Derecho, por la Unidad de Estudios de Posgrado de la Unidad Académica Facultad de Derecho Culiacán de la Universidad Autónoma de Sinaloa.

Bajo estas circunstancias el derecho electoral mexicano, tuvo que abocarse a regular situaciones novedosas, como el nuevo financiamiento de la política, las campañas electorales, el acceso a radio y televisión como prerrogativa de los partidos políticos, la distribución de los tiempos oficiales, la propaganda negra u ofensiva, la propaganda personal y la propaganda oficial. La mayor parte de estos nuevos aspectos a normar, quedaron contemplados en el artículo 41 constitucional, pero particularmente la propoganda oficial, quedo regulada a nivel constitucional en el artículo 134.

Actualmente se han presentado diversas iniciativas por parte de diferentes actores políticos en torno a la regulación de la propaganda oficial. Es de llamar la atención que la representación en México de la organización «Artículo19»<sup>3</sup>, Ana Cristina Ruelas, expresó que los modelos de regulación de la publicidad oficial en España y Uruguay serían los más adecuados para aplicarlos en México por sus altos estándares internacionales para evitar el uso descontrolado del dinero público<sup>4</sup>, por lo que, para el presente trabajo, se realizara un ejercicio de derecho comparado entre las regulaciones entre México y España.

Comenzamos nuestro estudio planteando el contexto político de la reforma, posteriormente realizamos un estudio de la configuración del artículo 134 constitucional, en los cuales se establecen los sujetos obligados, la mención de los términos propagando oficial y propaganda personal, la definición del ámbito temporal, la competencia y la posibilidad de un procedimiento sancionador. Finalmente, considerando los aspectos que se deriven de los análisis anteriores, planteamos reflexiones finales en torno al tema de la regulación de la propaganda oficial en el artículo 134 constitucional, y culminaremos exponiendo la perspectiva de futuro que estimamos le depara a esta regulación constitucional.

<sup>3</sup> En 1987 se constituyó ARTICLE 19, como una organización independiente defensora de derechos humanos cuya misión es promover, proteger, desarrollar y garantizar el cumplimiento de la libertad de expresión y el libre flujo de información e ideas a efecto de fortalecer la justicia global y empoderar a las personas para tomar decisiones autónomas. <<https://articulo19.org/sobre-a19/nuestro-trabajo/>>

<sup>4</sup> AGENCIA EFE MÉXICO. Proponen ejemplos de España y Uruguay para publicidad oficial en México. 21 de noviembre de 2018. <<https://www.efe.com/efe/usa/mexico/proponen-ejemplos-de-espana-y-uruguay-para-publicidad-oficial-en-mexico/50000100-3820182>>

## 2. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA REFORMA ELECTORAL DE 2007 Y LA COMUNICACIÓN POLÍTICA EN MÉXICO

En los últimos 30 años, señala Francisco Reséndiz<sup>5</sup> México ha consolidado cambios de fondo en su entramado electoral como respuestas a crisis derivadas de condiciones políticas y sociales que atentaron contra la democracia. En 1954, se le otorga el voto a la mujer, en 1963 los diputados de partido, en 1969 se reduce la edad para votar a 18 años, en 1977 se dio la apertura a la pluralidad para que grupos inconformes, disidentes o guerrilleros participaran en política y se establece el sistema de representación proporcional, en 1990 se crea el Instituto Federal Electoral, el Tribunal Electoral y el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; en 1994-1996 se consolidó la autonomía y ciudadanía del Instituto; y en 2007 se pretendió fortalecer la investigación y fiscalización de este órgano, regular la comunicación política y blindar al espacio público de la intervención de «poderes fácticos». En este mismo tenor, Irma Eréndira Sandoval<sup>6</sup>, integrante del Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM, advirtió que las tres reformas surgen como respuesta a momentos conflictivos, de explosión social: en los 70 el asunto de la guerrilla, en 1996 responde al conflicto político que se vivió en 1988, con la controversia electoral entre Carlos Salinas de Gortari y Cuauhtémoc Cárdenas, y la de 2007 que es una respuesta reformista al conflicto social de 2006.

Ciro Murayama<sup>7</sup>, señala que el eje de la reforma electoral consistió en modificar la manera en que los partidos acceden a los medios de comunicación electrónica, eliminando por disposición constitucional la compra de publicidad, prohibiendo las campañas personales disfrazadas de difusión de obra gubernamental y en vetar desde la Carta Magna la contratación de anuncios a favor o en contra de partidos y candidatos por terceros. Cabe aclarar que algunas de esas prohibiciones ya existían –como la que no permite que terceros, a partir de sus desembolsos, alteren las condiciones de las campañas–, pero con la reforma de 2007 se elevaron a rango constitucional precisamente porque eran ignoradas.

Así entonces, el Senado de la República y la Cámara de Diputados aprobaron una reforma electoral que modificó en su totalidad los artículos 41 y 99; se reformaron el artículo 85, párrafo primero; el artículo 108, párrafo primero; el artículo

<sup>5</sup> RESÉNDIZ Francisco. Reforma electoral, respuesta a crisis política. El Universal 01 de enero de 2008. <www.el-universal.com.mx>

<sup>6</sup> SANDOVAL Irma. Citado por Reséndiz Francisco. Reforma electoral, respuesta a crisis política. Op.cit.

<sup>7</sup> MURAYAMA, Ciro. Botánica electoral La Crónica. 5 de octubre de 2007. <www.cronica.com.mx>

116, fracción IV; el artículo 122, Base Primera, fracción V, inciso f; se adicionaron tres párrafos al artículo 134, y se derogó el párrafo tercero del artículo 97, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### 3. ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Antes de realizar un análisis del artículo 134 constitucional, hay que partir de la premisa de que no es una regulación únicamente de materia electoral, sino también de carácter hacendario y administrativo. Además, hay que considerar que esta disposición es correspondiente con lo establecido en el artículo 41 constitucional, en referencia a que los tres poderes federales, de los estados, los ayuntamientos, dependencias, entidades u organismos de la administración pública tienen prohibido influir en el proceso electoral, realizando aportaciones en dinero o en especie para apoyar a cualquier partido o candidato.

Este artículo 134 constitucional, en su inicio en 1917, buscaba solo regular el procedimiento de la contratación pública. Posteriormente en 1982 le fueron agregadas cuestiones relativas a la responsabilidad política y administrativa de los servidores públicos en México. Por lo que podemos apreciar que, en un solo artículo, se están mezclando distintos aspectos de materia de derecho hacendario-administrativo y derecho electoral. Con la reforma electoral de 2007, el artículo 134 constitucional en sus tres últimos párrafos quedó de la siguiente manera:

Artículo 134. ...

Los servidores públicos de la Federación, los Estados y los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos. (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 29 de enero de 2016).

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público. Párrafo adicionado DOF 13-11-2007

Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar. Párrafo adicionado DOF 13-11-2007. Artículo reformado DOF 28-12-1982

Los párrafos en análisis dirigen su regulación como sujetos de derecho, a las personas físicas que tengan la calidad de servidores públicos. Sergio Monserrit Ortiz Soltero, afirma que: «se debe considerar como servidor público a la persona física que ha formalizado su relación jurídica laboral con el Estado, mediante un nombramiento previamente expedido por el órgano administrativo competente, o en su defecto, que figura en las listas de raya de los trabajadores temporales<sup>8</sup>». Del análisis del artículo 134 constitucional, de su parte electoral, se aprecia que surge un problema, al tener una dimensión muy amplia del ámbito de servidor público, ya que pretende regular a «servidores públicos de la Federación, los Estados y los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México», que difundan mensajes a graves de «los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno»; lo cual evidencia la complejidad a la hora de regular, distintos ámbitos de gobierno, y ámbitos administrativos, ya que como hemos comentado no existe legislación secundaria.

Otro aspecto difícil de regular es lo que debe de considerarse propaganda gubernamental y propaganda personal, problema también derivado de la falta de legislación ordinaria. La primera la propaganda gubernamental, se señala que debe de tener «carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social», términos que conllevan un problema a la hora de clara determinación a la hora de interpretación. ¿Qué debe entenderse por institucional, o hasta qué punto se puede considerar una información como tal? ¿Con que elementos podemos catalogar un fin informativo o educativo en alguna propaganda? ¿Qué es orientación social?

En el caso de la propaganda o promoción personalizada, se establece que: «En ningún caso esta propaganda (gubernamental) incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción (propaganda) personalizada de cualquier servidor público». Lo anterior se complica a partir de la indefinida frontera que existe entre muchos actos gubernamentales y los actos de proselitismo, por lo que se le deja al juzgador una difícil actividad de interpretación.

Otra imprecisión surge respecto a la autoridad responsable, ya que para el ámbito federal corresponde la atención de las violaciones al precepto al Instituto Nacional Electoral, y en el caso de los estados y municipios a las autoridades elec-

<sup>8</sup> MONSERRIT ORTIZ, Sergio. Citado en «El servidor público». Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2013. < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3370/5.pdf>>



torales locales, en base a las leyes electorales locales, que cada estado desarrolle en términos de su soberanía<sup>9</sup>.

Se procura proteger dos bienes jurídicos, la imparcialidad y la equidad<sup>10</sup>. Además, se establece una restricción a la libertad de expresión de los ciudadanos que tengan la calidad de servidores públicos, lo anterior para privilegiar el interés general sobre el partidista. La finalidad principal del artículo es la de salvaguardar el correcto destino de los recursos públicos.

El margen para interpretar lo anterior es muy amplio. Sucede lo mismo al establecer la restricción «En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público». Las anteriores vaguedades, aunadas a la definición de lo que debe entenderse por «Los informes de labores» o de lo que debe entenderse por «propaganda personalizada» «temporalidad en la difusión de propaganda electoral» o la regulación del llamado «procedimiento sancionador, son cuestiones que prevalecen al adolecerse de una legislación ordinaria que regule es específico cada aspecto.

#### 4. LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE REGULACIÓN DE PROPAGANDA OFICIAL EN MÉXICO

Como hemos señalado desde la reforma de 2007 se mandató en los transitorios a desarrollar la legislación secundaria que regulara los pormenores marcados por el artículo 134 constitucional. Hasta la fecha de realización del presente trabajo lo anterior no ha sucedido. Lo mencionado no significa que no se hayan realizado intentos por regular sobre este tema; por una parte el entonces IFE, para la primera elección posterior a la reforma electoral de 2007, dictó el «Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se emiten normas reglamentarias sobre propaganda gubernamental, a que se refiere el artículo 2, párrafo 2 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en relación con el artículo 41, base III, apartado C, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>11</sup>». Por su parte la autoridad jurisdiccional, ha emitido diversas tesis relevantes, jurisprudencias y hasta acciones inconstitucionalidad, de

<sup>9</sup> MARTÍNEZ ESPINOSA. Op. cit.

<sup>10</sup> CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. Juárez Gámiz Julio. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. Ed. Tirant Lo Blanch. México 2017.

<sup>11</sup> SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. <[http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/OA/IFE/Acuerdos/2009/16022009\(3\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/OA/IFE/Acuerdos/2009/16022009(3).pdf)>

las cuales se puede observar la evolución de los criterios de regulación de la propaganda gubernamental.

En 2017 se suscitó un hecho relevante, cuando la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó, al revisar un amparo, que el Congreso de la Unión debía expedir la ley que regule el gasto de la publicidad oficial, y para ello impuso un plazo que concluyó el 30 de abril de 2018. El 10 de febrero de 2014 se publicó una reforma constitucional en materia político-electoral que modificó 31 artículos de la carta magna mexicana. El artículo tercero transitorio de ese decreto estableció que el Congreso de la Unión debía expedir «la ley que reglamente el párrafo octavo del artículo 134» de la misma Constitución, que se refiere a los gastos de propaganda que llevan a cabo las instituciones gubernamentales. Para ello, la misma reforma señaló que la ley debía ser aprobada en el segundo periodo de sesiones ordinarias, del segundo año de ejercicio de la LXII Legislatura, plazo que concluyó el 30 de abril de 2014. Desde entonces, como ha sucedido con otros cambios constitucionales, el Congreso había omitido legislar al respecto, por lo que Artículo 19, colectivo defensor de la libertad de expresión, promovió un amparo en contra de esa omisión legislativa. El juez de distrito que conoció inicialmente el caso decidió negar el amparo; Artículo 19 combatió esa sentencia solicitando su revisión, la cual fue atraída por la Primera Sala de la SCJN, la cual revocó la sentencia del juez de distrito, y otorgó el amparo a Artículo 19 «en contra de la omisión del Congreso de la Unión de expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución<sup>12</sup>».

Derivado de lo anterior, el entonces presidente Enrique Peña Nieto promulgó la Ley General de Comunicación Social el 11 de mayo de 2018 –bautizada como «Ley Chayote»–. Si bien la aprobación de esta ley dio cumplimiento a esa sentencia, los preceptos de esta reglamentación han sido criticados tanto por diversos actores políticos. Surya Palacios hizo una relatoría de las críticas que recibió esta ley: «el colectivo Artículo 19 considera que la Secretaría de Gobernación no debe concentrar la facultad de emitir la estrategia nacional de comunicación social, pues se corre el riesgo de que se intente controlar la información general que transmiten los medios, al tiempo que no se elimina el sesgo político de la publicidad oficial; en México, las políticas de comunicación social no han tenido como objetivo proporcionar un servicio de información a los ciudadanos, sino enaltecer lo que hacen los funcionarios».

<sup>12</sup> PALACIOS, Surya. 4 claves del fallo que mete en cintura a la publicidad gubernamental. Alto Nivel. <<https://www.altonivel.com.mx/actualidad/mexico/4-claves-del-fallo-mete-en-cintura-a-la-publicidad-gubernamental/>>

En septiembre de 2018, el Diputado de partido MORENA Pablo Gómez, presentó el proyecto de ley sobre propaganda oficial, que se compone de los siguientes elementos esenciales<sup>13</sup>: definir el carácter de la legislación y se sujeta al cumplimiento de la misma a todos los entes públicos federales y estatales; establece los principios propiamente dichos como forma de establecer los objetivos y alcances que puede tener la propaganda que difundan los sujetos obligados, así como la propaganda susceptible de difusión y aquella que no lo es; pondera la lealtad institucional, para constituir un instrumento que permita mantener la relación cordial y cooperativa entre poderes y entre órganos; dispone la creación de un Programa Anual de Propaganda de la Administración Pública de la Federación; contempla reglas especiales en la materia, entre ellas destaca la limitación al gasto anual en propaganda; establece reglas de adquisiciones; se contempla la creación del Padrón Nacional de Prestadores de Servicios de Publicidad y Comunicación, un sistema informativo de carácter público que contiene el registro de medios de comunicación y agencias de publicidad; por último, propone un procedimiento administrativo y uno judicial que operen de manera independiente ya que el primero podría generar sanciones a los servidores públicos mientras que el segundo sólo protege el respeto a la ley.

Lo último que se ha delineado para regular la propaganda oficial en México es el «Acuerdo por el que se establece la Política de Comunicación Social del Gobierno Federal» del 17 de abril de 2019, publicado por el Coordinador General de Comunicación Social y Vocero del Gobierno de la República Jesús Ramírez Cuevas<sup>14</sup>. Tal documento establece en sus considerandos lo siguiente: que la ley establece como objetivo garantizar que el gasto en Comunicación Social cumpla con los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, y respete los topes presupuestales, límites y condiciones de ejercicio que establezcan los presupuestos de egresos respectivos; que la Secretaría de Gobernación es la encargada de regular el gasto en materia de Comunicación Social, en la Administración Pública Federal, por lo que emitirá anualmente los Lineamientos para la autorización de Estrategias, Programas Anuales y Campañas de Comunicación Social; que las campañas de comunicación social deben promover la difusión y conocimiento de los valores, principios y derechos constitucionales; que dichas campañas no deben utilizarse con fines discriminatorios, para violar los derechos humanos o con fines electo-

<sup>13</sup> SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. <[http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/10/asun\\_3747826\\_20181004\\_1538060535.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/10/asun_3747826_20181004_1538060535.pdf)>

<sup>14</sup> SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. <[https://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5558048&fecha=17/04/2019](https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5558048&fecha=17/04/2019)>

rales o partidarios, así como tampoco estar destinada a discriminar, criminalizar o estigmatizar a cualquier persona o sector de la sociedad en el ámbito político, social, económico o cultural; que la propaganda gubernamental deberá ser clara e identificable; tampoco debe inducir a confusión con los símbolos, ideas, voces o imágenes empleadas por cualquier partido político u organización social; y que la estrategia de comunicación social del Gobierno Federal, deberá estar alineada con los tres principios básicos del actual gobierno: austeridad, honestidad y combate a la corrupción, concebida para que los servidores públicos lleven a la práctica estos principios en sus vidas cotidianas, y además fomentar la participación ciudadana.

## 5. ESPAÑA Y SU MODELO DE DENUNCIA

En España, la Ley 29/2005 de Publicidad y Comunicación Institucional prohíbe contratar campañas «que tengan como finalidad destacar los logros de gestión o los objetivos alcanzados» por el gobierno. En la exposición de motivos de la ley se manifiesta que «la utilidad pública como objetivo de estas campañas implica la erradicación de aquellas que tengan como finalidad ensalzar la labor del gobierno. Se garantiza así que las campañas sirvan a sus destinatarios legítimos, que son los ciudadanos, y no a quien las promueve»<sup>15</sup>.

La ley regula el contenido de los mensajes difundidos a través de campañas de publicidad y de comunicación, dispone garantías frente a aquellas que incumplan sus mandatos y establece mecanismos de planificación, coordinación y control de la actividad de publicidad y de comunicación institucional que desarrolla la Administración General del Estado. Asimismo, la ley tiene como objetivos prioritarios garantizar la utilidad pública, la profesionalización, la transparencia y la lealtad institucional en el desarrollo de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación.

Esta Ley 29/2005 de Publicidad y Comunicación Institucional en su artículo 7 establece que cualquier persona física o jurídica podrá solicitar la cesación inmediata o la rectificación de aquellas campañas que incurran en alguna de las prohibiciones contenidas en esa ley, ante la Comisión de publicidad y comunicación institucional por razón de la infracción; esta Comisión resolverá en un plazo máximo de seis días; si la resolución estimara la solicitud de cesación, el órgano anunciante procederá inmediatamente a dicha cesación; si la resolución estimara una solicitud de rectificación, el órgano anunciante deberá proceder a la rectificación dentro de los siete días siguientes de dictada dicha resolución; la Comisión

<sup>15</sup> CORRAL JURADO, Javier. La propaganda oficial. < <http://www.javiercorral.org/?p=17121>>

podrá ordenar la suspensión provisional de la campaña. La utilidad pública como objetivo de estas campañas implica la erradicación de aquellas que tengan como finalidad ensalzar la labor del Gobierno. Por lo que esta ley busca garantizar que las campañas sirvan a sus destinatarios legítimos, que son los ciudadanos, y no a quien las promueve. Además, la ley otorga prioridad a este objetivo ampliando el número de receptores potenciales incorporando previsiones tendentes a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad y edad avanzada a los contenidos de la publicidad institucional que se realicen y difundan en soporte audiovisual y la pluralidad lingüística de las campañas.

El segundo objetivo pasa por profesionalizar la planificación, ejecución y evaluación de las campañas, para asegurar el máximo aprovechamiento de los recursos públicos. Con el tercer objetivo se fortalece la transparencia de las campañas, mediante la habilitación de fórmulas que den a conocer todas las actividades de publicidad y de comunicación que prevea desarrollar la Administración General del Estado, incluidas las de las entidades que le están adscritas. Finalmente, el cuarto objetivo implica velar por la lealtad institucional; con este fin, se prohíben las campañas destinadas a denostar la actividad de otras Administraciones en el uso legítimo de sus competencias. Teniendo en cuenta la duración en que se desarrollan habitualmente las campañas institucionales de publicidad y de comunicación, la eficacia de la garantía de los intereses y derechos de los ciudadanos precisa de un sistema ágil de control. Con este fin se articula un procedimiento administrativo de carácter especial y sumario que permite a los ciudadanos solicitar la cesación o la rectificación de la actividad contraria a las prohibiciones dispuestas por la ley. Se atribuye a una Comisión de publicidad y comunicación institucional, adscrita al Ministerio de la Presidencia, la competencia para conocer de este tipo de solicitudes.

La realización de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación debe responder a los principios de eficacia, transparencia, austeridad y eficiencia, para lo cual se crean fórmulas orgánicas y de actuación administrativa que aseguren la coordinación entre los distintos departamentos ministeriales. Se ordena, en fin, la elaboración de un informe anual en el que se incluirán todas las campañas contratadas por la Administración General del Estado y la relación de los adjudicatarios de los contratos celebrados, que será remitido a las Cortes Generales.

## 6. CONCLUSIONES. EL ARTÍCULO 134 DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS REFORMAS DE 2007 Y 2014 Y SU FUTURO

Las reformas constitucionales de 2007 y 2014 tuvieron como origen la inestabilidad política generada por el conflicto post electoral de 2006. Algunos de los

motivos de ese conflicto fueron los señalamientos de la intervención del Estado en los resultados de la contienda, ya sea aprovechando los recursos del erario para favorecer a alguna de las partes contendientes, o que algunos de los contendientes aprovecharon su condición de servidor público para hacerse llegar de posicionamiento político, afectando con ello los principios de equidad e imparcialidad en la contienda. Si bien esta aspiración del legislador es muy loable, en la práctica, ha sido complicado para el juzgador el hacerla realidad, ya que la falta de una legislación secundaria ha obligado a la autoridad jurisdiccional a determinar en un ejercicio interpretativo del artículo 134 constitucional, los sujetos obligados, la definición y alcances de los términos propagando oficial y propaganda personal, la definición del ámbito temporal, la competencia y del procedimiento sancionador, entre otros aspectos de mucho amplitud y vaguedad que complican su interpretación para ajustar a un caso concreto. En su estructura, el artículo además de los términos en los que existe dificultad interpretativa en cuanto a su delimitación y alcance, presenta la complicación de que se trata de una norma que regula materias de derecho muy diversas, tales como cuestiones de índole administrativa, hacendario y electoral. Lo anterior ha obligado que la interpretación que realiza la autoridad jurisdiccional obedezca a un criterio funcional, utilizando un método que comprende todos los factores relacionados con la creación, aplicación y funcionamiento del derecho, es decir los fines y valores de la norma.

Es evidente que aun con las regulaciones de la propaganda oficial en el artículo 134, muchos servidores públicos, se siguen aprovechando de su calidad y de los recursos a su disposición para hacerse de capital político, vulnerando con ello los principios que este artículo pretende salvaguardar. La emisión de la regulación faltante y una pulcra interpretación de estos preceptos, le habrán de deparar un mejor destino a estas reglas constitucionales que llegaron para quedarse. Por lo que esperamos en un futuro no lejano, se pueda desarrollar la legislación secundaria, que le brinde certeza al juzgador en su labor interpretativa, y que en la búsqueda de salvaguardar los principios de imparcialidad y equidad en la contienda se brinde una correcta definitividad y legalidad en la impartición de justicia electoral.



# SISTEMAS NORMATIVOS INTERNOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO

JORGE LÓPEZ HERNÁNDEZ<sup>1</sup>  
MERCEDES VERDUGO LÓPEZ<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

**P**ARA SITUARNOS EN EL PUNTO CENTRAL DEL TEMA, nos parece pertinente subrayar que con la conquista española estableció interminable proceso, despojando casi por completo de sus bienes raíces, lenguas, sistemas normativos y formas de ver el mundo, a los integrantes de los pueblos indígenas.

Los pueblos y comunidades indígenas han tenido que enfrentar la hegemonía política y económica de quienes detentan el poder del Estado, que sin control alguno han invadido de sus territorios, violentando de manera grave su derecho constitucional a la libre determinación y por ende su autonomía.

El tema de los derechos indígenas en México, ha sido un tema que por décadas ha estado en la mira de los distintos órganos del gobierno, con el movimiento alzado por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional en Chiapas en 1994, da lugar a una serie de instrumentos jurídicos culminando con la reforma en el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>1</sup> Estudiante del Doctorado en Ciencias del Derecho de la Unidad de Estudios Posgrados, Facultad de Derecho, UAS, adscrito al Programa Nacional de Posgrados de Calidad CONACYT.

<sup>2</sup> Doctora en Ciencias Sociales, Profesora investigadora de tiempo completo de la Facultad de Estudios Internacionales y Políticas Públicas, UAS e Investigadora Nacional Nivel 2 en CONACYT.



El impacto jurídico de esta reforma en el año 2001, ha sido significativa, ya que se reconoce el derecho a la aplicación de los sistemas normativos de los pueblos y comunidades indígenas, a través de su autonomía y la libre determinación, sin contravenir a los principios generales de la Constitución, respetando las garantías individuales y los derechos humanos.

El reconocimiento universal del goce de los derechos humanos a toda persona en México, respaldado por nuestra Constitución Federal y por los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el Estado mexicano es parte, proporciona un instrumento y un campo de acción que detona procesos, retos y rutas para mejorar las condiciones de igualdad de oportunidades para todos, reconocimiento que es emanado de la reforma al artículo 1° Constitucional, el 10 de junio de 2011.

A pesar de ello, estos pueblos continúan enfrentando obstáculos en los derechos conquistados, algunos de ellos alcanzados a través de ratificación de tratados internacionales, reformas constitucionales o incorporados en leyes secundarias, o bien, a través de políticas públicas adoptadas a instancia de directrices y recomendaciones hechas por organismos internacionales.

En la normatividad internacional, existen diversos instrumentos donde se manifiesta la necesidad de reconocer, respetar y adoptar mecanismos que permitan mejores formas de protección a los derechos de los pueblos indígenas, tales como: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en 1999; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de Septiembre de 2007.

El presente artículo tiene por objeto analizar los sistemas normativos internos de los pueblos indígenas en México, y el caso particular del pueblo mixteco de la Comunidad de San Miguel del Progreso, Tlaxiaco, Oaxaca.

## 2. CONCEPTO DE SISTEMA NORMATIVO INDÍGENA

Por sistema normativo indígena se entiende como el conjunto de normas, procedimientos, autoridades, principios, sanciones y cosmovisión que utilizan las comunidades y pueblos indígenas para regular su vida interna y para resolver sus conflictos<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *El reconocimiento legal y vigencia de los Sistemas Normativos Indígenas en México* (en

Con esta definición podemos explicar que en los pueblos y comunidades indígenas de México, en el tema de sus sistemas normativos participan hombres y mujeres de manera democrática y en la mayoría de los pueblos nombran a sus autoridades mediante asamblea comunitaria, mismas que son las que se encargan de aplicar la justicia, manteniendo el orden público como veremos más adelante.

Vicente Cabedo, afirma que la jurisdicción indígena en América, siempre ha existido, inclusive desde antes de la época colonial, a través de la manifestación del derecho indígena y la autodeterminación de cada etnia, fenómeno que con sus respectivas mediaciones se manifiesta hasta nuestros días, y que, este aspecto es relativamente aceptado, o no, por el Estado<sup>4</sup>.

En la actualidad, el derecho indígena posee reglas y procedimientos, los que por medio de sus autoridades rigen en sus comunidades de acuerdo a sus valores, necesidades y visión del mundo. Su justicia se basa en los derechos astrales, es milenario, y se ha transmitido de generación en generación, buscando la rehabilitación real y la reinserción de la persona que comete algún delito o falta en la sociedad.

Rosa Cecilia Baltazar, afirma que el sistema normativo de los pueblos indígenas, es ágil, eficiente, libre, oral, justo y no siempre castiga al culpable con la privación de la libertad. Se centra más bien en la rehabilitación de la víctima, buscando, la reconciliación de las partes, para el retorno de la armonía social y para que no existan resentimientos futuros. En la concepción indígena, el culpable de algún ilícito, debe ser liberado, independientemente del delito cometido, ya que así es más útil a la sociedad, que ya lo valoró, y puede trabajar para reparar el daño<sup>5</sup>.

Con ello, queda claro que en los pueblos indígenas de México y en América Latina, en el ejercicio de sus sistemas normativos son efectivas, pero que principalmente se logra la reparación del daño a favor de la persona afectada y en la mayoría de los casos se da la conciliación entre las partes, consiguiendo así, una verdadera armonía en el interior de las comunidades.

Rodolfo Stavenhagen, señala que el derecho indígena es un conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de

---

línea). (Consulta: 7 de septiembre de 2019). Disponible en web: <[https://www.hchr.org.mx/images/doc\\_pub/sistnorm.pdf](https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/sistnorm.pdf)>.

<sup>4</sup> CABEDO MALLOL, Vicente. *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*, Valencia: Universidad Politécnica de Valencia (UPV), 2004. p. 11.

<sup>5</sup> BALTAZAR YUCAILLA, Rosa Cecilia. «La justicia indígena en el Ecuador». En GALLEGOS-ANDA, Carlos Espinosa y CAICEDO TAIPA, Danilo. *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 453.

conflictos (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violan esas normas)... que no ha sido creado por el Estado, a través de los Órganos correspondientes, en ejercicio de su propia soberanía<sup>6</sup>.

Coincidimos con el autor ya que efectivamente en los pueblos y comunidades indígenas, específicamente en la localidad de San Miguel del Progreso, Tlaxiaco, Oaxaca, como veremos más adelante, en su sistema político tiene una estructura de gobierno bien definido con las facultades específicas que el pueblo les confiere a través de una asamblea general.

Tenemos así que, la forma jurídica de los pueblos indígenas se compone de un conjunto de normas legales tipo tradicional, no escritas ni codificadas, eficaces en su aplicación, y que prevalecen en el interior de las comunidades con reglas propias, desde la asamblea comunitaria, sus autoridades, con decisiones y sanciones para mantener el orden social, todo ello, articulado con la cultura, lengua y costumbres propias. Además, las mujeres indígenas con la lucha de la paridad de género, hoy en día han logrado participar activamente con voz y voto, así como, ocupar cargos de alto nivel en sus comunidades.

### 3. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS SISTEMAS NORMATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL

México es un país culturalmente diverso y se reconoce como una nación pluricultural desde tiempos prehispánicos. Esto tiene implicaciones profundas en la vida de un país en general, la interculturalidad asume un papel importante de manera que no solo es algo necesario, sino algo virtuoso que permite la comprensión y el respeto entre los miembros de diferentes culturas.

De acuerdo con el derecho internacional, la decisión de ratificar un tratado internacional, es una decisión soberana y voluntaria de los Estados y, por lo tanto, los Estados parte tienen la obligación de aplicarlo de buena fe, en la legislación y en las prácticas internas, y la de asegurar que los pueblos indígenas puedan participar en los todos los asuntos que les afecte, ya sea de manera individual o colectivamente.

Y precisamente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece como derecho colectivo a impartir justicia al interior de las comunidades y pueblos indígenas, así mismo, el derecho a que sean tomados en cuenta

<sup>6</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho indígena y Derechos humanos en América Latina*. México: El Colegio de México-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988, p. 99.

sus costumbres cuando un indígena es sometido al aparato de justicia estatal<sup>7</sup>. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones jurídicas, promover, desarrollar y mantener sus estructuras, sistemas jurídicos y el derecho de acceso a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes<sup>8</sup>.

En estos términos y conforme al reconocimiento establecido por los instrumentos legales transcritos se pueden considerar que en los pueblos y comunidades indígenas en México, realmente existe y se encuentran vigentes los sistemas normativos indígenas y no se considera como un trato solo de usos y costumbres o derecho consuetudinario como algunas autoridades han descalificado el sistema de justicia de los pueblos originarios.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 2, apartado A, Fracciones II y VIII, establece que: los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a la libre determinación y a la autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos para resolver sus conflictos internos, siempre y cuando se respete los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. De la misma manera, los indígenas cuando son parte de manera individual o colectivo en los juicios y procedimientos que imparte el Estado, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, teniendo en todo el tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que conozcan de su lengua y cultura<sup>9</sup>.

De acuerdo a las líneas que anteceden, podemos considerar que la libre determinación es uno de los derechos primordiales y el camino más eficaz para que los problemas que enfrentan las comunidades indígenas, se resuelvan desde la visión propia de éstas, y que, las autoridades del Estado deben fomentar y respaldar ese derecho, sin discriminación ni obstáculo alguno.

Teresa Sierra, afirma que no se trata de un reconocimiento como sistema normativo que sobredimensione su existencia y vigencia, sino que se trata de un reconocimiento que tiene sustento, pues se pueden encontrar diversos estudios que documentan su condición de «sistemas normativos contemporáneos, dinámicos,

<sup>7</sup> COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. México: 2012.

<sup>8</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (en línea). (Consulta: 22 de enero de 2020). Disponible en web: <<https://undocs.org/es/A/RES/61/295>>.

<sup>9</sup> DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Reforma publicada el 14 de agosto de 2001. (en línea) (Consulta: 21 de octubre de 2019). Disponible en web: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/refldof/CPEUMref15114ago01ima.pdf>>.

con una enorme capacidad para incorporar elementos nuevos y para renovar y cambiar sus tradiciones... son producto de una historia de dominación ante la cual han sabido responder, adaptarse, y resistir»<sup>10</sup>.

De esta forma, el reconocimiento como sistema normativo lanza nuevos retos y abre un horizonte no sólo para la atención de esta problemática en los pueblos y comunidades indígenas, sino para el estudio y desarrollo del sistema en el marco del pluralismo jurídico reconocido en el país, estableciendo el respeto a los derechos humanos en el marco de las leyes nacionales e internacionales.

#### 4. SISTEMAS NORMATIVOS DEL PUEBLO MIXTECO: SAN MIGUEL DEL PROGRESO, TLAXIACO, OAXACA

San Miguel del Progreso, se localiza en la parte montañosa en el municipio de la *Heroica Ciudad de Tlaxiaco*, Oaxaca, con una altura de 2,780 metros sobre el nivel del mar, su clima predominante es templado subhúmedo, presenta una temperatura media anual de 18°C, con mínimas de hasta 0°C, su código postal es 69803 y su clave lada es 953<sup>11</sup>. Cuenta con un número aproximado de 3,500 habitantes<sup>12</sup>, colinda al norte, con San José Xochixtlán y Santa María Cuquila; al este y sur, con Santo Tomás Ocotepec; al oeste con San Andrés Chicahuaxtla. Su nombre en *tu'un savi* (mixteco) es *note ujia*, que significa «siete ríos», mismo nombre que recibe su museo comunitario.

Como antecedente del pueblo, manifiesta Filemón Ramírez Santiago, que la comunidad ha tenido varios nombres y otros aspectos que se describen a continuación:

San Miguel *Nutayu*, que determina la llegada de los primeros habitantes. El pueblo hace referencia a una toponimia de varios sitios de asentamiento como son: *Nu tayu* (lugar del asiento); *yuku nku'ii* (cerro sagrado); ñu'u *tu'un xa'u* (lugar de la palabra sabia); palabra que utilizan los embajadores (personas importantes en una ceremonia), *yuku niku kisi ujia*, (cerro alto de las siete ollas), este fue el pe-

<sup>10</sup> SIERRA, Teresa, «Conflicto Cultural y derechos humanos en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas», *Institute of International Education, Boletín Informativo Diálogo*, (en línea). Abril 2001, vol.5, n.º.9, p.5. (Consulta: 26 de septiembre de 2019). Disponible en web: <[www.iie.org/PDFs/LatinAmerica\\_Spanish/dialogo9](http://www.iie.org/PDFs/LatinAmerica_Spanish/dialogo9)>.

<sup>11</sup> VIVE MX. *San Miguel del Progreso, Heroica ciudad de Tlaxiaco, Oaxaca* (en línea). (Consulta: 3 de Octubre de 2019). Disponible en web: <<https://www.vivemx.com/col/san-miguel-progreso-heroica.htm>>.

<sup>12</sup> Censo 2015 realizado por la autoridad de la Agencia Municipal de San Miguel del Progreso, Tlaxiaco, Oaxaca.

núltimo lugar donde se ubicó el pueblo antes de asentarse en el sitio actual. Cabe precisar que son lugares muy sagrados para el pueblo, por ejemplo, la importancia del lugar denominada *nutayu* era donde cruzaba un camino real de la mixteca a la costa y en ese lugar se realizaba una plaza donde los arrieros comerciantes vendían productos alimenticios que transportaban de un lugar a otro. Esta práctica se dio desde la colonia hasta la década de los cuarenta. Después se convirtió en lugar de cambio de autoridades, interviniendo la autoridad del H. Ayuntamiento de Tlaxiaco; en la cual, la ceremonia se encargaba la autoridad saliente buscando primeramente un *tee ya'nu* (hombre grande de edad o también se le conoce como embajador), que conoce las reglas de la ceremonia acompañado con música de cuerda o de viento (violín y guitarra, o con la banda), además de cohetones, copal, cigarro, el tepache, así como *ita kutú* (flor de amarre) que significa «siempre permanezca la normatividad y que el período sea una buena correlación con el pueblo y con los integrantes de la autoridad misma». Desde este lugar se trasladaban al centro de la población para recibir la bendición del santo patrón «San Miguel Arcángel», posteriormente se dirigen en las oficinas que ocupa la Agencia Municipal, donde el *tee ya'nu* (embajador) los ubica en el lugar que les corresponde dependiendo el cargo, y la autoridad del Ayuntamiento procede entregar el bastón de mando y tomar la protesta de ley a la nueva autoridad municipal. Cabe precisar que actualmente se conserva este sistema<sup>13</sup>.

Los abuelos del pueblo, por ejemplo Don Isauro Guzmán Aguilar, comenta que:

El nombre de San Miguel *note ujia* (siete ríos), obedece a que en el lugar donde habían establecido el pueblo al fundarse, había una laguna que se utilizaba para el consumo familiar y para el ganado, y según narran los antepasados que una pareja de novios se metieron a la laguna y sostuvieron relaciones sexuales, conducta que era mal visto y que el Dios del agua castigó al pueblo secando por completo la laguna, por lo que los pobladores se vieron obligados a salir en busca de agua, bajándose a tres kilómetros aproximadamente donde encontraron siete manantiales y cada que lo hacían, formaban grupo de 15 a 20 personas principalmente hombres para protegerse entre sí de los animales feroces: tigres, jaguares, jabalíes y otros que habían en el lugar, hasta que decidieron asentarse donde el pueblo se encuentra actualmente, bautizando primero con el nombre de San Miguel *note ujia*, y posteriormente acordaron llamarle San Miguel del Progreso, mismo nombre que ostenta en la actualidad<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> RAMÍREZ SANTIAGO, Filemón. Hablante de la lengua *Tu'un Savi* (mixteco), docente indígena, originario de la comunidad de San Miguel del Progreso, Tlaxiaco, Oaxaca.

<sup>14</sup> GUZMÁN AGUILAR, Isauro. Hablante de la lengua *Tu'un Savi* (mixteco), originario de la comunidad de San Miguel del Progreso, Tlaxiaco, Oaxaca.

El sistema de cargo ha sido desde hace mucho tiempo, un derecho y obligación de todos los integrantes de la comunidad, considerando como el motor primordial para que el pueblo avance, tanto en su unidad interna como en su desarrollo dentro del ámbito regional.

Los cargos duran un año, excepto la Comisaría de Bienes Comunales que son de tres años, y tienen como características de ser: 1) Jerárquicos, por el orden según la importancia que tiene cada cargo; 2) Rotativos, porque todos los habitantes tendrán que intervenir en el cargo; 3) Gratuitos, los vecinos electos tienen que fungir su cargo de manera honorífica; y 4) Democrático, porque quienes ocupan los cargos son electos en una asamblea general. El sistema de cargo y las funciones que tiene cada institución, se muestra a continuación<sup>15</sup>:

TABLA 1. Agencia Municipal.

Agente Municipal	Alcalde Constitucional
Secretario del Agente	Secretario del Alcalde
Suplente Agente Municipal	Suplente Alcalde
Primer y Segundo Regidor Municipal	Primer y Segundo Comandante Constitucional
Primer y Segundo Comandante Municipal	Primer y Segundo Cabo Constitucional
Primer y Segundo Cabo Municipal	Policía Primero, Segundo, Tercero, y Cuarto
Policía Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, y Quinto	

TABLA 2. Comisaría de Bienes Comunales.

Comisariado de Bienes Comunales	Consejo de Vigilancia	Tesorería
Presidente	Presidente	Tesorero
Secretario	Secretario	Secretario
Suplente Presidente	Suplente Presidente	
Secretario Suplente	Secretario Primero, Segundo, y Tercero	

<sup>15</sup> LÓPEZ RAMÍREZ, Joaquín. Ciudadano reconocido por el pueblo, quien ha cumplido la mayoría de los cargos en la comunidad de San Miguel del Progreso, Tlaxiaco, Oaxaca.

TABLA 3. Tesorería Municipal.

Tesorero Municipal
Secretario Municipal
Tesorero Auxiliar
Secretario Auxiliar

TABLA 4. Viscalía Religiosa.

Viscal Primero
Viscal Segundo
Secretario
Tesorero
Primer Topil
Segundo Topil

TABLA 5. Comité de Escuelas.

Presidente de Asociación de padres de familia con su respectivo suplente
Secretario con su suplente
Tesorero con su suplente
Vocal Primero, Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto

La comunidad se preocupa por conservar su cultura y la lengua materna que es el mixteco del suroeste central<sup>16</sup>, así como mostrar la humildad y correspondencia a las personas que visitan a la comunidad. Como pueblo mixteco valoran sus normas internas y al mismo tiempo son conservadas para poder transmitir las de generación en generación, fortaleciendo así la identidad como pueblo *ñuu savi*, (pueblo de lluvia), y como *sia'a* *ñuu savi* (hijos del pueblo de la lluvia).

El sistema de procuración y administración de justicia, corresponde a los *tò'o* *ñuu* (autoridades del pueblo) según la materia, ejemplo: en asuntos penales, civil y familiar, le corresponde a la Agencia Municipal donde generalmente se invita a

<sup>16</sup> INSTITUTO NACIONAL DE LENGUAS INDÍGENAS. *Catálogo de las Lenguas Indígenas Nacionales, Variantes Lingüísticas de México con sus autodenominaciones y referencias geográficas*. México, INALI, 2009, p. 208.



las partes a una conciliación procurando siempre la reparación del daño a favor de la parte ofendida, y son procedimientos meramente orales que duran regularmente de 24 a 48 horas, resaltando que únicamente se elabora una constancia de los acuerdos que llegan las partes. De los casos que no se logra el acuerdo conciliatorio o la falta de voluntad de la persona responsable en resarcir los daños, el asunto se turna a las autoridades del Estado (ministerio público o juez de primera instancia, según el caso), con sede en la cabecera municipal de Tlaxiaco.

Las controversias en materia agraria, la autoridad encargada de resolver los conflictos es la Comisaría de Bienes Comunales, principalmente conocen sobre límites y colindancias de terrenos, así como, el cuidado de bosques y aguas de la comunidad.

La Tesorería Municipal, tiene facultad de recolectar y administrar el dinero que el pueblo aporta para la construcción o mejoría de los servicios públicos en la comunidad, no se cobra impuestos (predial, agua, carretera u otros), sino la cantidad que aporta cada ciudadano anualmente, es mediante acuerdo que se celebra en una asamblea general.

La Viscalía Religiosa, se encarga de mantener el orden en la iglesia del pueblo y coordinarse con las mayordomías (encargados de preparar y realizar las fiestas del pueblo). Se encarga también, del campanario para las fiestas o cuando alguien del pueblo fallece.

Los Comités de Escuelas, se encargan de vigilar el buen funcionamiento de las instituciones escolares (Primaria, Secundaria y Preparatoria), realizan las gestiones necesarias en coordinación con los Directores para las construcciones de espacios recreativos, nuevas aulas o reparaciones de las mismas.

Otro elemento sustancialmente importante que porta las autoridades del pueblo es el bastón de mando, que representa poder, autoridad legal y moral, sobre todo para el buen desempeño con rectitud en todo momento, respeto y honestidad para el pueblo, ya que con la participación de mujeres y hombres eligieron su autoridad de manera democrática en una asamblea general, donde el voto puede ser a mano alzada o de manera directa.

La fiesta del pueblo, como un derecho social para la convivencia de sus habitantes y con los pueblos vecinos u otros visitantes, son las mayordomías quienes se encargan de los preparativos y la realización de estos eventos. Los mayordomos son nombrados directamente por la autoridad de la Agencia Municipal, y cada mayordomía se compone de cinco personas que son: el Mayordomo General y cinco Diputados. Como primer paso, entre los integrantes de la mayordomía organizan las aportaciones económicas de manera equitativa y conforme se acerca la festividad se encargan de realizar los preparativos, y es cuando se implementa la *za'a* (guezza),

característica de suma importancia en la comunidad que consiste en un medio de dar y recibir, es decir, los integrantes de la mayordomía que reciben un apoyo económico o material (leña, maíz, frijol, trigo, tortillas, bebidas, ganado, etc.), se convierte como una obligación moralmente a devolverla en su momento y es una costumbre muy valiosa, manteniendo así los lazos de amistad y apoyo mutuo.

Esta costumbre no solamente se aplica en las fiestas de mayordomía, sino en todos los compromisos como es el cambio de autoridades, fiestas particulares, como *viko tanáa* (fiesta del casamiento), en los bautizos, actos fúnebres, etc. Siendo recíproca, ya que de igual forma, el apoyo se devuelve a la persona que ayuda cuando tiene algún compromiso o problema.

## 5. CONCLUSIONES

Para que un Estado se mantenga unido debe valorar la diversidad de sus ciudadanos, como son los grupos étnicos con los que actualmente comparten el territorio de un país. En este contexto, reconocer los derechos de los pueblos indígenas y en particular los sistemas normativos de los pueblos indígenas, a través de su autonomía y la autoderminación, respetando siempre los principios generales de la Constitución Federal y los derechos humanos, propiciará mayor fortaleza al Estado de derecho.

México, a pesar de ser uno de los países más avanzados en materia Constitucional sobre los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, muestra un gran rezago en la debida implementación de las políticas públicas a favor de los indígenas en área de educación, salud, acceso a la justicia, lengua y cultura.

En este sentido ha sido enormemente importante establecer la conexión que los Sistemas Normativos Indígenas mantienen con interdependencia, con otros derechos colectivos indígenas: como la territorialidad, la autonomía, la cultura, la jurisdicción indígena, constituyendo un nudo cosmovisional de derechos. La formulación de los Sistemas Normativos Indígenas como derecho propio de estos pueblos es, por tanto, condición de posibilidad para la producción, reproducción y desarrollo de otros derechos indígenas, individuales y colectivos.



# LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y REDES SOCIALES. UN ENFOQUE DESDE LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO

JOSÉ MANUEL LUQUE ROJAS  
JORGE GUZMÁN MORALES

## 1. INTRODUCCIÓN

**L**A INTERPRETACIÓN y bagaje jurisprudencial sobre la democracia y la libertad de expresión, son piedras angulares sobre la cual se soporta un Estado democrático, ponderado desde el enfoque de derecho convencional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación –SCJN– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–.

Dentro de dicha producción jurídica y doctrinal, la libertad de expresión ha tenido procesos de construcción histórica en México, en el que los medios de comunicación como la radio, prensa, televisión e incluso el cine, formaron parte de la estrategia de comunicación y control político del Gobierno y el otrora hegemónico Partido Revolucionario Institucional.

Ante tal escenario, la democratización del régimen derivada de la permanente evolución del sistema político-democrático en México, converge con los avances tecnológicos en materia de comunicaciones como el Internet y las redes sociales. En ese sentido, el inicio del siglo XXI, trajo consigo la alternancia en el Poder Ejecutivo Federal, y con ello, los equilibrios constitucionales entre los Poderes del Estado y los medios de comunicación.

De ahí que, la comunicación de masas, sufra un cambio radical en las primeras dos décadas del siglo XXI, cuando se da una mayor interacción a través de las redes

virtuales, rompiendo el monopolio de los medios tradicionales, mismos que han migrado, adaptándose a los cambios, hacia nuevas plataformas tecnológicas adecuando sus contenidos a una realidad.

Por ende, la actividad jurisdiccional reviste importancia como una forma de protección al sistema democrático nacional y a las libertades colectivas e individuales. Esto desde las dos vertientes para su ejercicio, la que se ejerce de forma personal, como un derecho intrínseco del ser humano y la que se realiza de forma colectiva por medios de comunicación y grupos de la sociedad.

## 2. ANTECEDENTES POLÍTICO-HISTÓRICOS

El proceso histórico en México tiene innumerables sucesos relacionados con la libertad de expresión, fundamentales en la transformación nacional, entre estos, la lucha emprendida por Francisco Madero en los postulados de la obra: *La Sucesión Presidencial de 1910*, en torno a la cual José Valadés<sup>1</sup>, esboza las ideas de libertad, que forman parte del proceso y caída de la dictadura presidencial que por más de 30 años mantuvo el General Porfirio Díaz.

Desde dicha vertiente, la libertad de expresión relacionada con la democracia en nuestro país, ha tenido como parte sustancial el derecho que como individuos tenemos para expresarnos con plena libertad desde lo individual o personal. En un segundo bloque, la libertad de expresión que históricamente se ha identificado a través de los medios de comunicación masivos: el cine, la prensa escrita, la radio y la televisión, los cuales han formado parte de la construcción democrática en la nación<sup>2</sup>.

Desde la perspectiva teórica, El derecho a la libertad de expresión se encuentra ampliamente explicado y analizado en el constitucionalismo y el liberalismo político, muchas constituciones de países democráticos adoptaron definiciones y preceptos jurídicos tendentes a garantizar este derecho a sus ciudadanos y organizaciones, entre estos, la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, la cual prohibió la aprobación de cualquier legislación que limite o coarte la libertad de palabra o de prensa<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> VALADÉS, José C. *La Revolución y los revolucionarios, Tomo II Maderismo*. 1ª ed. México: Instituto de Estudios Históricos de las Revoluciones de México-Secretaría de Educación Pública. 2014, p. 401-405.

<sup>2</sup> CAMOU, Antonio. *Gobernabilidad y Democracia*, México. Instituto Federal Electoral, 2013, p. 7.

<sup>3</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y FONSECA LUJÁN, Roberto. *Medios de comunicación y derecho*. 1ª ed. México: Iure, 2014, p. 1.

Por otro lado, la prensa ha tenido una evolución y participación en la vida política nacional desde la etapa de la independencia, como ejemplo *El Despertador Americano*, fundado en 1810 por Miguel Hidalgo, cuyo contenido promovía el ideal independentista. Mientras que, los realistas en oposición al jefe insurgente, publicaron *la Gaceta del Gobierno, El Anti-Hidalgo, El Español y El Centinela contra los Seductores*<sup>4</sup>.

Estos acontecimientos y acciones de los bandos en conflicto dan cuenta de la relevancia de la prensa como un instrumento de difusión de ideas, la cual evolucionó al igual que los acontecimientos nacionales en el siglo XIX, en donde los grupos políticos en pos y en contra del poder, observaron la importancia y utilizaron los periódicos o diarios y su vínculo de comunicación con la colectividad.

En el siglo XX, los derechos políticos como la libertad de expresión, se mantienen vigentes como parte de los derechos fundamentales en la nueva Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la cual establece en sus artículos 6º y 7º, la simbiosis entre la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información.

Asimismo, en 1917 es publicada la Ley de Imprenta, lo cual visualiza la relevancia jurídica y política que significaba su regulación por el Estado mexicano. Así, los medios de comunicación masivos han jugado un papel fundamental en los procesos democráticos en México, subordinados, la mayoría de ellos, al poder político y el interés económico, aunque para ser justos, siempre ha existido, aunque marginal, prensa libre.

En este contexto, el gobierno mexicano, a través de diversos mecanismos, ejerció influencia decisiva en el proceso político histórico, aun durante el proceso de democratización, como el control de las líneas editoriales de periódicos y medios electromagnéticos como la radio y la televisión, imponiendo estrategias de comunicación política favorables a sus intereses, uno de ellos se manifestó con el papel que jugó el Gobierno de México a través de la Productora e Importadora de Papel (PIPSA):

...fundada por Lázaro Cárdenas para garantizar la importación, precio y distribución de papel sobre todo para los periódicos. Esto fomentó el desarrollo de los medios impresos, pero con el tiempo fue usado por los gobiernos posteriores para censurarlos: te portas mal, no te doy papel. Y como era un monopolio estatal, no había forma de importarlo libremente o de producirlo en el país por la vía de empresas privadas<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Íñigo. «Un recorrido por la historia de la prensa en México. De sus orígenes al año 1857». México: Documentación de las Ciencias de la Información. 2010, vol. 33, p. 69-89.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ ARAUJO, Octavio. «Periodistas y libertad de prensa». México: *La Jornada*. 27 de febrero de 2014. [Consulta: 12 de enero de 2020]. Disponible en web: <<https://www.jornada.com.mx/2014/02/27/opinion/026a2pol>>

Por su parte, la televisión y la radio debieron asumir también las líneas editoriales dictadas desde el estado, esto mediante la presión que el gobierno ejercía por el control de las concesiones por el Estado mexicano, lo que provocó monopolios que llegaron en algún momento a concentrar en dos empresas de televisión el 95 por ciento del espectro<sup>6</sup>, lo que de facto representaba un control sobre la audiencia.

Por ello, los cambios en el terreno de las tecnologías de las comunicaciones y el internet, que trajeron al centro de estos procesos a las redes sociales a través de Internet, establecen un nuevo enfoque a los procesos de comunicación tradicionales, en donde si bien, tanto el derecho a la libertad de expresión y acceso a la información se consagran en los artículos 6º y 7º constitucionales, estos no eran ejercidos de forma plena ante los controles descritos.

### 3. REDES SOCIALES UN NUEVO PARADIGMA EN EL DERECHO

En cuanto a Internet como vía de comunicación es: ...una red integrada por miles de redes y computadoras interconectadas en todo el mundo mediante cables y señales de telecomunicaciones, que utilizan una tecnología común para la transferencia de datos<sup>7</sup>.

En México el Internet llega como una herramienta para la ciencia en 1989, en un principio su uso no era generalizado como hoy lo conocemos, pero en las primeras dos década del siglo XXI es un recurso vital en la investigación, planteado también como un mecanismo de comunicación que ha revolucionado a todos los sectores sociales y ha tenido un impacto evidente en la ciencia jurídica<sup>8</sup>.

En estos tiempos, es prácticamente inconcebible que los actores relacionados con las ciencias políticas, sociales y el derecho; así como en los procesos comiciales y de comunicación, no hagan uso de las plataformas y las redes sociales dentro de sus mecanismos de investigación o de difusión de la propaganda político-electoral.

Cabe precisar en este punto, que el Observatorio Nacional de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información indica que las redes sociales son: «...un sitio en la

<sup>6</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y FONSECA LUJÁN, Roberto. *Medios de comunicación y derecho*. 1ª ed. México: Iure, 2014, p. 75.

<sup>7</sup> ZAMORA LUCIO, Marco Antonio. *Internet*. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. enero-junio 2014, p. 4, [Consulta: 26 de agosto de 2019]. Disponible en web: [https://www.uaeh.edu.mx/docencia/P\\_Presentaciones/prepa3/Presentaciones\\_Enero\\_Junio\\_2014/Definicion%20de%20Internet.pdf](https://www.uaeh.edu.mx/docencia/P_Presentaciones/prepa3/Presentaciones_Enero_Junio_2014/Definicion%20de%20Internet.pdf)

<sup>8</sup> KOENIGSBERGER, Gloria. *Los inicios de internet en México*. 1ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2014, p. 13.

red cuya finalidad es permitir a los usuarios relacionarse, comunicarse, compartir contenido y crear comunidades», o como una herramienta de «democratización de la información que transforma a las personas en receptores y en productores de contenidos»<sup>9</sup>.

A su vez, para Islas y Ricaurte las redes sociales son:

...estructuras compuestas por personas conectadas por uno o varios tipos de relaciones (de amistad, de parentesco, de trabajo, ideológicas) con intereses comunes. Las redes sociales en Internet tienen mecanismos muy específicos de funcionamiento. Suelen comenzar por invitaciones enviadas por amigos, al suscribirse el usuario diseña su «perfil» con información personal, invita a otros amigos, se tiene la posibilidad de subir fotos, comentar el estado de ánimo de los demás, expresar nuestros propios pensamientos, subir enlaces, interactuar...<sup>10</sup>

En este tenor, las redes sociales se convirtieron en un contrapeso a los medios de comunicación tradicionales. Como ejemplo del marketing político internacional, se ubica la campaña presidencial de Barak Obama en 2008, a quien el diario Washington Post calificó como «el rey de las redes sociales», convirtiéndose en el primer político a nivel mundial que a través de sus cuentas causó un furor que lo llevó e influyó en su triunfo<sup>11</sup>.

En cuanto a México, las nuevas tecnologías de la información han tenido una evolución dinámica en el siglo XXI, los cuales coinciden con los cambios en la geografía política nacional, primero con la composición de mayor pluralidad en las últimas dos décadas del siglo XX en el Poder Legislativo, así como la alternancia desde el año 2000 en el Poder Ejecutivo Federal, que provocaron una nueva visión en los ciudadanos.

Bajo estos elementos, las redes sociales lograron dar espacio de pluralidad y amplitud a los ciudadanos que en lo general eran receptores o sujetos pasivos de los medios de comunicación tradicionales. Dando así, un nuevo parámetro en relación a la efectividad y en el ejercicio de la libertad de expresión, que en las etapas del régimen hegemónico y durante todo el proceso de democratización, no fue del todo plena, ante el monopolio ejercido por las concesiones que otorgaba el Estado.

<sup>9</sup> UREÑA, Alberto. *Las redes sociales en internet*. Fondo Europeo de Desarrollo Regional-Observatorio Nacional de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información. Diciembre 2011, p. 12.

<sup>10</sup> ISLAS, Octavio y RICAURTE, Paola. *Investigar las redes sociales, Comunicación total en la sociedad de la ubicuidad*. México: Instituto Tecnológico de Monterrey. 2013, p. 1.

<sup>11</sup> THE WASHINGTON POST. *Barak Obama, Social Networking King*. Teatril. 2007. [Consulta: 17 de julio de 2019]. Disponible en web: [http://voices.washingtonpost.com/44/2007/10/06/barack\\_obama\\_social\\_networking.html](http://voices.washingtonpost.com/44/2007/10/06/barack_obama_social_networking.html)



En México durante los procesos comiciales de 2012 y 2018 para la renovación de los Poderes Ejecutivo y Legislativo federal –así como en algunas entidades federativas–, las redes sociales jugaron un papel importante. Especialmente en 2018, en el triunfo del candidato a la Presidencia de la República por el Partido Movimiento de Regeneración Nacional –MORENA–, Andrés Manuel López Obrador, quien en su discurso como candidato electo se refirió a las mismas como «...las benditas redes sociales»<sup>12</sup>.

Por lo cual, la evolución del sistema democrático en México con una mayor apertura informativa, en gran medida por el uso de Internet y las redes sociales, ha incidido en una sociedad más crítica hacia sus gobernantes, provocando que las tradicionales formas de comunicación política y línea editoriales se adecuen a la realidad política y social contemporánea, en donde el comunicador profesional y los ciudadanos interactúan.

En estas consideraciones, las redes sociales han sido motivo de la discusión en cuanto a la regulación, misma que se da desde el enfoque de la publicidad, quedando en la discusión en el ámbito jurídico en relación a la ponderación de las libertades personales.

En dicho tenor, por un lado, debe considerarse que el Estado debe tanto asegurar que las libertades constitucionales se desarrollen, como el ejercicio de la no acción, esto es, el no realizar actos que menoscaben el derecho de libertad de expresión, por supuesto con las propias limitantes que la Constitución señala.

En relación al poder de penetración del Internet y las redes sociales, la Asociación de Internet Mx, indica que en México en 2018 había 82.7 millones de usuarios de Internet –mientras que en 2006 la cifra era de 20.2 millones–, con un alcance del 71% entre la población mayor a seis años, de los cuales el 82% indicó a las redes sociales como la opción número uno en cuanto a las actividades en línea<sup>13</sup>.

En el mismo sentido, la Asociación de Internet Mx, precisa sobre la preferencia o consulta de las 5 principales redes sociales: el 99% tiene Facebook, el 93% Whatsap, 82% YouTube, 63% Instagram y el 39% Twitter<sup>14</sup>, lo que establece que estas plataformas son una de las principales formas de influencia e interacción a través de Internet.

<sup>12</sup> MEDINA, Alejandro. «Las benditas redes sociales que le dieron «like» a AMLO». *Forbes*. 29 de noviembre de 2018, p. 1.

<sup>13</sup> ASOCIACIÓN DE INTERNET MX. *15º Estudio sobre los Hábitos de los Usuarios de Internet en México 2019*. Mayo 13 de 2019, p. 1-13.

<sup>14</sup> ASOCIACIÓN DE INTERNET MX. *15º Estudio sobre los Hábitos de los Usuarios de Internet en México 2019*. Mayo 13 de 2019, p. 18.

#### 4. JURISPRUDENCIA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La democracia es, entre otras cosas, una organización de gobierno, mediante la cual la representación y acuerdos son tomados por los ciudadanos, quienes pueden participar directa o indirectamente. Para Giovanni Sartori, el concepto de democracia es amplio, ya que no se limita a su descripción, ya que las normas que relacionan la actuación del Estado, su organización y forma, establecen a un ente político complejo<sup>15</sup>.

Por tanto, la democracia integra múltiples factores, que a la par de la actuación del Estado en el sentido de reconocer y hacer efectivos derechos humanos, entre estos, el derecho a la libertad de expresión, que al violentarse menoscaban la vida democrática de una nación, pero que establece límites en su ejercicio desde el ámbito constitucional.

La libertad de expresión en democracias, es también un subconjunto de precondiciones para su existencia, ligadas al concepto de «Ciudadanía política» y a las libertades que le son propias. Guillermo O'Donnell, en su definición de ciudadanía dice: «Que es una condición legalmente definida, asignada por un Estado dentro de su territorio, como parte y consecuencia de la apuesta institucionalizada, a individuos concebidos como portadores de derechos referidos a un régimen que se basa en elecciones limpias o institucionalizadas y en ciertas libertades concomitantes...»<sup>16</sup>

Ciertamente, dentro de las libertades concomitantes a las elecciones institucionalizadas y libres, está la de la libertad de expresión que le son propias como parte de los derechos de ciudadanía política de quienes en México tienen esa condición. Pero cabría aclarar que esta tampoco es restrictiva, las libertades de expresión se ubican además en otro conjunto de derechos, que va más allá de quienes legalmente ostentan la condición de ciudadano mexicano.

Lo anterior, viene a colación ante la inminente relación e importancia de la producción jurisprudencial internacional y nacional sobre la libertad de expresión. En donde, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13 expresa que esta se integra por: ...la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...

En dicho contexto, para la CIDH, la democracia y libertad de expresión tienen una relación estrecha e indisoluble, bajo dos componentes, el individual y el colec-

<sup>15</sup> SARTORI, Giovanni. Traducción por Gonzáles Rodríguez, Migue Ángel. ¿Qué es la democracia? Editado por Patria. 1ª ed. México: Tribunal Federal Electoral. 1993, pp. 3-9

<sup>16</sup> O'DONNELL, Guillermo. *Disonancias. Críticas democráticas a la democracia*, Buenos Aires, editorial Prometeo libros, 2007.

tivo o social. El primero para transmitir los mensajes e ideas propios, y el segundo consistente en el derecho de todas las personas a procurar y recibir cualquier información, pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada<sup>17</sup>.

Así, los mecanismos de control que usó el Estado mexicano son obsoletos, esto ante los canales de comunicación que abrieron las redes sociales y detonaron una participación ciudadana y democrática más activa, fundamental ante los cambios en la geografía política en México. De tal suerte, la libertad de expresión es de tal relevancia que la SCJN precisa:

La libertad de expresión en su vertiente social o política, constituye una pieza central para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. En este sentido, se enfatiza la importancia de la libre circulación de las ideas para la formación ciudadana y la democracia representativa, permitiendo un debate abierto sobre los asuntos públicos. La libertad de expresión es así, una institución ligada al pluralismo político y un valor esencial del Estado democrático<sup>18</sup>.

Es por eso, que cuando hablamos de la interpretación a los derechos plasmados en la Constitución, entre estos el señalados en los artículos 6º y 7º, ejercemos además de la libre manifestación de ideas, un derecho vinculado con el fortalecimiento de la construcción democrática en nuestro país. A la par, la tesis 1A. CDXIX/2014, precisa otro derecho relacionado con la libertad de expresión al indicar:

Esta dimensión de la libertad de expresión cumple numerosas funciones, entre otras, mantiene abiertos los canales para el disenso y el cambio político; se configura como un contrapeso al ejercicio del poder, ya que la opinión pública representa el escrutinio ciudadano a la labor pública; y contribuye a la formación de la opinión pública sobre asuntos políticos y a la consolidación de un electorado debidamente informado. Dicho ejercicio permite la existencia de un verdadero gobierno representativo, en el que los ciudadanos participan efectivamente en las decisiones de interés público<sup>19</sup>.

En este sentido, la libertad de expresión se vincula de forma indefectible con el derecho a ser informado, aunado a que, los ciudadanos se interesen en la forma en que los Poderes del Estado realicen sus funciones, esto es ser vigilantes del ejercicio

<sup>17</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Jurisprudencia Nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información, Relatoría Especial para la libertad de expresión*. Costa Rica: Organización de Estados Americanos-Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013, p. 3.

<sup>18</sup> TESIS 1A. CDXIX/2014. *Semanario Judicial de la Federación*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Diciembre de 2014, Décima Época, tomo I, p. 234.

<sup>19</sup> TESIS 1A. CDXIX/2014. *Semanario Judicial de la Federación*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Diciembre de 2014, Décima Época, tomo I, p. 234.

público gubernamental. La SCJN pondera también dos vertientes en relación al derecho a la libertad de expresión y al derecho a la información:

La libertad de expresión y el derecho a la información son derechos funcionalmente centrales en un estado constitucional y tienen una doble faceta: por un lado, aseguran a las personas espacios esenciales para el despliegue de su autonomía y, por otro, gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas básicas para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa<sup>20</sup>.

Cabe destacar que una arista importante de la tesis 1A. CDXIX/2014, es que, en ésta, la SCJN pondera y argumenta desde una sentencia contra el Estado de Costa Rica en relación a la libertad de expresión:

Como señaló la Corte Interamericana en el caso Herrera Ulloa, se trata de libertades que tienen tanto una dimensión individual como una dimensión social, y exigen no sólo que los individuos no vean impedida la posibilidad de manifestarse libremente, sino también que se respete su derecho como miembros de un colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno<sup>21</sup>.

La importancia jurídica de la anterior tesis, radica en que además de establecer la importancia de los derechos de libertad de expresión y de información, como partes sustanciales de la democracia en México, da valor a la jurisprudencia emitida por la CIDH ante la interpretación del Pacto de San José y con ello la importancia de rango constitucional del derecho convencional<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> TESIS 1A. CCXV/2009. *Semanario Judicial de la Federación*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Diciembre de 2009, Novena Época, tomo XXX, p. 287.

<sup>21</sup> TESIS 1A. CCXV/2009. *Semanario Judicial de la Federación*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Diciembre de 2009, Novena Época, tomo XXX, p. 287.

<sup>22</sup> El caso al que se refirió la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CCXV/2009, Libertad de expresión y derecho a la información. Su importancia en una democracia constitucional, se refiere a la sentencia del 2 de julio de 2004, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, que en su párrafo 3º indica: Los hechos expuestos por la Comisión se refieren a las supuestas violaciones cometidas por el Estado, al haber emitido el 12 de noviembre de 1999 una sentencia penal condenatoria, como consecuencia de que los días 19, 20 y 21 de mayo y 13 de diciembre, todos de 1995, se publicaron en el periódico «La Nación» diversos artículos escritos por el periodista Mauricio HERRERA ULLOA, cuyo contenido supuestamente consistía en una reproducción parcial de reportajes de la prensa escrita belga que atribuían al diplomático Félix Przedborski, representante ad honorem de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria, la comisión de hechos ilícitos graves. La referida sentencia de 12 de noviembre de 1999 fue emitida por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, y en ésta se declaró al señor Mauricio HERRERA ULLOA, autor responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en

Las sentencias de la CIDH, han sido parte de los procesos de construcción democrática en América, como lo es la sentencia dictada contra el Estado mexicano en el caso Rosendo Radilla Pacheco<sup>23</sup>, etapa en la cual cabe señalar, se conjugaron acciones que menoscabaron en nuestro país diversos derechos, entre ellos restricciones a la libertad de expresión y graves violaciones a derechos humanos.

Estos elementos, han variado en relación al impacto a estos derechos, pero el desarrollo tecnológico con el arribo de Internet y las redes sociales, han provocado una nueva perspectiva, esto es manifestado por Rodrigo Corrales:

Con el auge de las tecnologías de la información y telecomunicación, los espacios físicos han sido sustituidos por espacios virtuales que han facilitado de cierta forma, las organizaciones ciudadanas y los espacios de discusión de ámbitos diversos, donde en la mayoría de los casos estos espacios han sido situados en las afamadas redes sociales<sup>24</sup>.

Con el uso de la web, se ha generado y propiciado una forma diferente de ejercer los derechos a la libertad de expresión e información reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales como el Pacto de San José, los cuales son interpretados por los órganos judiciales, en sede interna por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, en el ámbito internacional en el Sistema Interamericano con la doctrina de la CIDH.

En cuanto a las redes sociales, como ya se comentó, estas han sido parte del derecho positivo en México desde la óptica de la propaganda electoral, y se han dado algunas situaciones específicas que han pretendido su sobre regulación, como fue el caso de la reforma al artículo 373 del Código Penal de Veracruz, que pretendía castigar a quienes emitieran noticias falsas a través de cualquier medio o plataforma electrónica.

Estas reformas impulsadas por la administración del exgobernador de Veracruz, Javier Duarte, se dieron en el contexto de la detención de dos personas que a través de la red social Twitter difundieron una información sobre posibles ataques de la

---

la modalidad de difamación, por lo que se le impuso una pena consistente en una multa y además se le ordenó que publicara el «Por Tanto» de la sentencia en el periódico «La Nación».

<sup>23</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*. Costa Rica: CIDH. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

<sup>24</sup> CORRALES MEJÍAS, Rodrigo. *Impacto de las Redes Sociales sobre la Participación Ciudadana en Procesos Electorales y la Democracia: Caso de Costa Rica*. Buenos Aires, Argentina: Clacso. 2015, p. 13.

delincuencia organizada, mismos que fueron detenidos y acusados de terrorismo y sabotaje en 2011<sup>25</sup>.

Ante los sucesos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos promovió la acción de inconstitucionalidad 29/2011, sobre la cual el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó por mayoría de 10 votos: «...declarar la invalidez del artículo 373 del Código Penal del Estado de Veracruz»<sup>26</sup>.

Lo anterior, es de destacar, ya que el sistema democrático en México ha logrado proteger a estos derechos, sobre todo y en contraste, cuando en otras latitudes se han originado movimientos sociales y políticos de alta beligerancia, los cuales han motivado que países como Egipto o Libia hayan bloqueado a usuarios de redes sociales de Twitter y Facebook, a fin de contrarrestar los movimientos de protesta<sup>27</sup>.

En ese sentido, la SCJN se ha pronunciado en una ponderación de derechos a favor de la libertad de expresión, plasmando en su doctrina la protección a los mismos, aunque ello no ha zanjado el debate en cuanto a la regulación de las redes sociales. En este orden, a través de la tesis aislada 2a. CV/2017, establece:

Conforme a lo señalado por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, el Internet ha pasado a ser un medio fundamental para que las personas ejerzan su derecho a la libertad de opinión y de expresión; por consiguiente, las restricciones a determinados tipos de información o expresión admitidas en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, también resultan aplicables a los contenidos de los sitios de Internet. En consecuencia, para que las limitaciones al derecho humano referido ejercido a través de una página web, puedan considerarse apegadas al parámetro de regularidad constitucional, resulta indispensable que deban: (I) estar previstas por ley; (II) basarse en un fin legítimo; y (III) ser necesarias y proporcionales<sup>28</sup>.

En esta consideración, la SCJN considera que la libertad de expresión que se realiza mediante las plataformas de las redes sociales virtuales, pueden restringirse siempre

<sup>25</sup> URESTE, MANU. *Corte tumba la Ley Duarte en Veracruz contra tuiteros*, México. Animal Político, 20 de junio de 2013. [Consulta: 16 de junio de 2019]. Disponible en web: <https://www.animal-politico.com/2013/06/corte-tumba-la-ley-duarte/>

<sup>26</sup> ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 29/2011. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Octubre de 2013, Décima Época, tomo 1, p. 15.

<sup>27</sup> LAY ARELLANO, Israel T. *Legislación, usos e impacto de las redes sociales, XX Encuentro internacional de educación a distancia*. México: Universidad de Guadalajara. 2012, p. 2.

<sup>28</sup> TESIS AISLADA 2A. CV/2017 SEGUNDA SALA. *Semanario Judicial de la Federación*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Junio de 2017, tomo 2, p. 1439.

y cuando se cumplan los parámetros de proporcionalidad y que se encuentren dentro de los supuestos que marca la legislación en pleno respeto de los derechos humanos.

En el mismo sentido, la libertad de expresión, la SCJN ha precisado que con base al texto constitucional en su artículo 7º: «...no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública»<sup>29</sup>. Lo cual, tiene en este contexto una relación directa, que implica la ponderación de los derechos en el plano que representa el uso de las redes sociales, por lo cual podemos establecer estas consideraciones.

## 5. CONCLUSIONES

Primera. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han emitido a través de su producción jurisprudencial y doctrinaria, una ponderación en la cual establecen una posición de protección a la libertad de expresión y la democracia por arriba de la intensión de sobre-regular a través del derecho positivo el uso de las redes sociales o acotar dicho derecho.

Segunda. En México, la libertad de expresión de acuerdo a las tesis y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es parte sustancial de la construcción de la democracia representativa. A la par, se deben ponderar los límites que establece el *corpus juris*, así como el texto constitucional en México y los supuestos que establece.

Tercera. Las redes sociales han provocado una nueva forma de comunicación, la cual ha provocado una interacción entre los usuarios, que de acuerdo al INEGI en 2019 México tenía 80.6 millones de usuarios con acceso a Internet<sup>30</sup>, lo que habla de la influencia que tienen las nuevas tecnologías de la información y las redes sociales en los esquemas de difusión de ideas, accionando uno de los derechos fundamentales para el ser humano.

<sup>29</sup> TESIS P./J. 26/2007. *Semanario Judicial de la Federación*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Mayo de 2007, tomo XXV, p. 1523.

<sup>30</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares 2019*. México: INEGI. Febrero 2020.

# PARIDAD Y PODER PRIVADO

SERGIO MARTÍN GUARDADO  
*Personal Investigador en Formación.*  
*Universidad de Salamanca*

## 1. INTRODUCCIÓN: EL PORQUÉ DE LA PARIDAD EN EL SENO DEL PODER PRIVADO

LA CONSIDERACIÓN DE LAS MUJERES dentro de un colectivo es manifiestamente erróneo, ya que las mujeres representan una mitad que, a su vez, es mayoritaria respecto del total de la población. En este sentido, admitir lo contrario supondría determinar a la mujer como minoría dentro de la población: un error metodológico y de aplicación en lo que se refiere al proceder jurídico. Desde esta perspectiva parte la paridad, en tanto término jurídico-político que pone en conexión la discriminación a que se somete a las mujeres con la toma de decisiones. Desde sus orígenes, la paridad se ha referido con carácter general a la participación equilibrada de mujeres y hombres en dicha toma de decisiones, fundamentalmente desde el poder político o público. Si a la mitad de la población se la tenía excluida de la dirección de las sociedades pluralistas, era necesario adoptar medidas en aras de hacer efectiva esa igualdad entre mujeres y hombres. Cosa que todavía no ha sucedido respecto del poder privado. Se pretende, por tanto, sentar las bases que extiendan la formulación del concepto hacia las esferas de poder de ámbito privado. La idea que inspira la democracia paritaria no es otra que partir de la consideración de las mujeres como mayoría social que, al ser discriminada, trae consigo la pérdida potencial de las inteligencias y capacidades de la humanidad<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> SEVILLA MERINO, Julia. «Democracia paritaria y Constitución». En AA.VV. *Seminario Balance y Perspectivas de los Estudios de las Mujeres y del Género*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, Instituto de la Mujer, p. 28.



La Organización de Naciones Unidas ha experimentado una larga trayectoria en la producción de declaraciones y normas orientadas a lograr una participación equilibrada en los ámbitos de poder político y decisión pública, sobre todo, a partir de la Declaración de Beijing de 1995 (IV Conferencia Mundial sobre la Mujer), también referida a los ámbitos de poder público. Pues se consideró que sólo a través de una distribución equitativa del poder en los ámbitos de decisión política podríamos estar en condiciones de asumir una sociedad plenamente democrática. ¿Pero que ocurre con la toma de decisiones en el seno de las grandes corporaciones privadas? Superar el olvido de la toma de decisiones en el ámbito privado es, a mi juicio, imprescindible para dejar atrás el desplazamiento estructural de las mujeres de este tipo de ámbitos de poder, adoptando para ello una perspectiva de género con la que potenciar el desarrollo de una mayor libertad e igualdad femenina con vistas en la consecución de satisfacer la autonomía de las mujeres, directa e indirectamente<sup>2</sup>. En este sentido, ¿realmente puede hablarse de ciudadanía universal sin extender los postulados de la democracia paritaria al ámbito de las esferas de poder económico y social?

Debe partirse de las ideas que conforman la Recomendación nº 25 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), referente a medidas especiales de carácter temporal para acabar con la discriminación que sufren las mujeres. El mundo económico condiciona de la toma de decisiones en el ámbito del poder público cuando las perciben contrarias a sus intereses o a los de los mercados. La infrarrepresentación femenina en dichas cotas de poder, indirectamente, condicionaría así el papel que debiera tomar el Estado en la implantación real de la igualdad entre mujeres y hombres en este ámbito concreto. Nos centramos en este efecto como objetivo principal a combatir, aunque cabría extender a otros como la falta de autonomía de las mujeres en la toma efectiva de decisiones.

## 2. AVAL DOGMÁTICO PARA IMPLANTAR LA PARIDAD EN EL PODER PRIVADO

Empezando por la proclamación de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, a nivel Constitucional (art. 1.1. CE), como fundamento sólido a través del cual se marca el papel que debe tomar el resto del ordenamiento

<sup>2</sup> BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. «Mujer y derechos constitucionales. La construcción jurídica del género». En AA.VV. *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, p. 240.

jurídico, en tanto que la igualdad es pilar del sistema axiológico que recorre la Norma Fundamental y coadyuva en la interpretación del resto del ordenamiento<sup>3</sup>. El constituyente era consciente de la inexistencia de una igualdad plena y efectiva en la sociedad (art. 9.2 CE); de tal forma que marca, recíprocamente, el final de un camino: la remoción de las desigualdades sociales y, por tanto, la realización idílica de la cláusula del Estado Social (art. 1.1 CE)<sup>4</sup>. En este marco, la plena consecución de la libertad y de la igualdad suponen una exigencia de justicia social y, por ende, no pueden entenderse una sin la otra.

Cuando hablamos de grandes corporaciones, las mismas se han constituido en ejercicio de la libertad de empresa (art. 38 CE), pero su carácter corporativo las conecta con el derecho fundamental de asociación (art. 22 CE). Sólo el ejercicio conjunto de ambos posibilita que la libertad empresarial se ejerza de forma colectiva en torno una ficción jurídica que tiene personalidad propia y que, en la actualidad, se han erigido en un auténtico poder que trasvasa las fronteras nacionales condicionando la toma de decisiones del poder público. En ese sentido, un principio democrático preside la cláusula del Estado Social de Derecho (art. 1.1 CE) y exige una nueva asunción conceptual por parte de la doctrina jurídico-constitucional, de tal forma que se lleguen a implantar los valores democráticos en el funcionamiento interno de dichas entidades.

La estructura social de la empresa, articulada a través del Derecho de Sociedades hace que lo individual (libertad de empresa) devenga en una estructura social compleja (derecho de asociación) que subyace a su funcionamiento y al ejercicio mismo de la propia libertad de empresa<sup>5</sup>. En este sentido, la administración societaria, tome la forma que tome, es el poder ejecutivo en la esfera interna social. La evidencia del condicionamiento de las decisiones del poder político se hizo latente en virtud del papel que tomaron las grandes empresas cotizadas en la redacción final del art. 75 LOIEMH, sobre la composición equilibrada de los consejos de administración en relación con el principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, aunque no fuera manifestada públicamente y de manera expresa. Quedando, su redacción final, establecida a modo de recomendaciones sin seguir un modelo obligación-sanción.

<sup>3</sup> PECES BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 69.

<sup>4</sup> RODRIGUES CANOTILHO, Mariana. *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Navarra: Aranzadi, 2017, p. 46.

<sup>5</sup> PÉREZ ESCALONA, Susana. *La asociación y el derecho de sociedades: una revisión en clave contractual*. Madrid: Civitas, 2007, p. 406.

Sin embargo, la realización de la igualdad efectiva propia de un Estado Social y Democrático de Derecho, es hoy una asignatura pendiente de la que, como se señaló, era consciente el legislador constituyente al precisar la igualdad no solo como derecho sino como un valor superior del ordenamiento jurídico y un principio de interpretación privilegiado junto a la libertad, como elementos centrales de la democracia y vinculados insoslayablemente a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Es por ello que esta asignatura pendiente encuentra aquí su fundamento jurídico, para lograr una plena autonomía de la mujer. En suma, a pesar de que la libertad de empresa sufrirá un menoscabo en la elección de los miembros de los órganos de administración y gestión de la empresa, sin embargo, esa limitación está justificada para la realización de un objetivo de la democracia en sí misma: la igualdad. Así, introduciendo previsiones a modo de acciones positivas estructuradas en torno a cuotas puede humanizarse la sociedad mercantil sin atentar al régimen plutocrático que rige la conformación de las mayorías y, por ende, supondría la vigencia y efectividad de la libertad empresarial en términos plenamente democráticos: en situación de paridad.

Esto no es resultaría arbitrario, ya que va ligado a la realización de un interés general de la democracia. A lo sumo, el sacrificio de la libertad de empresa se reduce a la elección de los miembros del consejo de administración por una razón de interés general: la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; teniendo presente el art. 128.1 CE que somete las distintas formas de riqueza al interés general, independientemente de su titularidad y, para ello, el Estado se marca como objetivo regular una forma más democrática de participación en las empresas (art. 129.2 CE en relación con los arts. 14 y 9.2 CE), logrando la participación de las mujeres en tanto mayoría poblacional.

Esto es, priorizar el nombramiento de mujeres que estén en condiciones de responder a las exigencias de mérito y capacidad determinadas por la voluntad social del accionariado societario, como sacrificio razonable y justificado –no arbitrario– de la propia libertad empresarial. Sin olvidar la libertad de asociación en tanto derecho fundamental de primera generación (parámetro de optimización) que respaldaría la intervención estatal del lado de la igualdad más allá de la libertad de empresa, dotando a esta última de un carácter plenamente democrático desde una perspectiva de género, sin dejar de lado la exigencia de democracia en la estructura corporativa que subyace a las sociedades de capital, pero quedando a salvo, ello si, el principio plutocrático, que es la esencia de estas sociedades.

### 3. CONCLUSIONES

Las relaciones entre el sistema democrático instaurado por el Estado Social y Democrático de Derecho y el mercado, pone en muchas ocasiones en entredicho la superación del Estado Liberal por la forma de Estado vigente. Esto ha supuesto, un sometimiento cada vez más exacerbado del capitalismo sobre el poder del Estado, inspirado por una corriente de corte neoliberal. La economía de mercado es el marco en que se desenvuelve el sistema de relaciones de producción en las sociedades contemporáneas (art. 38 CE), sin embargo, hay que buscar un equilibrio entre las necesidades y aspiraciones de los agentes intervinientes y participantes del mercado y los objetivos o fines a cumplir por el poder supremo del Estado (art. 1.1 CE).

Las sociedades cotizadas y su papel en los mercados bursátiles condicionan las decisiones públicas, puesto que como se ha podido percibir ha habido una prevalencia de lo económico a lo social, traspasando en muchas ocasiones la búsqueda de un equilibrio, orientando la balanza en favor de las corrientes más neoliberales. Esto supondrá, entre otras cosas, el mantenimiento de recortes en derechos sociales o derechos fundamentales de segunda y tercera generación que han trasvasado la necesidad de su adopción más allá de un momento coyuntural, aceptando así la visión de las corrientes más neoliberales que han hecho persistir las reformas adoptadas. La productividad y competitividad empresarial ha venido siendo atendido como un valor absoluto, en detrimento del contenido constitucional. Si las sociedades cotizadas van a seguir teniendo un papel relevante en la conformación de la voluntad pública, condicionando sus decisiones, la incorporación de las mujeres en el ámbito de la gobernanza empresarial, puede suponer también que ese condicionamiento creciente no desemboque en un sometimiento patriarcal inaceptable. Esto es, si las corporaciones que van a decidir del porvenir del Estado, de sus políticas, por la proyección de sus intereses sobre de las decisiones públicas, puede que esta tenga un tinte más igualitario. (...) para finalizar: «si se adopta este tipo de medidas con carácter de obligación».



# LA CONTRIBUCIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO A LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE SEGURIDAD

ESTELA MARTÍN PASCUAL  
*Investigadora predoctoral*  
*Universidad de Salamanca*

## 1. INTRODUCCIÓN

**S**I DURANTE MUCHOS AÑOS el significado de la seguridad gozó de un carácter incuestionable, ya que únicamente existía esa idea de seguridad de los Estados frente a una agresión o ataque armado por parte de otro Estado o grupo de ellos, a partir de los últimos años de la década de los ochenta se produjo un cambio radical, vinculado a la desaparición de la URSS y al fin del enfrentamiento entre los dos bloques.

Ante la previsión de una ausencia de amenazas clásicas, los debates acerca del surgimiento o la existencia de nuevas fuentes de amenazas florecieron y aterrizaron de lleno entre la doctrina de la época, que se dividió entre aquellos autores que se postulaban a favor de incluir en el contenido de la seguridad esas nuevas amenazas, y quienes defendían a ultranza un concepto restringido de seguridad.

En este contexto, el cambio climático ha venido a reclamar un papel importante en el ámbito de la seguridad, pues sus perniciosos efectos, cada día más palpables y respaldados por un mayor número de científicos e informes, afectan, tanto de manera directa como indirecta, a la seguridad nacional, a la seguridad humana, a la seguridad ecológica y a la seguridad internacional.

No es de extrañar, por tanto, que el Consejo de Seguridad haya ido tomando, a paso lento pero firme, un protagonismo cada vez mayor en los debates sobre las

repercusiones que el cambio climático tiene en el ámbito de la seguridad. Además, y si la tendencia al alza de emisiones de gases de efecto invernadero persiste, podemos aventurarnos a señalar que su papel será cada vez más relevante en estos temas.

## 2. EL FENÓMENO DEL CAMBIO CLIMÁTICO

Al tiempo de escribir estas líneas, la portavoz de la Organización Meteorológica Mundial lanzaba una alerta sobre la elevada temperatura registrada por la NASA en la Antártida el 06 de febrero de 2020, que habría alcanzado los 18,3 grados centígrados, una temperatura extremadamente inusual en la zona incluso para la época estival<sup>1</sup>.

A diferencia de lo ocurría hace unas décadas, a nadie le es ajena ya la idea o la noción de cambio climático. Estamos sumidos en una tendencia clara y generalizada de aumento de las temperaturas, por lo que ese concepto que años atrás pudiera parecer más abstracto, se ha tornado tangible para todos los seres humanos, si bien la crudeza y severidad del mismo no se manifiesta del mismo modo en todas las regiones del planeta.

Pero el cambio climático es más que ese aumento de las temperaturas. El cambio climático hace referencia a una variación en el clima provocada, fundamentalmente, por la acción del hombre, a la que se une la variabilidad natural del clima<sup>2</sup>. Los patrones del clima son, por su propia naturaleza, cambiantes, pero es la actividad humana la que está acelerando el proceso a un ritmo atroz.

Debemos tener presente que esas variaciones en el clima no afectan únicamente a las temperaturas del aire, sino también de la tierra y del océano, así como al ciclo hidrológico y a los patrones de precipitación. Todo ello favorece la aparición y severidad de fenómenos meteorológicos extremos, las sequías, los incendios, las inundaciones, el deshielo de los polos, la subida del nivel del mar, la propagación de enfermedades y la desaparición de especies animales y vegetales.

Dicho esto, deviene obvio que, lejos de ser un fenómeno puramente científico, el cambio climático se ha convertido en una cuestión social, por lo que debe abor-

<sup>1</sup> Se puede consultar la noticia en <https://public.wmo.int/en/media/news/new-record-antarctic-continent-reported> y <https://news.un.org/en/story/2020/02/1056902>

<sup>2</sup> La Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992 nos proporciona una definición jurídica de cambio climático en el primero de sus artículos, señalando que consiste en la modificación del clima, atribuida directa o indirectamente, a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante un periodo de tiempo comparable.

darse, como de hecho se está haciendo ya, en los foros políticos al más alto nivel, debido principalmente a tres cuestiones: uno, porque es nuestra sociedad la que ha provocado la aparición del fenómeno; dos, puesto que es también nuestra sociedad la que ya está sufriendo sus consecuencias, que se agravarán con el tiempo incluso aunque hoy dejásemos de emitir gases de efecto invernadero a la atmósfera; y, por último, porque la solución al problema pasa, únicamente, por una solución concertada entre todos los Estados de la Comunidad internacional.

### 3. LA DUCTILIDAD DE LA SEGURIDAD

Siguiendo nuestro Diccionario de la Real Academia Española, la palabra seguridad es la condición de seguro, lo que implica ser libre y estar exento de riesgo o peligro.

Un concepto que, *prima facie*, no plantea muchas dificultades, se torna difuso y complejo a la hora de dotarlo de contenido, pues pensemos, por ejemplo, en qué es lo que a cada uno de nosotros nos produce una sensación de riesgo o de peligro que nos hace sentirnos inseguros. Probablemente, las respuestas sean tan dispares como los lectores de estas líneas. Esto nos revela una importante característica de la seguridad: su subjetividad. Si cada persona posee una idea diferente de lo que implica la seguridad, irremediablemente esto nos conduce a un concepto ambiguo; ambigüedad que implica, al mismo tiempo, falta de consenso y una ferviente actividad doctrinal, a partes iguales.

Esto es lo que sucedió tras el fin de la Guerra Fría, cuando los debates sobre la seguridad arrojaron una multitud de tipologías alrededor del concepto<sup>3</sup>. Sin embargo, y pese a esta aparente división de la seguridad, en los últimos tiempos se ha visto necesario volver a un paradigma que integre todas las dimensiones de un concepto que es, en esencia, multidimensional.

Y, en este sentido, el cambio climático ha supuesto un impulso muy importante para ampliar el concepto de seguridad, pues en el mismo confluyen todos los objetos referentes de esta, es decir, aquello que se encuentra amenazado por el cambio climático y a lo que hay que proporcionar seguridad frente a este fenómeno. De

<sup>3</sup> Se comenzó a hablar así de seguridad nacional, internacional, global, militar, común, colectiva, compartida, cooperativa, ecológica, medioambiental, climática, sostenible, biológica, alimentaria, económica, democrática, humana, o integral, entre otras categorías. Sobre las distintas tipologías en las que se diseccionó el concepto seguridad, *vid.* BARBÉ, E. y PERNI, O., «Más allá de la seguridad nacional», en DE CUETO, C. y JORDÁN, J. (coords.), *Introducción a los estudios de seguridad y defensa*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 3-34



este modo tendríamos, por un lado, a los Estados, fundamentalmente aquellos que enfrentan problemas de desarrollo, puesto que ello los coloca en una situación de vulnerabilidad agravada frente a los efectos del cambio climático. En segundo lugar, los individuos, las sociedades y su forma de vida se ven asimismo amenazados por las consecuencias negativas del cambio climático. El propio medioambiente, también, es un objeto referente al que hay que proporcionar seguridad frente a esta problemática. Y, por último, la estabilidad del orden internacional también se puede ver afectada por el cambio climático. Se reúnen, así, en torno a un solo fenómeno, los principales objetos referentes de la seguridad nacional, de la seguridad humana, de la seguridad ecológica y de la seguridad internacional, todos ellos intrínsecamente relacionados en cuanto sujetos afectados por los efectos más perniciosos del cambio climático.

#### 4. CAMBIO DE PARADIGMA

Cuando el enfrentamiento entre los dos grandes bloques llegó a su fin tras una concatenación de eventos (la Segunda Guerra Mundial primero, la Guerra Fría después y, por último, la caída del Muro de Berlín), el sistema internacional fue objeto de una profunda transformación que vino a suponer un giro de ciento ochenta grados en términos de seguridad.

Tomando en cuenta la obra de Fukuyama, «The End of History and the Last Man»<sup>4</sup>, en la que su autor consideraba que, tras el fin de esos acontecimientos, la humanidad había alcanzado un punto que suponía el fin de las guerras, los Estados occidentales se vieron en la necesidad de buscar nuevas fuentes de las que emanasen nuevas amenazas a las que hacer frente, otorgando también un papel renovado a sus ejércitos.

Y es así, en este contexto, como surgieron y se fueron desarrollando multitud de debates teóricos sobre la naturaleza y el propio concepto de seguridad, sin que se lograra llegar a un consenso sobre la construcción del concepto. Fueron muchos quienes reclamaban la conveniencia, e incluso la necesidad, de abandonar la concepción encorsetada de la seguridad, ligada únicamente al elemento militar, al considerarla insuficiente para construir la seguridad en la nueva realidad mundial. Se abría paso así la noción de paz positiva<sup>5</sup>, idealista, que englobaría tanto la ausencia

<sup>4</sup> FUKUYAMA, F., *The End of History and the Last Man*, The Fress Press, Nueva York, 1992

<sup>5</sup> Sobre las distintas categorías de paz, pueden consultarse los trabajos de GALTUNG, J., «Towards a grand theory of negative and positive peace: peace, security and conviviality», en MURAKAMI, Y. y SCHOENBAUM, T.J. (eds.), *A grand design for peace and reconciliation: achieving Kyosei in East Asia*,

de violencia directa como indirecta o estructural, sobre la base de la justicia social como elemento que evita la aparición de conflictos violentos, frente a la paz negativa de las teorías realistas, donde la paz se alcanza, simplemente, en una situación de ausencia de conflictos violentos.

Por tanto, en esa seguridad multidimensional las amenazas adquirirían nuevas formas (políticas, económicas, sociales o medioambientales), sumándose de este modo a las típicas amenazas de agresión de carácter tradicional.

## 5. EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO ACICATE PARA EXPANDIR EL CONCEPTO DE SEGURIDAD

El hecho de que el componente ambiental atrajera la atención de los estudiosos de la seguridad se encuadra en un contexto marcado por varias cuestiones. Como hemos apuntado, el vacío dejado por la extinción de la URSS y, con ello, el desvanecimiento del temor a la aparición de un nuevo conflicto bélico. A esa situación se sumaba la sucesión de dos guerras mundiales que se desarrollaron en un breve espacio de tiempo, así como toda una serie de pruebas nucleares que habían hecho estragos en el medioambiente. Además, tras veinte años de cumbres de alto nivel, informes y profunda investigación sobre el impacto del ser humano en el medioambiente global, los responsables estatales lógicamente miraron hacia el potencial de amenaza que planteaban el medioambiente, desde un plano más general, en un primer momento, y el cambio climático posteriormente, como fenómeno con entidad propia.

Entre los mayores hitos en este campo, podemos destacar, sin ánimo de exhaustividad, la celebración en 1972 de la Primera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, en la que se adoptó la Declaración de Estocolmo<sup>6</sup> y en la que se trataron temas como la contaminación química, las pruebas con armas nucleares y la caza de ballenas<sup>7</sup>. Esta Conferencia trae causa de un informe elaborado ese mismo año por un grupo de investigadores del *Massachusetts Institute of*

---

Edward Elgar, Cheltenham y North Hampton, 2008, pp. 90-106; GALTUNG, J. y FISCHER, D., «Positive and negative peace», en GALTUNG, J., *Springer Briefs on Pioneers in Science and Practice*, vol. 5, Springer, Berlin, 2013, pp. 173-178; HARTO DE VERA, F., «La construcción del concepto de paz: paz negativa, paz positiva y paz imperfecta», *Cuadernos de Estrategia*, n.º. 183, 2016, pp. 119-146; AURA TRIFU, L., «Reflexiones sobre la paz positiva. Un diálogo con la paz imperfecta», *Revista de Paz y Conflictos*, vol. 11, n.º. 1, 2018, pp. 29-59

<sup>6</sup> Adoptada el 16 de junio de 1972

<sup>7</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, A/CONF.48/14/Rev.1

*Technology*, dirigido al Club de Roma<sup>8</sup>, titulado «*The Limits to growth*», que buscaba estimular el debate en la sociedad sobre una serie de preocupaciones comunes a toda la humanidad, llegando a afirmar, en lo que podríamos entender como los albores del desarrollo sostenible, que aquella debe estar preparada para un período de transición desde el crecimiento al equilibrio global.

En ese mismo año, el 15 diciembre se creó el Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente, por resolución 2997/27 de la Asamblea General. Sus principales funciones son establecer la agenda ambiental a nivel global, promover la implementación coherente de la dimensión ambiental del desarrollo sostenible en el sistema de las Naciones Unidas y actuar en la defensa del medioambiente; todo ello a través de su liderazgo y fomento del trabajo conjunto en el cuidado del medioambiente, inspirando, informando y capacitando a las naciones y a los pueblos a mejorar su calidad de vida sin comprometer la de las futuras generaciones<sup>9</sup>.

Tres años después, en 1975, se publica en la revista *Science* un artículo donde se acuña, el término calentamiento global<sup>10</sup>, discutiéndose a escala mundial, por primera vez en 1979, acerca del cambio climático en la Primera Conferencia Mundial sobre el Clima en Ginebra, convocada por la OMM. En este foro se analizaron las implicaciones que este fenómeno planteaba para la humanidad, adoptándose a la finalización de la Conferencia la Declaración de Ginebra en la que se identificaba, por vez primera el CO<sub>2</sub> como una causa del calentamiento global.

Entre los meses de agosto y septiembre de ese mismo año, tuvo lugar en Nueva York una conferencia en Naciones Unidas sobre la relación entre desarme y desarrollo, en cuyo documento final, según la República Democrática Alemana, la seguridad se concibe como un concepto que se ha convertido en global, agrupando todo un conjunto de problemas militares, políticos, económicos, ecológicos y humanitarios<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> El Club de Roma es una organización informal de personas independientes que comparten su preocupación por el futuro de la humanidad, formando parte de ella científicos, economistas, empresarios, funcionarios de alto nivel y ex Jefes de Estado de todo el mundo, cuyos orígenes se remontan a 1968. Merced a esa preocupación, el Club realiza investigaciones, debates y publicaciones para poner de manifiesto los desafíos mundiales a los que se enfrenta la humanidad, exponer sus causas y proponer soluciones a los mismos, contribuyendo así a lograr un mundo más seguro, igualitario y próspero. *Vid.* <http://www.clubofrome.org/>

<sup>9</sup> <https://www.unenvironment.org/es/sobre-onu-medio-ambiente>

<sup>10</sup> BROECKER, W.S., «Climatic change: are we on the brink of a pronounced global warming?», *Science*, vol. 189, n.º. 4201, pp. 460-463

<sup>11</sup> «The United Nations Disarmament Yearbook», vol. 12, 1987, Department for Disarmament Affairs, Nueva York, 1988, número de publicación E.88.IX.2, disponible para su consulta online en

1987 es el año en que se publica el Informe Brundtland «Nuestro Futuro Común»<sup>12</sup>, cuya importancia radica en varias cuestiones. En primer lugar, se trata del primer informe oficial que utilizó explícitamente el término de seguridad medioambiental. Además de llamar la atención sobre los impactos medioambientales, reclamó que estos se tuvieran en cuenta en una noción ampliada de seguridad. En tercer lugar, el citado informe acuñó el término «desarrollo sostenible», que consiste en una idea de tres dimensiones: sostenibilidad ambiental, social y económica. El crecimiento económico es importante para reducir la pobreza, pero ese crecimiento no puede hacerse a costa de arrasar y esquilmar el medio en el que vivimos y sus recursos.

Un año de gran relevancia es 1988, año en el que se crea el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC)<sup>13</sup>, un órgano intergubernamental de naturaleza científica que, con el tiempo, se ha convertido en el máximo referente en el análisis de este fenómeno. Tal ha sido el reconocimiento que le ha sido otorgado, que en 2007 fue galardonado con el Premio Nobel de la Paz<sup>14</sup> por su labor de recopilación conocimiento y de sensibilización a la sociedad sobre el cambio climático antropogénico.

Será en 1990 cuando el IPCC publique el primero de sus informes de evaluación y cuando se celebre la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima sobre la base de dichos trabajos. Se trata este de un acontecimiento muy importante en la lucha contra el cambio climático, pues se reconoce la necesidad de elaborar un Tratado internacional de ámbito universal sobre esta materia, dándose así comienzo a las negociaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas para redactar una Convención marco. Se decidió que el instrumento adoptara esa forma debido a las características peculiares del fenómeno, fundamentalmente las incertidumbres que planteaba desde el punto de vista científico y práctico, principalmente por lo que a sus efectos concretos se refiere. Aquel objetivo se alcanzaría en 1992, en la

---

[https://read.un-ilibrary.org/disarmament/united-nations-disarmament-yearbook-1987\\_887cf312-en#page2](https://read.un-ilibrary.org/disarmament/united-nations-disarmament-yearbook-1987_887cf312-en#page2)

<sup>12</sup> El informe está disponible como anexo del Doc. A/42/427, de 04 de agosto de 1987

<sup>13</sup> Son sus siglas en inglés, IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*), las que han adquirido un uso generalizado.

<sup>14</sup> El premio fue compartido con el vicepresidente norteamericano AL GORE, al que le fue otorgado por su activismo y por haber ayudado a situar el cambio climático en la agenda internacional, principalmente gracias a su documental «An inconvenient truth», de 2006, que también recibió un Óscar.

Conferencia de Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo<sup>15</sup>, materializándose en la CMNUCC. Tratándose de una Convención marco, era necesario llevar a cabo los esfuerzos subsiguientes necesarios para desarrollarla. El primero de esos desarrollos se alcanzó en 1997, año en que se firmó el Protocolo de Kioto; el último de ellos, por su parte, el Acuerdo de París, vio la luz en el año 2015, fruto de la famosa «COP21»<sup>16</sup>.

El Informe Stern<sup>17</sup>, que data de 2006, tuvo por empresa analizar las consecuencias del cambio climático desde un punto de vista económico, y puso precio a la inacción frente al fenómeno, concluyendo que los costes de adoptar una postura inmovilista y pasiva, sin actuar ni tomar ninguna medida para frenarlo o revertirlo, implicarían una pérdida que iría del 5 al 20% del PIB global anual, frente al coste que iría asociado a la toma de las medidas pertinentes, que sería del 1% del PIB al año.

Un fenómeno con repercusiones tan importantes para la seguridad no podría pasar desapercibido para el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En 1992, el órgano que ostenta el monopolio del uso de la fuerza, a través de una nota de su Presidente, constató la existencia de «causas no militares de inestabilidad en las esferas económica, social, humanitaria y ecológica, que se han convertido en verdaderas amenazas a la paz y seguridad»<sup>18</sup>. De este modo, reconocía esas nuevas esferas de seguridad que emanaban de nuevas fuentes de amenazas, entre las que ocuparía un espacio destacado, años más tarde, el cambio climático.

Pero el momento a partir del cual el cambio climático se vio impulsado, con mayor fuerza, hasta el Consejo de Seguridad, fue el año 2007. En esta fecha se celebró un debate sin precedentes en este órgano sobre Energía, Seguridad y Clima<sup>19</sup>, presidido por Reino Unido<sup>20</sup>, en el que quedó patente una falta de acuerdo sobre

<sup>15</sup> Más conocida como Conferencia de Río o Cumbre de la Tierra, dio lugar a una Declaración, la Declaración de Río, cuyo principio 25 señalaba lo siguiente: «[P]eace, development and environmental protection are interdependent and indivisible» (A/CONF/151/26).

<sup>16</sup> Las siglas hacen referencia a la Conferencia de las Partes de la CMNUCC, en la que se dan cita, anualmente, los Estados Parte dicha Convención para examinar su aplicación y desarrollarla a medida que se dispone de mayores bases científicas sobre las que actuar.

<sup>17</sup> Disponible en [https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/sternreview\\_index.htm](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/sternreview_index.htm)

<sup>18</sup> Doc. S/23500, Nota del Presidente del Consejo de Seguridad, 31 de enero de 1992.

<sup>19</sup> Doc. S/PV/5663, de 17 de abril de 2007. Se trató este de un debate abierto, según lo dispuesto en el art. 37 del Reglamento provisional del Consejo de Seguridad, en el que solicitaron participar 38 Estados, además de los 15 miembros que en ese momento ocupaban su asiento en el órgano.

<sup>20</sup> El debate estuvo presidido por la ministra británica de asuntos exteriores, Margaret Beckett, quien fuera pionera en el uso del término seguridad climática en sus discursos políticos

el marco institucional adecuado en el que se deberían tratar estas cuestiones. Esto fue debido a que, entre los Estados, se establecieron dos posiciones bien diferenciadas. En un primer grupo, nos encontrábamos con aquellos que abogaban por que el cambio climático se discutiese en la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y sus órganos subsidiarios, los organismos de las Naciones Unidas y, por supuesto, la CMNUCC. Frente a la opinión de estos países, otros Estados consideraban que el foro adecuado para tratar la cuestión era el Consejo de Seguridad, sin detrimento del papel que pudieran seguir ostentando el resto de órganos y organismos.

No se trató este de un debate aislado sobre la relación del cambio climático y la seguridad, sino que le siguieron varias reuniones en los años venideros<sup>21</sup>.

En 2011, Alemania consideró que había llegado el momento de volver a discutir sobre el cambio climático en clave de seguridad en el Consejo. En esta ocasión, el debate se centró en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales a la luz del impacto del cambio climático. Entre otras cuestiones, se reivindicó la importancia y gravedad de la delicada situación que enfrentan los pequeños Estados insulares en relación a la pérdida de su territorio a causa de la subida del nivel del mar<sup>22</sup>.

Cuatro años después, en 2015, tuvo lugar una nueva reunión en el Consejo, en este caso sobre el cambio climático como un multiplicador de amenazas para la seguridad global<sup>23</sup>, y presidida conjuntamente por España y Malasia, en la que se volvió a hacer hincapié sobre el peligro que supone la subida del nivel del mar para determinados países.

En 2017 se celebró un nuevo debate sobre cómo prepararse para las implicaciones que el aumento de las temperaturas plantea en el ámbito de la seguridad<sup>24</sup>, un debate organizado conjuntamente, esta vez, por multitud de Estados<sup>25</sup> que consideran que, desde que el Consejo analizó por primera vez el papel del cambio climático en los conflictos, y en la medida en que aquel se está agravando, las amenazas a la seguridad son cada vez más apremiantes y es necesario volver a analizar la cuestión.

<sup>21</sup> Estos debates abiertos se presentan bajo la fórmula *arria*, cuyo objetivo es fomentar discusiones más informales que no necesariamente van a dar como resultado la adopción de documentos formales, propiciando así un mayor espacio para expresar posturas y preocupaciones.

<sup>22</sup> Doc. S/PV.6587, de 20 de julio de 2011

<sup>23</sup> Se puede consultar la nota conceptual en [https://spainun.org/wp-content/uploads/2015/06/Concept-Note\\_ClimateChange\\_20150630.pdf](https://spainun.org/wp-content/uploads/2015/06/Concept-Note_ClimateChange_20150630.pdf)

<sup>24</sup> <https://www.whatsinblue.org/2017/12/climate-change-arria-formula-meeting.php>

<sup>25</sup> Francia, Italia, Japón, Suecia, Reino Unido, Países Bajos, Perú, Alemania, las Maldivas y Marruecos

La más reciente de estas reuniones tuvo lugar al comienzo del pasado año, en enero de 2019, bajo la presidencia de la República Dominicana que, como muchas naciones caribeñas, es vulnerable a los impactos del aumento del nivel del mar y al clima más extremo. El debate llevó por título «[h]acer frente a los efectos de los desastres relacionados con el clima en la paz y la seguridad internacionales», y se destacó la necesidad de realizar una mejor gestión del riesgo climático para salvaguardar la paz y seguridad internacionales, por lo que Naciones Unidas debería mejorar su capacidad analítica en este sentido<sup>26</sup>.

Conviene además mencionar que, si bien estas reuniones no han conseguido dilucidar el papel que el Consejo de Seguridad puede o debe tener sobre el cambio climático, sí han servido para proporcionar un espacio que ha impulsado a este concepto como multiplicador de amenazas en la agenda de este órgano. Así, diez años después de que tuviera lugar la primera reunión en el Consejo en la que se discutió acerca del cambio climático, este órgano adoptó una resolución en la que hace referencia a este fenómeno esos términos. Nos estamos refiriendo a la resolución 2349 (2017), relativa a la situación en la región de la cuenca del lago Chad, en la que se habla del cambio climático en los siguientes términos: «26. Reconoce las consecuencias negativas del cambio climático y los cambios ecológicos, entre otros factores, para la estabilidad de la región, en particular a raíz de la escasez de agua, la sequía, la desertificación, la degradación de las tierras y la inseguridad alimentaria, y pone de relieve la necesidad de que los Gobiernos y las Naciones Unidas cuenten con evaluaciones de riesgos y estrategias de gestión de riesgos adecuadas relativas a estos factores».

De esta resolución podemos extraer dos ideas básicas. La primera, que cuando los efectos nocivos del cambio climático se unen con otros factores que pueden provocar situaciones de violencia, como disturbios o conflictos, en ese caso el cambio climático tiene la capacidad de provocar una situación explosiva, como ya se ha puesto de manifiesto, además de en el lago Chad, en Somalia, Darfur o Siria. La segunda idea es que el Consejo de Seguridad no se ha limitado en su resolución a calificar al cambio climático como multiplicador de amenazas, sino que da un paso más allá y anima a los Estados y a las Naciones Unidas a redoblar sus esfuerzos en términos de estrategias de evaluación y gestión del riesgo<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> <https://www.newsecuritybear.org/2019/02/security-council-debates-climate-disasters-threaten-international-peace-security/>

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* SINDICO, F., «Climate change and security», *Carbon & Climate Law Review*, vol. 11, n.º. 3, 2017, pp.187-190

## 6. CONCLUSIONES

Debido a sus nefastos efectos, al cambio climático se le ha comparado con el Armagedón, se ha dicho de él que es el quinto jinete del apocalipsis, la madre de todos los riesgos para la seguridad, o el mayor desafío de todos los tiempos.

Algunos políticos lo han colocado en pie de igualdad con el terrorismo o las armas de destrucción masiva, llegando a equiparlo, incluso, con una guerra biológica o química de baja intensidad.

Todo ello a causa de sus graves impactos, que afectan a los seres humanos, fundamentalmente a las poblaciones más vulnerables; a los Estados mismos, sobre todo a aquellos pequeños Estados insulares de baja altitud; al propio planeta, principalmente por lo que se refiere a la pérdida y destrucción de la biodiversidad; y, en último término, a la seguridad internacional pues, unido a otros factores, puede provocar que estalle una situación de violencia que ponga en peligro la estabilidad internacional.

Todo ello ha hecho que estas preocupaciones se trasladen al órgano hegemónico del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, que puede llegar a jugar, en un futuro cada vez más cercano, un papel importante en este asunto, sobre todo si los Estados persisten en su inmovilismo y su pasividad a la hora de limitar sus emisiones de gases de efecto invernadero.





# LA (DES)CONFIANZA EN LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA COMO EXPLICACIÓN DE LA SALUD DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

JOSÉ LUIS MATEOS CRESPO  
*Universidad de Salamanca*

## 1. INTRODUCCIÓN

**E**L ARTÍCULO 23 de la Constitución española de 1978, insertado en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, dedicada a los derechos fundamentales y las libertades públicas, reconoce el derecho fundamental a la participación política, que puede ser ejercicio directamente o a través de representantes. Desde la aprobación del texto constitucional de 1978, la base del sistema democrático en torno al concepto de participación política expresado en el mismo no ha sido cuestionada por la doctrina, más bien al contrario. Con el paso del tiempo, además, la participación política ha ido tomando forma hacia un modelo de representación concreto, si bien previsible desde los inicios del actual periodo democrático.

En este sentido, la Democracia española es sobre todo resultado del periodo de Transición política que puso fin a casi cuarenta años de dictadura. Consecuencia de ello y para evitar los errores del pasado, el constituyente reconoció el pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE) y destacó el papel de los partidos políticos como instrumento fundamental y central de la participación política (art. 6 CE). De esta forma, la Democracia española se ha configurado en las siguientes cuatro décadas posteriores a la aprobación en referéndum de la Carta Magna en torno a una modalidad de sistema

representativo: el denominado *Estado de los partidos* o *partitocracia*, donde la relación de representación se establece entre los partidos políticos y los representados, no directamente entre representantes y representados.

La confianza hacia las instituciones democráticas se ve mermada, en ocasiones, por factores ajenos al desempeño de los representantes. Dicho de otra forma, no siempre se juzga de manera proporcional la relación causa-efecto existente entre sus acciones y las consecuencias generadas. Como veremos, es especialmente en contextos de crisis cuando surgen las dudas en torno a la salud del sistema representativo, que se contagia a ojos de la sociedad y se identifica como uno de los focos de origen de las consecuencias negativas de cualquier crisis, sea cual sea su naturaleza. En la última década, en España, la crisis económica ha contribuido de manera notable a la pérdida de confianza en las instituciones vinculadas a la representación política, aunque también ha ayudado a este deterioro el conocimiento de prácticas en el pasado y desaprobadas socialmente.

Este trabajo pretende contribuir al debate sobre la completa vigencia del modelo democrático seguido en las últimas cuatro décadas en España, o si éste debe dar cabida a otras fórmulas participativas que permitan incrementar la confianza de la ciudadanía en las instituciones representativas. La reforma del sistema de representación español es una cuestión recurrente cada vez que se produce una ruptura en la confianza ciudadana hacia los representantes, como ocurre en la actualidad. No obstante, más allá de las diferentes perspectivas con las que los distintos partidos políticos abordan la cuestión, no se ha llegado a un consenso básico sobre los cambios a realizar. Por ello, además de analizar las posibles causas de la desconfianza hacia el sistema representativo, también es nuestra intención poder determinar algunas pautas sobre los cambios que permitan mejorar la salud de nuestro sistema democrático.

## 2. LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y REPRESENTACIÓN

El individuo contiene una inquietud innata a participar políticamente, tal y como reflejó Aristóteles en su obra *La Política*, que elevó el *animus* político del ser humano a rasgo consustancial de su existencia, propio de su naturaleza, a través de la frase tantas veces repetida: «el hombre, por su naturaleza, es animal político o civil, y que el que no vive en la ciudad, esto es, errante y sin ley, o es mal hombre o es más que hombre». Ahora bien, no debe confundirse la afirmación sobre el componente político que reside en todo ser humano, con que todo individuo que vive en sociedad esté interesado en la política. Pero tampoco po-

demos obviar la importancia que tiene la vertiente política en el libre desarrollo del individuo que vive en una sociedad democrática.

Es indudable, por tanto, la existencia de una relación directa entre los términos *participación política* y *Democracia*, por cuanto la posibilidad de los ciudadanos para incidir en el curso de los acontecimientos políticos es la esencia de todo régimen democrático<sup>1</sup>. Así mismo, por citar a otro de los clásicos, Hans Kelsen en *Esencia y Valor de la Democracia*, una de sus obras de referencia, declaró: «la lucha por la democracia es una lucha por la libertad política, esto es, por la participación política del pueblo en las funciones legislativa y ejecutiva»<sup>2</sup>. En síntesis: no hay democracia sin la participación política libre de la ciudadanía en la toma de decisiones, porque la libertad es principio fundamental de la democracia.

Para saber a qué nos referimos en este trabajo a la participación política, es preciso acotar el concepto de referencia. Así, partiendo de su origen etimológico –*participare* en latín, término compuesto de *partis* (parte) y *capere* (tomar)–, la participación política puede ser definida en sentido amplio como el conjunto de acciones para «tomar parte en la adopción de las decisiones encaminadas al logro de aquellas pretensiones, en la vigilancia y/o control del uso, aplicación de tales decisiones y, por último, en la crítica cuando no se adoptaron las decisiones que se creen pertinentes o cuando, una vez adoptadas, se demore su concreción, se tergiversan o se aplican mal»<sup>3</sup>. No obstante, debemos matizar el concepto de participación política ofrecido, puesto que éste sería plenamente válido en un sistema de participación directa en el que todos los miembros de la comunidad política pudieran participar en la toma de las decisiones y en su vigilancia y control, algo que conforme a las tendencias actuales y la forma en que se organiza la sociedad hoy en día, no es posible.

No es objeto de este trabajo abordar las tensiones entre la democracia directa y la representativa, si bien expresamos la preferencia por la democracia representativa para analizar el objeto de estudio concreto, sin que ello suponga rechazar de plano en otros análisis las virtudes de la democracia directa. En este sentido, y poniendo de manifiesto claramente el posibilismo que ofrece la democracia representativa frente a los intentos de implantar un sistema de democracia directa pleno, pode-

<sup>1</sup> SABUCEDO, J.M. «Participación política». En SEOANE, J. y RODRÍGUEZ, A. *Psicología política*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1998, pág. 165.

<sup>2</sup> KELSEN, H. *Esencia y valor de la Democracia*, Barcelona: Editorial Labor, 1934, pág.: 29.

<sup>3</sup> MURILLO DE LA CUEVA, P. y LERDO DE TEJADA, M.C. *Aproximación al estudio de la participación política como concepto y como proceso político-constitucional*. Madrid: Editorial de la Universidad Complutense, 1989, pág.: 6.

mos asegurar que la democracia de corte representativo tiene plena legitimidad en este caso, por la ausencia de alternativa plausible en el ánimo de los gobernados ni de los gobernantes o los que aspiran a serlo<sup>4</sup>. En otro sentido, podemos asegurar que no es intención de todo individuo su participación directa en todos los asuntos que deben ser sometidos al debate político. Es más, podemos deducir que si hay ciudadanos que no ejercen siquiera su derecho al sufragio activo cada cuatro años, optando por la abstención, menos aún lo harán si la participación continuada les exige mayor implicación que la de desplazarse para ir a votar a un colegio electoral.

Además de por la presumible ausencia de interés entre el conjunto de la ciudadanía para plantear un sistema de participación directa, optamos por otorgar un papel clave al representante porque el adecuado desempeño de sus funciones permite simplificar el proceso de toma de decisiones, de forma que, para nosotros, se pone de manifiesto «la superioridad intrínseca del modelo representativo en cuanto filtro, catalizador y ámbito institucional autónomo de agregación de preferencias y, por lo tanto, relativamente distanciado de la inmediatez de las demandas plurales y contradictorias de los electores, como institución de discusión y negociación estratégica para la toma de decisiones»<sup>5</sup>. Sin poder establecer la democracia representativa como el ideal perfecto, sí consideramos que en el sistema de representación son mayores sus virtudes que los posibles defectos.

Entre las virtudes que podemos identificar de la representación y en conexión con la consolidación del parlamentarismo, su necesidad «no se justifica por la función de representación que conduce a la contradicción insalvable entre la soberanía popular y la independencia jurídica del parlamento, sino como transacción entre la exigencia democrática de libertad y el principio imprescindible para todo progreso de técnica social, de la distribución diferenciada del trabajo»<sup>6</sup>. El tiempo es limitado, la toma de decisiones implica búsqueda, procesamiento y análisis de la información, así como agregar las preferencias del electorado, por lo que es deseable que la función representativa sea realizada por quienes pueden dedicarse a tiempo completo a ello, con el objetivo de tomar las decisiones más adecuadas. A diferencia de lo que se suele escuchar en no pocos foros, la representación política debe considerarse una especialización de tareas, desarrolladas por personas elegidas y que podrían ser desempeñadas por cualquier ciudadano con plenos derechos.

<sup>4</sup> HERMET, G. «El desencanto de las viejas democracias». *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, nº 129, 1991, pág.: 476.

<sup>5</sup> MÁIZ SUÁREZ, R. «Democracia Inclusiva». *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 15, 2003, pág.: 65.

<sup>6</sup> PORTERO MOLINA, J.A. «Sobre la representación política». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 10, 1991, pág.: 104.

Dejando a un lado el debate sobre si la representación debe o no ser considerada una actividad profesional en sí, de lo que no cabe duda es que la representación debe llevar asociada, en términos generales, una remuneración adecuada que permita dedicación a tiempo completo, con la única salvedad de aquellos casos en los que la carga de trabajo como representante sea compatible con la actividad profesional –en la administración local, por ejemplo–.

Si bien la representación implica correlación entre la voluntad del representante y la del representado, ésta no debe ser una correlación perfecta en tanto el representante tiene margen de libertad para el desarrollo de su función representativa. En este sentido, está prohibido expresamente el mandato imperativo, conforme al artículo 67.2 CE; si bien es cierto que debe hacerse constar la divergencia entre realidad jurídica y política por «la férrea disciplina de los partidos y el condicionamiento que los mismos ejercen en la actuación parlamentaria de sus diputados, la dependencia de éstos a la hora de las votaciones de los grupos parlamentarios, la subordinación a la maquinaria partidista en el momento de confeccionar las listas electorales, el sistema de sanciones (en la mayoría de los casos de dudosa legalidad) al diputado indisciplinado, ..., constituyen otras tantas manifestaciones del hecho de la vinculación y sometimiento real de los parlamentarios a los dictados de las organizaciones a que pertenecen»<sup>7</sup>.

No hay duda, por tanto, que la consolidación de los partidos políticos como el instrumento fundamental de participación política, aunque no el único, ha incidido en la percepción que la ciudadanía tiene sobre el funcionamiento de las instituciones propias de la representación. En este sentido, la práctica política actual está dominada por los partidos políticos, «que inciden de forma notabilísima en el aspecto representativo y participativo»<sup>8</sup>. Por ello, en el apartado siguiente vamos a analizar las diferentes causas de la desconfianza creciente hacia los representantes y, en particular, por la relación que hemos establecido entre representación y partidos políticos, también se hará mención expresa a la percepción que sobre los partidos políticos existe entre la ciudadanía española según los últimos estudios sociológicos. Si bien no pondremos el foco únicamente en los partidos políticos como principal causa del incremento de la desconfianza hacia la noble tarea de la representación, sí haremos mención al funcionamiento de estas organizaciones y, sobre todo, su papel en las instituciones de naturaleza representativa.

<sup>7</sup> DE VEGA GARCÍA, P. «Significado constitucional de la representación política». *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 44, 1985, pág.: 37.

<sup>8</sup> ABELLÁN GARCÍA, A.M. «Los representantes y el derecho de participación en el Ordenamiento jurídico español», *Revista de Estudios Políticos*, nº 84, 1994, pág.: 207.

### 3. LAS CAUSAS DE LA DESCONFIANZA HACIA LOS REPRESENTANTES

La naturaleza de las causas que han generado desconfianza y distanciamiento hacia quienes desempeñan funciones de representación en España, son diversas. Ahora bien, a pesar de la diversidad de naturalezas de las causas, sí es posible circunscribir el aumento de la desconfianza a contextos de crisis, sobre todo la crisis económica española que estalló a finales del año 2008 y cuyos efectos, una década después, todavía son palpables en los indicadores sociales. La originaria crisis económica derivó, en poco tiempo, en una triple crisis: económica, político-institucional y territorial. Si bien los indicadores de crecimiento económico sitúan a la economía española lejos de un escenario crítico, no se puede asegurar lo mismo con respecto al deterioro que sufren las instituciones políticas ni la superación de las tensiones territoriales.

Los efectos de la crisis económica no fueron inmediatos, sino que tardaron en percibirse por la ciudadanía, y fue a partir de ese momento cuando comenzaron a surgir voces críticas en la sociedad en torno a la gestión que por las instancias gubernamentales y representativas se estaba haciendo sin muchos frutos para paliar los efectos. De este contexto, es destacable el surgimiento del Movimiento 15-M que llenó las plazas de las principales ciudades españolas en mayo del año 2011. Los protagonistas de la rebelión cívica del 15-M fueron sobre todo jóvenes que expresaban su preocupación por el futuro y por el deterioro institucional del país. Así, las principales reivindicaciones fueron coreadas en las plazas de las ciudades bajo eslóganes como «no nos representan», «no hay pan para tanto chorizo», o «lo llaman democracia y no lo es»<sup>9</sup>.

El momento de las movilizaciones fue clave, en plena campaña electoral de las elecciones municipales y autonómicas de mayo de ese año, con perspectiva cercana de elecciones generales pocos meses después, como sucedió con la convocatoria electoral para el mes de noviembre. La combinación de elecciones, casos de corrupción y crisis económica, dio como lugar a unas movilizaciones sin precedentes, tal y como lo ha destacado algún autor: «la irrupción del 15-M en una campaña electoral en donde se preveía un bipartidismo aplastante con unos discursos similares y ajenos a la realidad social de la crisis convirtió a los indignados en el único actor capaz de denunciar los atropellos de los recortes y dar un giro a la situación. La inclusión en las listas de imputados por corrupción encendió la chispa. En un

<sup>9</sup> ROMANOS, E., SÁDABA, I. «La evolución de los marcos (tecno) discursivos del movimiento 15M y sus consecuencias», *EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, nº 32, 2015, pág.: 20.

primer momento no había propuestas, tan sólo se intentaba mostrar el malestar y señalar a los culpables, a los (grandes) banqueros y a los políticos (corruptos)»<sup>10</sup>.

Por tanto, ya hemos identificado las principales causas que, a nuestro juicio, sirven para explicar el origen de la crisis de representación en España y que tuvo como hecho catalizador las movilizaciones de mayo de 2011, con sus consecuencias en los resultados electorales de las elecciones de ese mismo año, en las que el partido del Gobierno sufrió un duro golpe con la merma de apoyo de la que aún hoy todavía no se ha recuperado en su totalidad. De hecho, el mapa político varió notablemente pocos años después, a partir del año 2014, con la irrupción de nuevas formaciones políticas que se declararon herederas del espíritu del 15-M, como ocurrió con la formación política Podemos. No obstante, «Podemos no es el movimiento 15-M. El movimiento 15-M no ha evolucionado de manera unidireccional y unitaria hacia su conversión en un partido político. Existen diferencias entre el movimiento social y el partido político»<sup>11</sup>, si acaso es posible afirmar que los actuales líderes de Podemos sí participaron en el movimiento 15-M como parte de un conglomerado de grupos activistas ya políticamente activos con anterioridad.

Los efectos de la crisis de representación se dejaron notar más allá de las propias manifestaciones en la vía pública. Así se refleja en los estudios sociológicos del CIS: de mayo de 2008, a escasos meses del estallido de la crisis, los partidos y los políticos sólo era una de las principales preocupaciones para el 7'1% de los encuestados, en mayo de 2011 ya lo era para el 22'1% y en diciembre de 2019 lo fue para el 49'5%<sup>12</sup>. Estos datos demuestran cómo el deterioro hacia el principal instrumento de participación política, los partidos políticos y los propios representantes, ha ido calando progresivamente entre la sociedad española; tanto que ha llegado a estar muy próximo al paro, principal problema desde el estallido de la crisis económica, en cuanto al nivel de preocupación.

Es evidente, por lo tanto, la existencia de una verdadera crisis de confianza de la ciudadanía hacia los representantes políticos y, más concretamente, hacia las estructuras partidarias que han copado la representación institucional de la ciudadanía. Obviamente, en toda crisis existe una oportunidad y ésta ha sido bien aprovechada por nuevos actores políticos que han ido ganando terreno en las instituciones, como ya se ha indicado. Pero el surgimiento de nuevos partidos políticos,

<sup>10</sup> ADELL ARGILÉS, R. «La movilización de los indignados del 15-M. Aportaciones desde la sociología de la protesta», *Sociedad y Utopía*, núm. 38, 2011, pág.: 148.

<sup>11</sup> CALVO, K., ÁLVAREZ, I. «Limitaciones y exclusiones en la institucionalización de la indignación: del 15-M a Podemos», *Revista Española de Sociología*, nº 24, pág.: 120.

<sup>12</sup> Fuente: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).



inicialmente movimientos ya convertidos en verdaderas formaciones políticas a la altura de las tradicionales no han ayudado a recuperar la confianza en las instituciones representativas. Dicho de otro modo: el pastel de la representación ahora se reparte entre más partidos, pero eso no ha mejorado la confianza de la ciudadanía hacia éstos.

Ahora bien, como hemos indicado, la crisis de la representación posibilita nuevas oportunidades a través de un «cambio de percepción en una parte de la ciudadanía, más consciente ahora de su capacidad para influir la orientación de las decisiones estatales, de que la participación política no se reduce a la elección periódica de los cargos públicos y de que organizar y poner en marcha contrapoderes eficaces frente a los poderes del Estado, cuando su ejercicio es inadecuado, no sólo es factible sino necesario»<sup>13</sup>. Es decir: la ciudadanía ha percibido que hay participación política más allá de acudir a unas urnas periódicamente, y que esos espacios de participación bien aprovechados pueden producir cambios en las instituciones, aunque sean percibidos como escasos y a ritmo lento.

#### 4. LA RELACIÓN ENTRE (DES)CONFIANZA Y SALUD DEL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN

Hasta el momento, hemos abordado la relación entre la participación política y la representación, así como las causas de la crisis por la que sigue atravesando la figura de la representación en el sistema democrático español. Ahora, en este apartado, vamos a intentar establecer una conexión entre la confianza o la ausencia de ésta y la salud del sistema representativo democrático. Debemos apuntar, en primer lugar, que aludimos a la salud del sistema cuando nos referimos a su robustez en tanto que sirve para responder a las demandas de los representados, para lo que es imprescindible contar con la confianza del potencial electorado, así como que la realidad política y la realidad jurídica expresada en nuestra Carta Magna, sean coincidentes.

Hoy en día, como hemos podido comprobar con datos en torno a los principales problemas expresados por los ciudadanos encuestados por el CIS, los partidos políticos y los políticos –representantes– son uno de los principales problemas. Si nos basáramos sólo en estos datos, podríamos asegurar que la desconfianza hacia los representantes políticos nos invita a presuponer una mala salud del sistema democrático representativo español. Pero más allá de datos sociológicos, que son re-

<sup>13</sup> ILLUECA BALLESTER, J.E. «El derecho a la participación política directa. La iniciativa popular, realidad y posibilidades», *Revista de Derecho Político*, nº 16, 2015, pág.: 1098.

levantes a nuestro juicio, es importante que establezcamos una conexión entre la realidad jurídica y la política, como base para analizar el estado de salud de nuestro sistema representativo, de forma que si la realidad política difiere de la jurídica, hay una distorsión que puede explicar la desconfianza ciudadana hacia las instituciones representativas y, en particular, hacia el papel que los partidos políticos desempeñan.

Además, podemos establecer una vinculación entre la salud del sistema y su legitimidad democrática, de forma que es posible identificar «el nexo entre la representación y la participación del pueblo como ingredientes básicos de la legitimidad democrática»<sup>14</sup>. Pero es aquí donde opera la disensión entre el mandato representativo y el efectivamente realizado en lo que se ha denominado «mandato ideológico», lo que produce una ruptura del vínculo entre el elector-representado y el elegido-representante. Ahora bien, el ‘mandato ideológico’ «considera que los parlamentarios han sido elegidos por pertenecer a un partido y, por tanto, deben ser consecuentes con esta afiliación, está visible en numerosos preceptos, porque, a la larga, el funcionamiento de nuestras instituciones»<sup>15</sup> es más acorde con el mandato ideológico que con el representativo, y deja vacía la prohibición del mandato imperativo contenida en el artículo 67.2 CE.

El sistema goza de una salud precaria porque, a nuestro juicio, en realidad, «la presunción en la que consiste la representación se presenta hoy como escasamente creíble y poco razonable por ignorar a los partidos políticos, auténticos representantes elegidos para producir la voluntad estatal»<sup>16</sup>. La ausencia de credibilidad en torno al vínculo representativo que, desde el punto de vista jurídico y constitucional debería existir, es una de las cuestiones por las que cabe afirmar que la realidad política difiere de la jurídica y, por tanto, esta distorsión del sistema representativo produce desafección y desconfianza. Además, otro efecto negativo que provoca debilidad en la fortaleza de nuestro sistema representativo está vinculado a la monopolización de la representación por los partidos políticos, que «lleva a los partidos a una posición de preeminencia funcional incluso sobre los órganos constitucionales del poder»<sup>17</sup>. Esto es, los partidos políticos se han convertido en estructuras organizativas en las que se acumula un poder mayor que en algunos de los órganos pro-

<sup>14</sup> ABELLÁN GARCÍA, A.M. «Los representantes y el derecho de participación en el Ordenamiento jurídico español», *Revista de Estudios Políticos*, nº 84, 1994, pág.: 200.

<sup>15</sup> DE ESTEBAN, J. «El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, nº 70, 1990, pp.: 20 y ss.

<sup>16</sup> PORTERO MOLINA, J.A. «Sobre la presunción de la representación política», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº 21, 2009, pág.: 68.

<sup>17</sup> TORRES DEL MORAL, A. «Crisis del mandato representativo en el estado de partidos», *Revista de Derecho Político*, nº 14, 1982, pág.: 14.

pios del sistema constitucional, de forma que los partidos políticos han ‘ocupado’ el Estado y en las instituciones de representación los grupos parlamentarios no son más que una extensión de los partidos políticos a los que están asociados.

Por tanto, y a modo de corolario de este apartado, podemos aseverar que la salud del actual sistema representativo español, afectando al conjunto del sistema democrático, carece de los elementos necesarios para asegurar que se encuentra en plena forma. Ello es debido al excesivo papel protagonista que tienen las dinámicas partidistas en el proceso de toma de decisiones de las instituciones representativas. No se cuestiona, en cambio, el papel que desarrollan los partidos políticos en el desempeño de sus funciones conforme al artículo 6 de la Constitución española, sino la forma en que éstas se llevan a cabo. La necesaria relación de mediación que ejerce el partido político como filtro existente entre los representados y representantes ha trascendido, bajo nuestro punto de vista, los límites de lo razonable. Y esta relación distorsionada de lo que debería ser y no es, produce desafección y desconfianza desde la ciudadanía hacia los partidos políticos y, por extensión, hacia las instituciones representativas que éstos efectivamente controlan.

## 5. CONCLUSIONES

La capacidad política del individuo que vive en sociedad es consustancial a su propia naturaleza. El individuo necesita relacionarse políticamente con otros semejantes, quiere participar en mayor o menor medida. En ese escenario donde el individuo es un elemento activo participante y asumiendo que la forma más eficaz para la toma de decisiones es por medio de representantes, la relación entre la participación política y la representación es indisoluble. La preferencia por la representación en el proceso de tomar de decisiones no implica la negación de otro tipo de mecanismos más participativos con el mismo objetivo, pero sí resulta el más eficaz y adecuado, conforme a la perspectiva aportada en éste y otros muchos trabajos sobre la cuestión.

Las diferentes causas por las que la sociedad española ha dejado de confiar en buena medida en las instituciones representativas en general, y muy en particular en los partidos políticos, son diversas, aunque relacionadas con otras crisis como la económica y la publicación de datos y conductas con relación a casos de corrupción política. Las crisis de naturaleza económica son cíclicas y poco evitables –se pueden deber a factores externos, no controlables en origen, aunque sí pueden mitigarse sus efectos–, pero lo que sí forma parte de las competencias de las instituciones es la introducción de mecanismos para la prevención de la corrupción. La confianza o desconfianza hacia el sistema de representación dependerá de su fiabilidad como

mecanismo adecuado para los procesos de decisiones, cómo se articule la relación con los representados y, sobre todo, que no haya dudas sobre la honorabilidad de los representantes.

La restauración de la confianza en las instituciones con relación a las medidas de prevención de la corrupción es, a nuestro juicio, determinante. Para ello, la transparencia en los procesos de toma de decisiones y en sus consecuencias, es necesaria. La mejor garantía para trasladar certidumbres a los representados tiene, bajo nuestro punto de vista, mucho que ver con la forma en que se desarrolla el proceso de toma de decisiones. La ausencia de dudas en torno a cualquier medida ayuda a prevenir la desconfianza acerca de los antecedentes y del desarrollo de la propia medida, aun cuando su complejidad, en ocasiones, pueda dificultar la transparencia total. En concreto, debe existir transparencia máxima en torno a las cuestiones de naturaleza económico-presupuestaria y, más aún si cabe, con relación al desempeño de las funciones de representación, es decir, los gastos en los que el representante incurre, que no deberían ser cuestionados por el mero hecho de existir, sino sometidos al control ciudadano sobre su proporcionalidad y justificación. Así mismo, deben publicarse íntegramente las agendas de los cargos públicos y establecer un endurecimiento del régimen de incompatibilidades durante el ejercicio del cargo de representación, pero también a posteriori, evitando cualquier conflicto de intereses con la responsabilidad pública ejercida.

En otro orden, es preciso incidir en que la participación política como derecho fundamental no ha sufrido ninguna transformación perceptible a lo largo de las más de cuatro décadas desde la aprobación de la Constitución española de 1978. Los artículos 6 y 23 del texto constitucional han permanecido invariables al paso del tiempo, pero ello no ha impedido que las demandas sociales en torno a la participación y la representación políticas no hayan ido variando. La sociedad es cada vez menos pasiva, demanda apertura y capacidad de decisión en los procesos democráticos. Aunque tímidos, estas aspiraciones sociales han tenido ciertos efectos sobre las principales estructuras organizativas con relevancia política, esto es, en los partidos políticos. Éstos han incorporado procesos de elección de candidatos y dirigentes a través de primarias —abiertas, en algunos casos, a toda la ciudadanía— y mayor transparencia en la gestión de los recursos económicos; sin que ello haya satisfecho a la ciudadanía y la valoración de los partidos políticos siga en mínimos, por lo que debemos calificar estas medidas como insuficientes.

En todo caso, dentro del marco constitucional actual resulta conveniente plantear y llevar a cabo algunas reformas que faciliten la conexión entre los representantes y los representados. Como mínimo, debería abordarse el desbloqueo de las listas electorales y la mejora de los mecanismos de rendición de cuentas —para lo

que resulta imprescindible aprovechar el potencial que tiene el uso de Internet y las redes sociales virtuales—, si bien esto último depende de la garantía previa del acceso universal a toda la población a las herramientas necesarias. De la realización de estas reformas legislativas en el sistema electoral y representativo, así como de la extensión de nuevas formas de comunicación y las ya apuntadas en torno al ejercicio de la función representativa, dependerá en buena medida la mejora de la confianza hacia las instituciones democráticas.

# LOS DERECHOS HUMANOS DE LA INFANCIA A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

IVETTE FÁTIMA MECOTT RIVERA

## 1. INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LA INFANCIA

**L**OS DERECHOS de la infancia han sido considerados a lo largo de la historia como un cúmulo de prerrogativas otorgadas a un grupo social, que considerado incapaz, sólo podía disfrutar y gozar de ellos en tanto y en cuanto el Estado –o quienes fueran consideradas autoridad sobre ellos– tuvieran a bien otorgárselos.

En lo que a derechos de la infancia se refiere, hemos ido avanzando de una concepción paternalista del Estado –en el mejor de los casos–, hacia el reconocimiento de una efectiva autonomía de derechos de las niñas, niños y adolescentes, en virtud de la cual se modifica la concepción anquilosada de «objetos de derechos» al genuino reconocimiento por parte del Estado de la titularidad y autonomía de derechos a un grupo etario que había sido invisibilizado a lo largo de la historia de la humanidad.

El nuevo paradigma en la protección de derechos humanos<sup>1</sup> ha reconocido al menor de edad como sujeto pleno de derechos y titular de los mismos, la reforma constitucional de 2011 en materia de Derechos Humanos y la propia evolución

<sup>1</sup> A partir de la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011 en México se reinventó la conceptualización de los mismos, lo que llevó a modificaciones a nivel jurisdiccional, legislativo y administrativo, la lógica que racionaliza el ordenamiento está directamente relacionada a los valores en la protección de los Derechos Humanos con base en la dignidad humana permeando esta lógica en todo el ordenamiento jurídico mexicano.

doctrinal y normativa ha permitido que se reconozca a la infancia<sup>2</sup> como grupo vulnerable con los efectos de protección y garantía que ello conlleva.

La conceptualización de la infancia –atendiendo a los nuevos paradigmas de derechos humanos– ha generado la obligación al Estado de priorizar a través de normas, programas, y políticas públicas el interés superior del niño en la toma de decisiones de los actores involucrados en la salvaguarda de sus derechos<sup>3</sup>.

Así las cosas, la dignidad de la persona humana resulta ser la piedra angular en el desarrollo de la doctrina basada en los Derechos Humanos, particularmente en temas de infancia nos llama a la reflexión sobre la vulneración en la que se encuentran las Niñas, Niños y Adolescentes en México. «La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente si excepción alguna»<sup>4</sup>.

Bajo éste análisis, se revela una problemática por demás preocupante, la pobreza en la que se encuentran sumidos millones de Niñas, Niños y Adolescentes representa uno de los flagelos más dolorosos, el desigual acceso a oportunidades, el maltrato infantil como resultado de la falta de mecanismos de protección a la familia, la deserción escolar, la violencia generada en centros escolares y en la sociedad en general, son solamente algunos de los retos que tiene el Estado Mexicano con respecto a los factores que menoscaban los derechos de la infancia y que atentan contra los principios de igualdad y libertad.

Esta realidad violenta de forma sistemática la dignidad de las Niñas, Niños y Adolescentes, por lo que el Estado se encuentra obligado a salvaguardar sus derechos a través de los mecanismos que han sido creados a partir de los mandatos internacionales y nacionales con base en los valores y principios emanados de los Derechos Humanos.

<sup>2</sup> Así las cosas, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra en el artículo 4º los derechos inherentes a la infancia partiendo del interés superior del niño hasta la protección a su desarrollo integral.

<sup>3</sup> Convención de los Derechos del Niño. Art. 3º. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

<sup>4</sup> CARBONELL, Miguel. Dignidad humana. Hechos y Derechos, [S.l.], nov. 2018. ISSN 2448-4725. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12985/14530>>. Fecha de acceso: 07 mar. 2020

Esta vinculación importa a la obligación del Estado de evitar las circunstancias que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho que se trate, es por tanto, una limitación y guía en la actuación del Estado con base en el respeto a los derechos humanos de la infancia, «...el ejercicio de la función pública tiene como límites los Derechos Humanos, ya que éstos como atributos inherentes a la dignidad humana, son superiores al poder del Estado...»<sup>5</sup>, por lo que puede deducirse que si no se consiguen garantizar los satisfactores mínimos a los que la infancia tiene derecho, se estaría ante «un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en la Constitución»<sup>6</sup>.

Esta obligación encuentra su origen en el reconocimiento a nivel internacional de los derechos autónomos de la infancia, el Estado Mexicano ha respondido a la exigencia internacional en materia de reconocimiento y protección de derechos de la infancia al adherirse en el año 1990<sup>7</sup> a la Convención de los Derechos del Niño de 1989, el cual es considerado el instrumento internacional más firmado y ratificado por los Estados miembros de la ONU y que generó una visibilización y concreción de los mecanismos de protección y garantía a través los principios del nuevo modelo de la protección integral, la cual tiene como base el interés superior del niño.

## 2. LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CON BASE EN LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Repensar a la infancia como sujetos de derecho implica comprender el cambio de paradigma que significa el reconocimiento en la autonomía de sus derechos, en otras palabras, mudar de una perspectiva de «objetos-protección» a «titular autónomo de derechos».

La teoría de protección integral de los derechos de la infancia se origina a partir de la vinculación a la que se han sometido los Estados Parte que firmaron y ratificaron la Convención de los derechos del niño, y en la cual subyace el cambio de paradigma de objetivizar al entonces conocido como «menor» a mudar su apreciación a Niña, Niño y Adolescente como titulares de derecho.

<sup>5</sup> ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto. *Los Derechos Humanos en México*. Primera Edición Porrúa, 2012.

<sup>6</sup> *Ibid.* Pág. 71

<sup>7</sup> La Convención de los Derechos del Niño entra en vigor en México el 21 de Octubre de 1990, publicada su promulgación en el DOF el 25 de Enero de 1991.



El Instituto Interamericano del Niño señaló que «Desde la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989, se inaugura una nueva época en la historia de la infancia, cancelándose definitivamente la imagen del «menor» como objeto de la «compasión-represión», convirtiéndola en niño/adolescente sujeto pleno de derechos»<sup>8</sup>, en el mismo sentido se manifiesta García Méndez al exponer que «Es sabido que no todos los sujetos de esta categoría (infancia) tienen acceso a la institución escolar o no todos los que acceden poseen los recursos (en el sentido amplio) suficientes para permanecer en ella... Los excluidos se transformarán en «menores» y para ellos será necesario la construcción de una instancia específica de control y socialización»<sup>9</sup>.

A modo de ejemplo, podemos exponer que en México es hasta 1980 que se introduce por primera vez el término «menores» en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al adicionar el 3er párrafo del artículo 4º constitucional para establecer «...el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y la salud física y mental»<sup>10</sup>, sin embargo, esta «innovación» en aquella década, estaba muy alejada de ser concebida desde una perspectiva de protección integral.

Como puede advertirse, la primer introducción de un supuesto jurídico relativo a menores de edad en la Constitución Mexicana dista en gran medida de una regulación que pusiera de relieve el reconocimiento por parte del Estado, más bien, dejaba en el ámbito privado la satisfacción de sus necesidades, en otras palabras, se legisló desde una perspectiva adultocentrista y basado en una teoría minorista «...

<sup>8</sup> Panorama del Recorrido del Instituto Interamericano del Niño en sus 75 años de vida. [Consulta: 25/02/2020] Página web: [www.iin.oea.org/documento\\_75%20anos.PDF](http://www.iin.oea.org/documento_75%20anos.PDF)

<sup>9</sup> GARCÍA MENDEZ, Emilio. «Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia». *Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)* y Distribuciones Fontamara. Segunda Edición. México. 2001, véase también FANLO, Isabel. *Derecho de los niños, una contribución teórica* compiladora. Ed. Fontamara. México. 2004. En la misma línea de pensamiento, la Federación Coordinada de ONG's a favor de la niñez y adolescencia en Nicaragua expone que «resulta conveniente emplear la terminología «niñas, niños y adolescentes» para rescatar su condición de sujetos sociales y de derecho, producto de su personalidad jurídica y dejar atrás la política de su situación irregular, que emplea el vocablo «menores» en forma peyorativa. Vale la pena recalcar que dichos argumentos sirven para intentar explicar las desigualdades que dan origen a la criminalidad de los menores de edad, desde una perspectiva de vulnerabilidad así como a aspectos que podrían encontrar cabida en el derecho penal.

<sup>10</sup> La reforma Constitucional en México que dio origen a esta regulación se da a partir de que la Organización de las Naciones Unidas designa el año 1979 como «el año internacional del niño». GONZALEZ CONTRÓ, T. «Niñas, Niños y Adolescentes. La evolución de su reconocimiento constitucional como personas» en *Cien Ensayos Para el Centenario*. COOR. G. ESQUIVEL F., e Ibarra PALAFOX. Revista de estudios Jurídicos tomo 2. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Belizario Domínguez. México. 2017. Pág. 187

prevalecía una orientación «proteccionista y asistencial», los deberes de los niños habían sido la más de las veces presentados como deberes impuestos a la familia, a los adultos *uti singulli* y a las instituciones gubernamentales, la Convención contribuyó a inaugurar la idea según la cual el niño es sujeto titular de derechos autónomos y no de meros intereses que terceros están llamados a tutelar»<sup>11</sup>.

La Protección integral reivindica el reconocimiento de Niñas, Niños y Adolescentes como sujetos de derecho, a través de garantías que materialicen sus derechos a través de los mecanismos que la misma legislación ha creado y al reconocimiento de la protección especial que el Estado debe brindar por las características especiales del grupo etario «...las bases sobre las que se construye la doctrina de la protección integral son: el niño como sujeto de derechos, el derecho a la protección especial, y el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral»<sup>12</sup>.

En México el 7 de abril de 2000 se publica en el Diario Oficial de la Federación la reforma y adición al artículo 4º Constitucional, en la cual aparece por vez primera la conceptualización de Niñas y Niños en dicho ordenamiento, se establece la obligación del Estado a preservar los derechos de la infancia y se introducen conceptos como la dignidad de la niñez y el pleno ejercicio de sus derechos.

En esta época se desarrolló lo que se conocería como la teoría garantista de derechos de la infancia. La discusión sobre los valores del Estado Democrático y su relación con el respeto de derechos de la infancia, en específico la autonomía, la titularidad, la igualdad, la no discriminación y la autonomía progresiva entre otros temas<sup>13</sup>, fueron las bases para la coyuntura en materia de reconocimiento de derechos.

En este orden de ideas, y atendiendo a los nuevos paradigmas de derechos humanos se ha comprendido la obligación para el Estado Mexicano de priorizar a través de la ponderación de derechos la materialización de las demandas de Niñas, Niños y Adolescentes, esto es, crear los mecanismos administrativos y jurisdiccionales (protocolos, directrices, circulares) para que los tomadores de decisiones resuelvan lo que a su derecho convenga en atención a una postura empática y sensi-

<sup>11</sup> FANLO CORTÉS, Isabel. «Los Derechos de los Niños y las Teorías de un Derecho. Introducción a un Debate», en *Justicia y Derechos del Niño*. Número 9. Unicef. Santiago de Chile. 2007. Pág. 159

<sup>12</sup> REPOSITORIO UNIVERSITARIO JURIDICAS DE LA UNAM. *Memorias del Seminario de los Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes*. O'DONELL Daniel. [Consulta: 27 de Febrero de 2020]. Disponible en la web: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11380>

<sup>13</sup> GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. «Paternalismo Jurídico y Derechos del Niño» en *Isonomía Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*. Número 25. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. [Consulta 8/03/2020] Disponible en Web: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/paternalismo-juridico-y-derechos-del-nio-0/>

ble, alejada de la perspectiva adultocentrista, para poder dictar fallos que propicien la salvaguarda de sus derechos con base en el interés superior del niño, es decir, ponerlos en el centro de la discusión.

Sin embargo, debe comprenderse que la prerrogativa de la infancia de exigir la materialización y garantía en sus derechos humanos supone una obligación no sólo al Estado, sino que existe una corresponsabilidad entre el Estado, la comunidad y la familia. No se puede inobservar que la familia es evidentemente el primer responsable y obligado en la satisfacción de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y será el Estado el ente vigilante y protector (mas no una protección paternalista, sino garantista) el que brinde los mecanismos resarcitorios en caso de vulneraciones o privación al acceso al disfrute de sus derechos.

### 3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Para comprender las obligaciones del Estado con relación a los derechos humanos y sociales de las niñas y las adolescentes, es necesario entrar al estudio del interés superior del niño.

El interés superior del niño podría ser entendido como el punto de partida y llegada en lo que a derechos de la infancia se refiere, es decir, la interpretación de los derechos de los niños encuentra su base y sustento en este concepto. Según el Comité de los Derechos del Niño en su recomendación número 14 desarrolla los alcances de dicho principio, debe interpretarse o encontrar su aplicabilidad como garantía, como directriz de política pública, como norma de resolución o interpretación de conflictos jurídicos, es decir, como estándar jurídico y como principio de carácter general.

En ese orden de ideas, el interés superior del niño es el fin en sí mismo, es el aspecto básico para poder determinar las acciones a seguir en lo que a las necesidades de los niños se refiere, como estándar jurídico «es un paradigma de conducta del que se puede extraer una norma jurídica general aplicable al caso en particular»<sup>14</sup> es tanto un principio orientador como una clave heurística de la capacidad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que deba aplicarse al niño en un caso concreto o que pueda afectar sus intereses.

Este principio permea toda la legislación y normativa que desarrolla el catálogo de derechos de la infancia gracias a los mandatos constitucionales que permiten la aplicación de los Tratados y Convenios Internacionales.

<sup>14</sup> VALLÉS, Antonio. *La protección del Menor*. Tirant lo Blanch. Madrid. 2009. Pág. 135

Así las cosas, la eficacia y garantía de los derechos sociales de las niñas y las adolescentes, a la luz de su interés superior, resultan en una deuda histórica con este grupo social, las políticas de equidad, que se fundamentan en acciones positivas tienen el reto de situar en un ámbito de igualdad a las niñas y las adolescentes respecto al acceso a la igualdad de oportunidades y garantía de todos sus derechos.

Uno de los principios básicos de la interpretación de los derechos humanos se basa en aplicar el derecho que mayor protección brinde al ser humano (principio *pro homine*)<sup>15</sup>, consistente en la armonización de cualquier norma en materia de Derechos Humanos con el estándar que se considere más alto, ya sea que provenga del derecho doméstico o bien, del derecho internacional, esto es, «para desentrañar el sentido de las normas relativas a los Derechos Humanos, debe favorecerse la acepción que permita la protección más amplia»<sup>16</sup>.

En el caso de los derechos de la infancia, dicho principio deberá ser interpretado a la luz del interés superior del niño, precisamente por ser el principio rector de la aplicación y garantía de los derechos de los niños, es decir, se convierte en un límite a la discrecionalidad de las autoridades, lo que explica la importancia de delimitarlo y desentrañar el sentido jurídico del mismo.

El interés superior del niño encuentra su naturaleza jurídica en la Convención de los Derechos del Niño en el artículo 3º I párrafo: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones pública o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño», artículo que se concatena con el 41 del mismo ordenamiento que fortalece la idea de la necesaria armonización del superior interés del niño a sus derechos<sup>17</sup> al dictar que «nada de lo dispuesto en la presente convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño...»

<sup>15</sup> En el caso que el catálogo de derechos de un Estado Parte (de la Convención de los Derechos del Niño) tenga una protección más amplia en su derecho doméstico, deberá en atención a este principio *pro homine* aplicar el que más protección provea. Artículo 41.- Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

<sup>16</sup> ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto. Los Derechos Humanos en México. Ed. Porrúa. 2012. México. pág. 36 y ss.. También se puede consultar sobre el principio *pro homine* a CARBONELL, Miguel. Los Derechos Fundamentales en México. Ed. Porrúa. 2012. México. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf>; CASTILLA JUAREZ, Karlos. «El principio *pro persona* en la administración de la justicia», Cuestiones Constitucionales, núm. 20.

<sup>17</sup> PICONTÓ NOVALES, Teresa. *La Protección de la Infancia (aspectos sociales y jurídicos)*. Editorial Egido. 1996. Madrid. Pág. 92

Por último, es preciso dejar constancia, que los alcances del interés superior del niño encuentran una problemática práctica en su aplicabilidad en virtud de la diversidad social, cultural, idiosincrática, económica, entre otras, en las que se desarrolla la vida de la infancia, lo que supone la imposibilidad de crear mecanismos genéricos para garantizar el disfrute de sus derechos a través del lo que les es más necesario con base en sus necesidades.

Es así que la primer consecuencia tangible de la Convención de los Derechos del Niño es la positivación de los derechos de la infancia en aquellos países aún con tradiciones y modelos diversos desde el punto de vista cultural, social, jurídico y político, creando un estándar que pueda ser medido de forma optima en cada Estado que haya sido vinculado a la normativa.

#### 4. CONCLUSIONES

Los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes se encuentran en constante movimiento, la vulnerabilidad natural que implica este estadio de vida –por motivos psicológicos, físicos y cognitivos– obliga a las Autoridades a crear los mecanismos normativos y administrativos necesarios para garantizar los derechos de la infancia-adolescencia, removiendo los escollos que aparecen en la vida social y que constituyen amenazas a estos derechos.

A nivel mundial se ha reconocido la necesidad de priorizar el derecho de Niñas, Niños y Adolescentes en las agendas públicas de los Estados, la comunidad internacional ha realizado un sinnúmero de encuentros, conferencias y convenciones que han dejado como resultado las directrices y recomendaciones que deben de tomarse en consideración –y cumplirse– por parte de los actores públicos de cada Estado.

La piedra angular en la que descansa el sistema integral de protección a las Niñas, Niños y Adolescentes es sin lugar a duda el del interés superior del niño, el cual ha sufrido grandes modificaciones a partir de la interpretación realizada por el comité de los Derechos del Niño ya que arrojó una descripción detallada del contenido de dicho principio.

Al ser precisamente una fuente de optimización del ordenamiento jurídico, fue posible encuadrar el alcance, fin y medios que deben utilizarse para garantizar que en todas las acciones y decisiones que se tomen en torno a la infancia el elemento central sea la satisfacción de todos y cada uno de los derechos de los que son titulares

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido resoluciones en las que define a dicho principio como la satisfacción plena de todos los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Sin embargo, aunque puede concluirse fácilmente el alcance y fin del reconocimiento de la infancia, la realidad es que más de la mitad de la población infantil mexicana se encuentra en lo que se ha denominado como vulneraciones interseccionales o múltiples, esto es, que aunado a la vulnerabilidad natural por el desarrollo humano en el que se encuentra la población infantil, se deben agregar elementos que afectan doble o triplemente su pleno ejercicio en la satisfacción de sus derechos.

El ser niña, aunado a una situación económica desfavorable y formar parte de una comunidad indígena potencializa la vulneración y dificulta sobre manera el acceso a una igualdad en la garantía de los derechos, con respecto a quién no cuenta con dichas características, esta realidad es a la que está llamado el Estado a prevenir y erradicar.

La solución en materia de satisfacción de derechos, no descansa ya en el reconocimiento de derechos ni en la regulación normativa al respecto, actualmente, la discusión debe centrarse en los mecanismos que el Estado cree con la finalidad de disminuir la brecha entre los «menores» y las Niñas, Niños y Adolescentes si se toma en consideración para su conceptualización, el acceso real al disfrute material de los derechos de los que son titulares.



# EL PLAN DE ACCIÓN BEPS FRENTE A LOS DESAFÍOS FISCALES DE LAS TRANSNACIONALES Y SU INFLUENCIA EN MÉXICO

GUADALUPE DEL ROSARIO MEDINA CEBALLOS<sup>1</sup>  
GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

**E**N LOS ÚLTIMOS AÑOS, la globalización se ha desarrollado intensamente, lo que ha ocasionado que las economías de los países desarrollados y en proceso de desarrollo, no tengan más opción que abrirse y adoptar los efectos de la transnacionalidad, sumándose principalmente al intercambio de capitales y servicios.

Asimismo, la globalización limita el poder tributario de los Estados alterando los sistemas impositivos tradicionales, tanto en la construcción de cada impuesto en lo particular, como en sus procedimientos de gestión, manejo de información, y en los principios que tradicionalmente han regido la tributación.

Los esquemas internacionales para impedir la doble tributación y la doble imposición entre Estados, se centran en la utilización de modelos de convenio crea-

<sup>1</sup> Estudiante de Doctorado en Ciencias del Derecho, Universidad Autónoma de Sinaloa, programa inscrito en el Programa Nacional de Posgrados de Calidad, del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

<sup>2</sup> Doctor en Derecho; Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 2, del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT); Profesor e Investigador de Tiempo Completo; y, Coordinador de la Unidad de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Derecho Culiacán, Universidad Autónoma de Sinaloa.



dos y exigidos por instituciones globales. Tales organismos de corte internacional proporcionan a la vida jurídica normas no vinculantes conformadas como nuevas fuentes del derecho tributario, e identificadas como *soft law*.

Surge, así, un derecho dúctil, incierto, no obligatorio, pero con mayor fuerza que el propio derecho interno de cualquier Estado, que interviene en la regulación fiscal internacional, fomentando una dudosa armonización.

Ahora bien, con motivo de los procesos de globalización, los estados se han enfrentado con múltiples problemas para gravar la riqueza generada por las empresas multinacionales. Las fronteras, si bien se conservan para evitar la emigración, han ido desapareciendo para permitir el desarrollo del comercio internacional, y de la prestación de servicios financieros, administrativos, movimientos de capital, entre otros.

Ello ha provocado que la riqueza, pueda ser localizada en dos o más entes territoriales, pero dada la imposibilidad de cada estado de extender su poder de imperio más allá de sus fronteras, provoca que se grave dos veces una misma fuente de riqueza, o surja una doble no imposición.

En este contexto, se analiza el fenómeno de planificación fiscal internacional abordando la problemática desde su orbe en el exterior para posteriormente, adentrar al estudio del Plan propuesto por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) para combatir la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios.

Asimismo, se refiere de manera general la aplicación de dicho plan por parte de la Unión Europea quien se ha colocado como uno de los precursores de combate ante el fenómeno de planificación tributaria.

Finalmente, se puntualiza la influencia del citado plan de acción en México, que si bien es cierto, no ha logrado gran avance al respecto, lo es también que intenta combatirlo replicando las acciones de otras naciones para erradicar las malas prácticas evasivas de impuestos.

## 2. BREVES ANTECEDENTES Y CONTEXTUALIZACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL

Los sistemas tributarios de algunos países se gestaron o desarrollaron cuando el comercio en el exterior se hallaba muy controlado y limitado. Prácticamente no existían los grandes desplazamientos de capitales, a su vez, los elevados aranceles o los impedimentos físicos al movimiento de bienes desalentaban los flujos comerciales, mientras que los flujos de capital estaban prohibidos, o por lo menos muy controlados.

Gran cantidad de empresas que se han vuelto trasnacionales han establecido procesos integrados de producción en diferentes países, y en algunos casos, han perdido su identidad nacional originaria específicamente en el aspecto económico.

Por consiguiente, las empresas trasnacionales tienen un estímulo para reducir su deuda tributaria y pueden alcanzar este objetivo de diversas maneras. La primera es ubicando sus operaciones en países en los que las tasas tributarias establecidas por la ley son bajas o en los que se ofrecen incentivos tributarios más generosos, es el caso de los paraísos fiscales.

Ahora bien, para ofrecer un concepto de planificación fiscal recurrimos a las palabras de Andrea Mondini quien afirma que es la «estrategia económica que trata de elegir o construir la vía de acción más eficiente fiscalmente, es decir, aquella que, entre todas las alternativas posibles e igualmente legales, permite minimizar lo más posible la carga tributaria»<sup>3</sup>.

Por su parte, García-Moncó señala que «consiste en sacar ventaja de los tecnicismos de un sistema fiscal o de las inconsistencias entre dos o más sistemas fiscales con el propósito de reducir el cumplimiento fiscal»<sup>4</sup>.

Ahora bien, respecto a este fenómeno la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), organismo dependiente de la Organización de las Naciones Unidas, realizó un estudio relativo al grado de evasión fiscal que se ha dado a través los sistemas laxos de tributación –paraísos fiscales– afirmando que la influencia de la tecnología y sus grandes avances, ha propiciado que las empresas tanto nacionales como multinacionales planifiquen sus esquemas agresivos de evasión fiscal, valiéndose de los esquemas frágiles de tributación, en cuanto a su desregulación jurídica, vacíos e insuficiencias en las normativas tributarias aunado a la desinformación en cuanto a las administraciones fiscales<sup>5</sup>.

Otros factores importantes que refiere dicho organismo internacional son: «... la desregulación financiera, el secreto bancario y la falta de transparencia han facilitado que los flujos financieros ilícitos también transiten por los paraísos fiscales»<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> MONDINI, Andrea., «Planificación Fiscal y Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», Universidad de Bolonia, véase en <https://www.occ.pt/fotos/editor2/Andrea%20Mondini.pdf> consultado el día 19 de agosto de 2019.

<sup>4</sup> GARCÍA-MONCÓ, Alfonso. y FUSTER, Mercedes., «Planificación Fiscal Internacional posible Vs indebida: problemas actuales», p. 19, véase en <https://core.ac.uk/download/pdf/84748219.pdf> consultado el día 19 de agosto de 2019.

<sup>5</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe, consultada en [https://www.cepal.org/sites/default/files/article/files/paraisos\\_fiscales\\_el\\_financiero\\_mx.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/article/files/paraisos_fiscales_el_financiero_mx.pdf) consultado el día 22 de agosto de 2019.

<sup>6</sup> Ídem

Dicho todo lo anterior, no podemos dejar de lado el interés del fisco de «que la integridad de los ordenamientos sea tutelada y algunos principios fundamentales de la imposición sobre las actividades transnacionales no sean vulnerados»<sup>7</sup>.

Las tendencias sobre un mundo globalizado han provocado que la planificación fiscal impacte no muy favorablemente en las relaciones comerciales de los países, pues afecta la economía de los mismos en tanto eluden su carga tributaria.

A su vez, la competencia tributaria entre los países hace que algunos apliquen tasas tributarias más bajas o incentivos tributarios más generosos que otros, con el fin de atraer inversiones extranjeras.

Aunado a lo anterior, los paraísos fiscales facilitan la planificación fiscal pues se observa una proliferación de territorios que permiten que los particulares y las empresas los utilicen para establecer un domicilio tributario al que pueden canalizarse los ingresos obtenidos en otros países, y así disminuir su carga, o lo que es peor evadir su responsabilidad tributaria, configurándose a su vez, una doble no imposición.

Dichos estados se benefician de los derechos o de los bajos impuestos que imponen al capital que no se habría canalizado hacia ellos en ausencia de consideraciones impositivas. Mientras tanto, otros países experimentan pérdidas de ingresos y un menor control de sus sistemas tributarios.

Se puede considerar que la competencia tributaria es atrayente, pero esto pudiera implicar fricciones y conflictos entre los países. También puede conducir a problemas macroeconómicos al reducir los ingresos tributarios. La solución que ha encontrado el mercado, por la que los países compiten en vez de cooperar, conducirá a ajustes a la baja en las tasas impositivas.

Al respecto consideramos que la opción de la celebración de acuerdos internacionales en materia tributaria probablemente no ha resultado tan productiva, pues es difícil que los países renuncien a sus objetivos nacionales y celebren acuerdos que pueden percibir como menos beneficiosos que la alternativa de seguir cada uno su propia política.

Por otra parte, los países con diferentes propósitos encontrarán dificultades para acordar una determinada estructura tributaria. La experiencia de la negociación de tratados relacionados con este campo indica que los acuerdos tributarios, incluso entre dos países, son a veces difíciles de convenir y exigen mucho tiempo y esfuer-

<sup>7</sup> FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO, Elvira, *Derecho Fiscal Internacional*, Manuales Profesionales Fiscal, Madrid, Marcial Pons, 2010, p 46.

zo. Considerando a su vez, que no hay un mecanismo institucional que facilite el cuestionamiento de temas y la negociación de acuerdos a nivel mundial.

Las empresas multinacionales se valen de estos inconvenientes, lagunas o resquicios, inconsistencias y diversidad de desacuerdos entre los estados para recurrir a la planificación fiscal y disminuir o evadir obligaciones fiscales que puede ser soportada por las inversiones en un país distinto al del inversor.

Cabe mencionar que el objeto de la planificación tributaria internacional es analizar la interacción entre dos o más sistemas jurídicos y fiscales, mediante lo cual se establecen las acciones oportunas que permitan conseguir resultados en beneficio de las empresas en el aspecto fiscal.

Finalmente, es claro que en la medida en que las empresas aperturen sus mercados al exterior, este fenómeno de planificación fiscal aumentará de forma paralela, considerando que empresas multinacionales la utilizan como herramienta que permite usar y gozar sus recursos económicos, valiéndose de figuras jurídicas adecuadamente, para evitar que las autoridades fiscales tipifiquen la acción como defraudación fiscal.

### 3. EL PLAN DE ACCIÓN BEPS (EROSIÓN DE LA BASE Y TRASLADO DE BENEFICIOS) CONTRA EL FENÓMENO

Durante el siglo XXI la apertura de canales es aprovechada por ciertos agentes económicos, fundamentalmente empresas transnacionales con una elevada actividad global, para la reducción de la carga tributaria que soportan mediante el traslado artificial de sus beneficios a entornos de baja imposición.

Como consecuencia de lo anterior, en el año 2013 el famoso grupo de los 20, también llamado foro G20, constituido por 20 países con las economías más potentes del mundo, incluido México, propuso un impulso político para regular la fiscalidad internacional, mediante el Plan de Acción Contra la Erosión de la Base Imponible (BEPS por sus siglas en inglés) consumado por la OCDE, siendo la Unión Europea su principal impulsor.

Es de cuestionarse que los demás países miembros no se hayan manifestado ante tal situación, no obstante, se asume que fue la crisis global uno de los factores dominantes para evitar cuestionar el papel de los gobiernos en el orden fiscal internacional.

Es fundamentalmente la crisis la que está promoviendo los esfuerzos conjuntos para la renovación de los cimientos de la arquitectura de la fiscalidad internacional, a fin de adecuar sus principios y finalidades a una economía global justa y equitativa para todos los operadores económicos.

En ese sentido, ha sido la necesidad de obtener grandes índices de recaudación para mejorar la economía de los países y así hacer frente a las políticas públicas de los gobiernos, lo que ha impulsado iniciativas como dicho plan BEPS que posibiliten el control del logro de una efectiva justicia tributaria.

La principal finalidad del BEPS, es recoger prácticas de planificación fiscal ciertamente agresivas con las que compañías de un determinado perfil internacional han tratado en los últimos años de minorar de manera artificial las bases imponibles correspondientes a los impuestos de los países en los que tienen presencia, mediante el trasladado de beneficios a territorios o jurisdicciones de baja o nula tributación en los que además realizan poca o ninguna actividad<sup>8</sup>.

El BEPS tiene como reto combatir 15 realidades sociales a nivel internacional, cuyo contenido considera lo siguiente:

ACCIÓN 1. Desafíos fiscales derivados de la digitalización.

ACCIÓN 2. Neutralizar los efectos de los arreglos de desajuste híbrido.

ACCIÓN 3. Empresa extranjera controlada.

ACCIÓN 4. Limitación de las deducciones de intereses

ACCIÓN 5. Prácticas fiscales nocivas.

ACCIÓN 6. Prevención del abuso de los tratados fiscales.

ACCIÓN 7. Estado de establecimiento permanente.

ACCIONES 8-10. Precios de transferencia.

ACCIÓN 11. Análisis de datos BEPS.

ACCIÓN 12. Reglas de divulgación obligatorias.

ACCIÓN 13. Informes país por país.

ACCIÓN 14. Procedimiento de acuerdo mutuo.

ACCIÓN 15. Instrumento multilateral<sup>9</sup>

Estas acciones globales son monitoreadas por la OCDE «a fin de adecuar las reglas del juego de la fiscalidad internacional, obsoletas, desacompañadas y facilitadoras de la deslocalización artificiosa de beneficios, a la realidad de dicha economía y sociedad global; movimientos que, en paralelo, con objetivos similares y de ma-

<sup>8</sup> Véase en [http://www.legaltoday.com/practica-juridica/fiscal/fiscalidad\\_internacional/efectos-del-plan-beps-de-la-ocde-en-las-jurisdicciones-fiscales-de-la-union-europea](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/fiscal/fiscalidad_internacional/efectos-del-plan-beps-de-la-ocde-en-las-jurisdicciones-fiscales-de-la-union-europea) consultado el día 8 de septiembre de 2019

<sup>9</sup> Véase en el sitio oficial web de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/> consultado el 23 de agosto de 2019

nera coercitiva en muchos casos, se están produciendo también en el ámbito de la UE, con el impulso de la Comisión Europea»<sup>10</sup>.

En cuanto a los informes finales de cada una de las Acciones del Plan BEPS incluyen recomendaciones para el desarrollo de cambios significativos en puntos clave de la estructura fiscal internacional, como son la revisión de las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia, del Modelo de CDI de la OCDE, así como de algunas disposiciones de derecho doméstico de especial incidencia en las operaciones transnacionales.

Una vez publicados los informes definitivos en octubre de 2015, la responsabilidad de decidir sobre la aplicación e implementación de las medidas propuestas por la OCDE pasó a ser de las distintas jurisdicciones fiscales, no obstante, es claro que los efectos en caso de no acatar las referidas recomendaciones se verán reflejadas en la economía de los Estados, dado que los organismos internacionales ejercen una gran influencia sobre las decisiones políticas que deben tomar los gobiernos.

Asimismo, nos encontramos en la era post-BEPS, ya que en 2016 dieron comienzo los procesos de peer review (revisión entre regímenes homólogos) para asegurar que las acciones identificadas se estaban implementando por cada una de las distintas jurisdicciones de manera efectiva de acuerdo al estándar acordado.

Dicha Comisión ha aprobado diversas recomendaciones que aunque no tienen fuerza vinculante tienen gran relevancia y ponen de manifiesto la orientación de la política comunitaria en materia de planificación fiscal agresiva, cuyo objetivo es, impedir que por aplicación de los convenios de doble imposición, resulte una ausencia de tributación sobre un determinado ingreso<sup>11</sup>.

Otra de sus recomendaciones, relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal, la cual señala una serie de medidas que deberían aplicarse en las relaciones con terceros países que no cumplan las normas fiscales, refiriéndose a los paraísos fiscales.

Bajo esta perspectiva, es importante hacer una breve reflexión en cuanto al BEPS, pues consideramos que constituye un grave riesgo en cuanto a la soberanía fiscal y la equidad tributaria de muchos países.

<sup>10</sup> Véase en [http://www.legaltoday.com/practica-juridica/fiscal/fiscalidad\\_internacional/efectos-del-plan-beps-de-la-ocde-en-las-jurisdicciones-fiscales-de-la-union-europea](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/fiscal/fiscalidad_internacional/efectos-del-plan-beps-de-la-ocde-en-las-jurisdicciones-fiscales-de-la-union-europea) consultado el día 8 de septiembre de 2019

<sup>11</sup> Ídem

Si bien existen numerosas formas de disminuir las bases imponibles dentro de cada jurisdicción, una fuente significativa de la erosión es el traslado de beneficios al exterior, lagunas e inconsistencias existentes en la normatividad del derecho fiscal internacional, es lo que permite a las multinacionales disminuir su carga impositiva y trasladar beneficios hacia otras jurisdicciones con sistemas tributarios laxos<sup>12</sup>.

Sin duda, esto conlleva una afectación casi irreparable a la confianza en la integridad del sistema fiscal, considerando los tiempos de consolidación fiscal y de dificultades económicas y sociales a las que se enfrentan hoy en día diversos países. Implica a su vez, el rechazo de los ciudadanos a su sistema fiscal por el hecho de consentir que se eludan legalmente obligaciones fiscales.

Esto se ha convertido en una prioridad en la agenda política OCDE/G20, de la Unión Europea y, en especial, de la AEAT (Agencia Estatal de Administración Tributaria) española que ha puesto en marcha diversas iniciativas dirigidas a evitar las estructuras artificiosas que provocan una disminución drástica de la tributación.

#### 4. MÉXICO FRENTE A LA PLANIFICACIÓN FISCAL DE LAS TRANSNACIONALES

México fue uno de los países que aceptó incorporar las premisas impuestas por la OCDE en cuanto al combate de las prácticas fiscales agresivas, asimismo, los criterios fueron acatados incorporándose a la legislación interna no obstante falta lo más importante, su debida aplicación. Esto se debe a las condiciones reales sociológicas de nuestro país, pues falta la buena voluntad del contribuyente y su aceptación al cambio.

No obstante, el Servicio de Administración Tributaria se ha mostrado abierto a dichos cambios estructurales para combatir la evasión fiscal, pues su infraestructura tecnológica se muestra preparada para el intercambio electrónico de información

Nuestro país es uno de los más avanzados en la adopción del plan fiscal acordado entre miembros del G-20 para evitar que ciudadanos con cuentas en el extranjero evadan el pago de impuestos y que empresas multinacionales transfieran sus ganancias a países de baja tributación ha manifestado la OCDE.

Cabe traer a colación que 101 países participan y realizan cambios en sus marcos normativos para realizar un intercambio de información financiera de las per-

<sup>12</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios informes finales 2015, resumen informativo. Consultado el 1 de junio de 2019, véase en <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumen-informativo.pdf>, p 20.

sonas que tienen cuentas bancarias en el extranjero, y no pagan impuestos por las ganancias en su país de origen. De estos países, 50 naciones comenzarán con el intercambio de información en el próximo septiembre, algunos de los más destacados son México, Argentina, Francia, Alemania, India e Italia, Islas Cayman, Croacia, Isla del Hombre, Lituania y los Países Bajos<sup>13</sup>.

A partir de que comience el intercambio de información, si un mexicano tiene cuentas en las Islas Caimán, el gobierno lo informará a las autoridades mexicanas de forma automática a través del Reporte Común Estándar (CRS, por sus siglas en inglés), eliminando la necesidad de que los países soliciten esos datos de manera unilateral.

La recopilación de información que brindarán las multinacionales a los fiscos del país donde se encuentre su matriz, sería la primera etapa. En el caso de México, se espera una participación de 150 organizaciones que envíen tres declaraciones informativas al fisco (la maestra, la local y la de «país por país») referentes a sus ingresos, gastos y transferencias por ventas entre países, con la cual determinarán si cumplen con el pago correcto de sus obligaciones financieras en cada país en el que operan, de acuerdo a KPMG<sup>14</sup>.

Referimos una de las recomendaciones realizadas por la OCDE<sup>15</sup> a México, relativa a fortalecer la transparencia fiscal, mediante la creación de un consejo fiscal independiente que no pertenezca a ningún partido político, que su única función sea la de implementar los consejos que emite la organización cuyo único objetivo sea el crecimiento económico del país.

En ese sentido, acordamos dicha recomendación dado que la transparencia es el origen del éxito de cualquier gobierno. Si las acciones son transparentes funcionará en todos los ámbitos y, en consecuencia, crecerá su desarrollo social, comercial, económico, etc.

## 5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

PRIMERA. Los sistemas tributarios de cada país friccionan al no existir homologación de normas regulatorias dado que tienen políticas fiscales distintas, por ello que surgen vacíos legales que permiten que las transnacionales puedan planear

<sup>13</sup> Ídem

<sup>14</sup> Ídem

<sup>15</sup> Periódico El Financiero, consultado en <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/estas-son-las-recomendaciones-que-la-ocde-tiene-para-el-gobierno-de-amlo> consultado el 23 de agosto de 2019.



estrategias que disminuyan su carga tributaria vulnerando la economía de los Estados, restándoles recursos que deberían destinarse a servicios públicos.

SEGUNDA. La economía digital ha proliferado inevitablemente debido principalmente a los avances tecnológicos de los últimos años, esto ha facilitado que las empresas se expandan internacionalmente logrando ubicaciones geográficas distintas a las de sus consumidores. En consecuencia, esto ha influido satisfactoriamente a las multinacionales para que disminuyan su carga tributaria auxiliándose de la planificación fiscal.

TERCERA. La Unión Europea se ha consolidado como una potencia global influyente para el resto de los países miembros de la OCDE, pues ha sido uno de los precursores del Plan de Acción contra la Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (por sus siglas en inglés BEPS) más importante a nivel mundial.

# MÉXICO ANTE LA META 8.5 DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

IVÁN ALFREDO MONTES FLORES<sup>1</sup>  
MARTHA LOURDES CAMARENA RIVERA<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

**E**N EL PRESENTE TRABAJO se aborda un problema de atención prioritaria por las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo. Dicho problema es el desempleo.

Por la complejidad del tema, nos enfocamos en una vertiente específica, la obligación estatal derivada de la meta 8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Inclusive, no nos referimos a la totalidad de la meta, se excluye su segunda parte, es decir, la que se relaciona con las condiciones de trabajo.

En consecuencia, solamente se analiza la obligación del Estado de propiciar las condiciones necesarias para que, la persona que busque un empleo, pueda encontrarlo.

Para ello, se analiza la naturaleza de la Agenda 2030 y el diseño normativo de México para su aplicación interna.

<sup>1</sup> Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo por la UNAM, Maestro en Ciencias del Derecho por la UAS y estudiante de Doctorado en ciencias del Derecho en la UAS.

<sup>2</sup> Doctora en Derecho y Profesora e Investigadora de la Universidad Autónoma de Sinaloa, Integrante del Cuerpos Académico de Derecho Constitucional CA-187. Consolidado, Integrante del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I, 2015-2018, Integrantes del Sistema Sinaloense de Investigadores, Perfil PROMEP.marthacamarena4@hotmail.com

## 2. LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

El 25 de septiembre de 2015 fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la resolución 70/1, titulada «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible».

Esta Agenda consta de diecisiete objetivos de desarrollo sostenible. A su vez, cada objetivo se integra por metas, mismas que se clasifican en dos tipos: las que implican una aspiración a cumplir y las que indican acciones específicas a implementar para lograrlo. Las primeras se identifican con números y las segundas con letras.

Los objetivos no constituyen un convenio internacional, sino una resolución emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que contiene una estrategia global para combatir los principales problemas que enfrenta la humanidad. En ese sentido, dicho documento no requiere la aprobación del Senado de la República para vincular el actuar del gobierno mexicano<sup>3</sup>. Sin embargo, en el párrafo 59 de la propia resolución se reconoce que cada país dispone de diferentes enfoques, visiones de futuro, modelos e instrumentos para lograr el desarrollo sostenible, en función de sus circunstancias y prioridades nacionales.

Ante ello, debemos preguntarnos: ¿Es válido que un Estado invoque una diversa visión de futuro para incumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible? ¿Cada Estado contará con margen de discrecionalidad para ponderar a qué metas concederá prioridad? ¿Será posible obligar a un Estado a atender prioritariamente un problema que para él no lo es?

El párrafo 55 de la resolución indica que los Objetivos y sus metas son de carácter integrado e indivisible, de alcance mundial y de aplicación universal. Esta precisión pareciera negar la posibilidad de que un Estado invoque cuestiones de orden interno para soslayar las obligaciones derivadas de la resolución.

En cuanto al margen de discrecionalidad, pareciera que la resolución permite que el Estado identifique cuáles son su prioridades. No obstante, entiendo que, tratándose de acceso al empleo, dicha elección no será arbitraria, sino que será necesario un ejercicio de proporcionalidad, atendiendo a la interdependencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

<sup>3</sup> Se considera que las resoluciones emitidas por la Asamblea General pueden alcanzar un efecto normativo capaz de originar derechos y obligaciones para los Estados. No solamente por la buena fe que rige las relaciones internacionales, sino por tratarse de una expresión autorizada de las obligaciones contenidas en los tratados constitutivos. Juste Ruiz, José, *et al*, *Lecciones de derecho internacional público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 111 y 112.

### 3. LA META 8.5

El objetivo número 8 de la Agenda 2030 se titula «Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos». Para la ciencia económica, el crecimiento económico y el desempleo representan indicadores que determinan la situación de un país, al tener una relación inversamente proporcional. A mayor crecimiento económico, menor desempleo. La inflación es el tercer indicador relevante.

El objetivo que nos ocupa se conforma por diez metas, a las que se agregan dos acciones específicas identificadas como a y b. De estas metas, nos centramos en la número 5 que indica: «De aquí a 2030, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor».

La meta se divide en dos vertientes: una, que se refiere al desempleo; y otra, que se enfoca en las condiciones laborales de quienes ya cuentan con un empleo.

En este trabajo, nos interesa analizar las obligaciones estatales para «lograr el empleo pleno y productivo». Es decir, el combate al desempleo.

Si atendemos a la obligatoriedad de la resolución, cada una de las tres funciones tradicionales del poder público en México debería contribuir a lograr el empleo pleno y productivo de manera progresiva. O bien, justificar la decisión de atender prioritariamente otros problemas, en detrimento de este.

En cuanto a la vertiente internacional, el principal organismo encargado de implementar programas y velar por el cumplimiento de la meta 8.5 será la Organización Internacional del Trabajo. En la propia agenda 2030, se precisó que las agencias internacionales proporcionarían apoyo de diversas índoles a los países que lo solicitaran.

Con estas bases, ¿México estará obligado a adherirse a los programas de apoyo implementados por la OIT para combatir el desempleo? Es probable que dichos programas también adquieran la forma de resolución emitida por la Conferencia Internacional del Trabajo. De ser así, la obligación nacería aun sin la voluntad del Estado.

Sin embargo, la Agenda precisa que se proporcionará apoyo a los países que lo soliciten. Esto parecería indicar que, si México no lo solicita, no podría ser obligado a recibir apoyo.

De acuerdo con información obtenida a través de la Plataforma Nacional de Transparencia, hasta este momento no existe algún programa implementado por la OIT, en relación con la meta 8.5, al que se haya adherido nuestro país. Tampoco se le ha solicitado apoyo técnico o financiero para atender la problemática.

Hasta esta fecha, el único avance que existe sobre el tema es la firma, el 29 de febrero de 2019, de un Memorandum Tripartito de Entendimiento para la puesta en marcha del Marco de Cooperación Técnica de la Organización Internacional del Trabajo, «Programa de Trabajo Decente para México 2019-2024», con la Oficina de País de la OIT para México y Cuba.

Este instrumento fue firmado por la Secretaria del Trabajo y Previsión Social de México, representantes de organizaciones de empleadores y trabajadores, así como la Directora de País de la OIT para México y Cuba. Sin embargo, las mismas instituciones suscriptoras informan que no se ha iniciado acción alguna para la aplicación de dicho memorándum.

Las cifras oficiales de nuestro país indican que, en 2018, solamente el 57.6 por ciento de las personas en edad de trabajar se encontraba ocupada. En los hombres, el porcentaje de ocupación es de 74.9, mientras que en mujeres es de 42.0<sup>4</sup>.

La misma fuente indica una tasa nacional de 3.3 por ciento de desocupación. En este caso se cuantifica con base en las personas económicamente activas<sup>5</sup>.

Es importante precisar que tratándose de jóvenes, la tasa de desocupación se incrementa a 6.9 por ciento, por lo que se detecta cierta exclusión hacia ese sector de la sociedad.

#### 4. GARANTÍA DEL DERECHO AL EMPLEO EN SEDE INTERNA

La función legislativa es responsable de crear las condiciones primordiales para el cumplimiento en sede interna de los instrumentos internacionales. Esto se intenta principalmente mediante el ejercicio de dos facultades: la emisión de normas legales y la aprobación del presupuesto de egresos.

A través de normas legales se sientan las bases para el actuar de los demás poderes constituidos. Además de que se indica a la población cómo pueden exigir el cumplimiento de dichas normas.

Para el diseño normativo, el legislativo debe observar los compromisos internacionales adquiridos. Implica atender a la racionalidad jurídica formal a que se

<sup>4</sup> Sistema de Información de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, STPS, mayo de 2019. Consultable en: [agenda2030.mx](http://agenda2030.mx).

<sup>5</sup> Para la identificación como persona económicamente activa, no basta con encontrarse en edad de trabajar, sino que es necesario que dicha persona busque un empleo y no logre conseguirlo.

refiere Manuel Atienza<sup>6</sup>. Como ejemplo de esta racionalidad podemos citar las reformas a la Ley Federal del Trabajo donde se modificó la edad mínima para que los jóvenes puedan ser empleados legalmente. Hasta 2014 se permitía emplear a personas con 14 años cumplidos. Sin embargo, en junio de dicho año se reformó el artículo 123 de la Constitución. Mientras que en junio de 2015 México ratificó el Convenio número 138 sobre la edad mínima, donde se comprometió a evitar el empleo de personas menores de 15 años.

La reforma constitucional y la ratificación de dicho convenio obligó al Congreso de la Unión a modificar diversos artículos de la Ley Federal del Trabajo para establecer que la edad mínima para trabajar legalmente sería de 15 años.

Por otra parte, en fechas recientes fue muy comentado en medios de comunicación que los Estados Unidos de América y Canadá condicionaron a México para que aprobara las reformas legislativas en materia de justicia laboral si deseaba concretar los acuerdos del T-MEC.

En otro orden de ideas, la aprobación del presupuesto de egresos es una facultad exclusiva de la Cámara de Diputados a nivel federal y de los congresos unicamerales en las entidades federativas. Mediante el ejercicio de esta facultad los legislativos influyen de manera preponderante en la aplicación de políticas públicas tendientes a cumplir con compromisos internacionales.

En el presupuesto de egresos se determina de manera específica para qué fines serán destinados los recursos públicos. De tal suerte que si no se aprobó una partida presupuestal para cumplir con determinado compromiso internacional, difícilmente podrá ser garantizado por la función administrativa o jurisdiccional.

Es precisamente el aspecto presupuestal la principal justificación que exponen las instituciones públicas cuando la sociedad exige la satisfacción de determinada necesidad. En temas jurídicos es muy recurrente esta justificación cuando se demanda una mejor garantía de derechos sociales.

En el Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2019, se destinaron \$306,146,812.00, para el Programa de Apoyo al Empleo (PAE) y \$23,608,059.00, para la ejecución de los programas y acciones de la política laboral<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, pp. 32-36.

<sup>7</sup> Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2019, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 2018.

Además, se aprobaron \$17,720,000,000.00, para que la Secretaría del Trabajo ejecutara el programa Jóvenes Construyendo el Futuro<sup>8</sup>, cifra que se incrementó con diversas partidas a ejecutar por otras dependencias como la Secretaría de Educación Pública.

En relación con este programa se ha discutido si los becarios pueden considerarse empleados. Ciertas instituciones no incluyen a los beneficiarios como empleados para efectos estadísticos, mientras que el gobierno ha insistido en que tampoco son personas desocupadas.

Lo cierto es que los propios Lineamientos para la Operación del Programa Jóvenes Construyendo el Futuro<sup>9</sup> precisan que el becario no podrá tener, bajo ninguna circunstancia, la calidad de trabajador. Además, de considerarse empleados, serían empleados discriminados, puesto que no gozan de prestaciones legales.

Para el ejercicio fiscal 2020, la Cámara de Diputados aprobó, en el Presupuesto de Egresos, \$122,500,000.00, para el Programa de Apoyo al Empleo (PAE) y \$19,955,644.00, para la ejecución de programas y acciones de la política laboral<sup>10</sup>. Es decir, se redujo más del 50 por ciento los recursos correspondientes al primer rubro. ¿Armoniza esta decisión con las exigencias de la meta 8.5?

Es probable que con dicha reducción al presupuesto para el Programa de Apoyo al Empleo se actualice un supuesto donde la decisión gubernamental contraviene las exigencias de progresividad establecidas en la meta 8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Es importante precisar que la simple reducción de presupuesto a determinado rubro no necesariamente implica una medida regresiva. Sin embargo, tanto el Ejecutivo como el Legislativo deberían justificar dicha decisión, ya sea aduciendo la necesidad de priorizar otros temas, o bien, las diversas estrategias que compensarán la disminución de recursos.

En otro orden de ideas, recordemos que desde 1990 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que el Pacto, además de la realización progresiva de los derechos consagrados, impone obligaciones de efecto inmediato, como lo son: a) obligación de adoptar medidas poco después de la entrada en vigor del Pacto; b) garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación; c) aplicabili-

<sup>8</sup> Programa gubernamental mediante el cual se ofreció apoyo económico a jóvenes que desearan realizar prácticas en determinadas empresas, con la intención de que adquirieran experiencia para que pudieran acceder a un empleo en el futuro.

<sup>9</sup> Publicados en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 2019.

<sup>10</sup> Iniciativa publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, el 8 de septiembre de 2019.

dad inmediata de determinadas disposiciones por órganos judiciales y otros en los ordenamientos jurídicos internos; d) obligación general de buscar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos; e) obligaciones mínimas en relación con todos los derechos consagrados y, en caso de no cumplimiento, obligación de probar que se utilizó el máximo de los recursos disponibles (tanto en el plano nacional como mediante la cooperación y asistencia internacionales); f) en épocas de crisis económicas graves, de procesos de ajuste, de recesión económica, obligación de proteger a los sectores y miembros más vulnerables de la sociedad<sup>11</sup>.

Esto significa que el acceso al empleo, en su carácter de derecho social, representa para el Estado obligaciones de dos tipos: de efecto inmediato y de garantía progresiva. Por lo anterior, es importante preguntarnos, ¿México ha cumplido con sus obligaciones de efecto inmediato en relación con el acceso al empleo? ¿Aplica la progresividad al momento de definir políticas públicas?

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha clasificado las obligaciones derivadas del Pacto en tres tipos: proteger el núcleo esencial del derecho, realizar progresivamente el alcance del derecho y no adoptar injustificadamente medidas regresivas<sup>12</sup>.

En cuanto al contenido esencial de los derechos sociales, la Corte sostuvo que impone la obligación de garantizarlo en forma inmediata, debido a que su violación ataca directamente a la dignidad personal<sup>13</sup>.

Ahora bien, el empleo pleno a que se refiere la meta 8.5 debe asumirse como una aspiración de realización progresiva. Para ello, es necesario diseñar políticas públicas que contribuyan a su cumplimiento. Por tal motivo, no considero que la reducción al presupuesto en el rubro Programa de Apoyo al Empleo armonice con esta obligación. Al menos, si no se expone una justificación que supere el *test* de razonabilidad<sup>14</sup>.

Existe cierta controversia en relación con la posibilidad de que la validez de las políticas públicas sea examinada por la función jurisdiccional. No obstante, al resolver el amparo en revisión 566/2015 la Suprema Corte de Justicia determinó que

<sup>11</sup> CANÇADO TRINDADE, ANTONIO, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 119 y 120.

<sup>12</sup> Tesis: 1a. CXXII/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, septiembre de 2017, libro 46, t. I, p. 218.

<sup>13</sup> Tesis: 1a. CXXIV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, septiembre de 2017, libro 46, t. I, p. 217.

<sup>14</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que, para que una medida regresiva sea válida, es necesario que supere un *test* de razonabilidad. Tesis: 1a. CXXVI/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, septiembre de 2017, libro 46, t. I, p. 219.



sí es posible este control, principalmente cuando se analizan a la luz del principio de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, la misma Corte precisó que al valorar la validez de las políticas públicas los órganos jurisdiccionales deben ser deferentes con los poderes legislativos y ejecutivos<sup>15</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Ante el escenario planteado, considero que es necesario el inicio de acciones concretas para materializar el memorándum firmado el 29 de febrero de 2019. Es importante que las estrategias se reflejen en la realidad mediante políticas públicas que impulsen el acceso al empleo de todas las personas en condiciones de igualdad.

Si las acciones se reducen a simples acuerdos formales, nuestro país no estaría contribuyendo realmente a la consecución de la meta 8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, lo que podría implicar responsabilidad internacional.

Por otra parte, es importante que el Ejecutivo y Legislativo, al ser quienes intervienen de manera preponderante en la elaboración del presupuesto de egresos, comprendan la necesidad de justificar sus decisiones en materia de acceso al empleo, para efecto de que los argumentos sean valorados a la luz de las exigencias internacionales y de la progresividad.

Como se mencionó anteriormente, la simple reducción de recursos destinados a combatir el desempleo no necesariamente implica una medida regresiva. Sin embargo, la ausencia de argumentos que justifiquen la decisión, sí la convierte en una medida contraria a la progresividad y a la meta 8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Por otra parte, en sede interna, es probable que proceda una acción constitucional contra el Ejecutivo o el Legislativo por implementar medidas regresivas que no superan un *test* de razonabilidad.

Lo expuesto hasta aquí nos permite concluir que todos los órganos internos deben contribuir, en el ámbito de su competencia, a velar por el cumplimiento de los compromisos adquiridos por México en el escenario internacional. En sede interna, su incumplimiento puede implicar violación de derechos a los gobernados. En sede externa, existe la posibilidad de incurrir en responsabilidad que redundaría en afectaciones de diversa índole, derivadas del mundo globalizado del que formamos parte.

<sup>15</sup> Tesis: 1a. CXXV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, septiembre de 2017, libro 46, t. I, p. 217.

# EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

KARLA ORTEGA FLORES<sup>1</sup>  
CARLOS FRANCISCO CAMERO RAMÍREZ<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las batallas más prolongadas en la evolución del ser humano es la lucha por el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, temas que aún no han sido agotados, a medida que surgen fenómenos sociales, se incorporan nuevas prerrogativas constitucionales.

Los derechos fundamentales en cualquier de sus directrices, dan cabida para realizar investigaciones por ser temas de gran importancia para la preservación de la dignidad humana. Es por ello que en el presente artículo pretendemos realizar el estudio del derecho a la información, cuya naturaleza faculta al ciudadano para solicitar y recibir información veraz, clara y oportuna de la actuación del Estado y las instituciones que reciben recursos del erario público.

El derecho en estudio concretiza la vida democrática de un país, trata de contrarrestar el desvío de recursos públicos y el autoritarismo, mediante la publicidad del

<sup>1</sup> Maestra en Ciencias del Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa (UAS), estudiante del Doctorado en Ciencias del Derecho del Programa Nacional de Posgrados de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) en la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UAS.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho y Profesor e Investigador Tiempo Completo Titular «C» adscrito a la Facultad de derecho Culiacán de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Miembro del Cuerpo Académico Consolidado de Derecho Constitucional.

actuar del Estado<sup>3</sup>. Dicha prerrogativa es reconocida en el artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En palabras del jurista Jorge Carpizo, es el derecho fundamental de toda persona a informar y estar informada<sup>4</sup>, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública. Su mayor objetivo es dar difusión a la información de manera completa y oportuna haciéndosele llegar de manera institucional al ciudadano.

En ese sentido, el presente artículo expone los antecedentes que dieron origen al derecho a la información en México, su evolución, la creación de su marco jurídico, y derivado de su legislación, la implementación de los principios rectores que dan las pautas para garantizar el acceso a la información, los órganos garantes y su utilidad. Nuestro objetivo es conocer la evolución del derecho a la información y los antecedentes externos que dieron origen a su reglamentación y la creación de la norma secundaria federal, así mismo puntualizar la creación de los órganos garantes responsables de hacer efectiva la presente prerrogativa, analizar los principios que marcan los lineamientos para su garantía y por último analizar la importancia de la participación ciudadana para su efectividad.

## 2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN MÉXICO

El derecho de acceso a la información pública es una prerrogativa reconocida constitucionalmente, derecho que ha tenido un papel muy importante en los sistemas democráticos modernos, debido a su función principal que es transparentar la actuación de las instituciones gubernamentales que conforman la administración de un país.

Antes de iniciar el estudio de la situación actual cabe destacar que el derecho en estudio no es un derecho reconocido recientemente, puesto que en México fue producto de las reformas constitucionales de 1977, en ese tenor es necesario estudiar de manera breve como fue su desarrollo a través de la historia, manifestando los acontecimientos que dieron impulso a su reconocimiento como derecho fundamental.

<sup>3</sup> TENORIO CUETO, Guillermo A. «El Derecho de acceso a la información en Iberoamérica y su concreción como garantía constitucional. El caso mexicano», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, mayo, 2017, núm. 17, p. 79-99.

<sup>4</sup> CARPIZO, Jorge y VILLANUEVA, Ernesto. *El derecho a la información. propuestas de algunos elementos para su regulación en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

La Constitución Federal de 1917 estableció las libertades de expresión, de imprenta, así como el derecho de petición, en sus artículos 6º, 7º y 8º, respectivamente<sup>5</sup>. La libertad de expresión implica la libre manifestación de las ideas, mientras que la libertad de imprenta establece la facultad del individuo de manifestarse a través de la publicación de ideas, por último, el derecho de petición como la prerrogativa del ciudadano para petitionar la solución de alguna situación. Sin embargo, a pesar de que ya se hablaba de derechos relacionados con la libre expresión de ideas, en dicha constitución no se contemplaba al acceso a la información como derecho.

Fue en el año de 1977, cuando el derecho a la información apareció por primera vez en la reforma constitucional, al agregarse al artículo 6 constitucional la leyenda: «El derecho a la información será garantizado por el Estado». Dicha reforma buscaba todo excepto el acceso a la información. Fue una época en donde no se conocía cual era la razón de ser de este derecho. Debido que, al interpretarse el enunciado citado, quedó limitado solo a los partidos políticos de publicitar su plataforma política en medios de comunicación<sup>6</sup>.

Hasta finales de la década de los años 90, el tema del derecho de acceso a la información y la necesidad de una norma secundaria que regulara y normara el procedimiento se incluyó en la agenda política<sup>7</sup>. La necesidad de una ley reglamentaria que estableciera los sujetos, objeto, principios, procedimiento y órganos garantes, fue un tema controversial debido a que diversos sectores de la población se opusieron a ella, sobre todo medios de comunicación, porque consideraban que serían limitados en su libertad de expresión, al regularse el acceso a la información. Sin embargo, los debates legislativos, el dictamen de la Cámara de Diputados y Senadores, así como la ubicación del precepto en el capítulo primero de la norma fundante, manifestaban el nacimiento de la reglamentación de un derecho que ya existía, pero no había manera de hacerse efectivo debido a la falta de un procedimiento para su cumplimiento.

En junio de 2002, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, entrando en vigor el día siguiente de su publicación, dicha legislación contemplaba: la clasificación y manejo de la información; excepciones al principio de publicidad, el procedimiento para solicitar información, y órganos garantes.

<sup>5</sup> PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Transparencia y acceso a la información en el Poder Judicial de la Federación*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

<sup>6</sup> TENORIO CUETO, Guillermo A. *Transparencia y acceso a la información: los casos difíciles*. México: Universidad Panamericana, 2014.

<sup>7</sup> PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *op. cit.* p.21.

Se estableció la creación del Instituto Federal de acceso a la Información (IFAI), como órgano de la administración pública siendo su objetivo es promover y difundir el ejercicio del derecho a la información; resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades<sup>8</sup>.

Posteriormente, ante la reforma constitucional en materia de transparencia y en el entendido de la construcción de la ley reglamentaria, se plantea la necesidad de diseñar una nueva ley secundaria en el tema de acceso a la información en el orden federal, legislación que se ve cristalizada con la publicación de la Ley Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la primera Publicada en el Diario Oficial de la Federación en el año de 2015 y la ley federal el año siguiente, quedando abrogada la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental de 2002.

La legislación de Transparencia y Acceso a la Información Pública, tiene como objetivo de garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal

Derivado de la abrogación de la legislación anterior desaparece el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) y se estructura el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) órgano garante del derecho de acceso a la información y entre sus obligaciones se encuentra garantizar el acceso a la información en manos de cualquier autoridad en el ámbito federal, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos, fondos públicos y sindicato; o cualquier persona física, moral que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad<sup>9</sup>.

### 3. MARCO NORMATIVO

El derecho a la información es una prerrogativa del ciudadano, su objetivo es dar a conocer a la sociedad el actuar gubernamental, su función es servir como instrumento para la transparencia y rendición de cuentas de los servidores públicos.

<sup>8</sup> CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C. *¿Qué es el IFAI?* [en línea]. [Consulta: 5 de septiembre de 2019]. Disponible en web: <https://rendiciondecuentas.org.mx/que-es-el-ifai/>

<sup>9</sup> INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. *¿Qué es el INAI?* [en línea]. [Consulta: 15 de septiembre de 2019]. Disponible en web: <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/que-es-el-inai.aspx>

El derecho en estudio es regulado por el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señalando lo siguiente:

A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación y las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones...

El citado numeral constitucional manifiesta las obligaciones de toda entidad pública en México, entre las más importantes se establece la documentación de todo acto que derive de sus facultades, lo que representa un avance para la efectividad del derecho de acceso a la información, porque al tener evidencia de todo lo actuado, se tendrá más facilidad para dar respuesta a solicitudes de información recibidas.

Lo anterior muestra un gran avance para la consolidación de la transparencia mexicana, para Sergio López Ayón, la instauración del citado numeral fija el criterio de máxima publicidad como principio de interpretación para todas las autoridades, administrativas o jurisdiccionales y legislativas. Reconoce la importancia de la documentación es decir las decisiones tomadas por los entes públicos deberán quedar documentadas de manera fiel a la forma en que se realizaron y deberán ponerse a disposición del público<sup>10</sup>.

La importancia del precepto constitucional en estudio recae en disminuir la cultura de la discrecionalidad, el ocultamiento de información, el aumento de la transparencia y rendición de cuentas<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> LÓPEZ AYÓN, Sergio, *El derecho a la información como derecho fundamental*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

<sup>11</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro, *El derecho de acceso a la información en la constitución mexicana*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2008.

En la actualidad, el sistema jurídico mexicano sitúa al derecho de acceso a la información como derecho humano, a partir de las reformas de 2011, modifica la denominación del capítulo I, del título primero. De denominarse «De las garantías individuales» ha pasado a denominarse «De los derechos humanos y sus garantías». cabe destacar que a raíz de la reforma los tratados internacionales retoman importancia constitucional, al incorporarse a nuestra carta magna la leyenda «En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte»...

En ese sentido, México al ser firmante del pacto San de José retoma lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo que ha sostenido, la importancia del derecho de acceso a la información cuya finalidad recae en la consolidación de una sociedad democrática, plural y participativa de las actuaciones de los órganos de gobierno al señalar que: éstos pueden cuestionar, indagar y considerar si está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas<sup>12</sup>.

Por lo tanto, el acceso a la información forma una parte importante en nuestro Estado democrático de derecho, cuya posibilidad de obtener informaciones de toda índole en poder del gobierno permite que el gobernado conozca y critique toda actuación estatal.

Respecto al tema legislativo, el derecho de acceso a la información se encuentra regulado por la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la primera publicada en el Diario Oficial de la Federación en el año 2015 y la segunda en 2016, legislaciones que tiene por objetivo proveer lo necesario en el ámbito federal, para garantizar el derecho de acceso a la Información Pública en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos federales o realice actos de autoridad, en los términos previstos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

En cuanto al ámbito local, el estado de Sinaloa reglamenta el derecho de acceso a la información en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Sinaloa, publicada en la Edición Vespertina del Periódico Oficial del

<sup>12</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, [en línea]. [Consulta: 20 de septiembre de 2019]. Disponible en web:[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)

Estado de Sinaloa el 4 de mayo de 2016, misma que norma de similar manera a lo establecido por la legislación general de la materia.

#### 4. CONCEPTUALIZACIÓN

El concepto de información en su más natural acepción emitida por la Real Academia de la Lengua Española, lo considera como la expresión o adquisición de datos pertenecientes a cualquier materia, que implique ampliar los conocimientos que ya se tienen sobre ésta.

De similar forma, pero ahora adentrándonos a la información como derecho, es necesario puntualizar algunas acepciones:

Información pública. Toda aquella de orden público e interés social relativa a la función de la autoridad, y que, de cualquier forma, directa o indirectamente, posee, administra, controla, produce o concesiona, independientemente de que se encuentre en poder de un particular, que cumpla o no funciones de autoridad, o ejerza o no gasto público<sup>13</sup>.

El Derecho a la información es definida como una rama del derecho público que tiene como objeto de estudio al derecho a la información<sup>14</sup>.

Derecho de acceso a la información pública. Ernesto Villanueva lo define como la prerrogativa de la persona para acceder a datos, registros y todo tipo de informaciones en poder de entidades públicas y empresas privadas que ejercen gasto público o cumplen funciones de autoridad, con las excepciones taxativas que establezca la ley en una sociedad democrática<sup>15</sup>.

De lo expuesto anteriormente, se observa que las diversas acepciones relativas a la información visto como derecho enmarcan una serie de elementos que lo conforman, para llegar a concluir que es una prerrogativa inherente al ser humano con la que se está en aptitud de acceder o ingresar a las bases de datos en poder de los órganos del Estado, además, a emitir o recibir informaciones de toda índole sin limitación de fronteras más que las limitaciones legalmente expresadas en la normativa mexicana.

<sup>13</sup> MINUTTI ZANATTA, Rubén. *Acceso a la información pública y a la justicia administrativa en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

<sup>14</sup> VILLANUEVA, Ernesto. *Derecho de la información*. México: Cámara de Diputados LIX Legislatura Universidad de Guadalajara-Miguel Ángel Porrúa, 2006.

<sup>15</sup> VILLANUEVA, Ernesto. «*Derecho de acceso a la información y organización ciudadana en México*». *Alegatos*. núm. 50, enero-abril de 2002.



## 5. PRINCIPIOS RECTORES

Los principios son muy importantes para todo régimen democrático, puesto que es necesario que las autoridades emitan sus actuaciones conforme a aquellos, para que pueda resultar así la consolidación de un Estado de derecho.

En ese sentido, el derecho a la información cuenta con principios rectores propios que sirven de base para el correcto ejercicio de esta prerrogativa.

La palabra principio, tiene su origen etimológico en el latín *principium*, que significa comienzo o primera parte. Dicha palabra tiene distintas acepciones de acuerdo al contexto en que es utilizado, de tal forma que ésta puede significar: base, fundamento u origen del ser, entre otras. Luego cuando nos referimos a rector, que rige o gobierna, hacemos énfasis a lo que conduce, dirige, orienta, determina o maneja<sup>16</sup>.

Dicho lo anterior, señalamos los principios rectores del derecho a la información establecidos en el artículo 6º Constitucional, así como en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, reglamentaria del arábigo señalado, entre su entramado legislativo concibe diversos principios, sin embargo consideramos que los principios primordiales para garantizar el derecho de acceso a la información son: el principio de transparencia, y máxima publicidad, pues que sin su efectividad la información no podría ser conocida por quien la solicita. En ese tenor definimos de manera breve los siguientes principios:

### A. Principio de transparencia

La transparencia implica que toda la información o cúmulo de datos que la administración pública posee, esté disponible al ciudadano sin obstáculos, libre de toda manipulación, sea completa, oportuna y entendible para todos<sup>17</sup>.

En ese sentido podemos señalar que el principio de transparencia consiste en la obligación del Estado como ente garantizador del derecho de acceso a la información, de proporcionar la información libre de manipulación, es decir, ésta debe ser veraz y confiable sin modificación alguna, lo que significa, brindar la totalidad de los datos que el gobernado haya solicitado, de manera oportuna y entendible, que la información corresponda a la petición y que sea proporcionada de manera entendible.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ BECERRIL, Rigoberto. *El derecho de acceso a la información en México, su ejercicio y medios de impugnación*. México: Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, 2009.

<sup>17</sup> SOTO GAMA, Daniel. *Principios generales del derecho a la información*. México: Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, 2010.

## B. Principio de máxima publicidad

El principio de publicidad o de máxima publicidad, es concebido por algunos juristas como la obligación del Estado de publicar por cualquier medio de comunicación, la mayor cantidad de información que tiene a su resguardo, a fin de que el ciudadano, tenga a su disposición la información que considere importante para la toma de decisiones<sup>18</sup>. En otras palabras el principio de máxima publicidad es el deber del Estado de difundir de forma proactiva la información que tiene a su resguardo, facilitando su difusión ante la sociedad.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el principio de máxima publicidad, como principio rector para garantizar el acceso de la ciudadanía a la información pública, principio que obliga a las autoridades a buscar la mayor publicidad de la información<sup>19</sup>. Dicho principio no es absoluto puesto que la legislación señala diversos temas en los que la información pública podrá ser considerada como reservada o confidencial.

## 6. ÓRGANO GARANTE

El Instituto Nacional de Acceso a la Información conocido como INAI, es el organismo constitucional autónomo garante del cumplimiento de dos derechos fundamentales: el de acceso a la información pública y el de protección de datos personales<sup>20</sup>. Su función es garantizar que cualquier autoridad en el ámbito federal, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos, fondos públicos y sindicato; o cualquier persona física, moral que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad proporcione la información solicitada, mientras que el segundo, garantiza el uso adecuado de los datos personales, así como el ejercicio y tutela de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que toda persona tiene con respecto a su información.

El INAI, tiene como principales objetivos: garantizar el óptimo cumplimiento de los derechos de acceso a la información pública y la protección de datos personales; promover el pleno ejercicio de ambos derechos; Coordinar el Sistema Nacional de Transparencia y de Protección de Datos Personales, para que los órga-

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>19</sup> HERNÁNDEZ, María y ALVAREZ, Juan. *La transparencia y el derecho de acceso a la información en México*. México: Tirant lo Blanch, 2015.

<sup>20</sup> INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. *¿Qué es el INAI?* [en línea]. [Consulta: 22 de septiembre de 2019]. Disponible en web: [http://fenix.padregeek.com.mx/?page\\_id=1626](http://fenix.padregeek.com.mx/?page_id=1626)

nos garantes establezcan, apliquen y evalúen acciones de acceso a la información pública y protección de datos personales<sup>21</sup>.

Órgano garante que está integrado por siete Comisionados, que para su nombramiento es necesario que la cámara de senadores, previa realización de una consulta a la sociedad, y a propuesta de los grupos parlamentarios y con el voto de las dos terceras partes de los senadores presentes en la sesión, se nombrará a los comisionados. (artículo 6, apartado A, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Para hacer efectivo el derecho de acceso a la información, el gobernado podrá realizar su solicitud de forma personal ante la unidad de transparencia correspondiente o por la plataforma de transparencia (INFOMEX)<sup>22</sup>, para la recepción de la solicitud, trámite y entrega de la información.

De acuerdo al artículo 125 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información, para presentar una solicitud no se podrán exigir mayores requisitos que los siguientes:

- a) Nombre o, en su caso, los datos generales de su representante;
- b) Domicilio o medio para recibir notificaciones;
- c) La descripción de la información solicitada;
- d) Cualquier otro dato que facilite su búsqueda y eventual localización;
- e) La modalidad para entrega de información podrá ser verbal, siempre y cuando sea para fines de orientación, mediante consulta directa, la expedición de copias simples o certificadas o la reproducción en cualquier otro medio, incluidos los electrónicos;

Los requisitos señalados en el inciso a) y d) serán proporcionados por el ciudadano de forma opcional, así como cuando se trate de una solicitud mediante la plataforma de transparencia no es indispensable señalar domicilio o medio para recibir notificaciones, en el entendido que al presentarse la solicitud por medios electrónicos se entenderá que acepta que las notificaciones sean efectuadas mediante la plataforma.

La respuesta a la solicitud deberá ser notificada al interesado en el menor tiempo posible, que no podrá exceder de veinte días, contados a partir del día siguiente

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

<sup>22</sup> PLATAFORMA NACIONAL DE TRANSPARENCIA. *infomex* en línea]. [Consulta: 2 de octubre de 2019]. Disponible en web: <https://www.plataformadetransparencia.org.mx/web/guest/inicio>

a la presentación de aquélla. Sin embargo, el órgano garante podrá solicitar una prórroga para dar contestación hasta por diez días más, siempre y cuando existan razones fundadas y motivadas, las cuales deberán ser aprobadas por el Comité de Transparencia, mediante la emisión de una resolución que deberá notificarse al solicitante, antes de su vencimiento.

En caso de que el sujeto obligado incumpla, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información señala medidas de apremio y sanciones que serán aplicadas cuando el derecho de acceso a la información sea vulnerado por los sujetos obligados infractores:

Entre las medidas de apremio la ley señala: amonestación pública y multa de ciento cincuenta hasta mil quinientas veces la Unidad de Medida y Actualización y cuando se presente la comisión de un delito el INAI Instituto deberá denunciar los hechos ante la autoridad competente.

## 7. UTILIDAD DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

El derecho de acceso a la información es una prerrogativa de naturaleza bilateral entre el ciudadano que solicita información y el sujeto obligado que da respuesta a la solicitud planteada. Para que el derecho en estudio sea efectivo y útil para la consolidación de la democracia de un país, es de suma importancia la participación ciudadana mediante la inquietud de conocer el actuar de los entes que reciben recursos del erario público.

Por lo anterior es necesario que el órgano garante conocido como INAI, redoble esfuerzos en cumplir con una de los objetivos que enmarca la ley de la materia, mediante la promoción en el ejercicio del derecho de acceso a la información, pues es necesario que el gobernado cuente con la cultura y los medios necesarios para poder ejercer esta preciada prerrogativa. Resulta importante que la sociedad conozca este derecho y lo ejerza.

La ciudadanía debe estar consiente que la información pública le pertenece y constituye una herramienta para consolidar la democracia, en donde la población participa de forma informada en la toma de decisiones. La participación ciudadana es el mejor medio de transformación, mediante el cual se cubriría el vacío de legitimidad que necesita en esta época la actividad administrativa de recursos públicos<sup>23</sup>.

23 LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *op cit.*, p. 58

## 8. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho de acceso a la información, es la prerrogativa que tiene toda persona para solicitar y recibir información, clara veraz y oportuna en poder del Estado y entidades que realicen actividades con recursos del erario público.

La eficaz garantía del derecho de acceso a la información fortalece el Estado democrático de derecho, y proporciona al ciudadano el poder de tomar decisiones informadas en temas públicos.

Para la efectividad del derecho de acceso a la información, es importante la participación ciudadana, de esta depende el intercambio de información, es decir, es necesario la existencia de interés por parte del gobernado que solicita información y a su vez del sujeto obligado quien proporciona la información.

# DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI+: LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA EN LA REALIDAD JURÍDICA ESPAÑOLA ACTUAL

PABLO RAMOS HERNÁNDEZ  
*Doctorando. Universidad de Salamanca*

## 1. INTRODUCCIÓN

**E**N EL AÑO 2006, a petición de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, un grupo de 16 especialistas del mundo jurídico, académico y activista<sup>1</sup> elaboró el documento que fue presentado el 26 de marzo de 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Este texto se expuso como una carta global que los Estados deberían tener presente en relación a los derechos de las personas LGTBI+ bajo en nombre de «Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género».

Estos Principios no han sido establecidos como un tratado y, por tanto, son una declaración de intenciones, pero no constituyen ningún tipo de obligación. Aun así, esto no implica ningún problema para que este texto fuera, y siga siendo, un hito en la lucha por los derechos de las personas LGTBI+ y que esté repleto de amplísimas recomendaciones que los diferentes países pueden adoptar.

<sup>1</sup> Human Rights Watch, *World Report*, 2008, p. 36.

En las próximas páginas se intentará analizar este documento de una forma breve, debido al espacio, para comprobar qué situación jurídica existe en España con respecto a los diferentes derechos plasmados en los Principios de Yogyakarta.

Con este análisis se busca saber los campos de mejora que nuestro país posee en lo que respecta a las recomendaciones de este documento que, no olvidemos, fueron redactadas hace ya unos 13 años.

## 2. PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

Este documento está compuesto por una introducción, un preámbulo, veintinueve principios y unas recomendaciones adicionales.

### 2.1. INTRODUCCIÓN

En este breve texto introductorio básicamente se refleja el avance que algunos países han realizado en lo que a la protección de los derechos LGTBI+ se refiere, pero también deja presente que otros territorios mantienen grandes discriminaciones contra estas personas debido a su orientación o identidad.

Asimismo, presenta los Principios de Yogyakarta como una amplia carta para solucionar y cubrir los vacíos existentes y las violaciones de derechos humanos que se constatan previamente a la realización del documento.

Finalmente, esta introducción afirma una suerte de obligatoriedad en relación a los principios que precede. Esta aseveración se refleja en el deber de los Estados para proteger y plasmar diversos derechos humanos, siendo estos las bases de los principios del documento que se analiza.

### 2.2. PREÁMBULO

En este preámbulo se reflejan también algunas de las ideas que ya se encuentran en la introducción, especialmente la protección internacional de los derechos humanos que implica la defensa de los derechos de las personas LGTBI+.

Este texto también reconoce la violencia y discriminación que sufren las personas por motivo de su orientación e identidad en los diferentes Estados.

Además, refleja una suerte de definiciones de orientación sexual<sup>2</sup> e identidad de género<sup>3</sup> que deben comprenderse como el marco de precisión de todo el articulado de los Principios de Yogyakarta.

### 3. LOS 29 PRINCIPIOS

Cada uno de los principios de este documento se estructuran en dos partes claramente diferenciadas.

La primera es el texto en sí mismo en el que se refleja la idea del documento en relación a cada uno de los derechos de las personas LGTBI+ que los Principios de Yogyakarta desea referir.

La segunda parte implica una serie de recomendaciones para los diferentes Estados a la hora de cumplir con el precepto concreto. En el presente trabajo, debido al espacio, solo haremos referencia a estas recomendaciones en lo que España pueda mejorar.

#### 3.1. PRINCIPIOS 1 Y 2

Reflejan el derecho al pleno disfrute de los derechos humanos por parte de las personas LGTBI+, la igualdad ante la ley, el derecho a una igual protección y la prohibición legal de discriminación.

En cuanto a las recomendaciones dos de las existentes en el Principio 1 se refieren a la educación y a la integración de la orientación y la identidad en las políticas públicas. Estos aspectos son, en gran medida, trabajo pendiente.

La educación siempre es en España un tema controvertido en lo que se refiere a materias de orientación e identidad, lo cual carece de sentido puesto que el Estado tiene la obligación de educar en relación a los derechos humanos.

<sup>2</sup> Entendida por los Principios como «la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas».

<sup>3</sup> Definida por el texto como «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales».



Mientras tanto lo referente a las políticas públicas depende de cada gobierno y los temas relacionados con la diversidad y la igualdad son siempre los primeros en desaparecer por motivos ideológicos o económicos.

En cuanto a las recomendaciones del Principio 2 de nuevo se menciona la educación, lo que demuestra la importancia que se va a dar a la misma en este documento. Además, también se anima a promover todas las medidas legislativas en lo que se refiere a la eliminación de la discriminación y en este sentido hay que señalar que España necesita una ley estatal LGTBI+ y debemos abordar una ley trans que elimine de la legislación actual el transmedicalismo<sup>4</sup> existente en la actual Ley 3/2007, de 15 de marzo.

### 3.2. PRINCIPIO 3

Refleja el derecho a que la identidad de género y la orientación sexual se consideren como aspectos fundamentales de la autodeterminación de la personalidad, la dignidad y la libertad. Además, no se podrán utilizar derechos civiles como motivo para negar la identidad ni se podrá presionar o coaccionar para negar u ocultar la identidad o la orientación. Asimismo, prohíbe la obligación de someterse a procesos médicos para el reconocimiento legal de la propia identidad.

Es curioso que estos Principios son de 2007 y ese mismo año España aprueba la ya citada Ley 3/2007 en la que se establece la obligación que este Principio proscribiera.

### 3.3. PRINCIPIOS 4 Y 5

Se refieren al derecho a la vida, a la prohibición de la pena de muerte y a la protección frente a la violencia sufrida por cualquier motivo relacionado con la identidad o la orientación.

En lo que a las recomendaciones del Principio 5 se refiere España posee un problema: la protección de la ley existe, pero hay un claro desajuste respecto a la igualdad material. Además, en los últimos años los delitos de odio y los discursos discriminatorios contra personas LGTBI+ han aumentado y la labor de las Fuerzas

<sup>4</sup> El transmedicalismo implica una discriminación transfóbica que consiste en el tratamiento de la realidad trans mediante la medicina, como si de una enfermedad se tratase, obligando a las personas de este colectivo a obtener un diagnóstico de disforia de género (o cualquier otro nombre que pueda determinar la OMS). Llegando a considerar que quien no modifica quirúrgicamente su cuerpo no es «trans de verdad».

y Cuerpo de Seguridad del Estado y del poder judicial es insuficiente, cuando no directamente supone otra discriminación indirecta. En esto nuestro país aún tiene mucho trabajo que hacer.

#### 3.4. PRINCIPIO 6

Versa sobre el derecho a la privacidad y a no tener obligación a revelar la identidad de género y orientación sexual de cada persona.

#### 3.5. PRINCIPIOS 7, 8 Y 9

Refleja la prohibición de la detención por orientación o identidad de género y los derechos a tener información sobre el motivo del arresto, a pasar a disposición judicial, a tener un juicio justo y a un tratamiento digno para personas privadas de libertad, considerando la identidad y orientación primordiales para la dignidad.

Entre las recomendaciones se encuentra la formación de los operadores jurídicos y del funcionariado de prisiones en lo que se refiere a los derechos humanos, con referencia directa a la orientación sexual e identidad de género. Esto es algo en lo que no se ha realizado ninguna acción de importancia en España, así el poder judicial (y quienes trabajan en relación con él) y el personal que trabaja en las cárceles tienen un enorme desconocimiento de todo lo que tiene que ver con estas situaciones y circunstancias relacionadas con las personas LGTBI+.

Además, realiza diferentes recomendaciones para que la identidad de género y la orientación sexual sean tenidas en cuenta en las estancias en prisión y no puedan suponer motivo de agresión o discriminación. Este debate y las medidas que de él se deben subyacer se ha realizado en España solo superficialmente y debemos realizar medidas de mejora para que las personas en prisión no vean que su identidad u orientación supone un motivo para que su tiempo en la cárcel sea peor de lo que ya supone la propia privación de libertad.

#### 3.6. PRINCIPIO 10

Se refiere a la prohibición de torturas y penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes por orientación sexual o identidad de género.

En relación con las recomendaciones de este Principio, una vez más, tenemos una diferencia entre la igualdad formal y la igualdad material. Nuestra legislación ya prohíbe este tipo de tratamiento, considerándolos delitos de odio, pero la rea-

lidad es que a veces ocurren y en muchos casos o no se denuncian o no se actúa debidamente para eliminar estas actitudes.

Además, de nuevo, la formación al funcionariado (especialmente integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o personal de prisiones) en este campo ha sido completamente olvidada y muchas veces la empatía (o falta de ella) depende más de una cuestión personal que de la formación. Así, debemos abordar el tema educativo para todo este personal.

### 3.7. PRINCIPIO 11

Establece el derecho a la protección contra todas las formas de explotación, venta y trata de personas, con especial referencia a la identidad y orientación.

En lo referente a las recomendaciones nuestro país debería aumentar sus mecanismos de protección social para evitar estas circunstancias.

### 3.8. PRINCIPIOS 12 Y 13

Se refieren al derecho al trabajo digno y la protección contra el desempleo sin discriminación y el derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social.

### 3.9. PRINCIPIO 14

Refleja el derecho a un nivel de vida adecuado (agua potable, alimentación, sanidad y vestimenta) sin discriminación por identidad u orientación.

En este principio no hay discriminación para las personas LGTBI+, aunque es cierto que existe riesgo de pobreza en la misma dinámica que cualquier otra persona. Sería necesario, por tanto, garantizar estos servicios mínimos para toda la ciudadanía.

### 3.10. PRINCIPIO 15

Versa sobre el derecho a una vivienda y la protección contra el desalojo sin discriminación por orientación o identidad.

Igual que en el caso anterior, España debería realizar acciones generales para proteger estos derechos, puesto que cualquier persona (incluidas las LGTBI+) pueden ver que no se cumple este derecho.

### 3.11. PRINCIPIO 16

Establece el derecho a una educación sin discriminación.

En lo que a este Principio se refiere queda muchísimo por hacer. España no posee en los currículos ninguna estrategia para sensibilizar a la población sobre este tema. Además, la legislación deja en manos de organizaciones sin ánimo de lucro esta formación que, aunque hacen una labor encomiable, muchas veces no llegan a todas partes, mientras que el Estado debería cumplir con su deber de formar en igualdad y sensibilizar en estos temas.

Asimismo, la LGTBIfobia en las escuelas es un enorme problema que no se ha abordado como debería y que hace sufrir cada año a miles de jóvenes que sienten cómo su propio entorno en el colegio les discrimina.

### 3.12. PRINCIPIOS 17 Y 18

Reflejan el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, tanto salud física como mental, incluyendo la salud sexual y reproductiva sin discriminación y la protección contra abusos médicos, incluyendo «terapias» encaminadas a tratar o «curar» la identidad de género o la orientación sexual.

Como ya se ha dicho en anteriores epígrafes, la formación (en este caso al personal sanitario) en muchas ocasiones es un aspecto olvidado y que debe realizarse, puesto que difícilmente podrán tratar a las personas LGTBI+ debidamente si no conocen sus realidades.

Por su parte, tenemos un enorme déficit en tanto que las terapias encaminadas a «curar» la identidad u orientación no están prohibidas en España. Esto debe abordarse, necesariamente, en una futura ley estatal LGTBI+.

Además, alguna recomendación insta a que no sea posible médicamente imponer una identidad de género a ninguna persona. En este caso no podemos olvidar lo que ocurre con las personas intersexuales que, nada más nacer, sufren en ocasiones extirpación de las gónadas, reconstrucciones genitales u hormonación<sup>5</sup>.

### 3.13. PRINCIPIOS 19, 20 Y 21

Versan sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión, incluyendo la expresión de la identidad, el derecho de reunión y asociación, entre las que

<sup>5</sup> Vid. Ayuso, B. «Soy intersexual, no hermafrodita», *El País*, Madrid, 2016 [recuperado el 10/02/2020: [https://elpais.com/elpais/2016/09/17/actualidad/1474075855\\_705641.html](https://elpais.com/elpais/2016/09/17/actualidad/1474075855_705641.html)].

se especifican concretamente las organizaciones en relación con la orientación e identidad, y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión sin discriminación. Hace también referencia a que la libertad religiosa no puede utilizarse para dictar leyes que conculquen los derechos humanos por motivo de identidad de género u orientación sexual.

A pesar de las recomendaciones, en ciertas ocasiones en España el derecho a la libertad de expresión se utiliza para atentar contra los derechos de las personas LGTBI+.

#### 3.14. PRINCIPIO 22

Expresa el derecho a la libertad de movimiento sin discriminación.

#### 3.15. PRINCIPIO 23

Establece el derecho a procurar asilo y la prohibición de expulsión a toda persona que pueda sufrir tortura, persecución o cualquier pena o trato cruel, inhumano o degradante por su orientación sexual o identidad de género.

En lo referente a nuestro país, y en relación a las recomendaciones de este Principio, debemos realizar medidas para que esto se cumpla, puesto que a veces se realizan resoluciones sobre peticiones de asilo en las que se deniega atendiendo a que si la persona solicitante cumple con un principio de discreción (que no es otra cosa que ocultar su identidad u orientación) puede vivir en su país, como por ejemplo lo ocurrido en este sentido en 2016<sup>6</sup>.

#### 3.16. PRINCIPIO 24

Refleja el derecho a formar una familia sin discriminación y la existencia de la diversidad en cuanto a las unidades familiares se refiere.

#### 3.17. PRINCIPIOS 25 Y 26

Establecen el derecho a participar en la vida pública, a postularse a cargos públicos, al acceso a la función y empleo público, incluso a la policía y las fuerzas

<sup>6</sup> Vid. SÁNCHEZ, G. «El Gobierno ha denegado el asilo a personas LGTBI porque 'pueden vivir en su país con discreción'», *eldiario.es*, Madrid, 2016 [recuperado el 12/02/2020: [https://www.eldiario.es/desalambre/Gobierno-denegado-LGTBI-alegando-discretos\\_0\\_532647450.html](https://www.eldiario.es/desalambre/Gobierno-denegado-LGTBI-alegando-discretos_0_532647450.html)].

armadas sin discriminación y el derecho a participar en la vida cultural y a expresar, mediante el mismo, la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género.

### 3.18. PRINCIPIO 27

Versa sobre el derecho a promover los Derechos Humanos, incluyendo con actividades encaminadas a proteger los derechos de personas de diversas identidades y orientaciones, así como a desarrollar y debatir nuevas normas relacionadas y trabajar por su aceptación.

En lo referente a este Principio España sufre en los últimos tiempos, tal y como se ha mencionado anteriormente en el presente trabajo, un aumento preocupante de los delitos de odio y los discursos discriminatorios que nuestro país debería solucionar.

### 3.19. PRINCIPIO 28

Refleja el derecho a recursos y resarcimientos efectivos encaminados a reparar a personas que han visto violados sus derechos humanos en relación a la identidad y orientación.

De nuevo, en relación a las recomendaciones de este Principio, tenemos un problema en lo que se refiere a la formación y educación que no ha sido abordado por nuestro Estado.

### 3.20. PRINCIPIO 29

Establece el derecho a que se impute penalmente a todas las personas (con responsabilidad funcional o sin ella) que incumplan los derechos humanos, incluyendo los Principios de Yogyakarta, sin impunidad para quienes cometan violaciones a los derechos humanos relacionadas con la orientación o la identidad de género.

En lo referente a las recomendaciones nuestro país solo posee desde principios de 2020 una Dirección General relacionada con aspectos de la identidad de género y la orientación sexual, sería interesante abordar la posibilidad de crear un organismo autónomo, como el caso del Instituto de la Mujer.

Además, en relación con la tutela judicial efectiva de este tipo de casos España aún tiene mucho que caminar, puesto que no son abordados con la seriedad y el rigor jurídico que merecerían, muy posiblemente por la falta de formación de los operadores jurídicos relacionada con las temáticas sobre la identidad de género y la orientación sexual.

#### 4. RECOMENDACIONES ADICIONALES

El texto, como se citó anteriormente, finaliza con unas recomendaciones adicionales relacionadas con organizaciones, instituciones internacionales y medios de comunicación, entre otros.

Estas recomendaciones versan, en un primer bloque, de una serie de medidas que organismos relacionados con la ONU deben realizar a fin de incorporar estos Principios a su trabajo, instar a su cumplimiento, analizar y velar por las vulneraciones de derechos relacionadas con la identidad y la orientación, acreditar a organizaciones no gubernamentales que busquen los fines que se emanan de estos Principios, observar este documento en su jurisprudencia, prestar atención a las necesidades que en lo referente a la salud se tenga en relación a identidad y orientación (especialmente aquello que se relacione con el VIH y el Sida) e incorporar estos Principios a lo relacionado con las políticas de refugio.

En segundo lugar, insta a las instituciones intergubernamentales regionales y subregionales a incluir estos Principios en su proceder habitual con el fin de implementarlos. Mientras recomienda a los tribunales regionales relacionados con los derechos humanos a tener presente todo el texto en su jurisprudencia.

En tercer lugar, anima a las organizaciones no gubernamentales de todos los niveles que se dedican a los derechos humanos a promover el respeto por estos Principios. Por su parte, insta a las organizaciones humanitarias a tenerlos presente en su labor y a no discriminar por razón de identidad u orientación.

En cuarto lugar reclama a las instituciones nacionales de derechos humanos a incorporar a sus labores la promoción y protección de los derechos de las personas LGTBI+. Asimismo, solicita a las organizaciones profesionales (de todos los ámbitos, médico, jurídico...) a promover la implementación de estos Principios. Además, recomienda a las organizaciones con fines de lucro a asegurar estos derechos en sus relaciones laborales y a promoverlos en sus ámbitos de actuación.

En quinto lugar, anima a los medios de comunicación a no promover estereotipos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género, a impulsar la tolerancia y a sensibilizar al público en lo que se refiere a estos derechos.

Por último, en sexto lugar, se insta a las entidades financieras gubernamentales y privadas a dotar económicamente a organizaciones de diferente naturaleza que tengan como fin promover y proteger los derechos humanos de las personas LGTBI+.

## 5. PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA+ 10

Diez años después de anunciados los Principios de Yogyakarta fueron revisados y de este trabajo se adoptó el 10 de noviembre de 2017 en Ginebra el documento conocido como Principios de Yogyakarta+ 10.

Este documento incorpora nueve principios nuevos (30-38) y añade recomendaciones para los Estados y recomendaciones adicionales. Debido al espacio en este trabajo se plantearán de manera general los principios y recomendaciones de este texto, pero sin analizarlos en profundidad.

El Principio 30 insta a la protección del Estado contra violencias o discriminaciones cometidas por cualquier persona o colectivo en contra de personas LGTBI+.

El Principio 31 refleja el derecho a toda persona al reconocimiento legal de su sexo, identidad, orientación o expresión, incluyendo la incorporación de lo que corresponda a sus documentos de identidad, sin que se obligue a la divulgación de estos datos.

El Principio 32 establece el derecho a la integridad física y mental, la autonomía y la autodeterminación, prohíbe las torturas y los tratos crueles, inhumanos y degradantes y proscribire los tratamientos médicos invasivos o irreversibles para modificar las características sexuales sin libre consentimiento de la persona.

El Principio 33 consagra el derecho a estar libre de criminalización o cualquier tipo de sanción por motivos de identidad, expresión de género y orientación sexual.

El Principio 34 insta al derecho de toda persona a la protección del Estado contra la pobreza y la exclusión social, sin discriminación, considerando que es incompatible con el respeto a la igualdad de derechos y la dignidad de todas las personas.

El Principio 35 refleja el derecho a la salubridad equitativa, adecuada y segura y a la higiene sin importar la orientación sexual, la identidad y la expresión de género y las características sexuales.

El Principio 36 establece el disfrute del derecho humano en relación con la información y las tecnologías de la comunicación conectadas con los derechos online y offline, con relación directa al acceso a internet y a su uso con respecto al anonimato o mediante seudónimo.

El Principio 37 versa sobre el derecho a conocer la verdad de toda persona que haya sufrido violencia o discriminación por motivos de identidad, expresión de género u orientación sexual, incluyendo la investigación efectiva y la reparación de estos hechos, sin limitación y teniendo en cuenta la naturaleza dual del presente derecho (tanto como derecho individual como de toda la sociedad a conocer los eventos ocurridos).



El Principio 38 insta al derecho a practicar, proteger, conservar y restablecer la diversidad cultural, especialmente las tradiciones, festividades y espacios culturales relacionados con la identidad, la expresión de género y la orientación, pudiendo manifestar esta cultura y buscar, recibir, proporcionar y utilizar recursos para estos fines.

Una vez incorporados de nuevos principios, este documento añade mayores recomendaciones en relación con los Principios 2, 6, 9, 10, 16, 17, 19, 20, 23, 24, 25 y 27 del texto original.

Finalmente añade recomendaciones adicionales. A través de estas se solicita que las instituciones nacionales incluyan estos derechos en sus programas y actividades. También se pide a las organizaciones deportivas que integren los derechos de este documento y del original, especialmente creando espacios cómodos para las personas LGTBI+, asegurando apoyo a todas las personas que deseen participar en estos deportes independientemente de su identidad, expresión de género u orientación sexual, eliminando cualquier tipo de acción coactiva o de presión para someter a tratamientos médicos innecesarios e irreversibles y tomando medidas para que el público respete la diversidad de las personas LGTBI+.

## 6. CONCLUSIONES

Tal y como se ha señalado en varios momentos a lo largo de las anteriores páginas, España posee un problema de relación entre la igualdad formal y la igualdad material. Nuestro Estado posee un enorme trabajo que realizar en este sentido para que las personas LGTBI+ vean plenamente protegidos sus legítimos derechos y no sufran situaciones de violencia y/o discriminación.

Otro de los grandes problemas que tenemos en nuestro país es la educación y la formación, puesto que la obligación de las administraciones es formar en igualdad y libertad y, para ello, es totalmente necesario incorporar las recomendaciones que se incluyen en estos Principios en materia educativa.

Por último, es necesario resaltar la problemática referida al aumento de los delitos de odio y los discursos discriminatorios y que debe ser atajado de base para que no implique una escalada peligrosa que se convierta en graves violaciones de los derechos humanos de las personas LGTBI+.

Por todo ello, nuestro país aún tiene un largo trabajo que realizar para que todos los derechos relacionados con la identidad de género y la orientación sexual se encuentren completamente garantizados. Esto sin negar, obviamente, que España ha avanzado mucho, pero todavía queda camino por realizar.

# RETOS Y DESAFIOS DE LA REFORMA LABORAL DE 2019 EN MEXICO

MANUELA RUIZ ARCE<sup>1</sup>  
LIZBETH GARCÍA MONTOYA<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

**L**A REFORMA a la Ley Federal del Trabajo <LFT> que se realizó el primero de mayo del 2019, ha tenido importancia en virtud de que a pesar de haber sido producto de exigencias, se ha considerado benéfica para el interés general.

Cabe señalar que el tema de los antecedentes es una parte importante, ya que fue lo fundamental para dicha reforma; tomando en cuenta los 3 acontecimientos que la impulsaron, y que sirven como guía para conocer los motivos que la originaron.

En el contenido de la reforma se le da relevancia, a las libertades de las organizaciones sindicales, a la desaparición de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, sustituidas por tribunales judiciales, así como la creación de centros de conciliación, tanto federales como locales, derechos adquiridos por las trabajadoras del hogar.

<sup>1</sup> Doctoranda en ciencias del Derecho, por la Universidad Autónoma de Sinaloa, adscrita a la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa, en el Programa Nacional de Posgrado de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y tecnología (CONACYT).

<sup>2</sup> Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, Maestría en Procesal Penal por el Instituto Estatal de Ciencias Penales y Seguridad Pública, Estudios Avanzados y Doctorado en Criminología por la Universidad de Castilla La Mancha, con la línea de investigación sobre violencia hacia la mujer, Profesora e Investigadora de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa e Integrante del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I.

La igualdad de género, también formó parte de la reforma, la no discriminación a mujeres y niños. En el mes de junio del 2019 se aprobó el dictamen que reformó la LFT en materia de Home Office, que define el artículo 311 de la LFT, que tiene como característica, el uso de la tecnología de la información y la comunicación, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo.

## 2. ANTECEDENTES DE LA REFORMA LABORAL 2019 EN MÉXICO

El primero de mayo de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Federación <DOF>, el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la LFT; así como de otras leyes relacionadas.

La reforma laboral tiene como base tres antecedentes que son los fundamentales:

1. La reforma al artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <CPEUM> que se efectuó en el mes de febrero de 2017, mediante la cual se iniciaron los cambios constitucionales en materia de libertad sindical y del sistema de justicia laboral, quedando pendientes las modificaciones a leyes reglamentarias.

2. La adhesión de México al Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo <OIT> realizada el 20 de septiembre 2018, a través del cual México se comprometió a efectuar cambios fundamentales en materia de libertad sindical de los trabajadores; y

3. Los principios y directrices establecidos en el Capítulo 23 y anexo A del Tratado Trilateral de Libre Comercio celebrado entre México, Estados Unidos de América y Canadá <T-MEC><sup>3</sup>

### 1. Reforma al artículo 123 Constitucional febrero de 2017

Esta reforma Constitucional tiene como objeto expedir y agilizar el sistema de justicia en el derecho laboral.

Puntos clave de la reforma:

A. Desaparecen las Juntas de Conciliación y Arbitraje y en su lugar estarán los juzgados laborales.

B. Habrá dos tipos de Juzgados laborales: los federales, que estarán bajo la competencia del Poder Judicial de la Federación y conocerán los asuntos que llevan

<sup>3</sup> <https://www.garridolicorona.com/reforma-la-ley-federal-del-trabajo-2019/>

las Juntas Federales; y las locales, que estarán bajo competencia de los Tribunales de Justicia de cada estado así como de la Ciudad de México.

C. Se crean los Centros de Conciliación, Federales y locales, los cuales contarán con plena autonomía técnica, operativa y hasta de presupuesto.

D. Esos centros serán los encargados de la etapa de conciliación, que consistirá de una audiencia, y será obligatoria, deberá fijarse de manera expedita. Existe la posibilidad de más audiencia de conciliación únicamente con la voluntad y acuerdo de las partes.

E. Agotada la etapa de conciliación, los asuntos serán enviados a los Juzgados laborales locales o federales, según corresponda<sup>4</sup>.

F. Se instituye el voto personal, libre y secreto de los trabajadores para la elección de sus dirigentes, la resolución de los conflictos entre sindicatos y la solicitud de la celebración de un contrato colectivo de trabajo.

G. Permite que los Estatutos sindicales, de acuerdo a lo dispuesto en las reformas que se realicen a la Ley Federal del Trabajo, puedan establecer las modalidades para la elección de los dirigentes sindicales respetando el voto secreto.

H. Se exige en materia de huelga que un sindicato emplazante, cuando pretenda exigir la firma de un contrato colectivo deba acreditar contar con la representación de los trabajadores, lo que deberá realizarse mediante el voto personal, libre y secreto de los trabajadores y la existencia de la relación laboral.

I. En el proceso de transición tanto la secretaría del Trabajo y las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje seguirán atendiendo los registros sindicales y de los contratos colectivos de trabajo<sup>5</sup>.

## 2. Adhesión de México al Convenio 98 de la OIT

Esta adhesión al Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo, efectuada el 20 de septiembre 2018, a través del cual México se comprometió a efectuar cambios fundamentales en materia de libertad sindical de los trabajadores.

<sup>4</sup> Quintero, Eumir. «puntos claves de la reforma laboral 2017», LegalEngineers Law firm, 22 de agosto de 2017.

<https://www.nafta.law.com/2017/08/puntos-claves-de-la-reforma-laboal-2017>

<sup>5</sup> Fuentes M, Manuel. «30 puntos para entender la nueva reforma laboral» motivo de la iniciativa al artículo 123 constitucional, *la Silla Rota*, 19/10/2016, S/LP

<https://lasillarota.com/opinion/columna/30puntos-para-entender-la-nueva-reforma.laboral/127423>.

Con lo ya señalado es propio decir que, «se aprobó el instrumento Internacional que establece que los trabajadores deberán de gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación, tendiente a menoscabar la libertad sindical, en relación con su empleo».

Se tiene como principales características, la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de negociación colectiva. Busca regular que las organizaciones de trabajadores y de empleadores gocen de una adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras<sup>6</sup>.

Es por lo que la protección deberá ejercerse contra todo acto que tenga por objeto sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; o cuando se despida a un trabajador a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador.

Así mismo, buscar regular que las organizaciones de trabajadores y de empleadores gocen de una adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya sea que se realice directamente o por medio de sus miembros, en su constitución, funcionamiento o administración<sup>7</sup>.

3. Capítulo 23 y anexo A del Tratado Trilateral de Libre Comercio celebrado entre México, Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC).

El capítulo laboral del T-MEC incluye el anexo 23-A, sobre la representación de los trabajadores en la contratación colectiva en México. De acuerdo con el contenido del mismo, México se compromete adoptar en su legislación, a más tardar el de 1° de enero de 2019, una serie de medidas y principios relacionados con el reconocimiento efectivo a la negociación colectiva, condicionando la entrada en vigor del T-MEC, a que dicha legislación exista<sup>8</sup>.

El anexo establece que, México deberá incluir en su legislación, disposiciones respecto a los siguientes asuntos:

<sup>6</sup> <http://comunicación.senado.gob.mx/index.php/información/boletines/41780-senado-ratifica-por-unanimidad-convenio-98-de-la-oit.html>

<sup>7</sup> Ídem

<sup>8</sup> S/A, «Senado ratifica por unanimidad Convenio 98 de la OIT» *Deloitte legal*, 24 de septiembre, 2018.

[https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/tax/2018/T-MEC-Boletin\\_Aspectos-laborales-Inversion-Sector-automotriz.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/tax/2018/T-MEC-Boletin_Aspectos-laborales-Inversion-Sector-automotriz.pdf)

A. El derecho de los trabajadores a participar en la negociación colectiva y a organizar, formar y unirse al sindicato de su elección, sin la interferencia de los patrones en las actividades sindicales.

B. La creación de un órgano independiente encargado de conciliación y el registro de los contratos colectivos de trabajo. Los trabajadores deberán participar en la elección de líderes sindicales mediante el voto personal, libre y secreto.

C. Para el registro inicial de un contrato colectivo de trabajo, el órgano de trabajo creado deberá de verificar que el centro de trabajo esté en operaciones, que los trabajadores hayan tenido una copia del contrato y que la mayoría de los trabajadores estén de acuerdo en la celebración de contrato.

D. La creación de un órgano independiente encargado de la conciliación y el registro de los contratos colectivos de trabajo, los trabajadores deberán de participar en la elección de líderes sindicales, mediante el voto personal, libre y secreto, para el registro inicial de un contrato colectivo de trabajo, el órgano independiente creado deberá verificar que el centro de trabajo esté en operaciones, que los trabajadores hayan tenido acceso a una copia

E. Para las futuras revisiones de los contratos colectivos, incluyendo los que estén actualmente depositados, se deberá acreditar el apoyo de la mayoría de los trabajadores del centro de trabajo, que los trabajadores hayan tenido acceso a una copia del contrato y que la mayoría de los trabajadores esté de acuerdo en la celebración del contrato.

F. La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y otras protecciones laborales para niños y menores. La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

G. Se obliga a revisar por lo menos una vez dentro de los siguientes cuatro años a la entrada en vigor de la legislación todos los contratos colectivos de trabajo.

H. Con lo establecido por el anexo en materia de contratación colectiva; el 24 de febrero de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional, que adopta varios principios de negociación colectiva y libertad sindical, así como el nuevo modelo de justicia laboral. Y se ratificó el convenio 98 de la organización internacional del trabajo que trata sobre la aplicación de los principios del derecho de Sindicación y de negociación Colectiva<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Ídem

### 3. CONTENIDO DE LA REFORMA LABORAL 2019

La reforma laboral permite acatar un mandato constitucional, publicado el 27 de febrero del 2017; además con la reforma aprobada, México da cumplimiento a tratados internacionales suscritos por nuestro país, en materia de reconocimiento a las personas como son las trabajadoras domésticas, la discriminación y los asuntos sindicales<sup>10</sup>.

Cabe destacar que la reforma laboral establece aspectos fundamentales, sobre los cuales se pretende llevar a cabo cambios substanciales en la vida laboral de las empresas y de los trabajadores, de manera particular en los sindicatos, como se puede observar a continuación:

#### 1. Igualdad de género, ambiente libre de discriminación y violencia laboral.

Se establece la igualdad laboral, entre el hombre y la mujer, la no discriminación laboral por razón de género, raza o religión y a la no violencia y acoso sexual en los centros de trabajo. En este sentido, las empresas deberán elaborar e implementar en común con los trabajadores un protocolo, con el fin de prevenir la discriminación

#### 2. Democracia y libertad sindical

Se pretende otorgar plena libertad a los trabajadores para llevar a cabo la elección de sus representantes sindicales, de donde podemos destacar lo siguiente:

A. protección a los sindicatos contra todo acto de injerencia; voto personal, libre y secreto con el fin de que los trabajadores elijan a sus representantes sindicales, libertad de afiliación y participación.

B. Creación del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral <CFCRL>, se destaca por ser un órgano autónomo, que a nivel federal, tendrá a su cargo la función conciliadora así como el registro de contratos colectivos de trabajo.

Asimismo, a nivel local o estatal, se crean Centros de Conciliación que únicamente desempeñarán la función conciliadora. Se establece una separación entre la función conciliadora y la función judicial.

La ley ordena que se revisen en un plazo máximo de cuatro años todos los contratos colectivos de trabajo que existen el país. El contenido contractual que emane

<sup>10</sup> CARBONELL, Miguel. «Senado ratifica por unanimidad convenio 98 de la OIT», *el Universal*, 4 de mayo 2019

<https://www.eluniversal.com.mx/articulo/miguel-carbonell/nacion/las-claves-de-la-reforma-laboral>

de dicha revisión será depositado ante el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, dado a conocer de forma impresa a todos los trabajadores<sup>11</sup>.

C. La cancelación de los registros sindicales, en caso de actos de violencia y extorsión, la prohibición a los sindicatos para realizar actos de extorsión y violencia; constancia de representatividad, para poder ejercer el derecho a huelga por firma, como titulares del contrato colectivo, dicha constancia tendrá seis meses de vigencia

D. Renovación de la Justicia Laboral.

Las Juntas de Conciliación y Arbitraje desaparecerán, y en su lugar, se crean los juzgados en materia de derecho del Trabajo dependientes del poder Judicial, tanto a nivel federal como local<sup>12</sup>.

En un plazo de tres años deberán establecerse tribunales laborales en cada una de las entidades Federativas y en un plazo de cuatro años deberán estar funcionando los nuevos tribunales a nivel federal en la materia.

### 3. Inscripción al IMSS a empleadas del hogar

Se crean nuevas reglas para el trabajo doméstico, a efecto que las personas que lo desempeñan, cuenten con los beneficios de seguridad social y puedan ejercer su derecho colectivo de sindicación o, en caso de los patrones, de agrupación patronal. La incorporación de las trabajadoras del hogar al IMSS representa un importante logro en varios sentidos. Porque obliga a la inscripción de la empleadas del hogar en el IMSS y el pago de las cuotas correspondientes. Para los trabajadores el hecho de contar con seguridad social es un paso importante; de tal forma que las mismas trabajadoras podrían aspirar a una pensión con el paso de los años<sup>13</sup>.

### 4. Reformas laborales que debe de tomar en cuenta el empresario en el 2019

La LFT en México, busca generar un entorno laboral justo y competitivo, garantizando los derechos y obligaciones que deben cumplir empresas y empleados. Durante 2019, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social <STPS> ha implemen-

<sup>11</sup> <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/miguel-carbonell/nacion/las-claves-de-la-reforma-laboral>

<sup>12</sup> Ídem

<sup>13</sup> S/A, Reforma Laboral en México: 5 aspectos relevantes, *cofive <capacitación empresarial> S/F* [https://www.cofide.mx/blog/reforma-laboral-en-mexico-5-aspectos- /](https://www.cofide.mx/blog/reforma-laboral-en-mexico-5-aspectos-/)



tado algunos cambios en la LFT, con el objeto de mejorar la calidad de vida de los trabajadores y la productividad de las compañías<sup>14</sup>.

### 5. Regulación de Teletrabajo «Home Office»

En el mes de junio del 2019 se aprobó el dictamen que reforma la LFT, en materia de Home Office, el cual se define en el artículo 311 de la LFT como «la actividad laboral que se ejecuta habitualmente para un patrón, en el hogar del trabajador o en un local libremente elegido por él, mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, sin vigilancia ni dirección inmediata de quién proporciona el trabajo».

Con esta reforma se busca reconocer y promover el teletrabajo, asegurar las condiciones de trabajo igual y digno en relación a las prestaciones que recibe un colaborador, que labora bajo dicho esquema, establecer las enfermedades y accidentes de trabajo relacionados con este tema y ofrecer al empleado el equipo necesario, para llevar a cabo sus funciones<sup>15</sup>.

La forma que define el esquema de teletrabajo debe contar con las siguientes características:

Debe de ser realizado por personas físicas, no por empresas; debe contar con libertad de horarios para el colaborador, la evaluación de desempeño del empleado debe de ser medida por resultados de productividad, calidad y prontitud.

Con este tipo de trabajo se tiene como ventajas, la implementación de políticas de trabajo remoto, como son: la reducción de costos fijos directos y el incremento de la productividad para las compañías. En el caso de los colaboradores los beneficios son: disminución de los gastos personales, mayor equilibrio entre el tiempo de trabajo y la vida familiar.

### 6. Estrés Laboral.

En virtud de que el bienestar de los trabajadores es un factor determinante para el crecimiento de una empresa, el gobierno mexicano decidió establecer lineamientos para prevenir y controlar el estrés laboral.

<sup>14</sup> S/A, «Tendencias laborales, nuevas reformas laborales que deben tomar en cuenta las empresas en el 2019» *randstad*, S/F.

<https://www.randstad.com.mx/tendencias-360/tendencias-laborales/nuevas-reformas-laborales-2019/>

<sup>15</sup> Ídem

A partir de octubre de 2019 entró en vigor la Norma Oficial Mexicana <NOM> 035, la cual fue diseñada por la Secretaría de Trabajo y Previsión Social <STPS> con el fin de regular los riesgos psicosociales y prevenir la violencia laboral<sup>16</sup>.

La NOM 035, establece que los factores de riesgo psicosocial se definen como: aquellos que pueden provocar trastorno de ansiedad, no orgánicos del ciclo sueño-vigilia y de estrés grave y de adaptación, derivado de la naturaleza de las funciones del puesto de trabajo, el tipo de jornada de trabajo y la exposición a acontecimientos traumáticos severos o a actos de violencia laboral al trabajador, por el trabajo desarrollado.

#### 4. CRÍTICOS

Luisa María Alcalde Lujan, en el periódico *expansión política*, el 20 de abril de 2019 expresa «que la iniciativa de ley laboral 2019, también buscan ir de manera positiva en la operación de los sindicatos, así como mejorar el acceso a la justicia laboral para los trabajadores mexicanos».

El día 13 de Abril del 2019 en el periódico «el milenio.com», en cuanto a la reforma laboral de 2019, diferentes comentaristas expresaron lo siguiente:

Carlos Serrano, economista jefe de BBVA Bancomer, también consideró que la reforma laboral es positiva. Expresó: «creemos que, sí se logra una mejor democracia sindical, los trabajadores estarán mejor representados, cosa que no siempre ha ocurrido, o que en general no ha ocurrido en el país»

Jean-Dominique Leraci, Ministro Consejero de Comercio de la Embajada de Canadá en México, señaló que su país sigue de cerca este tema laboral para ver si México realmente va a cumplir con los procedimientos. Argumenta que se entiende que se acerca una verdadera democracia laboral, y es importante el tema laboral en términos de comercio<sup>17</sup>.

Manuel Molano, Director General de Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), difiere de las opiniones anteriores y consideró que las reformas a la Ley Federal del Trabajo pueden darle algo de espacio político a Donald Trump y abrir las puertas a sindicatos estadounidenses, que buscan una participación mayor en el sindicalismo mexicano, para tratar de igualar las condiciones laborales<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Ídem

<sup>17</sup> [https://www.nafta\\_law.com/2017/08/puntos-claves-de-la-reforma-laboral-2017/](https://www.nafta_law.com/2017/08/puntos-claves-de-la-reforma-laboral-2017/)

<sup>18</sup> Ídem

Para Bouzas uno de los aspectos prioritarios de la reforma es que ya no habrá retención de cuotas sindicales por parte del empleador. Aquel trabajador que diga ahora no quiero que me detengas cuotas sindicales, el patrón va a tener que dejar de retenerlas, otro beneficio para los trabajadores es que 'podrá elegir en que sindicato estar o separarse sin sufrir represalias<sup>19</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

La Reforma Laboral en México de 2019, supone nuevos retos para las empresas, así como para los trabajadores. Este cambio en la legislación redefine el concepto del trabajo, con el fin de dar mayor protagonismo a su función social, al tiempo que busca disminuir el caso de discriminación o conflicto.

En este sentido, tanto los sindicatos de trabajadores como los patrones tendrán que ajustar ciertos procesos para garantizar una relación más justa y transparente.

La reforma laboral es también respuestas a peticiones por parte de organismo internacionales, para ubicar a los trabajadores mexicanos dentro de las reglas internacionales y de competitividad laboral.

A estas reformas laborales se les considera benéfica para la mayoría de los sujetos de la relación laboral, en virtud de que se exige más transparencia en este caso a los sindicatos, libertad de elegir si quieres estar afiliado, el voto es libre y secreto; se considera que con la sustitución de las juntas de conciliación por los jueces, los procesos serán menos tardados.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ, Amitth y ORTEGA, Ariadna. «Quienes ganan los trabajadores o los sindicatos?» *Expansión Política*, 13 de Abril de 2019.

<https://politica.expansion.mx/mexico/2019/04/13/reforma-laboral-quienes-gana-los-trabajadores-o-los-sindicatos>

# EL DIVORCIO EN MÉXICO: CASO SINALOA

MARTHA LOURDES CAMARENA RIVERA<sup>1</sup>

## SUMARIO

Introducción. 1. Antecedentes del Divorcio en México. 1.1. México Precolonial. 1.2. Época Colonial. 1.3. México Independiente. 1.4. Las Leyes Divorcistas de Venustiano Carranza. 1.5. Ley de Relaciones Familiares de 1917. 2. Concepto y Preceptos de Divorcio. 3. Divorcio en Sinaloa. 3.1. Divorcio sin expresión de causa. 3.2. Divorcio Administrativo. 4. Tendencia del Divorcio en México. 5. Incidencias Procesales de Divorcio ante los Juzgos Familiares en el Estado de Sinaloa. 5. Descripción del Método. 6. Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

**E**N EL DIVORCIO es el procedimiento legal que disuelve un matrimonio y dicha disolución del vínculo matrimonial es resuelta por la autoridad competente, basándose en las causas específicas señaladas por la ley, lo cual permite a los cónyuges puedan contraer matrimonio jurídicamente legítimo con otra persona. Lo cierto es que por otra parte el divorcio en la gran mayoría de los casos dificulta en gran medida el desarrollo académico, social, psicológico, y moral de los hijos.

<sup>1</sup> Doctora en Derecho y Profesora e Investigadora de la Universidad Autónoma de Sinaloa, Integrante del Cuerpos Académico de Derecho Constitucional CA-187. Consolidado, Integrante del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I, 2015-2018, Integrantes del Sistema Sinaloense de Investigadores, Perfil PROMEP.marthacamarena4@hotmail.com

En primer momento abordaremos el Divorcio desde el México Precolonial, ya que éste surge como institución con la evolución de la historia. En los tiempos primitivos no se aprecia la duración del matrimonio, debido a que el divorcio aparece en las organizaciones familiares avanzadas y no en las primeras conocidas.

En un segundo momento, abordaremos los conceptos y preceptos del divorcio y para finalizar se analiza el divorcio desde el Código Familiar del Estado de Sinaloa haciendo un análisis de los tipos de divorcio que existen en Sinaloa en la actualidad, así como un estudio jurídico de los divorcios como la impartición de Justicia Familia ante los Juzgados de Primero instancia adscritos al Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa esto a partir del año 2013 y hasta el año 2019, con la finalidad de analizar la incidencia procesal que ha tenido este tipo de juicios de Divorcio en el Estado de Sinaloa.

## 1. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN MÉXICO

Con la finalidad de conocer el origen y los antecedentes del divorcio en México, abordamos nuestro estudio a partir de la Precolonial en México.

### 1.1. MÉXICO PRECOLONIAL

En relación a los indios de Texcoco cuando se ofrece algún pleito de divorcio, que eran pocas veces, procuraban los Jueces conformar y poner en paz, reñían ásperamente al que era culpado y les decían que mirasen con cuanto acuerdo se habían casado y que no se echasen a vergüenza y deshonor a sus padres y parientes que habiendo entendido a casar y que serían muy notados del pueblo porque sabían que eran casados y les decían otras cosas y razones, todo a efecto de conformarlos.

Entre los mayas parece que la poligamia existía en la clase guerrera. Los mayas se casaban con una sola mujer a los veinte años de edad, y los padres buscaban esposas a sus hijos... La infidelidad de la mujer era causa de repudio si a tiempo del repudio los hijos eran pequeños los llevaba la mujer, si eran grandes las hembras pertenecían a la esposa y los varones al esposo. La mujer repudiada podía unirse con otro hombre y aún volver con el primero, había la mayor facilidad para tomarse o dejarse.

Los Tepehuanes se extienden en Durango, Jalisco, Sinaloa, Chihuahua y Coahuila. Conocían el matrimonio y el repudio por causa de la infidelidad de la mujer.

Con relación a los jueces y procedimientos, encontramos lo siguiente: Las quejas del matrimonio se presentaban al gran sacerdote; Patamuti. Las tres primeras

veces los amonestaba reprendiendo al culpable; a la cuarta decretaba el divorcio. Si la culpable era la esposa, seguía, sin embargo, viviendo en la casa marital, a no ser en caso de adulterio, en que entregando al Patamuti la mandaba matar. Si la culpa era del varón, recogían a la mujer sus parientes y la casaba con otro. No se permitía un segundo divorcio.

Había tres señores principales en la Nueva España, a los cuales estaban sujetas las más principales provincias y pueblos de toda aquella tierra, que eran señores de México y el de Texcoco, y de Tacaba.

En las casas del señor, había unos aposentos y salas levantadas del suelo, siete y ocho gradas, que eran como antesalas y en ellos residían los jueces, que eran muchos y los de cada provincia del pueblo y barrio estaban a su parte y, allí, acudían los súbditos de cada uno, y también oían y determinaban las causas de los matrimonios y divorcios.

Al haber observado que los indios dejaban a sus mujeres con facilidad, e investigando él porque de tanto repudio, se pudo saber que habían usado solo después de que había sido sujetos a los españoles, «porque entonces empezó a perderse entre ellos el desconcierto y la de la policía, y el rigor de la justicia que antes tenían.

## 1.2. ÉPOCA COLONIAL

Durante la época colonial, estuvo vigente en la Nueva España, la legislación española.

## 1.3. MÉXICO INDEPENDIENTE

En la Ley del matrimonio civil del 23 de julio de 1859, se estableció el divorcio como temporal, y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, reglamentado en cambio solo el divorcio por separación de cuerpos.

### Código Civil de 1870

En el Código de 1870, se parte de la noción de que el matrimonio es la unión indisoluble, por lo que rechaza el divorcio, es decir la separación de cuerpos.

Establece el divorcio, con el que se suspenden ciertas obligaciones matrimoniales, más no se disuelve el vínculo de matrimonios; es decir que era indisoluble y los contrayentes, aun divorciados no podían contraer nuevas nupcias.

El artículo 239 prevenía: que El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende solo algunos de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos relativos a este código.

El artículo 240 expresaba: son causas legítimas de divorcio.

1. *El adulterio de uno de los cónyuges.*
2. *La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.*
3. *La incitación a la violencia hecha por uno de los cónyuge para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.*
4. *El conato del marido a la mujer para corromper a los hijos o a la convivencia en su corrupción.*
5. *El abandono sin causa justificada del domicilio conyugal, prolongando por más de dos años.*
6. *La sevicia del marido con su mujer o los de ésta con aquél.*
7. *La acusación falsa, por un cónyuge al otro.*

Se prohíbe el divorcio por separación de cuerpos, cuando el matrimonio tenía veinte años o más de constituido. Era condición para gestionar el divorcio el que hubiese transcurrido 2 años como mínimo, desde la celebración del matrimonio, ante de los cuales la acción de divorcio es improcedente.

Código Civil de 1884

En este Código el artículo 226 señala como único divorcio el de separación de cuerpos, por lo tanto subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose algunas obligaciones civiles que imponía el matrimonio como causa, a las contenidas en el Código Civil de 1870, se concedió antes del contrato de matrimonio y que judicialmente se declarará ilegítimo, el hecho de negarse a ministrarse los alimentos conforme a la Ley; los vicios incorregibles de juego, embriaguez, enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa y hereditaria, anterior al matrimonio, la infracción de las capitulaciones matrimoniales; y el mutuo consentimiento.

#### 1.4. LEYES DIVORCISTAS DE VENUSTIANO CARRANZA

Para tratar de complacer a dos de sus ministros Palavicini y Cabrera que planeaban divorciarse de sus respectivas esposas, Venustiano Carranza, que a la razón sólo era jefe de una de las fracciones en plena guerra civil, expidió sorpresivamente dos decretos: uno del 24 de diciembre y el otro del 29 de enero de 1915, por lo que

introdujo a México el divorcio vincular y suprimió de una plumada del contrato de matrimonio civil, el primer elemento esencial que le había reconocido su autor el Presidente Benito Juárez. Esta intempestiva amputación de la indisolubilidad del matrimonio fue confirmada más tarde tanto en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, como en el vigente Código Civil. Ya que ambos reglamentan divorcio vincular como un logro definitivo de la revolución hecha al gobierno en el decreto del 29 de diciembre de 1914, en la exposición de motivos decía que si el objeto esencial del matrimonio es la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda, los contrayentes que van a soportar las cargas de la vida, desgraciadamente no siempre se alcanzaban los fines por los cuales se contrajo. Con base en estas y otras argumentaciones semejantes, el decreto proveía lo siguiente.

*Artículo 1º. «Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley del 14 de Diciembre de 1874 (que señala, al matrimonio como indisoluble), reglamentación de las adiciones y reformas de la Constitución Federal, decretada el día 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos;*

*Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado y en cualquier tiempo por causa que haga imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio o faltas graves de algunos de los cónyuges, que haga irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto, el matrimonio, los cónyuges pueden contraer nueva unión legítima.*

*Artículo 2º. Entre tanto se establece el orden constitucional de la República, los gobiernos de los Estados, quedan autorizados hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta ley pueda tener su aplicación.*

Transitorio.— Esta Ley será publicada por bando y pregonada. Comenzará a surtir efecto desde esta fecha.

## 1.5. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

A partir de esta ley, expedida en 1917, por Venustiano Carranza se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al establecerse que el matrimonio es un vínculo disoluble y permite por lo tanto, a los divorciados celebrar nuevas nupcias.

El artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares establecía que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

El divorcio por separación de cuerpos, que se relegó a segundo término, quedando como excepción relativa las causas señaladas en la Fracción IV del artículo 76, que se refiere a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias,



dejando a la voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación del lecho y habitación.

Él artículo 102 prevenía que los cónyuges recobraban su entera capacidad de contraer matrimonio, salvo lo dispuesto por el artículo 140 y cuando el divorcio se haya decretado por causa de adulterio, pues en este caso el cónyuge culpable no podía contraer matrimonio, sino después de dos años de pronunciada la sentencia.

Él artículo 140 prevenía que la mujer no podía contraer matrimonio hasta trescientos días de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse ese tiempo desde que se interrumpe el acto.

Es importante mencionar los conceptos de divorcio que nos dan diferentes autores.

## 2. CONCEPTO Y PRECEPTOS DEL DIVORCIO

Analizaremos algunos autores como Baqueiros Rojas y Buenrostro Báez que nos señalan que «el divorcio es entendido como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto las situaciones anómalas que se generan en algunas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación»<sup>2</sup>.

Con esta definición de divorcio muy actualizada como el único medio legal para poner fin a una relación que es imposible en común.

Para Eduardo Pallares «el divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo matrimonial y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación de los cónyuges como respecto a terceros»<sup>3</sup>.

En esta definición nos menciona el estudioso en derecho a través de los medios legales que ponen fin al matrimonio por medio de una sentencia ejecutoriada.

Otra definición de divorcio es la que nos da el diccionario jurídico mexicano del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM la cual dice «el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer posteriormente un nuevo matrimonio válido»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> BAQUEIROS ROJAS, Edgar y BUENROSTRO, Rosalía. *Derecho Familiar y Sucesiones*, México, Harla, 1990. p. 147.

<sup>3</sup> PALLARES, Eduardo, *op. cit.*, nota 37, p. 36.

<sup>4</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1993, t. II, p 1175.

En la decisión anterior nos señala que la forma de dar por terminado el matrimonio es por medio del divorcio como un trámite legal y es la única forma que podrá a volver a celebrar otro matrimonio.

### 3. EL DIVORCIO EN SINALOA

En el estado de Sinaloa a través del Código Familiar, se regula el Divorcio sin expresión de causa, divorcio administrativo mismo que a continuación estudiaremos;

#### 3.1. DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA

Es la solicitud de disolución que se hace al Juez, con el fin de disolver el vínculo matrimonial, únicamente se da después de un año de haberse celebrado el matrimonio. Como a la letra del artículo.

*“Artículo 181. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya Transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo.*

*Solo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo»4.*

Los requisitos que deberá contener, el convenio que deberá presentarse ante el Juzgado al momento de presentarse el divorcio como lo establecen el artículo 182 del Código de Procedimientos Familiares y que a la letra dice:

*I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces.*

*II. Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos;*

*III. El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;*

*IV. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;*

*V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese*

*efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y,*

*VI. En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al cincuenta por ciento del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.*

En el divorcio sin expresión de causa el Juez podrá autorizar la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos de los que hay la obligación de dar alimentos, según lo dispone el artículo 180 del Código Familiar para del Estado de Sinaloa.

El convenio regulador en caso de divorcio tiene como características las siguientes:

**Acto Jurídico.** Es un acto jurídico del Derecho familiar de carácter mixto, en el que intervienen los cónyuges, el Ministerio Público como auxiliar y el Juez de Primera Instancia de lo Familiar para homologarlo y dictar la resolución. No es un acto solemne, pero sí jurisdiccional.

**Transacción.** Tiene el carácter de transacción, no es cuanto al estado familiar de los cónyuges que no admite transacción. Lo es porque los cónyuges se hacen recíprocas concesiones para prevenir o evitar una controversia en el juicio de divorcio. Si no se lleva a cabo el divorcio el convenio no tendrá efecto alguno.

**El Convenio es Modificable.** Una vez aprobado por el Juez y se integre sentencia que disuelve el vínculo y, consecuentemente adquiera fuerza obligatoria de sentencia ejecutoriada, éste puede modificarse, cuando cambien las circunstancias previstas en el convenio.

**No Rescindible.** El convenio una vez aprobado por el Juez no puede rescindirse por incumplimiento de alguno de los obligados.

**Efectos de Sentencia Ejecutoria.** Aprobado el convenio tiene toda la fuerza de sentencia ejecutoria, misma que se resuelve sobre el divorcio.

En cuanto a la garantía de hipoteca y prenda, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dice lo siguiente: «el divorcio voluntario, de los cónyuges no puede estar supeditado a que forzosamente se otorgue la garantía de hipoteca, prenda, fianza, o depósito, porque no todas las personas están en condiciones de hacerlo y, en multitud de casos, resulte gravosas para quien se debe obtener las garantías. La hipoteca y la prenda, no pueden ser otorgadas por quienes carecen de bienes, así, como el depósito, cuando no se tiene el numerario correspondiente; y por lo que toca a la

fianza, ella indica el pago de una prima periódica a la compañía de fianza, respectiva, que disminuye el patrimonio del deudor y no garantiza su continuidad puesto que debe reanudarse periódicamente, y si se niega a ello tendrá que obligársele a otorgar mediante el ejercicio de la acción correspondiente e incluso casi ni siquiera es indispensable el otorgamiento de garantía alguna»<sup>5</sup>.

El ministerio público puede oponerse al convenio, por considerar que se violan los derechos de los hijos, o porque no quedan éstos bien garantizados, o puede promover modificaciones que si son aceptadas por los cónyuges, se continuaría el procedimiento.

Por último, debemos señalar que el trámite solicitud de divorcio una vez contestada la solicitud de divorcio el juez determinará lo siguiente conforme a lo establece el 187 inciso B), que a la letra señala;

*I. El juez determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia;*

*II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.*

*En defecto de ese acuerdo; el juez resolverá conforme al Código de Procedimientos familiares, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.*

*Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos;*

*III. El Juez resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;*

*IV. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y,*

*V. Las demás que considere necesarias.*

<sup>5</sup> Amparo directo 1932/71. Jorge BARRIOS ORTIZ. 10 de agosto de 1972. 5 votos. Ponente. José RAMOS PALACIOS. Séptima Época. Vol. 60. Cuarta parte, p. 15.

En las sentencias de divorcios se fijara la situación de los hijos como lo dispone el artículo 188 del Código Familiar en el Estado de Sinaloa;

*I. Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores;*

*II. Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno;*

*III. Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores;*

*IV. Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 187 de este Código, el juez fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos;*

*V. Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregirlos actos de violencia familiar en términos de la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia para el Estado de Sinaloa. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sinaloa;*

*VI. Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección;*

*VII. En caso de desacuerdo, el juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 182 fracción VI de este Código, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso; y,*

*VIII. Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.*

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.

En el caso en que la mamá y el papá llegaran a arreglo en cuanto a la custodia, guarda y todas las obligaciones aunque se haya perdido la patria potestad de los menores el Juez de lo familiar en sentencia tendrá la obligación de salvaguardar el derecho de los hijos como lo establece el artículo 189 de Código Familiar en el Estado de Sinaloa, que a la letra señala;

Artículo 189. *En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del artículo 187 de este Código, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.*

Artículo 190. *El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.*

Una peculiaridad en el divorcio incausado es que de apruebe o no el convenio que señala el artículo 182, el juez en sentencia inmediatamente decretará el divorcio y se dejan a salvo los otros derechos alimentos, sociedad conyugal, para que se hagan valer en vía incidental, como lo establece el artículo 191 del Código Familiar en el Estado de Sinaloa.

Artículo 191. *En caso de que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto del convenio señalado en el artículo 182 de este Código y éste no contravenga ninguna disposición legal, el juez lo aprobará de plano, decretando el divorcio mediante sentencia; de no ser así, el juez decretará el divorcio mediante sentencia, dejando expedito el derecho de los cónyuges para que lo hagan valer en la vía incidental, exclusivamente por lo que concierne al convenio.*

En relación a la reforma que encontramos de forma beneficiosa para el cónyuge que en caso de divorcio nunca trabajó y que actualmente este incapacitado para trabajar y además siempre se dedicó a los cuidados del hogar y a los hijos tendrá derecho a una indemnización y además el pago de alimentos, como lo establece el artículo 192 y que a la letra señala;

Artículo 192. *En caso de divorcio, el juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; tomando en cuenta las siguientes circunstancias:*

- I. La edad y el estado de salud de los cónyuges;*
- II. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;*
- III. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;*
- IV. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;*
- V. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y, VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.*

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor

contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del divorcio.

### 3.2. DIVORCIO ADMINISTRATIVO

Podemos decir que el Divorcio Administrativo procede cuando los cónyuges se encuentran situado en el supuesto del artículo 184 del Código Familiar vigente en nuestro Estado.

*Artículo 184. Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El oficial de Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el oficial de Registro Civil los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.*

*Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.*

Este divorcio administrativo es ante el C. Oficial del Registro Civil, pero deberán reunirse los siguientes requisitos;

- a) Cuando después de celebrado el matrimonio ambos convengan en divorciarse.
- b) Deben comparecer ambos cónyuges de acuerdo en divorciarse.
- c) Sean mayores de edad.
- d) Hayan liquidado la sociedad conyugal.
- e) La cónyuge no esté embarazada.
- f) No tengan hijos en común o si los tienen sean mayores de edad.
- g) No darse alimentos entre los cónyuges ya que no los requieren.

## 4. LA TENDENCIA DE LOS DIVORCIOS EN MÉXICO

Por datos de la encuesta nacional datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), misma que analiza la situación conyugal de la población, el número de divorcios en México ha aumentado en los últimos años llegando en

2017 a 147 mil 581, en tanto los matrimonios han disminuido al registrarse de 2014 a 2017 entre 15 mil y 20 mil anualmente. Lo anterior se puede observar en la graficas que a continuación se elaboran.

El estudio, realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), detalla que con base en registros administrativos, los divorcios han aumentado: En 2010 fueron 86 mil, en 2013 la cifra alcanzó 109 mil y en 2017 creció a 147 mil 581, de los cuales 147 mil 368 casos son relativos a personas de diferente sexo y 213 disoluciones corresponden a cónyuges del mismo sexo. Como se observa en la Grafica 1, a continuación.

Periodo	Divorcios
2010	73,953
2011	78,086
2012	86,610
2013	95,937
2014	99,917
2015	110,865
2016	126,168
2017	134,166

Fuente: INEGI Estadísticas de Nupcialidad.

Notas y Llamadas:

Divorcio judicial: Disolución jurídica definitiva de un matrimonio en el cual interviene algún juez de lo familiar, civil o mixto, independientemente de que se trate de un divorcio necesario o voluntario.



GRAFICA 1



A continuación se observan las estadísticas de INEGI de los Divorcios, que se representan a continuación en la Grafica 2.

Periodo	Divorcio Administrativo
2010	12,089
2011	13,199
2012	12,899
2013	12,790
2014	13,561
2015	13,018
2016	13,639
2017	13,415

Notas y Llamadas:

Divorcio administrativo: Disolución jurídica definitiva de un matrimonio que se tramita en las oficinas del registro civil, siempre y cuando se encuentre legislado en la entidad que corresponda, se solicita siempre por mutuo consentimiento de los cónyuges.

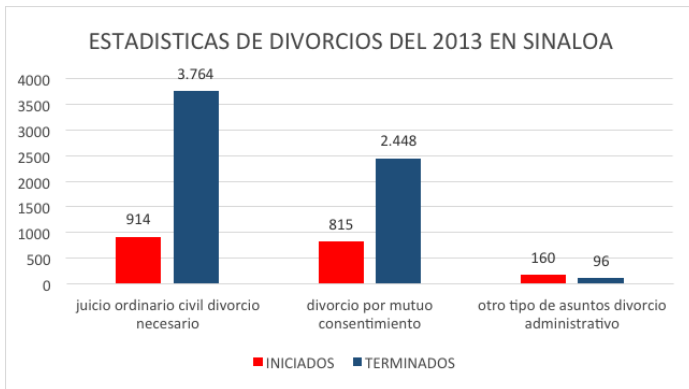
Fuente: INEGI Estadísticas de Nupcialidad.

GRAFICA 2



5. INCIDENCIAS PROCESALES DE DIVORCIO ANTE LOS JUZGADOS FAMILIARES EN EL ESTADO DE SINALOJA

En el año del 2013 el juicio de Divorcio Necesario se realizaban en la vía ordinaria civil se iniciaron 914 Divorcios Necesario, debido al proceso ordinario el divorcio necesario era un juicio largo y lento, se terminaron 3,764, de divorcios necesarios de años anteriores que se fueron acumulando. En los casos de Juicios de tramitación especial Divorcio por Mutuo Consentimiento se iniciaron 815 se terminaron 2,448, acumulándose de otros años por diversos factores procesales al igual que los Divorcio Administrativos se inician 160 y se terminaron 96 que dando juicios sin concluirse los iniciados, como se demuestra en la Grafica 3.

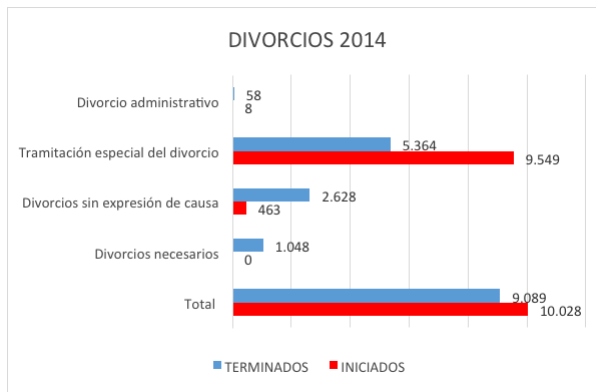


En el año 2014, el juicio de Divorcio Necesario el Divorcio Necesario se terminan 1,048 divorcios necesarios que habían quedado rezagados. Se aprueba a la legislación Familiar el Juicio de tramitación especial sin causa iniciados 463 y terminados 2,628 de divorcio o también llamado tramitación especial de divorcios iniciados de 9,549 y terminados 5,364, en este año, así mismo se iniciaron 8 Divorcio Administrativos y se terminaron 58, como se demuestra en la tabla y Grafica 4, que a continuación de describe.

TABLA

DIVORCIOS 2014	INICIADOS	TERMINADOS
Divorcios necesarios	0	1,048
Divorcios sin expresión de causa	463	2,628
Tramitación especial del divorcio	9,549	5,364
Divorcio administrativo	8	58
Total	10,028	9,098

GRAFICA 4

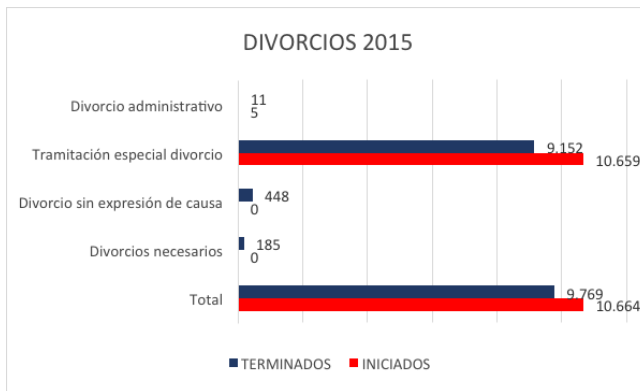


En el año 2015, los divorcio necesario que se terminan 185 divorcios necesarios rezagados, al igual que el divorcio sin expresión de causa terminando 448. Los Juicio de tramitación especial de divorcio o también llamado sin expresión de causa iniciando de 10.659 y terminados 9,652, en este año, así mismo se iniciaron 8 Divorcio Administrativos y se terminaron 11 como se demuestra en la Tabla y Grafica 5, que a continuación de describe.

TABLA

DIVORCIOS 2015	INICIADOS	TERMINADOS
Divorcios necesarios	0	185
Divorcio sin expresión de causa	0	448
Tramitación especial divorcio	10,659	9,152
Divorcio administrativo	5	11
Total	10,664	9,769

GRAFICA 5

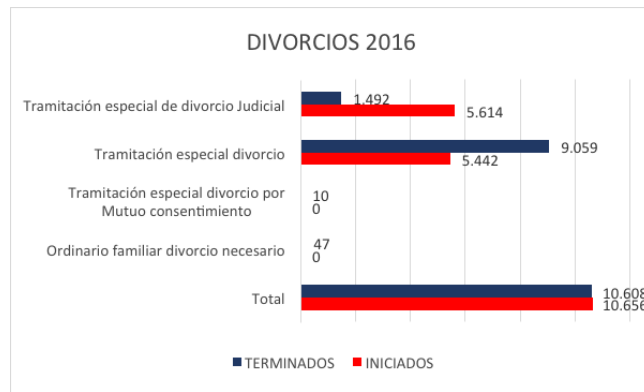


En el año 2016, los Divorcios Necesarios terminados 47, al igual que el divorcio sin expresión de causa terminando 111. Los juicios de tramitación especial de divorcio por mutuo consentimiento se terminan 10, los juicios de tramitación especial, iniciados 5,442 y terminados 9,059 así como de tramitación especial de divorcio judicial o también llamado sin expresión de causa unilateral iniciando de 5,614 y terminados 1,492 en este año, así mismo no se iniciaron Divorcio Administrativos como se demuestra en la tabla y Grafica 6, que a continuación de describe.

TABLA

DIVORCIOS 2016	INICIADOS	TERMINADOS
Ordinario familiar divorcio necesario	0	47
Tramitación especial divorcio por Mutuo consentimiento		10
Tramitación especial divorcio	5,442	9,059
Tramitación especial de divorcio Judicial	5,614	1,492
Total	10,656	10,608

GRAFICA 6

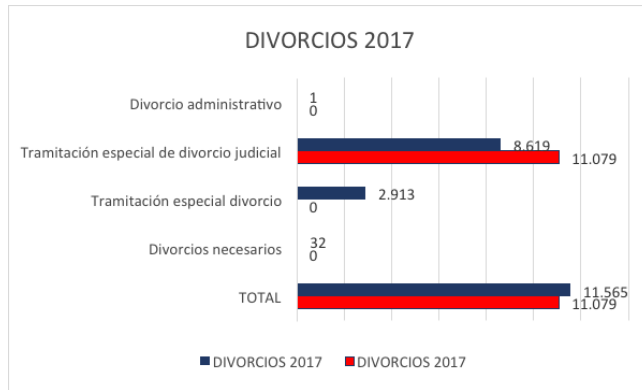


En el año 2017, se terminaron 32 juicios de divorcios necesarios, no se inició ningún juicios de tramitación especial y se terminaron 2,913 y se tramitaron de tramitación especial de divorcio judicial o también llamado sin expresión de causa unilateral 11,079 y terminados 8,861 y se concluyó un divorcio administrativo como se demuestra en la tabla y Grafica 7, que a continuación de describe.

TABLA

DIVORCIOS 2017	INICIADOS	TERMINADOS
Divorcios necesarios	0	32
Tramitación especial divorcio	0	2,913
Tramitación especial de divorcio judicial	11,079	8,619
Divorcio administrativo	0	1
Total	11,079	11,565

GRAFICA 7

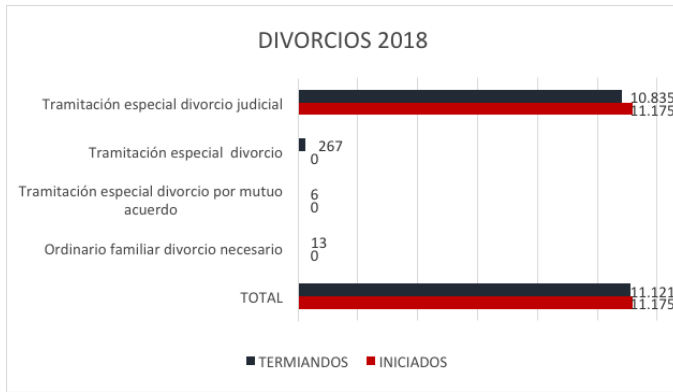


En el año 2018, se terminaron 13 divorcios necesarios, y se tramitaron los juicios de tramitación especial de divorcio de mutuo acuerdo cero y terminaron 6 o también llamado sin expresión de causa (bilateral) terminados 267 y de tramitación especial divorcio judicial (unilateral) de 11,175 y terminados 10,835 como se demuestra en la tabla y Grafica 8, que a continuación de describe.

TABLA

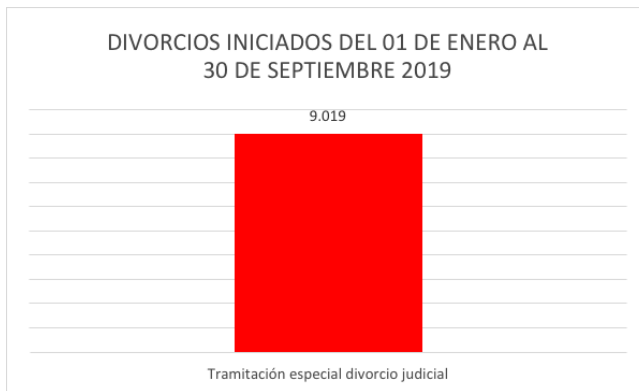
DIVORCIOS 2018	INICIADOS	TERMINADOS
Ordinario familiar divorcio necesario	0	13
Tramitación especial de divorcio por Mutuo acuerdo	0	6
Tramitación especial divorcio	0	267
Tramitación especial divorcio judicial	11,175	10,835
<b>Total</b>	<b>11,175</b>	<b>11,121</b>

GRAFICA 8



En el año 2019, en el informes en materia familiar en la estadística generada del 01 de enero al 31 de agosto del 2019, los asuntos iniciado son 9,019 de tramitación especial de divorcio judicial llamado sin expresión de causa, como se demuestra en al Grafica 9, que a continuación describe.

GRAFICA 9

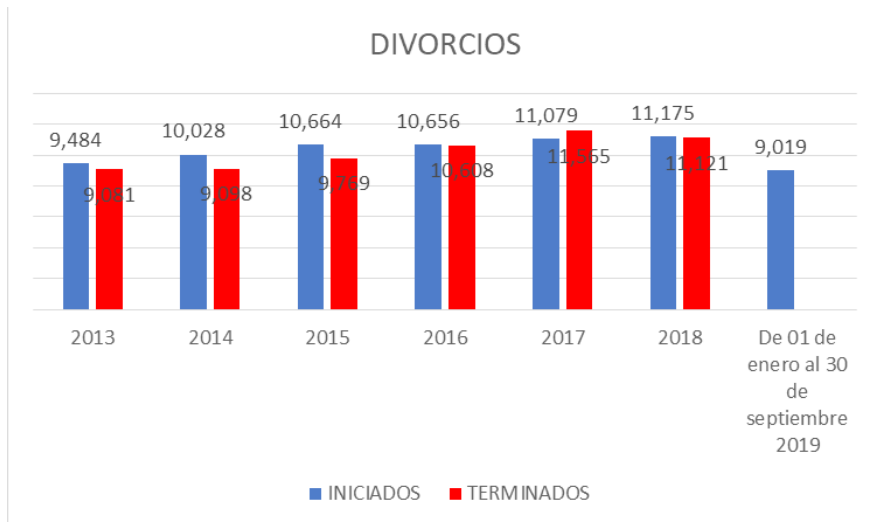


En total por año de divorcios iniciados en Sinaloa podemos concluir con los siguientes graficas según datos proporcionados por la página oficial del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa.

TABLA. *Divorcios años iniciados y terminados*

DIVORCIOS	AÑOS	INICIADOS	TERMINADOS
2013	9,484	9,081	
2014	10,028	9,098	
2015	10,664	9,769	
2016	10,656	10,608	
2017	11,079	11,565	
2018	11,175	11,121	
ENERO-AGOSTO	2019	9,019	

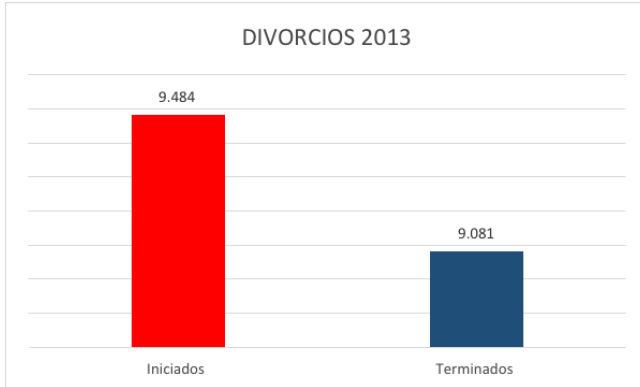
GRAFICA 10



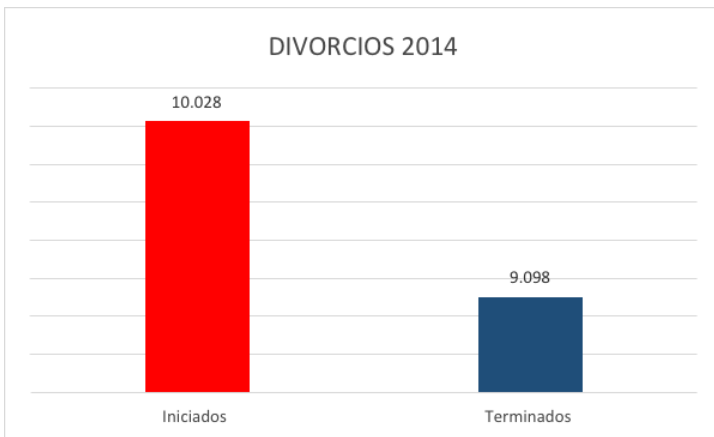
En el 2013, juicios iniciados y terminados de divorcios.



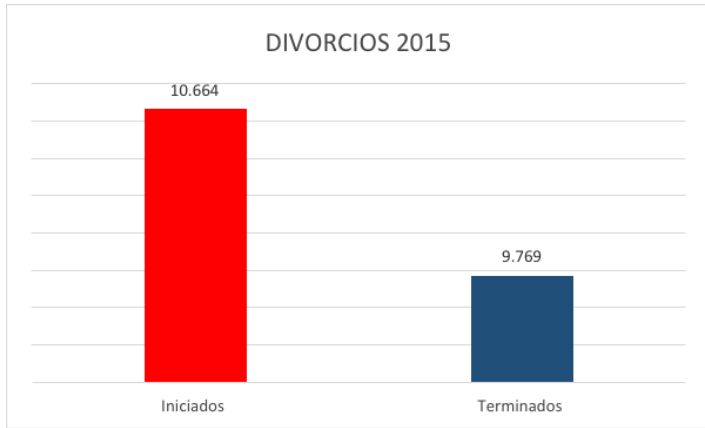
GRAFICA 11. En el 2014, juicios iniciados y terminados de divorcios



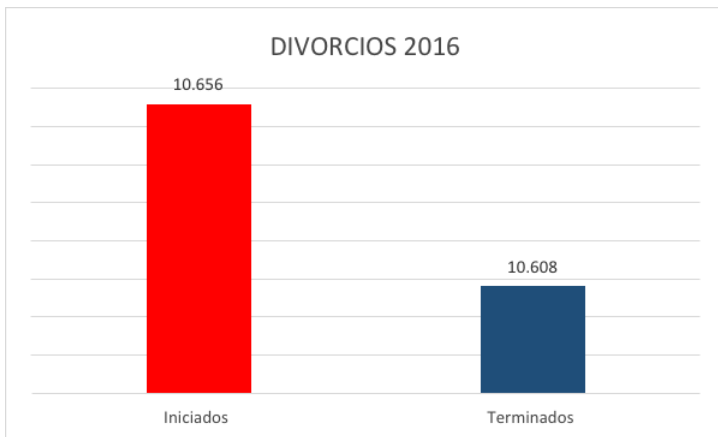
GRAFICA 12. En el 2015, juicios iniciados y terminados de divorcios



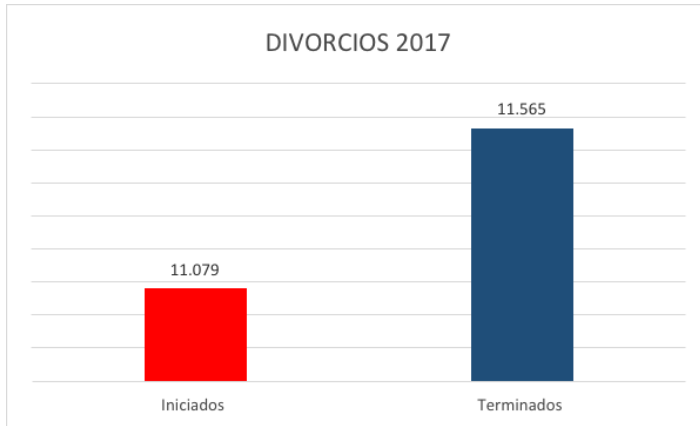
GRAFICA 13. En el 2016, juicios iniciados y terminados de divorcios



GRAFICA 14. En el 2017, juicios iniciados y terminados de divorcios



GRAFICA 15. En el 2018, juicios iniciados y terminados de divorcios



## 6. DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO

Por último, es indispensable señalar que el desarrollo de la presente investigación se realizó apegado a la metodología deductiva, histórica, comparativa, analítica, exegética, o sea, en la investigación de lo general a lo particular, estableciéndose un marco teórico en el cual en principio se aborda el trabajo desde el análisis del articulado en que se encuentra inmerso actualmente en el Código Familiar del Estado de Sinaloa, retomando el punto que sobre el tema manejan actualmente los doctrinarios en sus diferentes bibliografías, así como los diversos criterios jurisprudenciales que se han emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A su vez, como una investigación de campo realizada en el Supremo Tribunal del Estado de Sinaloa, los que nos llevaron a los siguientes resultados y discusión.

## 7. CONCLUSIONES

Podemos considerar que en México existen leyes suficientes, claras y precisas para la atención a la disolución del matrimonio o leyes para atender el divorcio entre parejas. Además se considera que en las mismas leyes son suficiente contenido de seguridad jurídica para las condiciones o garantías que los hijos deben tener una vez que se haya consumado el divorcio entre sus padres y con lo cual queda muy laxo el compromiso de atender a sus hijos, en lo emocional, en alimentación, en la salud y en lo educativo, entonces además de lo traumático que es ver separarse a sus padres, sus descendientes no tienen garantizada la posibilidad de desarrollarse

como ciudadanos. Sinaloa ya no existe un Divorcio donde las familias que se veían involucradas en los proceso de divorcio o separación, por lo general se les convierte la situación en un conflicto estructural, es decir, la situación económica, de convivencia, de integración, etc., pues cuando se veían involucrados en esos procesos de divorcio se agudiza y cuando concluye el proceso, quedan prácticamente devastadas las familias y sus miembros. Con esto se concluye en primer momento de la investigación en el presente capítulo y yendo más allá se realizó investigación en los juzgados de lo Familiar y se analiza las estadísticas de la realidad jurídica del Divorcio en Sinaloa a partir de la reforma como seguimiento de la investigación.



# LA OBLIGACION DE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS DE PRIMERA NECESIDAD FRENTE POTESTAD O DUALIDAD SANCIONADORA ESTATAL

JOSÉ RODOLFO LIZÁRRAGA RUSSELL<sup>1</sup>

## SUMARIO

Introducción 1. La necesidad primaria convertida en asunto legal. 1.1 responsabilidad administrativa y/o penal 2. Potestad originaria y potestad derivada. 2.1 Potestad sancionadora. Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

**L**A ACTIVIDAD PESQUERA dentro de las comunidades y campos pesqueros del mundo, de forma en general, son marginados por que en los países normalmente le dan prioridad a las embarcaciones de mayor calado, ya que son estas las que sustraen una mayor cantidad de producto del mar, siendo las embarcaciones pequeñas las que son mayor numero, en la actividad pesquera, como también habrá que hacerse notar que de estas de forma directa subsiste un mayor número de familias, de las cuales es su actividad económica primaria, ya que los grandes navíos pertenecen a empresas pesqueras, que de forma general se dedican netamente a la explotación de los frutos de mar para su exportación a otros países

<sup>1</sup> El autor es Doctor en Ciencias del Derecho, Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt nivel 1, es Profesor e Investigador de la Facultad de Derecho Culiacan de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México.

y realizar una actividad económica a gran escala y no específicamente para su subsistencia, como en el caso de las familias de los campos pesqueros.

México, no es la excepción en esta problemática, constantemente vemos que las concesiones a las navieras pesqueras que regularmente están destinadas para la captura del producto marino, en aguas profundas, son privilegiadas en oportunidades, dejando escasos apoyos y dadas a los pescadores de las comunidades dedicadas a la actividad pesquera rudimentaria en donde pocas veces se cuenta con un instrumental y equipo adecuado, que les permita realizar la labor pesquera de forma correcta y sin correr el riesgo de perder hasta la vida, y dejando a las familias, ni siquiera con la pequeña producción pesquera, que se convierte más que en un producto a comercializar, este se utiliza para el consumo propio, o sea para la alimentación de la familia, ya que debemos recalcar, en los campos pesqueros mexicanos, la pesca es la única fuente de empleo, quedando se estos, inactivos en los periodos de veda, que es cuando la cantidad de la captura aumenta y se puede llevar a cabo la explotación comercial de la producción.

Una de las circunstancias que se presentan de forma cotidiana, son el abortar la actividad pesquera por parte de los pobladores de las comunidades, para ir en búsqueda de empleo en una actividad desconocida, ya sea como comerciante de otros productos, trabajar en actividad agrícola, como jornaleros o dentro ganadería de peones, sin que nos falte, la albañilería o de obreros en cualquier empresa que les dé una oportunidad de trabajo, con horarios extensos, en cambio de un salario mínimo, o mucho peor, envolviéndose en actividades ilícitas, de las cuales actualmente se encuentran de una forma predominante, influyendo en las nuevas generaciones, donde es más fácil obtener dinero realizando un ilícito o formando parte de la delincuencia organizada.

## 1. LA NECESIDAD PRIMARIA CONVERTIDA EN ASUNTO LEGAL

Actualmente en estado de Sinaloa, es un factor que abunda mucho, siendo un estado referente en materia de pesca, las nuevas generaciones, deciden por salir de su pueblo y emigrar a las ciudades en busca de nuevas oportunidades, que es la minoría dentro de las comunidades, o formar parte de la delincuencia organizada, mediante la cual se sirven para obtener una riqueza volátil, así como mal influenciar y corromper a la comunidad entera, y con esto enrolar y hacer partícipes y en muchos casos cómplices a vecinos y autoridades de la misma.

Como mencionábamos en párrafos anteriores la actividad de la pesca, dentro de las comunidades se lleva a cabo la labor pesquera en búsqueda de productos que su captura sea legal, sin embargo, debemos mencionar, que los productos marinos

más atractivos, son los que normalmente están en un periodo de veda parcial, en el caso de nuestro estado, un producto que abunda y es muy atractivo para el consumidor, por su alta calidad y su demanda, es el camarón, catalogado como un producto que se da en nuestras aguas, pero reconocido y consumido a nivel nacional e internacional, eh ahí su importancia, por lo tanto, el crustáceo es protegido por la norma bajo periodos de veda, en donde su captura queda formalmente prohibida, sin embargo, de forma usual los pescadores a un conociendo esta formalidad, deciden aventurarse a la captura de este fruto del mar, argumentando que se captura en porciones pequeñas, y para uso comestible, no comercial, sin embargo esta conducta, se encuentra tipificada en el código penal punitivo, como una conducta contraria a derecho, vemos que lo limitado que es la pesca de otros productos en el mar, para que estos puedan formar parte del consumo básico de las familias, pone en situación difícil, ya que contrapone el Derecho humano a la alimentación, con una acción punitiva por parte del Estado.

Antes de entrar en materia sobre la naturaleza de la aplicación de la norma jurídica, en esta actividad, como una multa administrativa y la persecución de los delitos por parte de la autoridad penal, al seno de las comunidades pesqueras, así como, su relación o coordinación que existe con la jurisdicción del Estado de Sinaloa, y la sujeción de los usos y costumbres de las mismas comunidades, se hace indispensable el poder observar un escenario completo, de la magnitud del problema que se está tratando en el presente trabajo.

### 1.1. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y/O PENAL

En principio, debemos de recordar de nueva cuenta, que el objetivo por el cual se realiza este estudio, se ubica principalmente en el hecho de conocer la aplicación de la norma jurídica, que actualmente pueda se desarrollar por parte de la autoridad administrativa y de la autoridad penal; y si existe, una vinculación entre los procedimientos antes mencionados, relativos particularmente a el delito de captura de camarón en periodos oficiales de veda, ya que se convierte en una conducta que a su vez está basada en una tipología, en la exteriorización de una conducta típica que va a ser sancionable; de tal manera que para comprender la idea del tipo penal, es conveniente considerar las palabras de Griselda Amuchategui Requena, quien menciona que: «El tipo es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la Ley de una figura delictiva; la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, es decir el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis



legal. Así habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la Ley»<sup>2</sup>.

Por lo tanto, el desarrollar la actividad pesqueras en periodos prohibidos por la ley, los cuales pueden constituir delitos conforme a lo previsto en la legislación aplicable, la autoridad administrativa, formulará ante el Ministerio Público Federal la denuncia correspondiente y a la vez la autoridad administrativa contribuirá y proporcionara la información, dictámenes y peritajes, que le solicite el ministerio público o las autoridades judiciales que corresponda, la cual se convierte en coadyuvante en términos del código de nacional procedimientos penales, así como la ley general del equilibrio ecológico y la protección al ambiente.

Ante este panorama, y el derecho no puede permanecer ajeno a esta problemática, ya que esto se ha venido convirtiendo en un problema de falta de oportunidades para las comunidades pesqueras, así como, un problema de delincuencia común establecido en estas áreas, de donde se utiliza para punto de repartición de droga dentro del pueblo, como una actividad de trasportación en sus pequeñas embarcaciones de producto ilícito, por la falta de actividad pesquera o de recurrir a infringir la norma administrativa y penal, porque no se les permite la captura del camarón, y el estado no busca alguna alternativa para este sector, mediante la capacitación, para poder capturar otras especies, para el consumo doméstico, como para su comercialización.

## 2. POTESTAD ORIGINARIA Y POTESTAD DERIVADA

La potestad tributaria, o poder tributario, se define como la posibilidad jurídica del Estado de establecer y exigir contribuciones con las siguientes características es irrenunciable, la potestad tributaria le está otorgada a un órgano, no puede disponer de ella y se convierte en un deber, es objetivo en virtud de que surge de una norma jurídica que delimita la aptitud para establecer contribuciones y es imprescriptible ya que sólo se extingue con el Estado mismo<sup>3</sup>.

La potestad se determina en nuestra Constitución Política en donde primeramente concentra el poder en el Estado y después en las entidades federativas, potestad está sujeto a la actividad impositiva, pero creemos que existen distintos niveles de potestad a medida de que cada nivel de gobierno impone cargas al go-

<sup>2</sup> AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda: «Derecho Penal»; México, Editorial Oxford, 3ª edición, 2007, p. 56.

<sup>3</sup> VENEGAS ÁLVAREZ, Sonia, *Derecho fiscal*, Editorial Oxford, México DF, 2010, p. 07.

bernado a través de sus respectivos legisladores creando hipótesis Fiscales o hechos imponibles.

La potestad tributaria se ha entrelazado por mucho tiempo con el poder tributario, por lo que el uso ha sido indistinto, incluso se les tipifica como sinónimos de, empero son conceptos cuyo contenido tiende a separarse<sup>4</sup>.

La potestad tributaria la entendemos como la facultad jurídica del Estado de exigir contribuciones con respecto a personas, bienes o actos que se hallan o se realicen en su jurisdicción. El poder tributario al ser una facultad otorgada a través de la Constitución, es permanente, es decir no tiene un plazo límite, además de que dicha potestad no puede ser trasladada a particulares. La potestad tributaria se divide para su ejercicio en los tres niveles de organización del Estado Mexicano, es decir en la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios.

El nacimiento del tributo otorga la pauta para identificar la relación jurídica tributaria, en donde el sujeto activo (autoridad Fiscal) adquiere un derecho de crédito sobre la riqueza o ingresos de un sujeto identificado como pasivo. Contribuir con virtud de tal o cual actividad en referirse a los ingresos obtenidos de los particulares por la potestad, posición en que se encuentra el Estado con respecto a los sujetos obligados a aportar una parte de su riqueza. Estamos frente a dos poderes diferentes: uno eminentemente normativo, el cual tiene la facultad de crear o establecer contribuciones y el otro, identificado como la potestad administrativa de imposición consecuencia de la primera que aplica en concreto la norma creadora del tributo<sup>5</sup>.

A lo cual consideramos que aunque sean en etapas distintas se constituye un solo poder tributario que desde un momento legislativo a un momento de aplicación material como puede ser un embargo o cualquier otro acto que tienda a garantizar el interés Fiscal.

La potestad originaria constitucionalmente se encuentra en la fracción X del artículo 73 de nuestra Constitución Política del País que dice que el Congreso Tiene Facultad:

..... Para legislar en toda la republica sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con

<sup>4</sup> GARCÍA BUENO, Marco Cesar, *Introducción a las instituciones jurídicas del estado de Sinaloa, capítulo derecho fiscal*, editado por el Colegio de Sinaloa. Culiacán Sinaloa, 2012, p. 361.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 362.

apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123<sup>6</sup>;

Lo anterior, debe interpretarse como la facultad exclusiva de la Federación para legislar sobre actos o materias que señala expresamente la propia Constitución, excluyendo a las legislaturas locales a establecer contribuciones a las mismas materias, sin embargo la Federación sí puede delegar a las Entidades Federativas la potestad para exigir la contribución.

Una idea clara de lo que es Federalismo y Federación nos la brinda Camargo Gonzalez que nos dice: como lo expresa el contenido normativo de los artículos 40 y 41, el federalismo debe de partir del punto de vista de que las entidades federativas fueron los entes que en principio constituyeron la unión federal. Si bien, es el pueblo de todos los estados quienes constituyen la nación, los representantes de ese pueblo al nivel de cada entidad federativa tienen delegadas las funciones políticas que el pueblo de su entidad les encomienda. La Federación no es más que el consenso de esas voluntades delegadas en una armonización de los intereses particulares, para la configuración de un interés general. En este contexto, es importante señalar que el primero de estos artículos constitucionales contiene un principio básico que debe reconocerse: «la potestad originaria de los estados»<sup>7</sup>.

No debemos de dejar de lado en nuestro trabajo que el sistema de coordinación fiscal actual pretende mejorar el sistema de tributación, la mejor manera de explicar su objeto es revisando el artículo primero de La Ley Federal de Coordinación Fiscal Asimismo, la fracción XXIX del artículo 73 de nuestra carta magna fundamental establece la obligación de la Federación de otorgar participaciones a las entidades y municipio respecto a las contribuciones especiales, sin embargo este dispositivo, no prevé la existencia del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, ni la obligación de otorgarles participaciones en las contribuciones más importantes, como son impuesto sobre la renta, impuesto al valor agregado y derechos sobre petróleo y derivados.

Los convenios de adhesión tiene por objeto, por un lado, armonizar el ejercicio de la potestad tributaria entre los órganos legislativos de la Federación y de las entidades federativas con el fin de evitar la doble o múltiple tributación ya que las entidades que celebran tales convenciones deben renunciar a establecer las contribuciones que graven hechos o actos jurídicos gravados por la federación o a suspender la

<sup>6</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <http://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/ref/ceum.htm>

<sup>7</sup> CAMARGO GONZALEZ, Ismael, *El régimen interior de las entidades Federativas*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2642/7.pdf>.

vigencia de los mismos, y, por otro lado, otorgar a las entidades y a los municipios participaciones respecto de los impuestos recaudados por la federación<sup>8</sup>.

Existen opiniones en contrario respecto al sistema Nacional de Coordinación Fiscal como la que nos brinda el jurista García Bueno donde nos dice que>

La búsqueda por mejorar el pacto federal y armonizar los sistemas impositivos a fin de evitar– se dijo– la doble, o múltiple tributación y fomentar el crecimiento económico equilibrado del País llevo a sus ideólogos a establecer el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal (por sus siglas SNCF). Dicho sistema incumple con el objetivo que le fue asignado, en cuanto fomenta la distribución insuficiente e inequitativa de los recursos Públicos, sino que provoca la dependencia económica con el centro suscitando, a su vez, una dependencia política<sup>9</sup>.

De lo cual preferimos adherirnos a la eficacia en que ha venido trabajando esta coordinación ya que en datos duros la recaudación en México va en aumento como lo informan los medios de comunicación respecto al año anterior.

## 2.1. POTESTAD SANCIONADORA

Aun cuando en otro capítulo se abordara lo relativo a la línea penal que puede abarcar la presente investigación que ya que no debemos dejar a un lado que parte de nuestra investigación se relaciona con esa materia.

La potestad sancionadora se puede entender como una dualidad del Estado para que los asuntos de carácter administrativo sean sancionados en esa área y más grave aun deriven en procesos penales, traemos a colación el supuesto contemplado en el artículo 41 último párrafo del Código Fiscal de la Federación vigente que nos dice:

.....Cuando las personas obligadas a presentar declaraciones, avisos y demás documentos no lo hagan dentro de los plazos señalados en las disposiciones fiscales, las autoridades fiscales exigirán la presentación del documento respectivo ante las oficinas correspondientes, procediendo de la siguiente forma:

I. Imponer la multa que corresponda en los términos de este Código y requerir hasta en tres ocasiones la presentación del documento.....

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> GARCÍA BUENO, Marco Cesar, op.cit, pp. 367 y 368.

En caso del incumplimiento a tres o más requerimientos respecto de la misma obligación, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad competente, para que se proceda por desobediencia a mandato legítimo de autoridad competente<sup>10</sup>.

De lo anterior se deriva a una autoridad distinta que es el Ministerio Público de la Federación en la aplicación del artículo 178 del Código Penal federal que nos dice: ...Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, dictados por autoridad judicial competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días multa<sup>11</sup>.

Dentro del tema que nos ocupa el Estado centra cumplir su dominio de diferentes formas utilizando métodos de apercibimiento y sanciones administrativas, hasta llegar a los procesos penales a los contribuyentes incumplidos, se ha manejado de desde un punto de vista clásico

En este orden de ideas se puede interpretar que existe y se aplica un *Ius Puniendi* del Estado, el cual implica la necesaria identidad sustancial entre los ilícitos penal y administrativo y entre las normas penales y de derecho administrativo sancionador<sup>12</sup>.

Pérez Piaya nos sitúa en su evolución del *Ius Puniendi* estatal de la siguiente manera: El desplazamiento definitivo del agraviado del ámbito punitivo no se produjo hasta finales de la Edad Media, con la irrupción del *Ius Puniendi* estatal y la atribución al Estado del monopolio de la sanción, El moderno Derecho Penal entrañaba una concepción nueva del delito, como atentado contra el orden social, que se iba a diferenciar netamente del daño privado causado a los perjudicados<sup>13</sup>.

Consideramos de vital importancia la relación del *Ius Puniendi* como una opción de hacer que el sistema tributario funciones, nace de una estrecha relación de la obligación concreta de contribuir de manera directa con el País que considera-

<sup>10</sup> Código Fiscal Federal, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/reflcpfeum.htm>

<sup>11</sup> Código Penal Federal, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/reflcpfeum.htm>

<sup>12</sup> PÉREZ-PIAYA MORENO, Cristina, *Procedimiento sancionador tributario*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia España, 2008, p. 30.

<sup>13</sup> ROIG TORRES, Margarita, revista Estudios y Criminológicos vol. XXII, artículo *Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito*, editado por Imprenta Universitaria, Santiago de Compostela, España, 2000, p. 161.

mos tiene una evolución histórica tributaria primero tenemos nuestro Artículo 31 fracción IV del ordenamiento constitucional federal.

Existe una línea casi invisible entre la materia penal ordinaria y entre materia penal fiscal Pérez-Piaya los vincula de la siguiente manera: Pues bien, teniendo en cuenta que la realidad es que son los principios que desde siempre han regido el orden penal los que van a ser también de aplicación al sancionador tributario, principios del *Ius Puniendi* del Estado, al fin y al cabo, un estudio de su contenido y de la operatividad que presentan en el derecho sectorial<sup>14</sup>.

La potestad sancionadora de forma general, puede ejercitarse dentro de la propia estructura estatal, por parte del poder jurisdiccional, que sería por tanto dentro del derecho penal, o bien por parte de los órganos del gobierno o la administración pública, En este caso estaríamos ante un Derecho tributario sancionador, la legalidad de los actos emitidos por la autoridad administrativa serán posteriormente revisados por los tribunales federales en materia administrativa

Queremos unirnos al pensamiento doctrinal del Jurista Diego Valadés en donde el Estado Constitucional debe de aplicar un derecho penal mínimo dependiendo de la capacidad del contribuyente o la gravedad económica de la infracción. Que nos dice:

Por otra parte, el constitucionalismo también tiene como propósito establecer las bases jurídicas de la tolerancia. Este principio, que estuvo en el origen de los sistemas constitucionales, supone que haya espacios para la libertad que trasciendan incluso lo estrictamente establecido por la norma. La norma fija sólo los mínimos aceptables; pero la conducta individual y colectiva acorde con esa norma puede ampliar el contenido de la tolerancia<sup>15</sup>.

Existe para algunos doctrinarios la existencia de una Dualidad de poder sancionador, Johnson Okhuysen explica que si se impone una multa en base a un crédito Fiscal que se incumplió, para que la multa pueda ser ejecutada el crédito Fiscal debe de quedar firme, si se obtiene resolución en un juicio de nulidad en la que el crédito Fiscal se declara infundado o improcedente, entonces la multa no deberá ser cubierta por el contribuyente.

Este principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal no sigue en materia del proceso penal frente al crédito Fiscal, en este caso, el proceso penal es

<sup>14</sup> PÉREZ-PIAYA MORENO, Cristina, p. 39.

<sup>15</sup> VALADÉS, Diego, *Documento de trabajo la desapplicación de la norma y el estado de derecho*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México DF, p.1.

completamente independiente del proceso administrativo<sup>16</sup>. Como ejemplo de lo anterior traemos a colación la siguiente tesis:

SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS. SUS DIFERENCIAS. El artículo veintiuno de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, como uno de los principios sobre los cuales descansa todo el sistema de administración de justicia en materia penal, que al Ministerio Pública y a la Policía Judicial corresponde la persecución de los delitos, en tanto que a los Jueces compete en exclusiva la imposición de las penas; de donde se advierte que, para tales efectos, las penas deben considerarse como las sanciones derivadas de la comisión de ilícitos criminales, a fin de distinguirlas de las originadas por las faltas a los reglamentos gubernativos y de policía, a las cuales calificó como infracciones. En este sentido, tratándose de servidores públicos, la sanción administrativa deriva de una infracción a las reglas que deben observar en el desempeño de sus funciones, contenidas en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, cuyo incumplimiento da lugar a iniciar el procedimiento respectivo y a la aplicación de las sanciones previstas en dicha ley; en cambio, la sanción penal deriva de la comisión, por parte de cualquier sujeto, de un acto u omisión tipificados como delito por la legislación penal, lo que implica que por ser diferentes las causas que generan las sanciones administrativas y las penales, la naturaleza de éstas también sea distinta. 26 de enero de 2005. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz No. Registro: 178,141 Tesis aislada Materia(s): Penal, Administrativa Novena Época, Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXI, Junio de 2005 Tesis: la. X1J2005 Página: 175<sup>17</sup>.

Lo anterior aclara una aparente dualidad sancionadora, porque se establece una línea específica para cada materia, en protección del mismo Estado.

## CONCLUSIÓN

Sin embargo, habrá que considerar en casos donde el ciudadano por necesidad realiza actividades para su subsistencia y cubrir más elementales necesidades y en función de ejercer su Derecho Humano, como lo es la necesidad primaria de alimentarse y hacer lo propio con su familia, e incurre en un supuesto contrario a la ley y este pueda ser objeto de una doble sanción, por parte de la autoridad

<sup>16</sup> JOHNSON OKHUYSEN, Eduardo, *Equilibrio entre presión fiscal y justicia fiscal, en el sistema tributario federal mexicano*, editado por la Universidad Anáhuac, México DF, 1984, p. 89.

<sup>17</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación jurisprudencias y tesis aisladas, consultas, <http://www.jurisconsulta.mx/index.php/JurisprudenciaSCJN/ViewTesis?iD=213088>

administrativa y penal del Estado, por lo tanto creemos que deberá considerarse esta problemática social, ya que en los campos Pesqueros del estado de Sinaloa, como, de la mayor parte del territorio nacional, pasan por las mismas carencias y necesidades, ya que, presentan un nivel de vulnerabilidad y miseria bastante pronunciada, y esto se convierte en objeto de análisis legislativo, como, burocrático, y continuar con una política progresista, en medida del garantizar la protección de los Derechos Humanos en este rubro.





## *Semblanzas*



MERCEDES IGLESIAS BÁREZ

Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesora de Derecho Constitucional, imparte diversas asignaturas en los Grados de Derecho y Ciencia Política y de la Administración, así como en el Máster Democracia y Buen Gobierno, el Máster de Acceso a la Abogacía, Máster en Derecho Penal, Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género de la Universidad de Salamanca. Imparte docencia también en los Títulos Propios de Criminología y Detective Privado de la Universidad de Salamanca.

Es Profesora Afiliada de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (México) y profesora de su Programa de Doctorado en Derechos Humanos.



GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ

Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor titular y Coordinador de la Unidad de Estudios de Posgrado de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Integrante del Sistema Nacional de Investigación nivel II. Autor de diversos libros, capítulos de libros y artículos en revistas indexadas y arbitradas. Integrante de consejos arbitrales en diversas revistas nacionales y extranjeras.

**LIZBETH GARCÍA MONTOYA**

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, (México). Maestría en Derecho Procesal Penal por el Instituto Estatal de Ciencias Penales y Seguridad Pública (Sinaloa, México). Estudios Avanzados y Doctorado en Criminología y Delincuencia Juvenil por la Universidad de Castilla La Mancha, España, con línea de investigación sobre violencia doméstica. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I, Profesora e Investigadora de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa.

**PABLO RAMOS HERNÁNDEZ**

Licenciado en Filología Hispánica y Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género por la Universidad de Salamanca. Investigador predoctoral. Asistente de Dirección del Máster Universitario en Estudios Interdisciplinarios de Género, Coordinador Académico del Máster Propio en Identidad Sexual y Diversidad LGTBI+ y Miembro de la Unidad de Igualdad de la Universidad de Salamanca. Vocal de la Junta Directiva de la Asociación GENET – Red de Estudios de Género.

Este libro denominado *Estado de Derecho, Democracia y Formas de Gobierno* es el resultado de un esfuerzo en conjunto que ha emprendido la Universidad de Salamanca y la Universidad Autónoma de Sinaloa.

Las facultades de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa y de la Universidad de Salamanca con motivo de la firma de un Convenio de colaboración, las y los estudiantes de posgrado, así como docentes e investigadores/as en áreas jurídicas de ambas instituciones, han realizado por más de 10 años consecutivos estancias académicas, cuyo producto final esencialmente son aportaciones científicas de temas de suma trascendencia y de vanguardia en el campo del Derecho, dichas aportaciones se materializan en publicaciones como la que hoy tiene el lector en sus manos.

Esta obra, sin duda representa, no solo el esfuerzo colectivo de quienes la han hecho posible, sino también el cúmulo de conocimientos que ha sido plasmado por cada uno de las y los autores de los capítulos que integran esta obra, pues son ellos y ellas quienes a través de análisis, críticas y reflexiones intentan evidenciar todas las áreas de oportunidad que hay que atender en el campo del Derecho.

En esta obra se abordan temas fundamentales del constitucionalismo contemporáneo, en donde el abordaje de derechos humanos se hace presente en diversos tópicos, donde destacan temas relacionados con libertad de expresión, protección de datos personales, acceso a la información pública, maternidad subrogada, igualdad entre hombres y mujeres, paridad y violencia de género, etnia, personas con discapacidad, niñez y comunidad LGBTI+.

Asimismo, esta obra reflexiona desde un ámbito jurídico sobre algunos fenómenos sociales que tienen presencia en el contexto actual como son las áreas de oportunidad en el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, nuevas formas de contratación laboral, la corrupción de las y los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cambio climático, democracia fallida y la crisis del funcionamiento de los partidos políticos.

Como es claro, este libro recopila temáticas que forman parte de diversas ramas del Derecho, así pues, las figuras analizadas en algunos de los 25 capítulos que integra esta obra obedecen al Derecho administrativo, penal, laboral, electoral, otros más al fiscal, constitucional, ambiental, internacional, familiar y civil. Lo anterior son precisamente algunos de los aspectos que enriquecen este libro, ya que ofrece una aproximación interdisciplinaria del estudio de los diversos fenómenos sociales que acontecen en nuestra sociedad, vistos estos desde el ámbito jurídico.



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA

ISBN: 978-84-1311-512-2



9 788413 115122