

Díkê

REVISTA DE INVESTIGACIÓN
EN DERECHO, CRIMINOLOGÍA
Y CONSULTORÍA JURÍDICA



28

DÍKÊ, AÑO 14, NÚM. 28
OCTUBRE DE 2020 -
MARZO DE 2021

Díkē / Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP)

DIRECTORIO

José Alfonso Esparza Ortiz

Rector

José Jaime Vázquez López

Secretario General

Ygnacio Martínez Laguna

Vicerrector de Investigación y Estudios de Posgrado

Hugo Vargas Comsille

Director General de Publicaciones

Luis Ochoa Bilbao

Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Marcos Gutiérrez Ayala

Secretario Académico

Jorge Calles Santillana

Secretario de Investigación y Estudios de Posgrado (F.D.C.S)

Omar Eduardo Mayorga Gallardo

Editor Ejecutivo

DISEÑO DE PORTADA: **Daniela Podestá Siri**

FORMACIÓN EDITORIAL Y CUIDADO DE EDICIÓN: **Diego I. Ahuet**

TRADUCCIÓN: **Berenice Martínez González**

ASISTENTE EDITORIAL: **Eric Cazalco Hernández**

SOPORTE TÉCNICO: **Manuel Martín Ortiz**

Díkē

Año 14, número 28, octubre 2020 / marzo 2021, es una publicación semestral editada por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), con domicilio en 4 Sur No. 104, Col. Centro, C.P. 72000 Puebla, Pue., México, Tel. + 52 222 229 55 00 Ext. 7705. www.dike.buap.mx, editor responsable: Mtro. Omar Eduardo Mayorga Gallardo, omargallardo10@gmail.com. Reserva de derechos al uso exclusivo 04-2017-111113570000-203, E-ISSN 2594-0708, ambos otorgados por el Instituto Nacional de Derecho de Autor de la Secretaría de Cultura. Responsable de la última actualización de este número: Coordinación de Evaluación y Comunicación Científica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Omar Eduardo Mayorga Gallardo, domicilio en Avenida San Claudio esquina boulevard 22 sur, Col. Jardines de San Manuel, C.P. 72570, Puebla capital, México. Fecha de la última modificación: 25 de septiembre de 2020.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.



Tabla de contenidos / Diké 28

ARTÍCULOS —CONSULTORÍA JURÍDICA—

Los ingresos pasivos en transacciones con bienes corporales en el marco del régimen de entidades controladas del exterior
Passive income in transactions with tangible assets under the regime of foreign controlled entities

JULIÁN ALBERTO ZAMBRANO SÁNCHEZ / 5

La actualidad de la hipoteca inversa en México

The Current Situation of the Reverse Mortgage in Mexico

ADOLFO E. CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ / 23

Costo fiscal de las pensiones de la ley del seguro social en México

Fiscal Cost of Pensions under the Social Security Law in Mexico

MARÍA DEL ROSARIO RUIZ MORENO,
MARTHA KARINA AMEZCUA LUJÁN / 59

ARTÍCULOS —CRIMINOLOGÍA—

Derecho humano de acceso a la jurisdicción de las madres adolescentes víctimas de violencia familiar

Human Right of Access to Justice for Teenage Mothers Victims of Family and Domestic Violence

JOSÉ JULIO NARES HERNÁNDEZ,
VÍCTOR HUGO MONTERO JIMÉNEZ,
CLAUDIA ELVIA CHICATTI MORENO / 83

ARTÍCULOS —DERECHO—

Mediación en el Proceso Civil en España

Mediation in the Civil Process in Spain

MARÍA CARMEN BARRÓN LÓPEZ / 187

El delito de piratería en Centroamérica y Suramérica

The crime of piracy in Central America and South America

RAFAEL LARA MARTÍNEZ / 123

La seguridad en cuestión. Transformaciones en la cuestión securitaria como problema público. córdoba, 2015-2017

Security in question. Transformations in the security issue as a public problem. Córdoba, 2015-2017

SUSANA MARÍA MORALES / 145

Derechos subjetivos en sede cementerial: la dicotomía entre lo público y lo privado

Subjective Rights in The Cemetery: The Dichotomy between the Public and The Private Content

ERICK ORTEGA GARCÍA,
GRETHEL ARIAS GAYOSO / 171

El derecho humano al desarrollo:
la responsabilidad compartida de la
justicia constitucional
*The Human Right to Development:
the shared responsibility of
constitutional justice*

JOSÉ DE JESÚS BECERRA RAMÍREZ / 191

Panorama sobre divorcio en el
Mercosur
Overview on Divorce in the Mercosur
VIVIANA MASCIADRI / 217

El espacio ultraterrestre, ámbito de
difusión de la paz y medios para lograrlo
*Outer Space, an Area for Spreading
Peace and the Means to Achieve it*
BORJA GARCÍA VÁZQUEZ / 247

¿“Formas de desventaja inmerecida”
o los costos perversos de la
democracia mexicana? Un estudio
sobre la sentencia del caso Atenco
en la Corte IDH
*“Forms of Undeserved Disadvantage”
or the Perverse Costs of Mexican
Democracy? A Study on Ruling of the
Atenco Case in the Inter-American Court*
ISRAEL COVARRUBIAS GONZÁLEZ,
JOSUÉ CASTRO PUGA / 281

La precariedad laboral en México
*Job Insecurity: Laboral Precariousness
in Mexico*
ROSA ELIA ROBLES MEDINA
ALMA DELIA TOLEDO MAZARIEGOS,
ROBERTO CARLOS GALLARDO LOYA / 313

RESEÑAS

Regionalismo en proceso
GUSTAVO ADOLFO ISLAS CADENA / 335

Derechos humanos: su evolución en
México en el siglo XXI. Tomo III
RAMÓN GIL CARREÓN GALLEGOS / 341

Ecología y teología de la liberación
Crítica de la modernidad/colonialidad
JAIME ORTEGA REYNA / 347

Complejidades del juramento: cruces
entre derecho y cultura
JUAN DAVID ALMEYDA SARMIENTO / 353

Género y Derecho: análisis críticos
desde un enfoque federal, transversal e
interdisciplinario
JOSEFINA NAPAL / 359

Péndulo político, experiencia
mexicana: ¿izquierda o social
democracia?
CLAUDIA RIVERA HERNÁNDEZ / 365

A treinta años de la Convención sobre
los Derechos del Niño
ESTEBAN MARMETO / 367

Los ingresos pasivos en transacciones con bienes corporales en el marco del régimen de entidades controladas del exterior*

Passive income in transactions with tangible assets under the regime of foreign controlled entities

JULIÁN ALBERTO ZAMBRANO SÁNCHEZ**

RESUMEN

La Ley 1819, de 2016, incorporó en Colombia el régimen de entidades controladas del exterior (ECE), con el cual se pretende implementar un sistema de transparencia fiscal para aquellas sociedades controladas que obtengan rentas pasivas. En ese orden de ideas, están sujetos a estas normas aquellos ingresos que obtengan las sociedades controladas por la compra y venta de bienes corporales que se encuentren en una jurisdicción diferente al de éste y se consuman o usen en otra jurisdicción. Este artículo pretende realizar una revisión crítica de las reglas incorporadas por la Ley 1819, para establecer como rentas pasivas la obtención de ingresos por parte de una ECE en la compra y venta de bienes corporales, para advertir las principales problemáticas y retos que se presentan en su aplicación.

Palabras clave: *entidades controladas del exterior, rentas pasivas.*

ABSTRACT

The Law 1819, of 2016, incorporated in Colombia the regime of foreign controlled entities (FCE), through which it is intended to implement a system of fiscal transparency for those controlled companies that obtain passive income. Following this line of thinking, that income obtained by controlled companies from the purchase and/or sale of tangible assets that are in a different jurisdiction and are consumed or used in another jurisdiction are subject to these rules.

This article aims to carry out a critical review of the rules incorporated by Law 1819, to establish as passive income the obtaining of income by an FCE in the purchase and/or sale of tangible assets, and to warn of the main problems and challenges that arise in its application.

Keywords: *foreign controlled entities, passive income.*

* Artículo de reflexión recibido el 13-01-2019 y aceptado el 30-04-2019.

** Abogado por la Universidad de Antioquia, especialista en derecho tributario y derecho tributario internacional por la Universidad Externado de Colombia, magister en derecho con énfasis en tributación por la Universidad Externado de Colombia, asesor tributario en CYG Integral y en el municipio de Medellín, coordinador del Semillero en Derecho Tributario y coordinador del Diplomado en Derecho Tributario, de la Universidad de Antioquia; docente de pregrado y posgrado en la Universidad de Antioquia, el CES y la Universidad Pontificia Bolivariana. Contacto: julianz1113@yahoo.com. <https://orcid.org/0000-0001-5161-086X>

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Generalidades del régimen de entidades controladas del exterior / 3. Objetivo de las normas sobre rentas pasivas por compra y venta de bienes corporales / 4. Configuración de los “ingresos pasivos” por compra y venta de bienes / 5. Conclusiones / 6. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

Una de las preocupaciones permanentes de los Estados con sistemas de tributación por rentas de fuente mundial es el uso abusivo de sociedades o vehículos de inversión que permitan percibir ingresos generados en otras jurisdicciones, convirtiéndose en una alternativa para evitar la realización del hecho generador de los tributos que gravan las utilidades. En concordancia con lo anterior, Omar Sebastián Cabrera sostiene que:

en la práctica es usual que la matriz establezca filiales en paraísos fiscales con la finalidad de esquivar la tributación por motivos de residencia fiscal en su país de incorporación. De igual forma, la comodidad con la que se pueden transferir rentas pasivas posibilita que sus derechos económicos sean adjudicados a la recién creada filial para que esta los explote en calidad de titular. Por lo tanto, al realizar la operación se logra evitar tributación en el lugar de residencia haciendo que las rentas pasivas no tributen allí hasta tanto los rendimientos no sean remitidos a la residencia por parte de la matriz.¹

Varios países han diseñado estrategias que permiten controlar este tipo de acciones realizadas por los contribuyentes. De igual forma, la OCDE, a través de su acción tercera, ha diseñado lo que se conoce como *controlled foreign corporations rules* (CFC Rules).²

¹ Cabrera, O. S., El régimen de entidades controladas del exterior (ECE): la Ley 1819 de 2016 frente a la Acción 3 del Plan BEPS, en Piza Rodríguez, J. R. y Castro Arango, J. M., *El impacto de la Ley 1819 de 2016 y sus desarrollos en el sistema tributario colombiano, tomo II: Impuesto sobre la renta para personas naturales y tributación internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, Acción 3 - Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*, Paris, OCDE, 2016.

De manera general, se puede afirmar que estas reglas buscan desincentivar el uso de sociedades ubicadas en países con regímenes especiales para recibir rentas, para evitar que recaigan sobre sociedades o personas naturales de Estados donde se tributa por rentas de fuente territorial. Para ello, se hace uso de criterios normativos que permiten que las operaciones realizadas por las sociedades CFC sean consideradas transparentes para efectos tributarios. Así, los ingresos, los costos y los gastos se entienden realizados para el residente, en el momento en que se causen para la CFC.

Estos conceptos se materializaron en la Ley 1819 de 2016,³ que trajo consigo una serie de reformas en materia tributaria, tanto en disposiciones locales como internacionales. Es así como una de las reformas propuestas que más llama la atención es la incorporación del Régimen de Entidades Controladas del Exterior.

Con las normas de Entidades Controladas del Exterior, se incorporó por primera vez el régimen CFC en Colombia, lo cual generó muchas preguntas y retos en su interpretación y aplicación. En tal sentido, el aspecto que ha causado mayor discusión es la conceptualización de las rentas pasivas; en especial, por la ambivalencia que hay en muchos de los postulados que regulan su realización, que han derivado en una sensación de inseguridad jurídica de los contribuyentes que tienen operaciones económicas a través de sociedades en el exterior.

En concordancia con lo expuesto, el presente artículo pretende contribuir con el debate en torno a este tema, analizando las rentas pasivas contenidas en el numeral 6 del artículo 884 del Estatuto Tributario,⁴ que trata sobre la venta de bienes muebles, bajo algunas circunstancias. Lo anterior, debido a que la redacción del numeral citado ha escapado a toda consideración doctrinaria, tanto de la DIAN como de otros autores, quienes se han concentrado en temas como el de dividendos. La importancia de tratar este tema radica, desde el punto de vista del autor, en que este tipo de rentas trae consigo una serie de retos interpretativos para los contribuyentes, motivo por el cual se hace necesario abordar algunas discusiones al respecto.

³ Ley 1819 de 2016, por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones, DO número 50.101, diciembre 29 de 2016.

⁴ Estatuto Tributario, Decreto 624 de 1989, Colombia, 30 de marzo de 1989.

De acuerdo con todo lo dicho, la pregunta que se pretenderá resolver es: ¿cuáles son las principales discusiones que se presentan alrededor de los ingresos pasivos, originadas en la venta de bienes corporales, reguladas en el numeral 6 del artículo 864 del Estatuto Tributario? Para ello, de manera preliminar se abordarán algunas generalidades sobre el concepto de *entidades controladas del exterior*. Posteriormente, se analizará cada uno de los postulados normativos necesarios para el reconocimiento del ingreso pasivo por venta de bienes corporales, destacando, claro está, los principales aspectos problemáticos que se advierten.

2. GENERALIDADES DEL RÉGIMEN DE ENTIDADES CONTROLADAS DEL EXTERIOR

Las normas sobre ECE pretenden que las sociedades o vehículos de inversión extranjeros que se encuentren controlados por sociedades colombianas o personas naturales residentes sean transparentes respecto a sus rentas pasivas. Por ello, a los contribuyentes les corresponde determinar:

- (i) Si controlan, de manera individual o con otros residentes,⁵ una sociedad o vehículo de inversión ubicado en el extranjero. Para tal fin, deben verificar si sobre la sociedad extranjera tienen una situación de vinculación económica de acuerdo con el artículo 260-1 del Estatuto Tributario. Más específicamente, en lo concerniente a los numerales 5 y 1; este último, en su literal b, numerales i, ii, iv y v.
- (ii) **Si están en la obligación de cumplir con las normas ECE.** Para cumplir con este numeral, se deberá constatar si se está en el presupuesto del artículo 883 del Estatuto Tributario. Es decir, si el residente tiene directa o indirectamente la posibilidad de participar en un 10% o más en el capital de la sociedad o en sus utilidades.
- (iii) **Si las rentas que percibe la ECE son rentas pasivas.** Frente a las rentas pasivas, se puede afirmar de manera general que corresponden a ingresos, taxativamente definidos por el legislador, los cuales carecen de sustancia económica en la jurisdicción donde se encuentra la ECE.⁶

⁵ Entiéndase en el concepto de *residente* a las sociedades colombianas también.

⁶ En el Plan de Acción BEPS número 3 se aborda como una necesidad la definición del ingreso pasivo por parte de las legislaciones de cada estado, haciendo énfasis en que se debe tener en cuenta un análisis categórico, sustancial, de exceso de lucro y un enfoque transaccional de entidades. Organización para la Cooperación y el Desarrollo

En tal sentido, el artículo 884 realiza una descripción taxativa de las rentas que se entienden como pasivas para efectos del cumplimiento del régimen ECE. De manera general, son: (i) dividendos, (ii) intereses o rendimientos financieros, (iii) explotación de intangibles, (iv) enajenación de activos que generen rentas pasivas, (v) enajenación o arrendamiento de inmuebles, (vi) compra y venta de bienes que cumplan ciertas condiciones y (vii) prestación de ciertos servicios a partes vinculadas en una jurisdicción diferente a la de las ECE.

3. OBJETIVO DE LAS NORMAS SOBRE RENTAS PASIVAS POR COMPRA Y VENTA DE BIENES CORPORALES

Antes de iniciar con el análisis normativo, vale la pena preguntarse por el objetivo que persigue el legislador al considerar la compra y venta de bienes corporales como rentas pasivas en el marco del régimen ECE. Una primera idea la brinda la Acción BEPS número 3, que describe la importancia de consagrar este tipo de ingreso en el siguiente sentido:

Rentas derivadas de ventas y servicios – La renta procedente de la venta de bienes producidos en la jurisdicción de la SEC o de servicios prestados en dicha jurisdicción no suele plantear ningún problema BEPS. No obstante, sí surgen riesgos en estos dos casos: (i) sociedades de facturación; y (ii) rentas de PI. Las primeras son problemáticas porque obtienen rentas procedentes de ventas y servicios que han adquirido de partes vinculadas y a los cuales han añadido poco o ningún valor. Respecto a las segundas, la renta de PI trasladada a la SEC y sobre la que ésta añade poco o ningún valor, suele considerarse renta derivada de venta y servicios y puede escapar del gravamen conforme a las normas de TFI. Así pues, un análisis por categorías basado en la clasificación legal de la renta podría llevar a no atribuir renta que suscita riesgos BEPS si excluye todas las rentas derivadas de ventas y servicios sin tener en cuenta estas dos situaciones.⁷

Otro fundamento, un poco más inspirado en la casuística, parte del

Económico, *op. cit.*, pp. 27-59.

⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *op. cit.*, p. 48.

uso de esquemas de triangulación como mecanismo de erosión de las bases fiscales usadas por algunos contribuyentes en operaciones aduaneras. Para ello, algunos contribuyentes dedicados a la importación o exportación de bienes constituyen sociedades en jurisdicciones con normas con sistemas de tributación territorial o con tarifas más bajas que las colombianas, y las usan como puente para comprar o vender bienes. Bajo este esquema, se trasladan las utilidades que se perciben por la compraventa de tales bienes, en detrimento del recaudo nacional.

4. CONFIGURACIÓN DE LOS “INGRESOS PASIVOS” POR COMPRA Y VENTA DE BIENES

Uno de los aspectos más problemáticos del régimen ECE recae en la determinación de las rentas pasivas o, en términos del Estatuto Tributario, ingresos pasivos; todo esto porque, como se verá, la norma incorpora supuestos en los que es necesario aplicar los preceptos normativos, aun cuando no se está en presencia de un ingreso. Bajo los precedentes ya vistos, en los próximos párrafos se hará una caracterización del ingreso o renta pasiva, contenida en el numeral 6 del artículo 884 del Estatuto Tributario. Para ello, es necesario destacar los siguientes aspectos:

a. Es ingreso la compra y venta de bienes. Nótese que la norma considera como ingreso pasivo el obtenido por la compra o venta de bienes corporales, lo cual llama la atención porque la disyuntiva o presupone que se considerará ingreso tanto la venta como la compra de bienes por parte de la ECE. Lo anterior carece de toda lógica, pues la compra como tal no implica la realización de un ingreso, toda vez que no trae consigo un incremento patrimonial. Por ende, se advierte un error de técnica legislativa, pues lo que verdaderamente genera el incremento patrimonial es la venta.

Todo esto suscita una serie de consideraciones prácticas que se derivan de lo expuesto; por ejemplo, cuando una ECE compra bienes que son producidos en una jurisdicción diferente a la ubicación de su residencia para ser destinados como activos fijos en otra jurisdicción diferente, ¿tendría derecho a reconocerlo patrimonialmente y deducirse la deducción por depreciación? Sin lugar a dudas, éste es un vacío normativo que no parece tener una solución evidente. En todo caso, una interpretación según la lógica del régimen ECE indicaría que se pueden tomar todas las

deducciones necesarias para obtener el ingreso, lo que conllevaría a que se pudiese reconocer siempre que se realice un ingreso pasivo; es decir, el reconocimiento de la deducción está sujeto a la generación de un ingreso, por lo que no sería posible solamente tener en cuenta la actividad de compras.

No obstante, esta posición trae consigo otros problemas, pues para poder reconocer la depreciación es necesario contabilizar el activo, lo cual no está expresamente permitido, pero tampoco prohibido; pero si un contribuyente se aventurara a reconocer la deducción y, por ende, el activo en su contabilidad, ¿deberá entonces presentar la declaración de activos en el exterior?

Aunque, como todo el problema, no parece haber una respuesta clara al respecto, habría que contestar que sí, pues al reconocer el activo contablemente y éste encontrarse en el exterior, habría que presentar la declaración de acuerdo con el artículo 607 del Estatuto Tributario. Asimismo, si el contribuyente adquiere bienes bajo las mismas circunstancias, con el fin de que sean activos fijos, y los vende después de dos años, ¿cuál sería su costo fiscal? Esta pregunta también representa cierta complejidad, pues el costo fiscal de estos bienes no debería estar en la contabilidad ni en declaraciones anteriores, por el simple hecho de que el régimen de transparencia fiscal de las ECE sólo aplica para las rentas pasivas y no para los aspectos patrimoniales.

Ahora bien, la pregunta puede dar lugar a dos posiciones. La primera, apegada al artículo 887 del Estatuto, en el sentido de indicar que el costo para el contribuyente se realiza en el mismo momento que el de la ECE; por tal motivo, sería obligación de todo contribuyente reconocer los activos de las ECE inmediatamente en su contabilidad, con el fin de que les sirva como costo fiscal al momento de una eventual venta. Otra interpretación posible sería aquella en la que el contribuyente no reconozca el activo en su contabilidad, sino hasta el momento en que se genere el ingreso, momento en el cual, en virtud del régimen ECE, debe aplicar el principio de transparencia. Siendo ello así, al momento de reconocer el ingreso, reconoce el costo, como lo haría si no existiese la ECE.

Como se puede observar en las problemáticas planteadas, la redacción de la norma, en el sentido de reconocer como ingresos pasivos situaciones en las que no hay incremento patrimonial, puede generar ciertos efectos,

sobre todo en el reconocimiento de costos, gastos e incluso obligaciones sustanciales, como el reconocimiento de activos, o formales, como la declaración de activos en el exterior.

b. Venta de bienes corporales, ¿incluye los inmuebles? Asimismo, destaca que este tipo de ingreso pasivo recae sobre bienes corporales, lo que implica que todo lo que son transacciones con intangibles o prestación de servicios se descarta de la aplicación de este numeral y se remite a los numerales 3 y 7 del artículo 884 citado. Vale la pena resaltar también que, aunque la norma de manera genérica señala que son rentas pasivas las derivadas de la venta de bienes corporales, en donde están contenidos los muebles y los inmuebles, en principio no parecería aplicar para los bienes inmuebles.

Como se observa en el numeral 6 del artículo objeto de estudio, es necesario cumplir varios requisitos, entre ellos se encuentra que los bienes sean producidos, manufacturados, contruidos, cultivados o extraídos en una jurisdicción diferente de la ECE. Otro de los requisitos indica que los bienes tienen que ser usados, consumidos o dispuestos en otra jurisdicción diferente a la ECE.

Bajo esa perspectiva, sería claro que sólo los muebles cumplirían esos requisitos. Sin embargo, se advierte que con un inmueble también se podría llegar a la misma conclusión. Pensemos en el caso de una ECE que adquiere un inmueble ubicado en una jurisdicción diferente a la propia, que se está construyendo y lo destina para el uso de los accionistas u otras personas.

No obstante, no se advierte una consecuencia práctica para el caso en concreto, pues los ingresos derivados de bienes inmuebles ya están regulados por otros numerales. En todo caso, al igual que se afirmó en las situaciones descritas en el literal anterior, las normas ECE parecieran aplicar aunque no haya ingresos, generando efectos en el cumplimiento de obligaciones formales, como en la declaración de activos en el exterior y en el reconocimiento patrimonial del activo.

c. Necesidad en el cumplimiento de los requisitos. Uno de los temas en que más se debe hacer énfasis es en la obligatoriedad de los tres requisitos reseñados en la norma objeto de estudio para el reconocimiento del ingreso pasivo bajo el numeral 6. En ese orden de ideas, es indispensable el cumplimiento de los supuestos que se pasarán a señalar, a la luz de las discusiones que se han dado y que se darán más abajo sobre el tema.

Las exigencias para el reconocimiento de la renta pasiva en relación con los bienes corporales son que:

- i) Sean adquiridos o enajenados de, para o en nombre de una persona relacionada.
- ii) Sean producidos, manufacturados, construidos, cultivados o extraídos en una jurisdicción distinta a la de la residencia o ubicación de la ECE.
- iii) Su uso, consumo o disposición se realice en una jurisdicción distinta a la de residencia o ubicación de la ECE.

d. Adquisición o enajenación. La palabra *adquirir* no se encuentra definida en la normatividad colombiana, por lo que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, la interpretación debe realizarse de acuerdo con su sentido natural u obvio cuando el legislador no las haya definido.⁸ De esta manera, de acuerdo con la Real Academia Española, la palabra *adquirir* se define como “hacer propio un derecho o una cosa que a nadie pertenece o que se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción”.⁹

Como se puede observar, el concepto *adquirir* conlleva a que la persona se haga propietaria, es decir, que se haga titular del derecho de dominio sobre un bien, sin importar si se hace a título gratuito, como una donación, o a título oneroso, como una compraventa.

El segundo concepto objeto de análisis es el de *enajenar*; aunque tampoco ha sido objeto de desarrollo legislativo, la doctrina y la jurisprudencia lo han tratado incluso para efectos fiscales. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado ha señalado que:

El concepto de enajenación al que se refiere la norma debe entenderse en su sentido natural y obvio como la acción de “pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello”. De otra parte, la precisión en cuanto a que tal enajenación, puede hacerse a cualquier título, es muestra inequívoca de que la norma no excluye ningún negocio jurídico, es decir, que no interesa si se hace a título gratuito u oneroso, pues lo determinante, se insiste, es que la operación produzca un traslado del dominio.¹⁰

⁸ Código Civil Colombiano, Ley 57 de 1887, 15 de abril de 1887.

⁹ Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=0pezGAd>.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia 20436 (CP Jorge Octavio Ramírez Ramírez, 25 de mayo de 2017).

En síntesis, la palabra *enajenar*, en un contexto general, pero también en el tributario, implica desprenderse del derecho de dominio a favor de otra persona, sin importar si es a título gratuito, como en una donación, o a título oneroso, como en una compraventa. En todo caso, más allá del alcance que tienen los conceptos anteriores, deben leerse en conjunto con el enunciado del numeral 6, en el que se dispone que sólo las compras o ventas producen ingresos pasivos. Así las cosas, en casos como los anteriormente señalados, una ECE que adquirió unos bienes ubicados en una jurisdicción diferente a la suya, por un aporte que hizo un accionista, sólo debe reconocer el ingreso cuando los venda, siempre que se cumpla con los demás requisitos.

Ahora bien, de acuerdo con la redacción de la norma, una ECE que compra unos bienes para donarlos también está realizando un ingreso pasivo. Frente a esto, se insiste en que la consecuencia no sería propiamente la de un ingreso, pues no hay incremento patrimonial, pero sí generaría los efectos patrimoniales ya anotados.

a. De, para o en nombre de. La inclusión de las preposiciones *de*, *para* y *en nombre de* pretende abarcar diferentes situaciones contractuales por medio de las cuales los contribuyentes pueden hacer uso de las ECE para conseguir los efectos perseguidos por la norma. En ese orden de ideas, el legislador pretende salir al paso de situaciones en las que la ECE adquiere o vende un bien y en una de esas dos transacciones está vinculada un residente, a través de figuras como los contratos de compraventa o el mandato con representación o sin representación, entre otros.

No obstante, la norma pareciera quedarse corta en la regulación de otras circunstancias, como cuando el residente actúa como intermediario, comisionista o corredor en la venta, en el país, de bienes de propiedad de la ECE. Con estructuras de este tipo, se saldría al paso a lo dispuesto por la norma.

b. ¿Qué es una parte relacionada? Para terminar con el análisis del primer criterio para determinar si hay lugar para la configuración de un ingreso pasivo, por parte de una ECE, en la compra y venta de bienes corporales, es importante desarrollar el concepto de parte relacionada, debido a que en la estructura del régimen ECE se destacan conceptos tales como

el de control, el cual se asocia con la subordinación y la vinculación económica, de acuerdo con algunos literales de los numerales 1 y 5 del artículo 260-1 del Estatuto Tributario.

No obstante, en ninguna parte de este régimen jurídico, ni siquiera en normas reglamentarias ni en conceptos, se ha intentado definir el concepto de *parte relacionada*. A pesar de ello, una búsqueda general en el Estatuto Tributario permite encontrar este término, consagrado en el artículo 260-6, que versa sobre la posibilidad de hacer ajustes, que tiene el residente, a la determinación del estudio de precios de transferencia, cuando éste haya sido modificado por un Estado con el que Colombia haya suscrito un tratado internacional.

Históricamente, el concepto de *parte relacionada* ha estado íntimamente ligado al de *vinculado económico*, tanto que se han considerado como términos sinónimos desde la Ley 788 de 2002.¹¹ En virtud de lo anterior, aunque el concepto de *parte relacionada* ha caído en desuso por el legislador, debe entenderse en el marco del régimen de precios de transferencia.

De acuerdo con lo afirmado en el párrafo anterior, surgen algunas inquietudes: ¿es necesario que el bien sea adquirido o enajenado *de, para* o *en* nombre de una persona que, a pesar de ser vinculada económica, no sea controlante de una ECE? Para concretar la pregunta, ¿se deben tener en cuenta todos los criterios de vinculación establecidos en el artículo 260-1 o sólo los del artículo 882 del Estatuto Tributario? Estas preguntas adquieren gran relevancia, en especial, cuando se observan las diferencias entre los artículos 882 y 260-1 del Estatuto Tributario, en el marco de los ingresos pasivos. La gran diferencia entre uno y otro artículo es el numeral tercero del literal b, del numeral primero del artículo 260-1, el cual no es tenido en cuenta y dispone que: “Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad”.¹²

¹¹ Ley 788 de 2002, por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones, diciembre 27 de 2002., do número 45.046.

¹² Estatuto Tributario, Decreto 624 de 1989, Colombia, 30 de marzo de 1989.

Bajo este supuesto, si se entendiera lo citado como un factor determinante para la realización de un ingreso pasivo, podría pensarse que una ECE que compra o vende bienes *de, para o en nombre de* una persona que no lo controla en los términos del artículo 882 pero que tiene incidencia efectiva en las decisiones que toma el gerente o la junta directiva de la ECE encajaría en el presupuesto del primer presupuesto para la configuración de la renta pasiva.

Contrario a lo expuesto, se considera que el concepto de *parte relacionada* está vinculado con los supuestos contenidos en el artículo 882 del Estatuto Tributario. La razón para ello radica en que, si el legislador no quiso incorporar todos los criterios de vinculación como elementos definitorios del control para el régimen ECE, no habría razón alguna para pensar que sí lo querría hacer para la determinación del ingreso.

c. Producidos, manufacturados, contruidos, cultivados o extraídos.

La segunda condición para que el ingreso de bienes corporales sea considerado un ingreso pasivo recae en que sean producidos, manufacturados, contruidos, cultivados o extraídos en una jurisdicción o ubicación distinta a la de la ECE. Pues bien, aunque estos conceptos tampoco se encuentran definidos en ninguna norma, su interpretación no implica mayores discusiones; no obstante, se harán dos comentarios sobre su aplicación, que pueden llegar a ser problemáticos:

El primero de ellos tiene que ver con la ratificación de la posibilidad de aplicar este tipo de rentas, por lo menos teóricamente, a los inmuebles, ya que, como se puede observar, uno de los criterios es que el bien sea construido en una jurisdicción distinta a la de la ECE, motivo por el cual si un inmueble es construido y comprado o vendido por la ECE, se cumpliría con la descripción normativa. No obstante, este tipo de ingresos parece estar regulado por otros numerales del artículo 884, como el 5, y la clasificación del ingreso en uno u otro es indiferente, pues las consecuencias tributarias son las mismas.

Otro aspecto problemático que se advierte se materializa en los casos en que las ECE adquieren bienes ubicados en otras jurisdicciones, para transformarlos y posteriormente venderlos. Ello, porque la norma no establece si la producción, manufactura o construcción se tiene que dar totalmente en una jurisdicción diferente a la de la ECE.

En tal sentido, puede resultar problemático que la ECE adquiriera los bienes, les haga un proceso de transformación en el lugar de su residencia, aunque sea mínimo, y luego los envíe a otra jurisdicción: ¿en qué punto se estaría en presencia de un acto legítimo de adecuación de bien para la venta y en cuál se presenta un abuso de las normas tributarias? Este tipo de respuestas implica un análisis de cada caso, pero de antemano se puede afirmar que el hecho de que los bienes pasen por un proceso de transformación, así sea parcial, daría lugar a desconocer la realización del ingreso pasivo.

d. Residencia o ubicación. El concepto de *residencia* o *ubicación* de la ECE es determinante para la verificación de criterios para establecer que la compra o venta de bienes corporales es un ingreso pasivo. De esta manera, estos conceptos sirven para aseverar si se cumple o no con los requisitos 2 y 3 de este tipo de ingresos. Respecto a la residencia, lo primero sería indicar que tradicionalmente es una cualidad que se ha predicado de las personas naturales, mientras que las personas jurídicas se dividen en nacionales o extranjeras. No obstante, con la incorporación del régimen ECE, el legislador parece haber extendido este concepto a las sociedades.

En ese orden de ideas, la residencia de las ECE corresponde a aquella o aquellas que, de acuerdo con los criterios de sujeción de los Estados, les permitan predicar esta condición. Con ello, se debe advertir que una ECE puede ser residente de varios Estados a la vez. Por su parte, el concepto de *ubicación* parece mucho más amplio, pues va de la mano con la presencia física en una jurisdicción, con lo cual un contribuyente que no quiera encajar en la definición propuesta podría abrir una sucursal, oficina, boveda o sede, entre otras.

e. Uso, consumo o disposición. El último concepto que se debe tener en cuenta para la determinación del ingreso pasivo por compra o venta de bienes corporales tiene que ver con que el uso, consumo o disposición de los bienes se haga en una jurisdicción diferente a aquella donde la ECE tiene su ubicación o residencia. La lectura de este numeral se debe realizar a la luz de los atributos de la propiedad, para poder encaminar sus consecuencias. En ese contexto, la Corte Constitucional, en sentencia C 133 de 2009, sostuvo que:

Son atributos de propiedad (i) el *ius utendi*, que consiste en la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir; (ii) el *ius fruendi o fructus*, que es la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación; y (iii) el derecho de disposición, consistente en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien.¹³

Como se puede observar, los conceptos de *uso*, *consumo* y *disposición* están amparados en los atributos de la propiedad; por ende, cualquier destinación que se le dé a los bienes corporales, con el cumplimiento de los demás preceptos, por parte de la ECE, se encontraría enmarcada dentro del presupuesto normativo. Claro está que, de acuerdo con lo anotado, tendría que generar un ingreso para ser considerados.

5. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto en las páginas anteriores, se pueden observar varias conclusiones sobre la aplicación del Régimen de Entidades Controladas del Exterior a las operaciones con bienes corporales. La primera de ellas tiene que ver con el objeto que persiguen, el cual, como ya se mencionó, tiene que ver con la limitación de operaciones de triangulación en la transacción con bienes muebles o la constitución de sociedades, con el único destino de facturar.

En este tipo esquemas, como se dijo, se utilizan jurisdicciones intermedias que cuentan con unas mejores condiciones tributarias para los contribuyentes, ya sea para facturar o desarrollar actividades de importación o exportación, con el fin de trasladar las utilidades.

La segunda conclusión sobre este tipo de rentas pasivas recae en que su reconocimiento se da incluso cuando no hay ingreso, puesto que el legislador consideró que el régimen ECE se debe aplicar cuando hay compra de bienes corporales, sin que sea necesaria su venta. Esto puede eventualmente generar efectos patrimoniales en cabeza de los residentes, así

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C 133/09 (MP Jaime Araujo Rentería, 25 de febrero de 2009).

como afectaciones en obligaciones formales como la declaración de activos en el exterior.

En tercer lugar, no se deben perder de vista los bienes sobre los que recae este numeral pues, aunque la norma consagra que recae de manera genérica sobre bienes corporales, una lectura rápida indicaría que sólo afecta a muebles. No obstante, hay casos en que los inmuebles también se pueden ver afectados por esta disposición. En todo caso, se deben dejar de lado los ingresos derivados de intangibles, los cuales se rigen por otros numerales.

Asimismo, se reafirma la necesidad de presenciar el cumplimiento de los tres requisitos que impone el numeral 6 del artículo 884 del Estatuto Tributario, para el reconocimiento del ingreso pasivo: que los bienes “sean adquiridos o enajenados de, para, o en nombre de, una persona relacionada; sean producidos, manufacturados, construidos, cultivados o extraídos en una jurisdicción distinta a la de la residencia o ubicación de la ECE; y su uso, consumo o disposición se realice en una jurisdicción distinta a la de residencia o ubicación de la ECE”.¹⁴

Otra conclusión que se deriva del presente artículo tiene que ver con las discusiones que se suscitan alrededor de los términos usados para establecer cuando hay ingresos pasivos por la compra y venta de bienes corporales por parte de una ECE. La primera de ellas tiene que ver con los términos *adquirir* y *enajenar*, que corresponden a la realización de actos de transferencia del derecho de dominio, desde la ECE o hacia la ECE. De igual forma, se advirtió del uso de las preposiciones *de*, *para* o *en nombre de* como elementos de análisis y discusión; en tanto, aunque pretenden abarcar las diferentes relaciones entre la ECE y el residente, se quedan cortas en otros escenarios.

Igualmente, uno de los aspectos que más genera polémica es aquel que tiene que ver con la *parte relacionada* como criterio para establecer el ingreso pasivo pues, si se asume que la ECE realiza compras o ventas a sujetos que cumplan con esta característica, se considera el ingreso como pasivo.

Aunque es claro que el concepto de *parte relacionada* es sinónimo de *vinculado económico* en el marco del régimen de precios de transferencia,

¹⁴ Estatuto Tributario, Decreto 624 de 1989, Colombia, 30 de marzo de 1989.

la pregunta que subyace es: ¿para determinar sus efectos en el marco de las sociedades ECE es necesario tener en cuenta todos criterios de vinculación del artículo 260-1 o sólo bastaría con los expuestos en el artículo 882 del Estatuto Tributario? Frente a lo anterior se acogió la segunda opción por las razones ya vistas.

Otros términos objeto de estudio fueron *producción, manufactura, cultivo, extracción o construcción de bienes*, como elemento determinante para la definición de un ingreso pasivo. Allí se hizo énfasis en la posibilidad de predicar este tipo de rentas sobre bienes inmuebles y en la problemática que suscita la transformación parcial de los bienes en la jurisdicción de la ECE.

Respecto a la ubicación o jurisdicción de la ECE como elemento determinante para verificar el cumplimiento del segundo y tercer requisito, se concluyó que puede hacer referencia tanto a su domicilio como a otros criterios, como el de una presencia física, mediante una oficina, sede y sucursal, entre otras. Con ello, la redacción de la norma permite la desnaturalización del objetivo pretendido con el régimen ECE, el cual es servir como herramienta antielusión.

Finalmente, se estudiaron los conceptos de *uso, consumo o disposición* desde el punto de vista de los atributos de la propiedad, advirtiéndose que cualquiera que sea el fin que se le dé al bien, da lugar al reconocimiento del ingreso pasivo, siempre que se verifiquen el ingreso y los demás requisitos.

Como se observa, el ingreso pasivo por compra y venta de bienes corporales contiene una serie de discusiones que hasta ahora han pasado desapercibidas por parte de la doctrina pero que contienen una serie de retos interpretativos para su aplicación por parte de los contribuyentes y la administración, lo que seguramente dará lugar a muchas discusiones a futuro, en especial porque aún no hay normas reglamentarias que aclaren los puntos polémicos expuestos.

6. REFERENCIAS

Cortés, C. A., Acción 3: Refuerzo de la normativa sobre CFC. Reporte final de la tercera (3ª) acción y su impacto en la legislación y práctica colombiana, en Gutiérrez, M. S. y Quiñones, N., *Resultados del plan*

- de acción BEPS y su aplicación en Colombia*, 57-88, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2016.
- Código Civil Colombiano, Ley 57 de 1887, Colombia, abril 15 de 1887.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia 20436 (CP Jorge Octavio Ramírez Ramírez, 25 de mayo de 2017).
- Corte Constitucional, Sentencia C 133/09 (MP Jaime Araujo Rentería, 25 de febrero de 2009).
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Concepto 0386, Concepto General Unificado Régimen de Entidades Controladas del Exterior. Estatuto Tributario [ET]. Decreto 624 de 1989. 30 de marzo de 1989 (Colombia).
- Exposición de motivos del proyecto de ley “por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”. Recuperado de: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/tax/Exposici%C3%B3n%20de%20Motivos%20Reforma%20Estructural%202016.pdf>.
- Zarama Vásquez, Fernando y Zarama Martínez, Camilo, Reforma tributaria comentada, Ley 1819 de 2016, Editorial Legis, 2017, pp. 378-404.
- Ocampo Tabares, Henry Alejandro, Propuesta de reglas de transparencia fiscal internacional para Colombia, basado en el derecho comparado y el plan BEPS de la OCDE, *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, número 75, 2016, At. 95.
- Ley 788 de 2002, por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones, diciembre 27 de 2002, DO número 45.046.
- Ley 1819 de 2016, por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones, diciembre 29 de 2016, DO número 50.101.
- Cabrera, O. S., El régimen de entidades controladas del exterior (ECE): la Ley 1819 de 2016 frente a la Acción 3 del Plan BEPS, en Piza Rodríguez, J. R. y Castro Arango, J. M. (ed.), *El impacto de la Ley 1819 de 2016 y sus desarrollos en el sistema tributario colombiano, tomo II, Impuesto sobre la renta para personas naturales y tributación internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

LOS INGRESOS PASIVOS EN TRANSACCIONES CON BIENES CORPORALES EN EL MARCO DEL RÉGIMEN DE ENTIDADES...

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, Acción 3 - Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*, Paris, OCDE, 2016.

La actualidad de la hipoteca inversa en México*

The Current Situation of the Reverse Mortgage in Mexico

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ*

RESUMEN

La hipoteca inversa en nuestro país fue creada para tener una finalidad tanto social como jurídica, en función del grupo al cual se encuentra dirigida: los adultos mayores, quienes, en la mayoría de los casos, no tienen ingresos suficientes para cubrir sus necesidades básicas pero sí son propietarios de inmueble. En tal sentido, esta figura busca solventar la hipótesis de quienes, siendo adultos mayores, tienen bienes pero no solvencia económica; sin embargo, en la práctica la figura en comento no ha tenido una aplicación material suficiente, ya que no existe una legislación nacional sólida que permita su implementación, lo que deja desprotegido al grupo al cual fue dirigido y lo vuela la figura objeto del presente, de aplicación nula.

Palabras clave: hipoteca, hipoteca inversa, regulación actual, legislación, función social.

ABSTRACT

The reverse mortgage in our country was created to have both a social and legal purpose, depending on the group to which it is directed: the elderly, who in most cases do not have sufficient income to cover their basic needs, but are property owners. In this sense, this figure seeks to solve the hypothesis of those who being older adults have assets, but not financial solvency. However, in practice the figure in question has not had a sufficient material application, since there is no solid national legislation that allows its implementation, which leaves the group to which it was directed unprotected and overwhelmed by the figure. This is the object of this document: an invalid application.

Keywords: mortgage, reverse mortgage, current regulation, legislation, social function.

* Artículo de investigación recibido el 05-08-2019 y aceptado el 06-11-2019.

** Profesor Investigador en la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: amontoyal@derecho.unam.mx. <https://orcid.org/0000-0003-3667-7876>

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Hipoteca / 3. Hipoteca inversa, ¿cumple una función social? / 4. Marco jurídico de la hipoteca inversa / 5. Conclusiones / 6. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene el objetivo de entender la figura de la hipoteca inversa en nuestra legislación tanto local como federal, para determinar si al día de hoy se ha cumplido con la función jurídica y social para la cual fue creada.

La figura objeto del presente fue creada con el fin de proteger a los adultos mayores mediante el préstamo económico concedido por una institución financiera —al menos en el entonces Distrito Federal, ahora Ciudad de México—, el cual debía ser garantizado con un bien inmueble, hecho que le permitiría al adulto mayor percibir una cantidad de dinero para cubrir sus necesidades básicas en el caso de no contar con ingresos suficientes.

Para comprender la figura en cita, en primer término se analizarán los distintos conceptos dados por la doctrina para determinar la naturaleza jurídica de la hipoteca como contrato de garantía en el cumplimiento de obligaciones y, posteriormente, el concepto y naturaleza jurídica de la hipoteca inversa, de tal forma que, una vez identificado su objeto, señalaremos brevemente las figuras jurídicas que les son afines.

Igualmente, se analizarán tanto la legislación local de la Ciudad de México como diversos ordenamientos de otras entidades, para poder tener un cuadro comparativo y determinar si efectivamente la hipoteca inversa ha cumplido la función por la cual fue creada.

Así mismo, se abordarán las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, del 27 de marzo del 2017, mediante las cuales se introdujo una nueva especie del contrato de hipoteca, cuya justificación era, según la exposición de motivos de dicha reforma, la protección de los adultos mayores, por tratarse de sujetos vulnerables con un sinnúmero de obstáculos que impedían la satisfacción de sus necesidades alimenticias, de salud, de acceso a los servicios y, en general, de una vida digna.

Para fines prácticos, comenzaré el presente con el estudio de la hipoteca de manera genérica, para posteriormente analizar la hipoteca inversa

en lo particular, para entender los supuestos específicos de dicha figura y su función social.

2. HIPOTECA

La hipoteca, según nuestro Código Civil actual, es un derecho real derivado de una garantía, mediante el cual el deudor hipotecario garantiza al acreedor hipotecario el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en un contrato principal; en tal tenor, la hipoteca es un contrato accesorio del principal que se encuentra regulado en el artículo 2893 del Código Civil para el Distrito Federal —hoy Ciudad de México—, que señala:

Artículo 2893. La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.¹

Por su naturaleza, es un contrato que le da facultades al acreedor hipotecario de persecución, es decir, en caso de incumplimiento de la deuda principal, se puede vender el bien dado en garantía y con su precio el acreedor puede ser pagado en grado de preferencia, aun cuando se transmite o se enajene el bien.²

Dentro de la clasificación doctrinal del contrato de hipoteca de manera genérica, a reserva de estudiarlo más adelante de manera detallada, podemos mencionar que se trata de un contrato accesorio, de garantía, unilateral y sinalagmático perfecto, esto es, que las partes conocen las prestaciones y son ciertas desde el inicio de la obligación, así como de que debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra terceros, según se puede apreciar del artículo 2921 del Código Civil para el Distrito Federal —ahora Ciudad de México—. ³

¹ Código Civil para el Distrito Federal [consulta: 15 de enero del 2018]. Disponible en: <http://aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a0334f53844d2fe92b52fb5a2.pdf>.

² Véase: Sánchez Meda, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 2005, pp. 489-506.

³ Artículo 2921. La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surtirá efecto contra tercero desde su

Entonces, la hipoteca, siendo un contrato accesorio constituido sobre bienes que no se entregan al acreedor y que generan derechos sobre estos, le otorga al acreedor la posibilidad, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, de ser pagado con el importe de la venta de los bienes, en el grado de preferencia.

En tal sentido, al ser la hipoteca un contrato de garantía, con derechos reales, que le otorga al acreedor un poder jurídico sobre la cosa hipotecada, confiere la posibilidad jurídica de constituir un gravamen sobre el bien ajeno, por lo que su derecho trasciende la relación personal de crédito, productora de efectos exclusivamente entre los sujetos activos y pasivo, oponible a cualquier persona por ser un derecho absoluto sobre la cosa hipotecada. Por tanto, el bien queda sujeto al gravamen impuesto, aunque pase a poder de tercero, y la acción respectiva puede ejercitarse en contra de cualquier adquirente, incluso si el propio deudor trata de menoscabar la propia garantía.⁴

A. Concepto y naturaleza jurídica. Para entender el origen de la figura de la hipoteca, es preciso referirnos a la antigua Grecia y, posteriormente, al derecho romano, en donde en un principio el acreedor no podía incluso vender el bien hipotecado, supuesto que los romanos perfeccionaron para que, si el deudor caía en insolvencia, se vendieran todos los bienes a un precio menor, y lo recuperado se repartía entre los acreedores existentes. Esto ocasionaba que, muchas veces, no se pudiera pagar a todos, por lo que dicha figura evolucionó hasta poder determinar un bien para garantizar una deuda en particular, tal como ahora la conocemos.⁵

Debemos mencionar que, doctrinalmente, la hipoteca ha sido objeto de estudio a lo largo de los años, a fin de determinar sus elementos, alcances y clasificación.

Hipoteca. El jurista Bernardo Pérez Fernández del Castillo⁶ define *hipoteca* como “un contrato en virtud del cual se constituye un derecho real

inscripción, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse.

⁴ Véase: Treviño García, Ricardo, *Los contratos civiles y sus generalidades*, México, McGraw-Hill, 2008, pp. 874-907.

⁵ Cfr. Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pp. 491-492.

⁶ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2001, p. 335.

sobre bienes enajenables que no se entregan al acreedor, para garantizar con su valor el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”. De esta definición se infiere el carácter accesorio de este contrato, pues su existencia y validez se dan en función de otro contrato u obligación principal.

Así, el contrato de hipoteca genera la constitución de un derecho real de garantía, pues un bien propiedad del deudor es afectado para la satisfacción de una obligación que, en caso de incumplimiento, concede al acreedor hipotecario la facultad de solicitar su venta judicial y, con ella, cubrir el monto de la obligación.

Por su parte, Rafael Rojina Villegas⁷ nos señala que el derecho real es un poder jurídico que se ejerce de forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial; este poder jurídico es oponible a terceros. Relacionado con este concepto y considerando que la hipoteca es accesoria de una obligación principal derivada de un derecho personal por tratarse de un crédito que se tiene en contra del deudor, es dable concluir que para garantizar su cumplimiento y ser exigible necesariamente se afectará el patrimonio del deudor.

El notario Eduardo García Villegas,⁸ por su parte, apunta que el derecho real de garantía trasciende la relación personal de crédito, productora de efectos jurídicos exclusivamente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, oponible a cualquier persona por ser un derecho absoluto sobre la cosa hipotecada; entendemos entonces que en el contrato de hipoteca el deudor hipotecario garantiza al acreedor el cumplimiento de una obligación adquirida en un contrato principal, con lo cual al acreedor hipotecario le asistirán los siguientes derechos: el derecho de preferencia para ser pagado con la venta del inmueble hipotecado, el derecho de persecución, toda vez que la hipoteca subsiste aun cuando el bien se haya enajenado a un tercero; y el derecho a ceder su crédito.⁹

⁷ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, tomo III, volumen I, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969, p. 36.

⁸ García Villegas, Eduardo, *Hipoteca inversa. Necesidad de su incorporación al catálogo jurídico mexicano*, México, Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2011, p. 16. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3770/2.pdf>.

⁹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2001, pp. 362-364.

De esta forma, podemos concluir que cualquier deuda puede asegurarse con los bienes que constituyen el patrimonio del deudor o con los bienes de un tercero ajeno a la relación principal —según disponen las normas de hipoteca contempladas en el Código Civil actual—. Hay que precisar que, si bien es cierto que no son las únicas características de la hipoteca, para fines del presente, son las más importantes y nos permiten entender de manera genérica dicha figura, para enfocarnos en la figura contractual objeto del presente: la hipoteca inversa.

b) Hipoteca inversa. Una vez analizado el concepto de hipoteca como género y su clasificación, conviene en este apartado adentrarse al estudio de la hipoteca inversa y reflexionar sobre su integración, a fin de distinguir los elementos que el legislador considera para su existencia y validez, para abrir la puerta a la discusión en torno al cumplimiento o incumplimiento de su función social.

Por reforma publicada el 27 de marzo de 2017 en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, se adicionó el capítulo III Bis al Título Décimo Quinto del Código Civil para el Distrito Federal, bajo la denominación de hipoteca inversa.¹⁰

En la reforma ya referida, en el numeral 2939 TER de la legislación civil, la hipoteca inversa se definió como un contrato por el cual una entidad financiera se obligaba a pagar una cantidad de dinero predeterminada a una persona adulta mayor o a su beneficiario, que debería ser su cónyuge, concubina o concubinario de edad igual o superior a los 60 años; ya sea en una sola exhibición o de forma periódica, hasta agotar el monto del crédito otorgado de forma directa o a través de un fideicomiso. La persona adulta mayor, a su vez, se obligaba a garantizar dicha deuda hipotecando un inmueble de su propiedad.

Como se aprecia, el concepto de *hipoteca inversa* contempla diversas figuras, como el contrato de mutuo y disposiciones de la renta vitalicia, contratos cuyo estudio se realizará más adelante.

¹⁰ Véase: *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, 27 de marzo del 2017 [consulta: 4 de febrero del 2018]. Disponible en: https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/720f06898f9435a2899abaeda570aace.pdf.

c) Contratos afines a la hipoteca inversa. Se han estudiado las principales características de la hipoteca inversa, y en su concepto se ve la similitud que guarda con otros contratos que, si bien no generan las mismas consecuencias jurídicas que la hipoteca inversa, comparten diversas características. En este apartado se desarrollarán los aspectos más relevantes de los contratos de mutuo y renta vitalicia, ya que aun cuando no es el propósito hacer un estudio exhaustivo de cada uno, sí es determinante conocer e identificar su semejanza con la hipoteca inversa.

c.1) El mutuo. El contrato de mutuo se encuentre regulado en el artículo 2384 del Código Civil para el Distrito Federal —ahora Ciudad de México—; refiere que es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuatario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.¹¹

Por su clasificación, el mutuo se puede definir como un contrato principal, bilateral, traslativo de dominio, consensual, gratuito u oneroso y conmutativo.¹² De esta clasificación se advierten las dos especies de este contrato; por una parte, el mutuo simple, cuando únicamente impone al mutuario la obligación de restituir la cosa prestada; por la otra, el mutuo con interés, que contempla una utilidad por las cosas fungibles transmitidas al mutuario, entendido de manera coloquial como el superávit de lo prestado.

De igual modo, los numerales 2394¹³ y 2395¹⁴ de la legislación civil vigente señalan los dos tipos de interés que pueden existir: el legal y el convencional. El interés legal se calcula a razón del 9% anual, y el interés convencional es el que fijan las partes, y puede ser mayor o menor al interés legal.

¹¹ Código Civil para el Distrito Federal [consulta: 3 de abril del 2019]. Disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a0334f53844d2fe92b52fb5a2.pdf>.

¹² Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, pp. 169-171.

¹³ Artículo 2394. El interés es legal o convencional.

¹⁴ Artículo 2395. El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijan los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

Es de precisarse que son objeto de este contrato únicamente los bienes fungibles, es decir, los que se consumen por su sólo uso; sin embargo, cabe reflexionar que el numeral 2384 del Código Civil para el Distrito Federal —ahora Ciudad de México—¹⁵ contempla una suma de dinero como bien fungible. Esto es así porque, si bien al utilizarse no deja de existir, puede sustituir por otro que tenga el mismo poder liberatorio, por lo cual se traslada la propiedad pero no se agota.

Agotada la descripción general de este contrato, toca ver su similitud con la hipoteca inversa. Como se mencionó anteriormente, la hipoteca como género es un contrato accesorio, de garantía al cumplimiento de una obligación adquirida en un contrato principal; mientras que la hipoteca inversa cobija en su concepto tanto la obligación principal, que es el préstamo de la suma de dinero (contrato de mutuo), como la garantía; esto, al poner a cargo del adulto mayor el hipotecar un bien inmueble de su propiedad, por lo cual se puede fácilmente ver que existe una mezcla del contrato de mutuo o del préstamo con el contrato de hipoteca.

En este orden de ideas, puedo señalar que la hipoteca inversa como especie del contrato de hipoteca parecería, en un primer momento, desvirtuar su naturaleza accesorial al constituir, a su vez, en su concepto una obligación principal que consiste en el préstamo que concede la entidad financiera al adulto mayor; sin embargo, si finalmente la entidad financiera transfiere al adulto mayor la propiedad de una suma de dinero, resulta claro que a partir de ello configura un crédito exigible al adulto mayor, por lo cual se podrá garantizar dicho crédito mediante el cumplimiento de un contrato accesorio, como en el caso que nos ocupa.

Aunado a lo anterior, el adulto mayor tendría legalmente los mecanismos protectores que señalan los numerales 2395 y 2396¹⁶ de la legislación civil, es decir, en caso de convenirse en el mutuo un interés superior al

¹⁵ Artículo 2384. El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

¹⁶ Artículo 2396. Si se ha convenido un interés más alto que el legal, el deudor, después de seis meses contados desde que se celebró el contrato, puede reembolsar el capital, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos.

legal, se podrá modificar por una autoridad jurisdiccional pasando los seis meses del contrato base.

c.2) La renta vitalicia. Agotado el contrato de mutuo, abarcaremos la renta vitalicia a fin de tener claras las similitudes y semejanzas con el contrato de hipoteca inversa, para determinar si de la misma forma que el mutuo, es viable agregar a esta figura contractual una especie de protección a los adultos mayores y su garantía mediante el contrato de hipoteca.

El Código Civil del Distrito Federal, dentro de los contratos aleatorios, contempla la renta vitalicia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2774; sin embargo, para fines didácticos utilizaré el concepto dado por Domínguez Martínez,¹⁷ quien define *renta vitalicia* como “el contrato aleatorio por el que el deudor se obliga a cubrir al pensionista una cantidad periódica durante la vida de uno u otro, o de un tercero, a cambio de una suma de dinero o de un bien mueble o inmueble estimados”. De lo antes señalado, se pueden advertir los elementos personales de este contrato: el deudor y el pensionista.

Juan Luis González Alcántara¹⁸ señala la clasificación de ese contrato mencionado que es bilateral, oneroso, gratuito, aleatorio, formal, principal, de tracto sucesivo y nominado. Vale la pena mencionar que, en lo que respecta al aspecto aleatorio, que es una de sus principales características por ser elemento constitutivo de este contrato, se refiere a que las ganancias y las pérdidas son inciertas, ya que sólo se saben las prestaciones mas no de cuánto serán.

De igual modo, el multicitado Bernardo Pérez Fernández del Castillo,¹⁹ al estudiar la renta vitalicia, menciona que hay ocasiones en que una persona, propietaria de un inmueble, no cuenta con los recursos económicos suficientes para sus gastos y alimentación, y conviene en transmitir la propiedad del bien a cambio de una pensión vitalicia. A esta reflexión

¹⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil, teoría del contrato, contratos en particular*, México, Porrúa, 2000, p. 713.

¹⁸ González Alcántara, Juan Luis, El contrato de renta vitalicia a 80 años del Código Civil, en Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (coord.), *80 años de vigencia del Código Civil para el Distrito Federal*, México, Colegio de Profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho, 2012, pp. 289-290.

¹⁹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, p. 333.

se agrega el caso de que la persona puede no ser propietaria de un bien mueble o inmueble; sin embargo, se puede configurar dicho contrato con una suma de dinero, por lo cual tiene estrecha relación con el tema objeto del presente.

Por su parte, Marcelo Planiol y Jorge Ripert,²⁰ al abordar el objeto sobre el que puede constituirse la renta vitalicia, mencionan que son enajenaciones definitivas aquellas a título oneroso por las cuales el enajenante estipula simplemente una renta vitalicia en lugar de obtener un precio en capital o una renta perpetua, por lo cual es un procedimiento apto para aquellas personas poco pudientes que no tengan herederos presuntos o prefieran no dejarles los bienes que posean, obteniendo, a través de la transmisión de sus bienes a un tercero, una renta vitalicia que le permitirá sostenerse el resto de su vida.

Ahora bien, el numeral 2777 del Código Civil para el extinto Distrito Federal menciona²¹ que la renta vitalicia puede constituirse sobre la vida del pensionista, del deudor o de otra persona, y se extinguirá con la muerte del pensionista o de la persona a cuyo favor se otorgó. Esta facultad reconocida al pensionista también se contempla en la hipoteca inversa al adulto mayor, quien podrá designar a un beneficiario, que podrá ser su cónyuge, concubina o concubinario de edad igual o superior a los 60 años de edad, según dispone el artículo 2939 TER de las normas de hipoteca inversa.

Una vez entendidos los contratos afines a la hipoteca inversa, vale la pena hacer mención del trato financiero y social que ha tenido para poder determinar si ha cumplido su propósito.

d) Hipoteca inversa. Su sentido financiero. Un artículo elaborado por BBVA Bancomer²² refiere a la hipoteca inversa como un producto finan-

²⁰ Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. XI, Los contratos civiles, segunda parte, trad. de Mario Díaz Cruz, Habana, Cultural, 1946, p. 515.

²¹ Artículo 2777. El contrato de renta vitalicia puede constituirse sobre la vida del que da el capital, sobre la del deudor o sobre la de un tercero. También puede constituirse a favor de aquella o de aquellas personas sobre cuya vida se otorga o a favor de otra u otras personas distintas [versión en línea. Consulta: 5 de abril del 2019]. Disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a0334f53844d2fe92b52fb5a2.pdf>.

²² Alamillo Ramírez, Itzel; Serrano Herrera, Carlos y Vázquez Herrera, Samuel, *Análisis inmobiliario. Hipoteca Inversa para la Ciudad de México*, México, enero de 2017

ciero que permite a las personas mayores de 60 años propietarias de un inmueble acceder al capital acumulado en su propiedad sin perder la titularidad; así, dado que se trata de un préstamo no ejecutable hasta el fallecimiento, el adulto mayor puede emplear su inmueble como colateral del préstamo y continuar utilizándolo normalmente, ya sea en uso habitacional o en arrendamiento. Cuando el adulto mayor y su beneficiario fallecen, los herederos tienen que decidir entre pagar la deuda y recuperar la propiedad o permitir que se ejerza la garantía y recibir el remanente, en caso de existir

No todas las instituciones bancarias tienen información clara en cuanto a la hipoteca inversa, incluso en el estudio antes referido el autor habla de una hipoteca pensionaria que le permitirá al deudor obtener ingresos en etapa de retiro, ya sea en una sola exhibición o mediante pagos periódicos, complementando o subsanando las deficiencias del sistema de pensiones.

De igual manera, resalta de dicho estudio que, si bien es cierto que la hipoteca inversa se encontraba vigente en el Estado de México desde el 2013, al día de hoy ninguna de las instituciones financieras del país ofrece dicho producto, por lo cual llama la atención que, aunque su funcionamiento ya se encontraba vigente desde hace algunos años, en la práctica las instituciones decidieron no aplicarla al no conceder ningún tipo de crédito a sus clientes; ello, atendiendo a que se requieren altos montos de inversión y áreas especializadas en hipoteca, entre otras cosas, además de la necesidad de un marco regulatorio claro y con incentivos a las entidades crediticias, lo cual a la fecha no ha sucedido.

De esta forma, hasta la entrada en vigor, en el entonces Distrito Federal, de la normatividad local, al menos una legislación estableció la creación de un fideicomiso público-privado para la vigilancia y mediación de la hipoteca, en el cual la Secretaría de Desarrollo Social de la Ciudad de México fungiría como fideicomisario y el banco que otorgara el crédito como fideicomitente para ceder la titularidad del activo a otra institución financiera que será el fiduciario; sin embargo, llama la atención que, pese a tales circunstancias, la normatividad sólo es local y no federal, por lo

[consulta: 5 de abril del 2019]. Disponible en: https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2017/01/170109_Mexico_HipotecaInversa.pdf.

cual no existe regulación bancaria al respecto y a que a éstas las regulan normas federales.

En este sentido, las propias instituciones financieras son renuentes en otorgar y publicitar tales créditos, ya que nunca se reformaron las legislaciones federales, como más adelante abundaremos, por lo cual, aun cuando el propio artículo del banco menciona el precio al cual se avalúa el inmueble, nunca puede ser menor a 70% del valor comercial y los intereses por el prestamos realizado; igualmente, deberá ser menor a los de los créditos hipotecarios corrientes, pero con la facultad de cada institución de poder establecer la que considere conveniente, atendiendo a sus cálculos actuariales, en la esperanza de vida, avalúo del inmueble y riesgo asociado, con lo cual es claro que si no hay leyes federales que regulen las hipotecas inversas, evidentemente su aplicación será nula por más que existan leyes locales que la contemplen.

Así mismo, Fernando Balbuena Campuzano, economista *senior* de BBVA Research México, menciona que, de acuerdo con datos del Censo de Población y Vivienda, del INEGI,²³ la esperanza actual de vida del 65% de la población total actual que se ubica entre los 15 y los 64 años de edad podría llegar a los 86 años en el 2015, por lo cual es más que claro que se requieren nuevas figuras y productos financieros para las personas que tuvieron un trabajo formal y que cuentan con algún bien inmueble.²⁴

Igualmente, llama la atención que al hacerse la búsqueda del registro en el Banco Nacional de México, respecto al número de hipotecas inversas que se han otorgado desde la publicación de la normatividad, dicho banco respondió: “Al respecto, le informamos que este Banco Central no cuenta con registros de información de hipoteca inversa”.²⁵ Esto, a pesar de que es la institución que debe regular dicha información y no cuenta con ningún registro.

Vale la pena citar que lo ya referido también se robustece con los informes rendidos por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, al contestar la solicitud de información UT/412/2019, vía Infomex, que refiere

²³ Véase: <https://www.inegi.org.mx/>.

²⁴ Ver el informe completo disponible en: <https://www.bbva.com/es/la-hipoteca-inversa-en-mexico-como-mecanismo-de-pension/>.

²⁵ Folio 6110000023319, vía Infomex, de fecha 3 de mayo del 2019.

que, “después de haber realizado una búsqueda exhaustiva en los archivos físicos y electrónicos y registros bajo sus resguardos, no encontraron evidencia de información que sugiera o haga referencia al acto que se indica y a la fecha no opera la hipoteca inversa”²⁶

3. HIPOTECA INVERSA, ¿CUMPLE UNA FUNCIÓN SOCIAL?

Al publicar las reformas al Código Civil para el entonces Distrito Federal, mucho se mencionó que servirían para proteger a los adultos mayores, grupo que por su edad se encontraba vulnerable para hacerse de recursos pese a que gran parte contaba con bienes pero no con ingresos; vale la pena recordar lo referido por la Comisión Nacional de Seguros y Finanzas en 2010, ya que resulta claro que tiene un claro sentido financiero.

A. Propuesta de un modelo de hipoteca inversa sobre el valor del terreno de la Ciudad de México. Comisión Nacional de Seguros y Finanzas.

La Comisión se refirió a la hipoteca inversa como un mecanismo social de protección a los adultos mayores, que en muchos de los casos se presentaba como una alternativa de vida a los adultos mayores y en donde destacaban los siguientes puntos:

1. Aspectos relevantes. Primeramente, este documento señala las ventajas de la hipoteca inversa, y se refiere a ella como una transacción con derecho de usufructo, pues lo importante en esta figura es que los adultos mayores conservan la propiedad del inmueble hasta en tanto ocurra su fallecimiento; mientras tanto, reciben periódicamente la cantidad pactada como complemento de la pensión de la seguridad social. Asimismo, en un cuadro comparativo expresa las desventajas²⁷ que, a juicio de especialistas, presenta a los adultos mayores: reducción del valor líquido del inmueble, la cantidad entregada depende del valor del inmueble, genera intereses que incrementan el monto de la deuda y muchas veces del

²⁶ Folio 6110000031919, vía Infomex, de fecha 4 de junio del 2019.

²⁷ *Propuesta de un modelo de hipoteca inversa sobre el valor del terreno de la Ciudad de México*, trabajo presentado para el XVII Premio de Investigación sobre Seguros y Fianzas 2010, Comisión Nacional de Seguros y Finanzas, pp. 20 y ss. Disponible en: http://www.cnsf.gob.mx/Eventos/Premios_2014/3er.%20Lugar%20Seguros%202010.pdf.

inmueble en sí, puede perderse la propiedad del inmueble, se reduce el patrimonio que puede heredarse y existe desventaja por el pago de impuestos y seguros.

El documento continúa con una simulación de casos con el objeto de determinar las posibles cantidades que el adulto mayor obtendrá con la hipoteca inversa. Estos casos concluyeron en determinar que las pensiones que se podrían otorgar bajo este sistema no son suficientes por sí solas para mantener un nivel de vida adecuado, por lo cual, si el objeto de la pensión es procurar al adulto mayor y mantener un nivel de vida adecuado igualando el nivel de vida que tenía en su vida laboral, la figura contractual que se estudia no cumple con su función social.

En los casos estudiados básicamente se determinó que los inmuebles ubicados en zonas donde el precio del metro cuadrado es elevado, es decir, en una zona no marginal, el adulto mayor podrá obtener, conforme los cálculos de la Comisión, un ingreso de \$3,085.62, que sería el máximo de todos los ejemplos; la conclusión determina que el dueño del inmueble probablemente tenga un trabajo con remuneración salarial muy superior a \$3,085.62, lo que nos lleva a concluir que en realidad el monto de la pensión no sería suficiente para cumplir su propósito,²⁸ lo cual nuevamente nos reitera que la figura estudiada ha sido mal implementada.

Lo mencionado llama la atención toda vez que, si bien es cierto que no se menciona cuál es el promedio de ingreso del adulto mayor, se establece como un ingreso mínimo, por lo cual resulta claro que superior a dicha suma ya no importa financieramente cuál sea su ingreso, sino sólo la capacidad de pago, hecho que impactaría en la viabilidad de la hipoteca inversa.

B. Consideraciones generales aplicadas a la hipoteca inversa. El contenido actual de los numerales 2939 bis a 2939 undecies del Código Civil para el Distrito Federal es susceptible de diversas críticas debido al amplio margen con que se encuentra regulada esta figura, aunado a la falta de regulación en otros ámbitos como el financiero y el fiscal, lo cual han hecho insuficiente su implementación práctica, volviéndose letra muerta.

Tenemos entonces un contrato que contiene una mezcla de figuras jurídicas como el contrato de mutuo, renta vitalicia e hipoteca, que son cla-

²⁸ *Ibidem*, p. 75.

sificados como principales, en el caso de los dos primeros, y accesorio por cuanto al último; sin embargo, si bien es cierto que debemos clasificar a la hipoteca inversa como un contrato accesorio acorde a su naturaleza, tampoco es del todo clara su clasificación por ser una fusión de los contratos ya referidos, máxime que, como mencionamos, es un mutuo garantizado con una hipoteca o una renta periódica, que en algunos casos es prácticamente vitalicia en beneficio del adulto mayor, también garantizado con hipoteca.

De esta forma, el aspecto social de esta figura que busca la protección de adultos mayores contrasta con el objeto y el fin de la institución financiera o entidad crediticia que es de lucro; por ello, considerando la situación de vulnerabilidad del pensionista por razón de su edad avanzada y su evidente desconocimiento de los alcances de esta figura, existirá la posibilidad de inducirlos a contratar sin entender las ventajas y desventajas de este mecanismo social, jurídico y financiero, lo cual incluso ha llevado a que sea poco o nulamente rentable para las instituciones financieras la figura objeto del presente artículo, tal como más adelante señalaremos.

En este orden de ideas, surgen dos reflexiones: la primera, dada por Fernando Trueba Buenfil y Jorge Claudio Ibarrola Muro, notarios del Estado de México,²⁹ quienes afirman que “es imprescindible que el solicitante de una hipoteca inversa esté debidamente informado y orientado sobre qué es y cómo funciona dado que el grupo social al que va dirigida esta nueva figura jurídica es más vulnerable a la influencia indebida, al engaño o al abuso financiero; la segunda, referida por el notario Eduardo García Villegas,³⁰ quien señala que debe establecerse un servicio de asesoramiento en el seno de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef), para el asesoramiento, transparencia y vigilancia de la hipoteca inversa, atendiendo a su misión.³¹

En tal sentido, resulta claro que para proteger al adulto mayor es necesario un órgano vigilante encargado de verificar el cumplimiento de los

²⁹ Trueba Buenfil, Fernando e Ibarrola Muro Jorge Claudio, La hipoteca inversa, *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, invierno 2013, pp. 134-162. Disponible en: <http://colegiodenotariosedomex.org.mx/revistas/tmp/16.pdf>.

³⁰ García Villegas, Eduardo, *op. cit.*, p. 28.

³¹ La de promover y difundir la educación y la transparencia financiera para que los

finde de esta figura, toda vez que, incluso conforme a la reforma, existe la posibilidad, al menos en la Ciudad de México, de ser otorgada por instituciones sociales e instituciones públicas que deberán estar autorizadas para ello, sin establecer quién o cómo se emitirá esa autorización.

Por otro lado, se debe tener presente que los adultos mayores no son peritos en derecho, por lo que otorgarles este medio para la satisfacción de sus necesidades implica ponerlos también en estado de indefensión, pues deberá estudiarse el caso concreto y esperanza de vida de cada uno para obtener el resultado benéfico o perjudicial de celebrar este contrato, ya que no es lo mismo dárselo a una persona que cuenta con buena salud a los 60 años que a una de 85 años y con salud deteriorada; la primera quizá pueda recibir la totalidad del crédito y la segundo no, lo cual nos lleva a pensar qué sucedería con el respectivo pago en uno y otro caso. Entonces, el adulto mayor requerirá estar debidamente asesorado e informado de los alcances al celebrar este contrato.

Igualmente, el escenario de regulación de este contrato es incluso tortuoso para las instituciones financieras dada la deficiente regulación de esta figura y la falta de incentivos para su implementación como producto financiero, lo cual hace nula su oferta y aplicación. Vemos el ejemplo de BBVA Bancomer cuya nota ya referida indica que se requiere de una alta inversión para ofrecer ese producto financiero, aunado a crear áreas especializadas tanto en renta vitalicia como en hipotecas, sobre todo para el cálculo de riesgos generados por su longevidad.

En la línea antes citada, también para el Banco Mercantil del Norte (Banorte), es una figura olvidada que no se encuentra en su oferta bancaria, según sus propios ejecutivos. Por todo lo anterior, viendo el sinnúmero de contingencias que se presentarán en la práctica al aplicar este contrato, es de suma importancia establecer en su regulación tanto local como federal cuando se den cláusulas de protección a los adultos mayores.

Sirve de ejemplo la legislación de la Ciudad de México, en donde se establece la obligación de la institución financiera de realizar los pagos

usuarios tomen decisiones informadas sobre los beneficios, costos y riesgos de los productos y servicios ofertados en el sistema financiero mexicano; así como proteger sus intereses mediante la supervisión y regulación a las instituciones financieras y proporcionarles servicios que los asesoren y apoyen en la defensa de sus derechos.

periódicos hasta agotar el monto del crédito otorgado, situación que no se contempla en otras entidades federativas, quienes en el supuesto de agotar el monto convenido deberán continuar otorgando periódicamente al adulto mayor las cantidades pactadas sin importar que supere la esperanza de vida calculada.

Tampoco se debe dejar de observar el nacimiento de la obligación de pago, el cual ocurre hasta el fallecimiento del adulto mayor según el artículo 2939 Quinquies, fracción VII, del Código Civil para el Distrito Federal³², quedando a cargo de los herederos del adulto mayor satisfacer el pago del monto y los intereses a la institución financiera; sin embargo, surge la duda de qué sucedería en el caso de que el adulto mayor no fallezca en un corto plazo y se termine de entregar el monto, máxime si el propio numeral, en su fracción IX, menciona que éste habitará de manera vitalicia el bien hipotecado,³³ por lo cual la pregunta en cuestión sería en el supuesto ya referido, en donde ya se entregó al adulto mayor todo el capital y éste aún no ha fallecido, si deberá pagar el capital el propio beneficiario o esperar a su muerte y que sean sus herederos los que deban pagar, lo cual puede ser contraproducente para las instituciones financieras.

Continuando con el análisis a los herederos, no pasa desapercibido en las hipoteca inversa el estrecho plazo de 30 días hábiles siguientes al fallecimiento del adulto mayor para efectuar el pago del monto debido, pudiendo incluso solicitarse la reestructuración del crédito, lo cual llama la atención por la poca consideración del legislador en cuanto hace a la materia sucesoria, ya que no considera el tiempo real del trámite de un

³² Artículo 2939 Quinquies. Los términos de la contratación de la hipoteca inversa se establecen previo avalúo de la institución debidamente facultada para considerar el valor comercial de mercado del inmueble que deberá actualizarse cada dos años, para estar acorde con la plusvalía que el bien inmueble adquiera con el tiempo.

[...]

VII. La entidad financiera solo podrá exigir la deuda y la garantía ejecutable cuando fallezca la persona adulta mayor y el beneficiario si lo hubiere, respetando las condiciones que le concede la fracción II del Artículo 2939 Sexies, respecto a la amortización de la deuda.

³³ *Ibidem*, IX. La persona adulta mayor habitará vitaliciamente el inmueble hipotecado, no obstante, la persona adulta mayor podrá arrendar de manera parcial o total el inmueble hipotecado, siempre y cuando, cuente con la autorización expresa de la entidad financiera y los términos y condiciones del arrendamiento se establezcan en el contrato correspondiente, sin afectar la naturaleza propia de la hipoteca inversa.

sucesión, que puede ser incluso intestamentaria, hecho que afectaría sin duda a la institución financiera.

Visto así, en un caso en el cual los herederos tengan la intención de recuperar el inmueble sobre el que recae este acto jurídico, no es conveniente el plazo otorgado, en virtud de la realidad de nuestro sistema, ya que ni en la vía judicial ni en la notarial se cumpliría el término establecido en el artículo 2939 sexies, fracción iv.³⁴

En tal sentido, parece que una de las posibles soluciones sería que incluso los herederos del adulto mayor puedan participar en la celebración del contrato de hipoteca inversa para hacer de su conocimiento los alcances y convenir, de ser posible, un plazo razonable para su cumplimiento, lo cual también sería contrario a los principios de la propiedad y de las sucesiones, en donde los testamentos son actos revocables hasta en tanto no fallezca el individuo, por lo que incluso parecería que la mejor solución es exhortar a los familiares y herederos a otorgar, en su carácter de deudores alimentarios, los recursos económicos que el acreedor necesite, para prevenir la pérdida del inmueble.

4. MARCO JURÍDICO DE LA HIPOTECA INVERSA

Llama la atención el marco jurídico de la figura que estamos tratando, ya que básicamente se refiere a disposiciones reguladas por la materia civil tanto a nivel nacional como internacionales, por lo cual después de analizarlas nos referiremos a las complicaciones en cuanto a su aplicación práctica y su relación con la omisión de las disposiciones que regulan las instituciones bancarias.

³⁴ Artículo 2939 Sexies. La amortización del capital se sujetará a las siguientes normas:
[...]

iv. Transcurridos 30 días hábiles después del fallecimiento de la persona adulta mayor sin que los herederos hayan efectuado el pago o manifestado la intención de reestructurar el crédito, se entenderá su intención de no pagar el adeudo, por lo que la entidad financiera estará en condiciones de ceder el cobro del crédito sin restricción alguna o solicitar su adjudicación o venta legal para efectuar el cobro hasta donde alcance el valor del bien inmueble hipotecado si el valor del inmueble fuera mayor que el adeudo se devolverá el remanente a los herederos.

A. Marco jurídico nacional de la hipoteca inversa. Para entender mejor, debemos referirnos a los derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de comprender la protección que hace nuestra Carta Magna en lo referente a la vivienda, para lo cual debemos remitirnos al artículo 4, que menciona, entre otros derechos, el deber del Estado para garantizar la alimentación nutritiva suficiente y de calidad, a la protección de la salud, así como el derecho de toda familia a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.³⁵

Una vez dicho lo anterior, debemos relacionar lo referido en nuestra Carta Magna en lo concerniente a la protección del derecho a la vivienda, a fin de aplicar dicho numeral a la figura de la hipoteca inversa, en donde el inmueble propiedad del adulto mayor le permitirá la satisfacción de sus necesidades de vida, su uso y goce hasta su fallecimiento.

I. Normatividad de la hipoteca inversa

a) Código Civil del Distrito Federal. El Código en cita vale la pena mencionarse porque en todos los casos donde vamos a referirnos a la figura en cuestión se hará respecto a ordenamientos locales, para resaltar la omisión en supuestos de normas federales, lo cual ha hecho nugatoria su aplicación en la práctica.

Para iniciar, de la legislación de la Ciudad de México debemos resaltar que fue hasta el 29 de marzo del 2016 cuando se presentó ante el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal³⁶ la iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona el capítulo III Bis al Título Decimoquinto del Código Civil para el Distrito Federal, relativo a la denominación de hipoteca inversa.³⁷ Vale la pena citar que la iniciativa ya descrita se aprobó por la asamblea legislativa hasta el 28 de septiembre de 2016, recorriendo la numeración a partir del artículo 2939, para

³⁵ Véase el artículo 4 constitucional. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.

³⁶ La iniciativa se presentó en la VII Legislatura por los diputados integrantes del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional.

³⁷ Véase: *Gaceta Parlamentaria*, 114, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 8 de diciembre de 2016, VII Legislatura, p. 107. Disponible en <http://aldf.gob.mx/archivo-43add86f278049e25b96cc9ebc735a55.pdf>.

efecto de que el nuevo capítulo ILL se integrara con el artículo 2939 bis y subsiguientes.

En el caso del Distrito Federal, la reforma adicionaba la obligación de la entidad financiera de otorgar una cantidad de dinero a la persona adulta mayor, como una obligación principal; posteriormente, esas cantidades se garantizaban como un contrato accesorio, siendo aplicable lo dispuesto por los artículos 2893, 2927, 2940 y 2943. Así, la combinación de estos dos actos jurídicos, uno principal y otro accesorio, hacían prevalecer en su denominación el contrato accesorio, por lo que se debía configurar este tipo de contrato como un contrato de mutuo garantizado con hipoteca.

Resalta así que la hipoteca inversa puede clasificarse como un contrato aleatorio, toda vez que se encuentra sujeto a un término, que es la muerte del adulto mayor, conforme a la fracción VII del numeral 2939 quinquies, que dispone que la entidad financiera sólo podrá exigir la deuda y la garantía ejecutable cuando fallezca la persona adulta mayor y el beneficiario si lo hubiere.

Lo anterior pone de manifiesto otra figura contractual que es afín a la hipoteca inversa: el contrato de renta vitalicia; como ya se explicó, este contrato consiste en la entrega periódica de una pensión que una de las partes entrega a la otra durante su vida o la de un tercero, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o raíz estimadas cuyo dominio se le transfiere a la parte que otorga la pensión.

Sin embargo, es de resaltar que la hipoteca inversa no genera las mismas consecuencias jurídicas que la renta vitalicia, pues la muerte del pensionista genera, en el primer caso, el nacimiento de la obligación de pago y, en el segundo, la extinción de la obligación. Adicionalmente, podemos decir que ni el mutuo ni la renta vitalicia generan las mismas consecuencias jurídicas que la hipoteca inversa; no obstante, podría crearse una especie dentro de los mencionados contratos que se destine a la protección del adulto mayor, con lo cual la técnica jurídica no mezclaría la naturaleza de dos contratos que generan obligaciones completamente diversas.

Para concluir este apartado, indicaré algunos elementos a destacar de este contrato conforme a su regulación en la Ciudad de México, dentro los que resaltan la práctica del avalúo del inmueble sobre el que recae la hipoteca inversa que deberá realizarse cada dos años; asimismo, el crédi-

to otorgado al adulto mayor no se basa en el 100% del valor del inmueble, sino en el 70%. Por otro lado, la persona adulta mayor podrá realizar el pago total o parcial del crédito otorgado sin penalización.

Otro aspecto a resaltar son los intereses que deberán calcularse conforme al promedio resultante de la tasa de interés interbancario de equilibrio y las tasas de interés de los instrumentos hipotecarios tradicionales, y que serán solamente sobre las cantidades efectivamente entregadas a la persona adulta mayor.

Respecto a la exigibilidad del pago por la institución financiera, se conceden 30 días hábiles a los herederos, después del fallecimiento de la persona adulta mayor, para efectuar el pago o manifestar la intención de reestructurar el crédito. Para concluir, el artículo 2939 nonies contempla la facultad de rescindir el contrato en caso de incumplimiento de la entidad financiera, al otorgar las cantidades periódicas, puntos que llaman la atención sobre todo si tomamos en cuenta quién va a pagar el crédito otorgado.

II. Entidades federativas que regulan la hipoteca inversa. Otras entidades federativas que se han sumado a regular la hipoteca inversa son el Estado de México, Guanajuato, Jalisco y, como caso particular, Baja California, quienes regulan esta posibilidad como una especie en el contrato de hipoteca, aunque su legislación ha sido minuciosa en establecer requisitos sin los cuales no podría celebrarse la hipoteca inversa, situación que no ocurre en la legislación civil de la Ciudad de México, pues no se exigen mayores requisitos y limitaciones, tal como a continuación veremos.

a) Estado de México. El Código Civil del Estado de México, mediante el decreto 87 del 7 de mayo de 2013, publicado en la *Gaceta del Gobierno*, reguló la figura de hipoteca inversa del artículo 7.1144 bis al artículo 7.1144 undecies.³⁸ En virtud de tal ordenamiento, se definió a este contrato como aquel por el cual el pensionario se obliga a pagar periódicamente y en forma vitalicia al pensionista o a su beneficiario, que deberá ser su cónyuge, concubina o concubinario de edad igual o superior a los 60

³⁸ Véase: *Gaceta del Gobierno del Estado de México*, p. 13. Disponible en: <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/vigentes/may075.PDF>.

años, una cantidad de dinero predeterminada que el pensionista garantizará a través de la hipoteca inversa.³⁹

A diferencia de las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal —ahora Ciudad de México—, se autoriza para otorgar la hipoteca inversa a instituciones privadas, sociales, personas físicas e instituciones públicas, siempre que cuenten con facultades para ello.⁴⁰ Asimismo, se destacan los términos a contener en el contrato, en los cuales está el requisito de exigibilidad de la deuda y ejecución de la garantía cuando, al fallecimiento del pensionista y su beneficiario (si hubiere), dentro de los seis meses al acontecimiento, los herederos no pagaran la deuda, caso en el cual el pensionista estará facultado para solicitar su adjudicación o su venta.

Otro punto a señalar es que los herederos pueden cubrir al pensionario la totalidad del adeudo existente y vencido sin compensación por la cancelación del gravamen y pago del adeudo. Por otro lado, al igual que las legislaciones en materia civil que se estudian en este capítulo, la transmisión inter vivos del bien inmueble no podrá realizarse sin autorización del pensionario; si ocurre, se faculta al pensionario de declarar vencido anticipadamente el total del adeudo y exigible a la fecha, a menos que se sustituya la garantía en forma bastante e igual a la anterior en un plazo de seis meses.

También se regula el incumplimiento del pensionario en las ministraciones, caso en el cual el pensionista tendrá la facultad de solicitar la rescisión del contrato y exigir el pago de los daños y/o perjuicios o, en su caso, el pago de la pena pactada. Además, se tendrá la deuda como liquidada y no generará más interés; debiendo el pensionario liberar a su costa el gravamen correspondiente.

Finalmente, la incorporación de la hipoteca inversa en el Estado de México estuvo acompañada de modificaciones a su código financiero local, a fin de establecer el cobro por la inscripción de dicha figura. Sin embargo, a la fecha se sabe que la materialización de esta figura ha sido nula.

b) Guanajuato. El estado de Guanajuato se suma a las entidades federativas que contemplan la figura de hipoteca inversa, llamada también pen-

³⁹ Artículo 7.1144 Ter del Código Civil para el Estado de México.

⁴⁰ Artículo 7.1144 Quater del Código Civil para el Estado de México.

sionaria, la cual se introdujo en el Código Civil para el Estado de Guanajuato en 2016,⁴¹ figura regulada del numeral 2433-A al artículo 2433-I. Para esta legislación civil también se considera pensionista a la persona adulta mayor de 60 años o más, y autoriza como pensionario a las personas físicas y jurídicas, además de las instituciones públicas o privadas, siempre que cuenten con facultades para ello.⁴²

Cabe destacar que el avalúo del inmueble sobre el que recae la hipoteca pensionaria se realizará por un perito autorizado para tal fin o institución facultada, y en ningún caso el avalúo se realizará por la misma institución que otorgue la hipoteca, por lo cual el costo corre a cargo del pensionario. Asimismo, el avalúo se realizará cada dos años, y se debe informar el monto del incremento anual que tendrá la pensión.

En el caso del estado de Guanajuato,⁴³ la legislación prevé una cláusula protectora al adulto mayor, la cual determina al pensionario garantizar al pensionista o a su beneficiario al menos el equivalente a seis tantos de las aportaciones mensuales convenidas para contribuir a satisfacer los gastos extraordinarios generados por una enfermedad grave o accidente que ponga en riesgo su vida, sin que dicho adelanto pueda exceder de una vez cada dos años.

Otras cláusulas protectoras al adulto mayor se establecen en el numeral 2433-C, que estable la terminación anticipada sin penalización alguna del crédito, así como la restricción que se genera sobre los intereses para calcularlos sólo sobre las cantidades dispuesta por el pensionista, sin ser superior al interés legal; también se establece la facultad del adulto mayor para arrendar el bien inmueble, siempre que cuente con autorización del pensionario y el deber al pensionario de seguir otorgando la cantidad de dinero periódica al pensionista, aun cuando por el transcurso del tiempo se cubra el monto total del valor del inmueble sujeto a hipoteca inversa.

Para el caso de incumplimiento del pensionario de una mensualidad de pago al pensionista, se dará lugar a la rescisión y exigir el pago de los daños y perjuicios o al cumplimiento forzoso del contrato, y en el juicio se deberán tramitar las medidas cautelares señaladas para el juicio de ali-

⁴¹ Véase: *Boletín del Estado de Guanajuato*, número 1828, 29 de abril del 2016. Adicionó la hipoteca pensionaria al Código el 3 de mayo del 2016.

⁴² Artículo 2433-B del Código Civil del Estado.

⁴³ Al igual que en la legislación de Jalisco.

mentos. Del mismo modo, si se resuelve la rescisión del contrato, el juez dictará invariablemente la sentencia de cancelación de la hipoteca en beneficio del pensionista.⁴⁴

Por otro lado, la transmisión *inter vivos* del bien inmueble sin autorización del pensionario se declarará nulo de pleno derecho y facultará al pensionario a declarar vencido anticipadamente el total del adeudo y exigible a la fecha, a menos que se sustituya la garantía en forma bastante.⁴⁵

Finalmente, el Código Civil para el Estado de Guanajuato otorga seis meses contados a partir del fallecimiento del pensionario o su beneficiario, para cumplir con el pago del adeudo vencido, por lo que si los herederos optan por no pagar expresamente, el pensionario cobrará el adeudo hasta donde alcance el valor del bien hipotecado, pudiendo solicitar su adjudicación o su venta sin esperar los seis meses referidos.⁴⁶

c) Jalisco. El 9 de octubre de 2014, en el *Periódico Oficial del Estado de Jalisco* se publicó el decreto que adicionó la figura de la hipoteca pensionaria al Código Civil de ese estado, en sus numerales 2570 bis al 2570 bis 5;⁴⁷ dentro de sus disposiciones se contemplan como elementos personales al pensionista y al pensionario. En este caso, el pensionario es quien otorga la cantidad de dinero al pensionista, y el pensionario es quien recibe la cantidad de dinero establecida, pudiendo ser persona física o jurídica. Asimismo, se establece realizar el avalúo del inmueble sujeto a hipoteca inversa cada tres años para mantener actualizada la plusvalía del bien, incrementando así las aportaciones periódicas que se entreguen al pensionista⁴⁸.

Por otro lado, como requisito de este contrato se encuentra una cláusula de protección al adulto mayor, contenida en el numeral 2570 bis 1, que establece la obligación a cargo del pensionista, de otorgar una adelanto de al menos el equivalente a cinco tantos de las aportaciones periódicas al pen-

⁴⁴ Artículo 2433-D.

⁴⁵ Artículo 2433-E.

⁴⁶ Artículo 2433-F.

⁴⁷ Véase: *Periódico Oficial del Estado de Jalisco*, p. 17. Disponible en: <https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/10-09-14-ii.pdf>.

⁴⁸ Artículo 2570 bis 1, fracción v. Por otro lado, el numeral 2570 bis 2, fracción v, dispone que se incluirán las especificaciones del incremento anual que tendrá la amortización periódica que se entrega al pensionario (*sic*)..., en interpretación de la suscrita, debe decir “pensionista”.

sionario cuando éste acredite una enfermedad grave o accidente que ponga en riesgo su vida, a fin de que pueda para cubrir los gastos que se originen, con la limitación de que esto no suceda más de dos veces por año.

Continuando con los requisitos de este contrato, llama la atención la fracción III del numeral 2570 bis 2, al establecer la obligación del pensionario de otorgar al pensionista, hasta su fallecimiento, la cantidad de dinero pactada, aun cuando por el transcurso del tiempo se cubra el monto total del valor del inmueble, además de permitirle seguir habitando el inmueble. Sin embargo, si el adulto mayor optó por arrendar el inmueble, el monto mensual del arrendamiento que reciba será restado de la aportación periódica que le pague el pensionario.

Otra cláusula que protege al adulto mayor se encuentra en el numeral 2570 bis 3, que señala el cálculo de los intereses únicamente sobre las cantidades dispuestas por el pensionista; dicho interés no podrá ser superior al legal. Sigue el numeral señalando la facultad a los herederos del pensionista para cubrir el pago del adeudo vencido al pensionario ante fedatario público, sin ninguna compensación por la cancelación del gravamen, el cual podrá realizarse dentro de los tres meses del fallecimiento del adulto mayor; de lo contrario, el pensionario cobrará el adeudo hasta donde alcance el valor del bien hipotecado o, en su caso, se ejecutará la hipoteca de conformidad con el contrato.

Por último, el numeral 2570 bis 4 dispone el caso de incumplimiento por parte del pensionario a una mensualidad, dando lugar a la rescisión o cumplimiento forzoso del contrato, en donde el juez dictará invariablemente en la sentencia la cancelación de la hipoteca en beneficio del pensionista a costa del pensionario.

Una diferencia notable del Código Civil de esta entidad con el Código Civil del Distrito Federal —ahora Ciudad de México— y el Código Civil del Estado de México se encuentra en la prohibición de transmisión del inmueble *inter vivos*, que, de ocurrir, para el estado de Jalisco únicamente genera declarar nulo el acto, de pleno derecho; sin embargo, en las legislaciones mencionadas la consecuencia será facultar a la entidad financiera o pensionario para declarar vencido anticipadamente el total del adeudo y exigible a la fecha.⁴⁹

⁴⁹ Numeral 2939 septies del Código Civil del Distrito Federal, en relación con el artículo

d) Baja California. La Comisión de Justicia del Congreso del Estado de Baja California, mediante dictamen 144,⁵⁰ de septiembre de 2016, realizó un profundo estudio a la iniciativa con proyecto de decreto por el que se reformaba el artículo 2762 y se adicionaba un capítulo iii bis “de la hipoteca pensionaria” al título décimo quinto del libro cuarto del Código Civil para el Estado de Baja California.

El anterior dictamen declaró inviable la iniciativa tomando en consideración la aplicación de esta figura en las entidades federativas, como en el Estado de México y Jalisco, donde ha sido nula su aplicación, toda vez que requiere mayor regulación que la sola inclusión dentro de los códigos civiles; lo anterior, bajo el sustento de que es una figura que básicamente está impulsada por el sistema financiero bancario y de seguros del país, resaltando que las instituciones financieras, para efectos de las tramitaciones de transacciones financieras, se regulan por la legislación federal y no local, como lo es en todo caso de la Ley de Instituciones de Crédito.

Asimismo, la Comisión de Justicia del Estado consideró que, en caso de incumplimiento del pensionario, no se establece con claridad ante quién habrá de hacer exigible el pensionista su acción, pues si bien la hipoteca pensionaria se regula en el Código Civil, su naturaleza es la de una transacción financiera, la que en todo caso debería regirse por la legislación de la materia, es decir, competencia federal.

Entre otros argumentos, manifiesta la falta de un órgano regulador del contrato, toda vez que es una figura que se presta al abuso de los adultos mayores y cuyo seguimiento y evaluación no están supervisados por el Estado; considera además que, si bien es un instrumento social de protección al adulto mayor, su regulación es tan incipiente que genera numerosas desventajas para el pensionista.

El anterior dictamen, realiza un estudio minucioso a las legislaciones, en donde se ha tratado de implementar la hipoteca inversa o pensionaria, y concluye que en todos los casos ha sido infructuosa, por lo cual, en el caso del estado de Baja California, resultaba inviable, hecho que otros estados simple y sencillamente pasaron por alto y aun así decidieron refor-

7.1144 septies del Código Civil del Estado de México.

⁵⁰ Dictamen 144 de 26 de septiembre de 2016, Comisión de Justicia, Baja California. Disponible en http://www.congresobc.gob.mx/Parlamentarias/Dictamen/114_JUSTICIA_22SEP2016.pdf.

mar sus respectivos Códigos y adicionar un capítulo sabiendo que sería nulo en la práctica.

e) Sonora. En el caso del estado de Sonora, la hipoteca inversa se incluyó en el Código Civil mediante el decreto de fecha 27 de septiembre del 2018, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, donde se reformó el artículo 3296 y se adicionó el capítulo III BIS, denominado “de la hipoteca inversa”, al Título Décimo Quinto, y los artículos 3318 BIS, 3318 BIS 2, 3318 BIS 3, 3318 BIS 4, 3318 BIS 5, 3318 BIS 6, 3318 BIS 7, 3318 BIS 8, 3318 BIS 9 y 3318 BIS 10; todos, del Código Civil para el Estado.⁵¹

De esta manera, en dicho Código la hipoteca inversa se definió como el contrato por el cual el pensionario se obliga a pagar periódicamente y en forma vitalicia al pensionista o a su beneficiario, que deberá ser su cónyuge, concubina o concubinario de edad igual o superior a los 60 años, una cantidad de dinero predeterminada, que el pensionista garantizará a través de la hipoteca inversa, en los términos de este capítulo.⁵²

Dentro de los puntos a resaltar, se encuentra el hecho que no sólo las instituciones financieras pueden otorgarla, sino también instituciones privadas, sociales, personas físicas e instituciones públicas, siempre que cuenten con facultades para ello.⁵³

Otro aspecto a resaltar es que el pensionista deberá contratar, de manera conjunta y por el tiempo de la vigencia de la hipoteca inversa, un seguro de gastos funerarios que cubra las erogaciones que deban realizarse al momento del fallecimiento del pensionista,⁵⁴ así como el plazo de seis meses para realizar el pago una vez fallecido el pensionista.⁵⁵

De lo antes expuesto, debemos resaltar que, si bien es cierto que las legislaciones tienen algunos elementos diversos, todas coinciden con una protección hacia el adulto mayor, por lo cual lo que nos resta es referirnos a las iniciativas que han existido en cuanto a la regulación a nivel federal

⁵¹ Véase; *Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Sonora*, 27 de septiembre del 2018, p. 8. Disponible en: <http://www.boletinoficial.sonora.gob.mx/boletin/images/boletinesPdf/2018/09/2018CCII26IX.pdf>.

⁵² Artículo 3318 BIS 2.

⁵³ Artículo 3318 BIS 3.

⁵⁴ Artículo 3318 BIS 5, VIII.

⁵⁵ Artículo 3318 BIS 6, II.

para que opere la hipoteca inversa, para así entender sus limitantes, ya que resulta claro que si la legislación federal es deficiente, evidentemente será complicado que opere la hipoteca inversa o pensionaria, máxime que las instituciones bancarias son reguladas por legislación federal y ésta no se ha reformado para incluirla de ninguna forma.

B) Legislación federal. Resulta claro que, de lo ya expuesto, es un requisito indispensable para que opere la hipoteca inversa el hecho de que exista una normatividad bancaria acorde para que cada estado pueda implementar su legislación local, máxime que las instituciones financieras tienen una normatividad federal y no estatal.

De las últimas iniciativas serias a nivel federal sobre la figura objeto del presente artículo, se puede apreciar el intento de reforma de los artículos 2939 bis y 2939 ter, presentada el día martes 26 de abril del 2016 por el Partido Verde Ecologista de México en el Senado de la República, que tenía como principal finalidad “incorporar al marco jurídico tanto de la Ciudad de México como al Federal⁵⁶ la figura de Hipoteca Pensionaria, consistente en el otorgamiento de financiamiento a las personas mayores de 65 años a fin de complementar los gastos para acceder a una vida digna, colocando como garantía el inmueble donde habitan, siempre y cuando sea de su propiedad, con la obligación por parte del acreditante de otorgar una ministración periódica vitalicia”⁵⁷.

Vale la pena recordar que, tal como se ha referido, se trata de un contrato por el cuál una entidad financiera se obliga a pagar una cantidad de dinero predeterminada a la persona adulta mayor o a su beneficiario, lo cual se realiza de forma periódica o en una sola exhibición, y la persona adulta mayor se obliga a garantizar hipotecando un inmueble de su propiedad. En estas líneas encontramos una peculiaridad del contrato en estudio, pues involucra el estudio y modificación coordinada de leyes tanto del Código Civil como de la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley Orgánica de Sociedad Hipotecaria Federal y la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado.

⁵⁶ Dicha figura ya existía en otros estados de la república, según veremos más adelante.

⁵⁷ Véase: Minuta del orden del día 26 de abril del 2016, Senado de la República. Disponible en: http://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/62403.

Debemos señalar que las instituciones financieras, además de tener un marco complejo, se encuentran reguladas por una gran variedad de leyes, por lo cual la adición e implementación de la hipoteca inversa ha sido por demás compleja, ya que se han realizado múltiples intentos que, en su mayoría, han sido infructuosos, tal como a continuación veremos:

a) Ley de Instituciones de Crédito. Así como se reformó el Código Civil del entonces Distrito Federal, igualmente se buscó la reforma para la ley en cita, la cual iba a adicionar al artículo 28, fracción VI, inciso b, un tercero inciso (iii); sin embargo, después de varias discusiones nunca se reguló, por lo que jamás se adicionó, pero para fines del presente estudio vale la pena citar el proyecto en cita, que a la letra decía:

Artículo 28.- La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, con aprobación de su Junta de Gobierno, después de escuchar a la institución de banca múltiple afectada, así como la opinión del Banco de México y del Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, podrá declarar la revocación de la autorización que le haya otorgado a aquélla para organizarse y operar con tal carácter, en los casos siguientes:

[...]

VI. Si la institución de banca múltiple de que se trate se ubica en cualquiera de los supuestos de incumplimiento que se mencionan a continuación:

[...]

b) Cuando, en un plazo de dos días hábiles o más y por un monto en moneda nacional superior al equivalente a dos millones de unidades de inversión:

[...]

iii) No ministren a cien o más pensionistas las parcialidades periódicas pactadas por los créditos garantizados con hipoteca pensionaria, que en su conjunto alcancen el monto citado en el primer párrafo de este inciso

Así mismo, la reforma pretendía adicionar al artículo 173 una fracción que debía referir:

Artículo 173.- Las operaciones activas de las instituciones de banca múltiple se sujetarán a lo que se señala a continuación, a partir de la fecha en que éstas entren en estado de liquidación:

[...]

IV. Tratándose de crédito garantizados con hipoteca pensionaria no serán aplicables las fracciones I. y III. De este artículo y la Sociedad Hipotecaria Federal se subrogará la obligación de ministrar a los pensionistas las parcialidades acordadas con el acreedor, hasta en tanto se den los supuestos establecidos en el artículo 186.

Con excepción de las operaciones enunciadas en la fracción IV, no se aplicará lo previsto en este artículo a aquellas operaciones que sean objeto de transferencia conforme a los artículos 194 o 197 de esta Ley.

La iniciativa resultaba por demás interesante, ya que le otorgaba a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, como órgano regulador de las instituciones bancarias, previa autorización de su Junta de Gobierno, la facultad para declarar la revocación de la autorización que les hayan otorgado para organizarse y operar con tal carácter cuando incumpliera las disposiciones relacionadas con las hipotecas inversas, por lo cual nuevamente se protegía al adulto mayor sobre las instituciones financieras, hecho que hacía que evidentemente las propias instituciones tuvieran el riesgo de perder su autorización para regularse por un producto financiero ofrecido, como es el caso de la hipoteca inversa.

También, dado que ninguna de las modificaciones antes descritas pudo adicionarse, era claro que, aun cuando en el Código Civil para el Distrito Federal sí se hicieron las reformas respectivas, en la Ley de Instituciones de Crédito no sucedió lo mismo, lo cual evidentemente impactó en su funcionamiento y aplicación; sin embargo, podemos suponer que las causas de su no aprobación pudieron haber sido de índole político y financiero, y no tanto legal.

b) La Ley Orgánica de Sociedad Hipotecaria Federal. La ley en cita, según la iniciativa del 26 de abril del 2016, que igualmente planteaba la modificación del párrafo segundo del artículo 2 del ordenamiento mencionado, indicaba lo siguiente:

Artículo 2. Sociedad Hipotecaria Federal, Sociedad Nacional de Crédito, tendrá por objeto impulsar el desarrollo de los mercados primario y secun-

dario de crédito a la vivienda, mediante el otorgamiento de crédito y garantías destinadas a la construcción, adquisición y mejora de vivienda, preferentemente de interés social en los términos de esta Ley, así como al incremento de la capacidad productiva y el desarrollo tecnológico, relacionados con la vivienda.

Asimismo, podrá garantizar financiamientos “a hipotecas pensionarias” y los relacionados con el equipamiento de conjuntos habitacionales.

La Sociedad Hipotecaria Federal desarrollará programas que promuevan la construcción de viviendas en zonas y comunidades indígenas en el territorio nacional con los recursos que se aprueben para tal efecto en el presupuesto de egresos. Para efectos de esta Ley, se entenderá por mercado secundario de créditos, todas aquellas operaciones por medio de las cuales se efectúe la venta de la cartera hipotecaria, fiduciaria o de títulos emitidos con la garantía de dicha cartera a terceras personas.

No debemos olvidar que la Sociedad Hipotecaria Federal es la banca del gobierno, y tiene como principal finalidad impulsar el desarrollo de los mercados primario y secundario en materia de vivienda, a través de garantías o diversos instrumentos financieros destinados a la construcción, adquisición y mejora de la vivienda, por lo cual el señalamiento de la hipoteca inversa o pensionaria y su inclusión hacían viables los préstamos por parte del propio gobierno federal; sin embargo, al igual que se mencionó en la ley anterior, tampoco fue adicionada tal reforma, hecho que llama la atención y que obviamente impactó de manera directa en la implementación práctica de la hipoteca inversa o pensionaria, según fuere el caso concreto.

c) Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado. De igual manera, como sucedió con las leyes federales ya descritas, en la presente también se buscó modificar el artículo 1 y la fracción II del artículo 3, de la siguiente forma:

Artículo 1o.- La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular las actividades y servicios financieros para el otorgamiento de Crédito Garantizado, para la adquisición, construcción, remodelación o refinanciamiento destinado a la vivienda, “y el otorgado para complementar los gastos

de las necesidades básicas de adultos mayores”, con la finalidad de asegurar la transparencia en su otorgamiento y fomentar la competencia.

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley se entiende por:

[...]

II. Crédito Garantizado. El crédito que otorguen las Entidades con garantía real, ya sea a través de hipoteca, “hipoteca pensionaria”, prenda, caución bursátil, fideicomiso de garantía o de cualquier otra forma, destinado a la adquisición, construcción, remodelación o refinanciamiento relativo a bienes inmuebles. Para efectos de esta definición, las operaciones que realicen las Entidades sujetas a la modalidad de compraventa con reserva de dominio, arrendamiento con opción de compra, compraventa en abonos, se equiparan al Crédito Garantizado y tendrán el mismo tratamiento que otorga la presente Ley.

La modificación de la ley citada era de vital importancia, ya que regula las actividades y servicios financieros de las instituciones que otorgan préstamos con garantías, por lo cual la protección que se iba a brindar a las hipotecas pensionarias o inversas, según fuere el caso, resultaba necesaria; sin embargo, al igual que las anteriores iniciativas, no fueron aprobadas, ya que la única modificación que se dio fue la que afectó al Código Civil para el entonces Distrito Federal —ahora Ciudad de México—, por lo cual nuevamente se impidió su aplicación práctica de manera evidente.

En este orden de ideas, resulta por demás claro que, si no existe normatividad federal que las regule, es imposible que las instituciones financieras puedan y quieran otorgar algún préstamo bancario derivado de la hipoteca pensionaria o inversa; lo anterior, bajo la premisa de que el objeto de las instituciones bancarias y financieras no es la adquisición de inmuebles, lo que sucedería si la sucesión del adulto mayor o sus beneficiarios no pagan el préstamo otorgado, por lo cual, si no existe una regulación integral de la materia, es inviable su aplicación práctica, y al día de hoy es letra muerta la llamada hipoteca inversa o pensionaria pues, tal como lo expusieron tanto la Comisión Nacional Bancaria y de Valores como el Banco de México, actualmente no opera la figura de la hipoteca inversa al menos por medio de las instituciones financieras que operan en nuestro país, por las causas ya expuestas.

Lo anterior se robustece con la concepción de que la población económicamente activa afiliada a la seguridad social, que puede tener acceso a

una pensión de retiro, es únicamente la tercera parte de los habitantes del país, la cual se constituye por empleados asalariados del sector urbano y excluye a los trabajadores rurales y del sector informal, según diversos estudios realizados al respecto;⁵⁸ por ello, el esquema pensionario del país tiene una redistribución inequitativa, hecho que genera que las pensiones de las generaciones que llegan a la vejez sean insuficientes, y figuras como las analizadas deben regularse de manera integral y no mediante intentos aislados en las legislaciones de los Estados, sin contemplar la normatividad federal que es necesaria para el funcionamiento de la figura objeto del presente artículo.

5. CONCLUSIONES

Resulta claro que la figura de la hipoteca inversa fue creada desde un punto social a fin de proteger a un grupo de personas que debemos catalogar como vulnerables, sin embargo, aun con la implementación a nivel Estatal de la hipoteca inversa o pensionaria, a los legisladores se le olvidó, por negligencia o por ignorancia, que no puede ser implementada si no existe una regulación integral a nivel federal, por lo cual no se resolvió de fondo la problemática que muchas veces tienen los adultos mayores y que es cubrir sus necesidades primarias aunque tengan bienes inmuebles a su nombre.

De esta forma, si bien es cierto que diversos congresos locales de los estados de la república han tratado de legislar respecto de la figura de la hipoteca inversa, también lo es que jamás existió una coordinación con el congreso federal para que legislaran al respecto, por lo cual la nula legislación federal respecto a la hipoteca inversa hace que su aplicación práctica sea completamente inviable.

En tal sentido, es evidente que si las instituciones de créditos se encuentran reguladas por normas federales y si no existen leyes que regulen la implementación de la hipoteca inversa, las instituciones de crédito, bancarias y financieras no implementarán la figura de la hipoteca inversa en sus productos.

⁵⁸ Cfr. Ham Chande, Roberto y González González, César, Demografía del envejecimiento, *Este País*, número 270, octubre de 2013, pp. 34-42.

Así las cosas, la figura de la hipoteca inversa, al no ser vista por las instituciones financieras, bancarias y crediticias como un producto atractivo, sólo la tendrán como una figura meramente doctrinal y legislativa a nivel local pero jamás práctica, ya que la finalidad de las instituciones financieras siempre será la captación de capital sin importar al grupo al cual se dirija, por lo cual resulta claro que, si el legislador pretende incluir una protección al adulto mayor para que pueda obtener ingresos para mejorar su calidad de vida, es necesario que lo haga tanto a nivel local como federal; de lo contrario, los intentos serán en vano.

6. REFERENCIAS

- Alamillo Ramírez, Itzel; Serrano Herrera, Carlos y Vázquez Herrera, Samuel, *Análisis inmobiliario. Hipoteca inversa para la Ciudad de México*, México, enero de 2017. Disponible en: https://www.bbva-research.com/wp-content/uploads/2017/01/170109_Mexico_HipotecaInversa.pdf.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil, teoría del contrato, contratos en particular*, México, Porrúa, 2000.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (coord.), *80 años de vigencia del Código Civil para el Distrito Federal*, México, Colegio de Profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho, 2012.
- García Villegas, Eduardo, *Hipoteca inversa. Necesidad de su incorporación al catálogo jurídico mexicano*, México, Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2011 [versión en línea]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3770/2.pdf>.
- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2001.
- Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés, t. XI, Los contratos civiles, segunda parte*, trad. de Mario Díaz Cruz, La Habana, Cultural, 1946.
- Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, tomo III, volumen I, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969.
- Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, tomo sexto, volumen I, México, Porrúa, 2001.
- Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 2005.

Treviño García, Ricardo, *Los contratos civiles y sus generalidades*, México, McGraw-Hill, 2008.

REVISTAS

Ham Chande, Roberto y González González, César, Demografía del envejecimiento, *Este País*, número 270, octubre del 2013.

Trueba Buenfil, Fernando e Ibarrola Muro, Jorge Claudio, La hipoteca inversa, *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, invierno 2013. Disponible en: <http://colegiodenotariosedomex.org.mx/revistas/tmp/16.pdf>.

CÓDIGOS Y LEYES

Código Civil para el Distrito Federal. Disponible en: <http://aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a0334f53844d2fe92b52fb5a2.pdf>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.

GACETAS, BOLETINES, MINUTAS Y DICTÁMENES:

Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Sonora, 27 de septiembre del 2018. Disponible en: <http://www.boletinoficial.sonora.gob.mx/boletin/images/boletinesPdf/2018/09/2018CCII26IX.pdf>.

Dictamen 144 de 26 de septiembre de 2016, Comisión de Justicia, Baja California. Disponible en http://www.congresobc.gob.mx/Parlamentarias/Dictamen/114_JUSTICIA_22SEP2016.pdf.

Gaceta del Gobierno del Estado de México. Disponible en: <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/vigentes/may075.PDF>.

Gaceta Parlamentaria 114, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 8 de diciembre de 16, VII Legislatura. Disponible en <http://aldf.gob.mx/archivo-43add86f278049e25b96cc9ebc735a55.pdf>.

Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 27 de marzo del 2017. Disponible en: https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetitas/720f06898f9435a2899abaeda570aace.pdf.

LA ACTUALIDAD DE LA HIPOTECA INVERSA EN MÉXICO

Minuta del orden del día 26 de abril del 2016, Senado de la República.
Disponible en: http://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/62403.

Periódico Oficial del Estado de Jalisco. Disponible en: <https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/10-09-14-ii.pdf>.

OTROS SITIOS

http://www.cnsf.gob.mx/Eventos/Premios_2014/3er.%20Lugar%20Seguros%202010.pdf.

<https://www.bbva.com/es/la-hipoteca-inversa-en-mexico-como-mecanismo-de-pension/>.

<https://www.infomex.org.mx/gobiernofederal/home.action>.

<https://www.inegi.org.mx/>.

Costo fiscal de las pensiones de la ley del seguro social en México*

Fiscal Cost of Pensions under the Social Security Law in Mexico

MARÍA DEL ROSARIO RUIZ MORENO**
MARTHA KARINA AMEZCUA LUJÁN***

RESUMEN

El costo fiscal de las pensiones para México representa un pasivo contingente que va en incremento, derivado del compromiso en ley que el Estado asume para garantizar su cumplimiento a los beneficiarios; sin embargo, las medidas de financiamiento actuales carecen de viabilidad y sostenibilidad a futuro. Este artículo estudia los fundamentos, los problemas y los inconvenientes financieros del actual sistema pensionario en el país, a la vez que justifica con números actuales la necesidad de un cambio y propone una reforma paramétrica con la que el panorama futuro en el tema pensionario no sea poco alentador e incierto para millones de mexicanos ni comprometa las finanzas públicas del país.

Palabras clave: *sistemas pensionarios, capitalización individual, pensión mínima garantizada.*

ABSTRACT

The fiscal cost of pensions for Mexico represents a contingent liability that is increasing, derived from the commitment in law that the State assumes to guarantee its compliance to the beneficiaries. However, current financing measures lack future viability and sustainability. This article studies the fundamentals, problems and financial drawbacks of the current pension system in the country, while justifying with current numbers the need for a change and proposes a parametric reform because the future outlook on the issue of pensions is not very encouraging and uncertain for millions of Mexicans, and compromises the country's public finances.

Keywords: *pension systems, individual capitalization, guaranteed minimum pension.*

* Artículo de investigación recibido el 22-01-2020 y aceptado el 15-06-2020.

** Investigadora en la Universidad de Guadalajara. Contacto: rosarioruiz_2002@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-6693-5704>

*** Investigadora en la Universidad de Guadalajara. Contacto: karina.amezcua@cusur.udg.mx. <https://orcid.org/0000-0002-6919-0362>

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Contextualización del problema / 3. Enfrentando los números / 4. Costo fiscal de las pensiones del IMSS / 5. La urgente necesidad de reformar / 6. Propuesta para cuotas, aportaciones obligatorias y edad en el ramo de cesantía en edad avanzada y vejez para México / 7. Conclusiones / 8. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

Para continuar brindando seguridad social en México se necesitan reformas y cambios tanto significativos como sostenibles en el tema pensionario; si bien pueden no ser populares de momento, a la larga pueden hacer viable lo que por ahora consideramos insostenible a largo plazo, como ofrecer a los trabajadores pensiones dignas¹ en su vejez.

La financiación de las pensiones en México representa un riesgo inminente para las finanzas públicas; al respecto, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) nos indica que en 2017² la población de 15 y más años que tiene una pensión representó 5.6% (aproximadamente 5.1 millones); en 2013, fue de 5.1%; y en 2009, de 4.7%. El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), en el mismo año, concentró el mayor porcentaje de pensionados en el país, con 72.9%; seguido del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), con 19.7%; y otras instituciones, con 7.4 %.³

En este tenor del financiamiento, otro importante aspecto a considerar es el incremento de la esperanza de vida a 75.7 años⁴ y el consecuente

¹ La Real Academia Española define la palabra *digna* entre, otras acepciones, como: 1. Merecedor de algo; 2. Correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo; 3. Dicho de una cosa que puede aceptarse o usarse sin desdoro; 4. De calidad aceptable. Véase en <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=digno>.

² Información más reciente disponible.

³ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Sexta edición de la encuesta nacional de empleo y seguridad social. Comunicado de prensa 668/18*, 20 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSociodemo/ENESS2018.pdf>.

⁴ Cfr. Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, *Panorama de la Salud 2017*, 2017. Disponible en: <https://codigof.mx/panorama-de-la-salud-2017-de-la-ocde-nueva-edicion-en-espanol/>.

envejecimiento poblacional que en dos décadas será la mayoría,⁵ por lo que el tema central de este análisis es conocer la situación actual y ofrecer alguna alternativa de solución.

2. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA

Como punto de partida, el modelo de capitalización individual en la rama de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (RCV) fue implementado en México a partir del 1 de julio de 1997, como respuesta a la presión financiera a la que se anticipaba el IMSS —el instituto asegurador más importante del país—. En su legislación de 1973, prevalecía un modelo de beneficios definidos que amenazaba con colapsar las reservas destinadas al pago de pensiones. La nueva Ley del Seguro Social (LSS) respetó los derechos generados por los asegurados afiliados a dicho sistema hasta el 30 de junio del mismo año, quienes al momento de su retiro podrían elegir la opción que conviniera más a sus intereses; sin embargo, las pensiones en curso de pago quedaron a cargo del gobierno federal, por lo que cada año deben asignarse recursos en el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) para el cumplimiento de dichas obligaciones.

La anterior fue la primera reforma relativa a las pensiones en México; diez años después, el 1 de abril de 2007 comenzó la vigencia de la nueva ley del segundo instituto asegurador más grande del país, el ISSSTE, en donde la decisión de acogerse al sistema de cuentas individuales por parte de los asegurados debía elegirse a su entrada en vigor, y dado que la pregunta obligada sería qué tienen en común ambas legislaciones reformadas, la respuesta es nada menos que el intento de conseguir el otorgamiento de una pensión mínima garantizada cuando los recursos acumulados en las cuentas individuales de los trabajadores, manejadas por las Administradoras de Fondos para el Retiro (Afore), no fueran suficientes para *comprar* una pensión igual o mayor al monto contemplado para tal efecto en las respectivas legislaciones.⁶

⁵ De acuerdo con el Consejo Nacional de Población, la esperanza de vida proyectada para el año 2030 será de 76.97 años en promedio.

⁶ El monto de la pensión mínima garantizada en la LSS se encuentra en el artículo 170, y en la LISSSTE, en el artículo 6, fracción XIX.

COSTO FISCAL DE LAS PENSIONES DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL EN MÉXICO

Fue así como, en aras de salvaguardar la sostenibilidad financiera, otros esquemas pensionarios vinculados a los servidores públicos siguieron el mismo tenor, como fue el caso de la Comisión Federal de Electricidad (CFE) y el del Régimen de Jubilaciones y Pensiones (RJP), de los propios trabajadores del IMSS, ambos en 2008; y más recientemente, el de Petróleos Mexicanos (Pemex), en 2016, y estos sólo a manera de ejemplo para referirnos a algunos de los sistemas de pensiones más representativos. Dicho sea de paso, en México existen más de 35 seguros sociales a cuya cuenta se deben adicionar los regímenes jubilatorios existentes en el país. Con el objeto de dimensionar el problema, se transcribe el siguiente fragmento:

En México, existen más de 1000 sistemas, modelos o esquemas de pensiones distintos. Aquí incluye al IMSS, el cual captura al 75 % de la población jubilada bajo el esquema de pensiones contributivas, al ISSSTE, con el 10.3 % de los pensionados, hasta llegar a los esquemas de pensiones de las empresas productivas del Estado (EPE; anteriormente, paraestatales), al sistema judicial, bancos, universidades y municipios.⁷

Nuestro país cuenta, entre otras cosas, con distintos regímenes jubilatorios de universidades públicas, magisterios, organismos autónomos y otras instituciones vinculadas con la administración pública federal, estatal y municipal, que brindan protección a diferentes sectores de la población. Asimismo, más adelante se confirma:

En México, existen más de 1000 distintos sistemas, modelos y esquemas de pensiones, contando cada una, con sus propias tasas de cotización, tasas de reemplazo, incentivos, condiciones y beneficios; siendo, además, independientes entre sí. Hablar de un sistema de pensiones en México es referirse a diversas fragmentaciones de beneficios y beneficiarios que cuenten con algún apoyo para la vejez (subsistemas). Es decir, las distintas pensiones se otorgan a través de distintas instituciones que atienden a diferentes poblaciones objetivos. La seguridad social es otorgada a través de las entidades especializadas para ello, cada una con distintos esquemas de provisión de salud

⁷ *Pensiones. 100 años de DESIGUALDAD*, 2017, p. vi. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/351846516/Pensiones-en-Mexico-100-Anos-de-Desigualdad>.

y de pensiones. Particularmente, el IMSS, ISSSTE, ISSFAM y Pemex proveen de ambos servicios y derechos. Por su parte, aunque la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) no es un instituto de seguridad social, ésta absorbió los pasivos laborales de extintas EPE, como Ferrocarriles Nacionales de México (Ferroviales⁸) y Luz y Fuerza del Centro (LFC⁹).¹⁰

3. ENFRENTANDO LOS NÚMEROS

México es el país que menos porcentaje del Producto Interno Bruto (PIB) destina al desarrollo social, con apenas un 8% en comparación con el promedio de los demás países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), de 20%. En el documento intitulado *Prioridades estratégicas para México* se indica que:

En los últimos años, la política fiscal de México se ha fortalecido considerablemente. No obstante, pese a los avances alcanzados, la recaudación tributaria actual sigue siendo insuficiente para sustentar las necesidades de inversión en infraestructura, educación, salud, reducción de la pobreza, apoyo familiar y *protección social*.¹¹

Por ello, el costo fiscal de las pensiones se vuelve un tema a atender en el corto plazo, y es que los recursos del presupuesto federal destinados al pago de jubilaciones y pensiones han crecido de manera significativa del 11% en 2012 al 15.4% en 2017, de conformidad con los Criterios Generales de Política Económica de la Secretaría de Hacienda,¹² en comparación

⁸ A la fecha (agosto 2019) no se ha concluido el proceso de liquidación de este organismo descentralizado.

⁹ Dicho organismo descentralizado fue extinguido por decreto presidencial el 11 de octubre de 2009.

¹⁰ Centro de Investigación Económica y Presupuestaria, *op. cit.*, p. VII.

¹¹ Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, *Getting it Right. Prioridades estratégicas para México. Capítulo 2. Fortalecimiento de la política fiscal en México*, 2018. Disponible en: http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/FINAL_Prioridades%20Estrat%C3%A9gicas%20para%20M%C3%A9xico_GIR_OCDE_2018.pdf.

¹² Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Criterios Generales de Política Económica para la Iniciativa de la Ley de Ingresos y el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación Correspondientes al Ejercicio Fiscal 2018. Disponible en: <https://www.>

con el monto asignado.

Por su pertinencia con el tema que se analiza, se transcribe la siguiente nota del Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, de la Cámara de Diputados del Poder Legislativo Federal, del último trimestre de 2018, que se pronuncia como sigue:

En la última década, los recursos del presupuesto federal destinado al pago de pensiones y jubilaciones han crecido de manera significativa, de 2008 a 2018 prácticamente se duplicaron en términos reales, pasando de 388 mil 660 millones de pesos (mdp) a 793 mil 734 mdp en 2018, lo que representó el 2.06 por ciento del Producto Interno Bruto (PIB) de 2008 y el 3.5 de 2018. De acuerdo con estimaciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), en el año 2023 su representatividad será equivalente a 4.1 por ciento del PIB; para entonces, los adultos de 60 años (adultos mayores) o más representarán el 12.28 por ciento de la población. No obstante, como se verá en la presente nota, éste no es el año en el que llegará al máximo la erogación por el pago de pensiones y jubilaciones de los esquemas pensionarios, pues el país está en una transición demográfica; en el 2050 el porcentaje de adultos mayores llegará a 21.50 por ciento, es decir, 1 de cada 5 personas tendrá 60 años o más.¹³

La nota en comentario destaca que en el gasto destinado a las pensiones por parte de gobierno federal no se incluyen las ayudas o apoyos que en efectivo entregan a los mexicanos de más de 68 años,¹⁴ porque esas son cubiertas por un rubro asignado en el PEF que, dada su naturaleza de asistencialismo social, no representa obligatoriedad ni un compromiso real de continuarlas en el tiempo, además de estar sujetas a la disponibilidad de recursos de la Secretaría de Bienestar (SB).¹⁵

Ahora bien, el Centro de Investigación Económica y Presupuestaria (CIEP), en el análisis del Paquete Económico 2019, proyectó que para el

finanzaspublicas.hacienda.gob.mx/work/models/Finanzas_Publicas/docs/paquete_economico/cgpe/cgpe_2018.pdf.

¹³ Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. Disponible en: https://www.cefp.gob.mx/new/mas_informes.php.

¹⁴ Bajo ciertas circunstancias específicas, puede otorgarse a partir de los 65 años.

¹⁵ Datos verificables en <https://www.gob.mx/bienestar/acciones-y-programas/programa-para-el-bienestar-de-las-personas-adultas-mayores>.

año 2019 el gasto en pensiones alcanzaría el 4% del PIB, monto equivalente a toda la recaudación del Impuesto al Valor Agregado (IVA), calculada en 3.96%, y encima se anticipa a un incremento en los próximos años. Dentro del mismo documento se considera gastar en este rubro de pensiones 18.1% más con respecto al presupuesto del 2018, lo que equivale a 984,464 mdp —casi un billón de pesos—, de los cuales 89.1% —877,464 mdp— corresponde a las pensiones en donde el Estado tiene compromisos directos —IMSS, ISSSTE, Pemex, CFE, entre otros—, que representan 3.52% del PIB.

Dentro del Paquete Económico 2019 se toman en consideración los compromisos adquiridos por el gobierno federal sobre las pensiones denominadas *no contributivas*, que representan 10.9 % del total —107,000 mdp—. Esto es un .43% del PIB, que, sumado a los otros compromisos pensionarios, alcanzan 3.95% del PIB.¹⁶

Ante la multiplicidad de sistemas de pensiones existentes en el país, la presente investigación se limita a analizar los compromisos adquiridos por el gobierno federal en materia de pensiones y el impacto que puede representar en las finanzas públicas del país el compromiso de pago de éstas por parte del instituto asegurador más importante de México y con el mayor número de asegurados: el IMSS.¹⁷

4. COSTO FISCAL DE LAS PENSIONES DEL IMSS

En lo que respecta al IMSS, el costo fiscal debe revisarse desde dos perspectivas: la primera en su carácter de asegurador, que, como ya se mencionó, aglutina al mayor número de asegurados en México y su fundamento jurídico se encuadra al amparo de la LSS de 1973, derogada a partir del 1 de julio de 1997 en las ramas de RCV; y como segunda perspectiva, su carácter de patrón, porque los propios trabajadores del Instituto generan obligaciones en materia de pensiones derivados de la firma de

¹⁶ Centro de Investigación Económica y Presupuestaria, Implicaciones del Paquete Económico 2019, 2019, p. 40. Disponible en: https://www.finanzaspublicas.hacienda.gob.mx/work/models/Finanzas_Publicas/docs/paquete_economico/cgpe/cgpe_2018.pdf.

¹⁷ Hasta junio de 2019 se tenía registro de 20,382,910 trabajadores afiliados, de los cuales 85.7% son permanentes y 14.3 % eventuales, con un salario base promedio de \$377.50. Datos verificables en <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/201906/169>.

contrato colectivo de trabajo, de donde surge el RJP, cuyo sostenimiento representa uno de los principales gastos de la institución.

En cuanto a lo analizado en el caso de los asegurados al IMSS —trabajadores subordinados cuyo patrón es el obligado a inscribirle—, a raíz de la reforma todas las obligaciones vinculadas con las pensiones generadas bajo la ley de 1973 derogada quedaron a cargo del gobierno federal en una etapa de transición que durará aproximadamente hasta el año 2040. De acuerdo con las estimaciones disponibles de la propia institución, el presupuesto que el gobierno federal destine al pago de pensiones de este régimen irá creciendo a una tasa anual promedio del 4.71%, y en el 2040 los recursos presupuestarios que se habrán de destinar a dicho rubro serán 2.75 veces más que el presupuesto aprobado para este concepto en el ejercicio 2018.¹⁸

De la cantidad propuesta para cumplir con el pago de pensiones, prácticamente 80.4% se utilizará para pagar pensiones de reparto correspondientes a la generación de transición, y el 8.7% es de contribuciones que el gobierno federal realiza a la *cuota social* de los trabajadores de IMSS y el ISSSTE, así como para el pago de las *pensiones mínimas garantizadas*.¹⁹

Abundando en lo que respecta a las obligaciones vinculadas con las pensiones mínimas garantizadas —bajo el actual esquema de cuentas individuales— que el gobierno federal tendrá que cubrir cuando los recursos de los trabajadores al retiro no sean suficientes para contratar una pensión igual o mayor al monto de dicha pensión, si bien no hay mucha información disponible, bajo las actuales circunstancias es posible prever una inferencia sobre la presión que generará a las finanzas públicas el pago de las pensiones mínimas garantizadas. En un modelo de contribuciones definidas, el monto de la pensión que una persona puede esperar dependerá de la combinación de varios factores, por ejemplo, el porcentaje de contribución —obligatoria y/o voluntaria—, rendimientos, edad al retiro, esperanza de vida y salario. Además, hay un factor que no puede dejarse de lado: la *densidad de cotización*,²⁰ que consiste en el tiempo que un trabajador cotiza al sistema pensionario.

¹⁸ Según datos proporcionados por el propio IMSS, 276,174 millones de pesos.

¹⁹ Cfr. Centro de Investigación Económica y Presupuestaria, *op. cit.*

²⁰ La fórmula para obtener la densidad de cotización (dc) es dividir el tiempo cotizado entre el tiempo total laborado a través de su vida y multiplicar el resultado por cien para obtener un porcentaje.

Ahora bien, la primera generación de pensionados por vejez bajo el esquema de cuentas individuales se observará en el año 2021, pues en ese año se habrán cumplido 24 años de la implementación del nuevo esquema pensionario, con lo que algunas personas estarán en condición de cumplir con los requisitos de edad y semanas de cotización que se requieren para poder retirarse (1,250 semanas). Con base en los datos de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (Consar), se estima que ese número de personas será muy reducido, pues en 2015 la población que comenzó a cotizar desde 1997 y que en 2021 tendrá 65 años de edad, en promedio, tenía solamente cinco años de cotización, lo que significa que en promedio le falta cotizar 19 años para poder tener derecho a una pensión vitalicia, meta que alcanzaría a los 78 años de edad, en caso de cotizar ininterrumpidamente desde 2015.²¹

A continuación, se presenta un resumen de dicho estudio, en donde la Consar menciona que la densidad de cotización aún es muy baja en el actual modelo de cuentas individuales, menos del 43%:

Los resultados, estimados con base en la historia de las aportaciones de todos los trabajadores del Sistema, muestran que los cuentahabientes tienen una densidad de cotización promedio de 42.9 por ciento, con una muy significativa varianza entre distintos cohorte.²² En particular, se encontraron menores densidades de cotización para las mujeres, los trabajadores de mayor edad, aquéllos que ingresaron tardíamente al mercado laboral y los trabajadores de menores ingresos. Los resultados sugieren la necesidad de llevar a cabo reformas que fortalezcan al sistema de pensiones.

Como se mencionó anteriormente, el monto del salario base de cotización es medular en el monto de la pensión que obtendrán los trabajadores al final de su vida productiva, pues el ahorro obligatorio es un porcentaje del salario que tuvieron en el transcurso de su vida laboral. Por lo tanto, es un hecho que los trabajadores que cotizan al IMSS y cuyo salario es de

²¹ Comisión Nacional de Ahorro para el Retiro, *Densidades de cotización en el Sistema de Ahorro para el Retiro en México. Documento de Trabajo No. 3*, s.f., p. 2. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/192977/densidad_vf.pdf.

²² Esta referencia es de las autoras, con el objeto de explicar el significado de la palabra *cohorte*: “grupo de sujetos que comparte una característica definitoria”.

COSTO FISCAL DE LAS PENSIONES DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL EN MÉXICO

AFORE: **Citibanamex** Cobra una comisión de: **0.96%**

1	Salario Base de Cotización mensual	\$11,184.00						
2	Saldo actual en tu AFORE:	\$0.00		3	Género:			
4	Fecha de nacimiento:	20/10/1998		5	Edad:	20		
6	Año de afiliación:	2018		7	Años cotizados:	<input type="range"/>	0	
8	Rendimiento real antes de comisiones:	<input type="range"/>	4%	9	Edad de Retiro:	<input type="range"/>	65	

Inicio **Calcular**

Figura 1. Inserción de datos en la Calculadora IMSS.
 Fuente: Elaboración propia en la Calculadora de Ahorro y Retiro.



Figura 2. Resultados del cálculo de pensión.
 Fuente: Elaboración propia en la Calculadora de Ahorro y Retiro.

entre uno y cinco salarios mínimos no alcanzarán a acumular el ahorro suficiente para comprar una renta vitalicia²³ que les otorgue una pensión mayor o igual a la pensión mínima garantizada; por ello, el gobierno federal tendrá que hacer frente a la obligación de asegurarles que, una vez cubiertos los requisitos de edad y semanas cotizadas, la reciban por el resto de su vida, y que a su fallecimiento se les otorgue a sus beneficiarios.

Infortunadamente, la abrumadora realidad indica que el promedio de salarios con los que se registran los trabajadores oscila entre los tres y los cinco salarios mínimos; y tomando como base la información proporcionada por el propio IMSS, el salario es de 372.80 pesos²⁴ en promedio para un grupo que representa 75% del total, cifras que hacen previsible la presión que puede generar a las finanzas públicas el esquema de cuentas individuales como importante.

Con objeto de destacar la precaria pensión y la directa repercusión que puede tener el salario en la proyección de una pensión bajo la actual ley de 1997, basada en el ahorro en cuentas individuales, utilizamos la Calculadora de Ahorro y Retiro,²⁵ a la que introduciremos datos supuestos e inexistentes elegidos al azar pero utilizando el salario promedio de 372.80 pesos diarios —elevado al mes—; esto, con el objeto de simular la pensión estimada que tendría un asegurado al final de su vida productiva (figura 1) (figura 2).

Como puede observarse en el ejemplo anterior, la pensión que esta hipotética trabajadora puede llegar a obtener es de apenas 3,759 pesos, y con el fin de tener un parámetro de comparación, se destaca que la pensión mínima garantizada a 2019 es de 3,108.23 pesos.

En lo que respecta al IMSS como patrón y el RJP al cual pertenecen los trabajadores del Instituto —aproximadamente 337,895 empleados—, el plan pensionario fue modificado de tal suerte que los trabajadores contratados a partir del 1 de agosto de 2008 contarán con un esquema pen-

²³ Afirmación basada en ejercicios de simulación en la Calculadora de Ahorro y Retiro, disponible en: <https://www.consar.gob.mx/gobmx/Aplicativo/calculadora/imss/CalculadoraIMSS.aspx>.

²⁴ Verificable en: <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/201904/088>. Empleo, salario y recaudación. Boletín de prensa 88/2019.

²⁵ Verificable en: <https://www.gob.mx/consar/acciones-y-programas/calculadoras-de-ahorro-y-retiro>.

COSTO FISCAL DE LAS PENSIONES DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL EN MÉXICO

sionario basado en cuentas individuales, es decir, la pensión a obtener estará en función del monto que tengan en su cuenta individual al final de su vida laboral; en virtud de lo anterior, si bien el número de colaboradores no se incrementará al 31 de diciembre de 2017, las obligaciones totales del RJP ascendieron a 3.01 billones de pesos. No obstante, dada la doble figura que tiene el IMSS con sus trabajadores como asegurador y como patrón, del total de obligaciones 0.89 billones de pesos corresponden a obligaciones del IMSS-asegurador y 2.11 billones al IMSS-patrón, los 0.01 billones de pesos restantes corresponden a las aportaciones de los trabajadores del IMSS al plan de retiro.²⁶

Se espera que en el año 2035 el pago por obligaciones alcance su máxima erogación de aproximadamente 122,954.23 mdp, para luego ir decreciendo hasta dejar de existir posiblemente pasando el año 2095, así que faltan varias décadas para que se extinga la obligación por parte del gobierno federal con respecto a este instituto asegurador.²⁷

5. LA URGENTE NECESIDAD DE REFORMAR

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha pronunciado desde hace varios años a causa de que las reformas a los sistemas de pensiones basados en la capitalización individual no han logrado resolver la posibilidad de ofrecer a los trabajadores pensiones más dignas en su vejez, especialmente después de décadas de trabajo y esfuerzo.

Dicho organismo, al realizar un recuento de los 23 países que implementaron este tipo de reformas basadas en el ahorro individual entre 1981 y 2003, destaca que cerca de la mitad dieron marcha atrás de forma total o parcial a la utilización del sistema de capitalización individual, regresando algunos a la renacionalización, o bien, diseñando

²⁶ Cfr. Instituto Mexicano del Seguro Social, *Informe al ejecutivo Federal y al Congreso de la Unión sobre la Situación financiera y los Riesgos del Instituto Mexicano del Seguro Social*, México, IMSS, 2018. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/informes/20172018/21-InformeCompleto.pdf>.

²⁷ Instituto Mexicano del Seguro Social, *op. cit.*, 2018.

esquemas nuevos como las cuentas nocionales,²⁸ *autoenrollment*²⁹ o, como la gran mayoría ha optado —o mejor dicho, se han visto forzados a optar— reformas paramétricas con el objeto de garantizar su sostenibilidad financiera.³⁰

En un México que envejece con la amenaza de una pensión mínima garantizada de tan solo 3,108.23 pesos en 2019, se anticipa un desalentador panorama que se cierne sobre las nuevas generaciones cuya pensión está basada en el ahorro de apenas 6.5% bimestral del salario que la ley de 1997 tiene actualmente estipulado, circunstancia ante la cual se puede afirmar que no existen posibilidades reales de que el monto estimado supere la pensión mínima ni logre ser reconstitutivo de los ingresos obtenidos en su vida en activo; por esta circunstancia se convierte en una prioridad apremiante realizar ajustes y cambios al actual sistema de pensiones, porque por cada día que se retrase la acción se corre el inminente riesgo de que los ingresos derivados de la recaudación sean insuficientes para responder al costo fiscal de los compromisos asumidos por el gobierno federal, como a través de este breve análisis ha quedado evidenciado.

²⁸ Se utiliza en España y es un sistema de reparto donde las cotizaciones realizadas cada año por los cotizantes van destinadas al pago de las pensiones de los pensionistas de ese mismo periodo. Los cotizantes, por tanto, no tienen sus aportaciones en un fondo propio, por lo que este sistema nunca puede considerarse como un sistema de capitalización. De igual manera, la cuenta de cada cotizante es virtual, no es real, ya que las cotizaciones no son depositadas realmente en una cuenta ni se invierten en el mercado financiero ni, por tanto, se benefician de la rentabilidad que pudiera obtenerse de su inversión; de ahí el nombre de cuenta nocional o virtual o teórica. Verificable en: <https://institutosantalucia.es/pensiones-que-es-el-sistema-de-cuentas-nocionales/>.

²⁹ Este sistema es de capitalización, la inscripción de un trabajador que inicia su vida laboral es obligatoria para el empleador, pero aquel puede salir de forma voluntaria posteriormente. De esta forma, tanto la empresa como el propio trabajador o incluso el Estado pueden contribuir a su jubilación o a la contingencia que se pretenda cubrir. Este sistema está instaurado en algunos de los países anglosajones analizados en el informe, como es el caso de Reino Unido, aunque se está desplegando gradualmente a todo tipo de empresas. Comparte las mismas ventajas e inconvenientes que el sistema de capitalización. Verificable en: <https://institutosantalucia.es/tipos-pensiones-diferencias-ventajas-inconvenientes/>.

³⁰ Organización Internacional del Trabajo, *Reforma de los sistemas de pensiones: visión de la OIT a partir de la experiencia internacional*, 2015. Disponible en: <https://anef.cl/wp-content/uploads/2018/04/iloreformapensionesisabelortiz16jun-150623202050-lva1-app6891.pdf>.

COSTO FISCAL DE LAS PENSIONES DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL EN MÉXICO

Si bien hay que reflexionar sobre la viabilidad del actual esquema de pensiones basado en cuentas individuales, las reformas paramétricas pueden ser una opción para contribuir a solventar la financiación de las pensiones, dado que, de continuar como hasta ahora, no habrá gran diferencia en los ingresos que obtendrán los trabajadores formales al final de su vida laboral, ya que, de acuerdo con la OCDE, el trabajador promedio obtendrá como pensión un monto equivalente a 26% de su último salario.³¹ Lo más probable es que la mayoría obtendrá como pensión la mínima garantizada o, como se puede observar en el ejemplo planteado, no llegará ni a 35% del salario, cantidad que resulta insuficiente para su sobrevivencia y que se recargará finalmente en el Estado a través de esquemas de protección social de carácter asistencialista.

Sin embargo, no basta con pronosticar las posibles repercusiones financieras que se están gestando por la falta acciones para reconducir el camino en materia de pensiones en nuestro país, por lo que, además de analizar y evidenciar los posibles riesgos inherentes a la inacción de reformas estructurales en el actual sistema pensionario, un objetivo adicional de este trabajo es encontrar alguna alternativa de solución, razón por la cual a continuación se presenta una simulación de los efectos que la realización de una reforma paramétrica podría provocar favorablemente y así atemperar los resultados esperados en este rubro.

6. PROPUESTA PARA CUOTAS, APORTACIONES OBLIGATORIAS Y EDAD EN EL RAMO DE CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y VEJEZ PARA MÉXICO

En la búsqueda continua de preservar la justicia social en México a través de un esquema de pensiones que mantenga una correlación óptima entre las aportaciones efectuadas por un trabajador durante su vida activa para que éstas sean suficientes para obtener una pensión que lo proteja en su vida pasiva, se efectúa la propuesta del incremento a los porcentajes de las cuotas y aportaciones obligatorias, así como en la edad para pensionarse.

Bajo esta perspectiva, se parte de la mecánica de determinación y de los porcentajes asignados a las cuotas y aportaciones obligatorias tripar-

³¹ Información disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/61968/sistema_de_pensiones_2016.pdf.

titas establecidas en el artículo 168 de la LSS vigente en 2019 para la rama de *cesantía en edad avanzada y vejez*, que suman un total de 4.5%,³² porcentaje que se integra como se expone en la tabla 1:

Tabla 1.
 Integración de porcentajes para cuotas y aportaciones obligatorias en el ramo de cesantía en edad avanzada y vejez para México.

Subcuenta	Ramo	Porcentaje de cuotas y aportación tripartita		Porcentaje total de cuotas y aportación por el ramo de cesantía en edad avanzada y vejez
Cesantía en edad avanzada y vejez	Cesantía en edad avanzada y vejez	Cuota obligatoria Patrón	3.150% del SBC	4.5% del SBC
		Cuota obligatoria trabajador	1.125% del SBC	
		Contribución obligatoria gobierno federal	0.225% del SBC	
	Cuota social	Gobierno federal	Aporte mensual del gobierno federal por cada día de salario cotizado, sólo para trabajadores que ganen hasta 15 veces el SMG (ver tabla completa de cuota social en el artículo 168, fracción IV, de la LSS vigente en 2019). La cuota social es una aportación del gobierno, adicional al 4.5% de cuotas obligatorias.	

Fuente: Propia a partir de Ley del Seguro Social (2019) y “Metodología de la Calculadora de Ahorro y Retiro para trabajadores que cotizan al IMSS”³³

Nota: Las cuotas de aportación obligatorias de 3.150% para el patrón, así como del 1.125%, correspondiente al trabajador, se fundamentan en la fracción II del artículo 168 de la LSS vigente en 2019. Por su parte, la contribución del gobierno federal, del 0.225%, resulta de multiplicar el 7.143% sobre la cuota establecida al patrón por los ramos de cesantía en edad avanzada y vejez, de 3.150%, estipulada en la fracción III de dicho precepto legal, que establece que “la contribución del Estado será igual al siete punto ciento cuarenta y tres por ciento del total de las cuotas patronales de estos ramos” (Ley del Seguro Social, 2019).

³² El porcentaje correspondiente al gobierno federal, expuesto en la tabla 1, de 0.225%, no incluye el importe equivalente al 2% del salario base de cotización del trabajador que corresponde cubrir a los patrones, establecido en la fracción II del artículo 168 de la LSS de 2019, por tratarse del ramo de retiro. Cabe señalar que el porcentaje total de cuotas y aportaciones establecidas en el precepto legal anteriormente invocado es del 6.5%, que se integra del 2% por el ramo de retiro más el 4.5% por el ramo de cesantía en edad avanzada y vejez, que continúan vigentes para 2020.

³³ Consar, “Metodología de la Calculadora de Ahorro y Retiro para trabajadores que cotizan al IMSS”, México, 2017. Disponible en: <http://www.consar.gob.mx>.

COSTO FISCAL DE LAS PENSIONES DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL EN MÉXICO

Así, a partir de lo establecido en el artículo 168 de la LSS vigente en 2019, se propone un esquema mejorado a través del cual el porcentaje de aportación por el ramo de *cesantía en edad avanzada y vejez* se incrementa del 4.5% establecido actualmente al 10%. Esta propuesta permite alcanzar una tasa de reemplazo (TR)³⁴ para México del 70.43%, cumpliendo estándares internacionales, específicamente los recomendados por organismos como la OCDE, que sugiere aumentar la TR a un 70% en países latinoamericanos. Adicionalmente, dicha organización señala que para alcanzar el objetivo pueden ejercerse acciones tales como aumentar la tasa de contribución obligatoria y mejorar los incentivos para el ahorro voluntario previsional, así como elevar la edad efectiva de jubilación, recomendaciones retomadas en el esquema que se propone.³⁵

Para ello, se requiere que el trabajador que actualmente aporta 1.125% incrementa al doble dicha aportación, es decir, que el porcentaje de su aportación sea del 2.25%; respecto a la aportación patronal, dicho precepto legal establece para el patrón una aportación actual obligatoria del 3.150% —tal porcentaje no incluye el correspondiente al ramo de retiro—. En tal sentido, bajo el nuevo esquema propuesto el incremento al aporte patronal es también del doble de la aportación actual, que correspondería a un 6.30%, sin incluir el 2% por la rama de retiro.

Por su parte, las aportaciones del gobierno federal deberán incrementarse a 1.45%, ya que actualmente su aportación por el ramo de cesantía en edad avanzada y vejez es tan sólo del 0.225; asimismo, se debe mantener la mecánica actual de determinación de la cuota social, pudiendo

³⁴ La tasa de reemplazo hace referencia a la relación entre el nivel de la pensión que recibe un trabajador retirado en relación con el salario antes de la jubilación o nivel de ingresos. Se determina dividiendo la pensión mensual entre el salario mensual por 100. Asimismo, la OCDE, para países latinoamericanos, recomienda una TR de 70% considerando todos los pilares pensionarios, pensión universal más pensiones del IMSS, ISSSTE u otros esquemas de seguridad social, más pensiones de planes privados de pensiones ocupacionales y pensiones complementarias producto de ahorro voluntario. Cfr. Consar, *Las pensiones en México y el mundo*, México, 2018, pp. 55-177. Disponible en: <http://www.consar.gob.mx>.

³⁵ Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, *Estudios de la OCDE sobre los sistemas de pensiones*, México, 2015, pp. 17-18. Disponible en: <http://www.oecd.org/pensions>.

contemplarse incentivar el ahorro voluntario adoptando esquemas de ahorro solidario como el establecido en la ley del ISSSTE vigente en 2019.

Para ilustrar el esquema mencionado, se expone la proyección de la pensión a obtener de un trabajador de 23 años de edad, considerando el salario promedio mensual de la clase trabajadora del país, que fue de 6,117 pesos mensuales a octubre de 2018;³⁶ a 2019 cotizó durante un año y durante su vida activa un total de 47 años e incrementando la edad de retiro de 67 a 69 años y bajo el esquema de cuotas y aportaciones tripartita expuesto en la tabla 2, que suma un porcentaje total de cuotas y aportaciones obligatorias propuestas del 10% más la cuota social.

Tabla 2.

Propuesta de porcentajes para cuotas y aportaciones obligatorias en el ramo de cesantía en edad avanzada y vejez para México.

Subcuenta	Ramo	Porcentaje de cuotas y aportación tripartita		Porcentaje total de cuotas y aportaciones por el ramo de cesantía en edad avanzada y vejez
Cesantía en edad avanzada y vejez	Cesantía en edad avanzada y vejez	Cuota obligatoria patrón	6.30% del SBC	10%
		Cuota obligatoria trabajador	2.25% del SBC	
		Contribución obligatoria gobierno federal	1.45% del SBC	
	Cuota social	Gobierno federal	Aporte mensual del gobierno federal por cada día de salario cotizado, sólo para trabajadores que ganen hasta 15 veces el smg (ver tabla completa de cuota social en el artículo 168, fracción iv, de la LSS vigente en 2019). La cuota social es una aportación del gobierno, es adicional al 10% de cuotas obligatorias propuesto.	

Fuente: Elaboración propia a partir de Ley del Seguro Social (2019) y “Metodología de la Calculadora de Ahorro y Retiro para trabajadores que cotizan al IMSS”.³⁷

En consecuencia, un trabajador que cotice 47 años, con base en el salario mensual promedio a octubre de 2018 por 6,117.00 pesos, a partir del

³⁶ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Salarios*, México, 2018. Disponible en: <http://www.stps.gob.mx>.

³⁷ Consar, *op. cit.*

COSTO FISCAL DE LAS PENSIONES DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL EN MÉXICO

cual se determina el salario base de cotización,³⁸ con la edad de retiro incrementada a 69 años y considerando el porcentaje del 10% propuesto en el nuevo esquema integrado en la tabla 2, correspondiente a la aportación tripartita por el ramo de *cesantía en edad avanzada y vejez*, calculada bajo la metodología³⁹ de la calculadora de ahorro y retiro para trabajadores que cotizan en el IMSS, porcentaje del 10% representado con la variable A0= Monto en pesos de la aportación obligatoria mensual según la formulación para estimar el saldo pensionario de un trabajador de dicha calculadora, así como por lo señalado en el artículo 168 de la LSS vigente en 2019, obtendría la pensión mensual estimada expuesta en la tabla 3.

Con base en la tabla 3, el trabajador obtendrá un saldo pensionario acumulado en cantidad de 828,957.29 pesos y una pensión mensual estimada de 4,5465.74 pesos, con una TR de 70.43%, recomendada por la OCDE. Cabe señalar que el incremento en las tasas de cuotas y aportaciones, así como en la edad de retiro, propuestas en el esquema anterior, redundan en el crecimiento de la TR, que denota un aumento en el nivel de su pensión.

El incremento en el nivel de TR y, por ende, en el nivel de pensión mensual a 4,565.74 pesos permite al trabajador pensionado obtener en su vida inactiva 70.43% de su salario promedio mensual por 6,117.00 pesos, obtenido durante su edad activa. Asimismo, con dicha pensión mensual estimada el trabajador pensionado a 2019 podría adquirir de la canasta básica,⁴⁰ con un costo —en 2018— de 12,382.18 pesos para una familia de cuatro integrantes, tan sólo 73.44% de los productos, cuyo costo fue de

³⁸ De conformidad con el artículo 27 de la LSS, el salario base de cotización “se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, alimentación, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo”, y debe estar entre un salario mínimo y 25 veces el valor de la UMA. Véase: Honorable Congreso de la Unión, *Ley del Seguro Social*, 2019. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx>.

³⁹ Ver metodología completa en Comisión Nacional de Ahorro para el Retiro, *Metodología de la Calculadora de Ahorro y Retiro para trabajadores que cotizan al IMSS*, 2017. Disponible en: <http://www.consar.gob.mx>.

⁴⁰ Es un conjunto de bienes y servicios indispensable para que una familia pueda satisfacer sus necesidades básicas de consumo a partir de su ingreso. Servicio de Información Agroalimentaria y Pesquera, febrero, 2019.

6,216.48 pesos; ello comprende productos indispensables para la despen-
 sa de un hogar. En tanto, a la canasta básica no alimentaria, como trans-
 porte, vivienda, ropa, calzado, recreación y salud, entre otros, con un cos-
 to de 6,165.71⁴¹ pesos, no tendría acceso.

Tabla 3.

Determinación de la pensión mensual estimada bajo el esquema propuesto
 de aportaciones obligatorias tripartita del 10%.

Salario base de cotización mensual ⁴²	Género	Edad en la que inicia su vida laboral activa	Edad de retiro propuesta	Años cotizados al 2019	Años cotizados a la edad de retiro propuesta
\$6,482.29	Masculino	23	69	1	47
Saldo pensionario acumulado al retiro ⁴³	\$828,957.24				
Pensión mensual estimada	\$4,565.74				
Tasa de reemplazo (TR)	70.43%				

Fuente: Elaboración propia a partir de “Metodología de la calculadora de ahorro y retiro para trabajadores que cotizan al IMSS”⁴⁴

Finalmente, la visión de una pensión sostenible al momento de dispo-
 ner de la pensión mensual en edad inactiva se inspira bajo la perspectiva
 de una estructura familiar de dos integrantes y el costo total de la canasta
 básica se basa en una familia de cuatro integrantes, aunado al panorama
 económico que se apoya en las predicciones efectuadas por Price Water

⁴¹ Cfr. Comisión Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Medición de la pobreza, 2018. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx>.

⁴² Calculado a partir del salario promedio mensual de clase trabajadora en México a octubre de 2018. Secretaría del trabajo y Previsión Social, “Salario promedio mensual de clase trabajadora en México”, 2018. Disponible en: <http://www.stps.gob.mx>.

⁴³ El cálculo del saldo acumulado al retiro, la pensión mensual estimada y la tasa de reemplazo (TR) se realizó utilizando la metodología de la calculadora para trabajadores que cotizan en el IMSS (ver formulación completa en la metodología señalada), aplicando a la fórmula el nuevo porcentaje propuesto del 10% por concepto de aportación tripartita por el ramo de *cesantía en edad avanzada y vejez*, expresado en pesos, y que en la formulación para estimar el saldo pensionario de un trabajador corresponde a la variable A0= Monto en pesos de la aportación obligatoria mensual (Consar, 2017).

⁴⁴ Consar, *op. cit.*

COSTO FISCAL DE LAS PENSIONES DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL EN MÉXICO

House Coopers (PwC) a diversos países⁴⁵ sobre el PIB, quien pronosticó para México un PIB de 2.60% del año 2016 al 2050, es decir, un crecimiento económico estable durante dichos años, predicción cercana a la realidad mexicana que en 2018 alcanzó un PIB del 2.0%, según datos del INEGI.⁴⁶ Sólo cabe señalar que tal escenario aporta viabilidad al poder adquisitivo de la pensión mensual estimada sobre la mitad de la canasta básica a futuro para una familia de dos integrantes.

7. CONCLUSIONES

1. El actual modelo vigente en la LSS 1997 es insostenible financieramente hablando, ya que, de no modificarse el porcentaje de pensionados bajo esta modalidad, sólo se alcanzará la pensión mínima garantizada de 3,108.23 pesos mensuales —apenas unos 1,562 dólares⁴⁷—, cantidad que no representa un monto de reemplazo decente para coronar una vida de trabajo.
2. Definitivamente, no es posible regresar al modelo de reparto anterior, sin embargo, deviene en prioritario realizar cambios paramétricos al actual modelo de capitalización individual, con el objeto de que el pensionado alcance a comprar su propia pensión y no dependa de la que el Estado pueda otorgarle.
3. También es preciso bajar las comisiones de las Afores, ya que por más que hayan disminuido en los últimos años, a final de cuentas, en proporción con los saldos acumulados, siguen teniendo ganancias millonarias que no se reflejan en los ahorros de los trabajadores, quienes son los afectados finales ante los altibajos económicos derivados de las inversiones realizadas con sus recursos.
4. La propuesta de incremento en el porcentaje de cuotas y aportaciones obligatorias tripartita en el ramo de *cesantía en edad avanzada y ve-*

⁴⁵ Price Water House Coopers, *Una mirada al futuro. ¿Cómo cambiará el orden económico mundial para el 2050?*, PwC, abril de 2017, p. 6. Disponible en: <http://www.pwc.com>.

⁴⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Sexta edición de la encuesta nacional de empleo y seguridad social. Comunicado de prensa 668/18*, 20 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSociodem/ENESS2018.pdf>

⁴⁷ Tipo de cambio al 23/08/ de agosto de 2018.

jez de 4.5% a un 10% e incrementar la edad de retiro de 67 a 69 años constituye una estrategia viable desde la perspectiva fiscal y financiera para cada uno de los actores de dicho esquema (trabajador-patrón-gobierno federal), que coadyuva al establecimiento de un sistema de pensiones sostenible en el corto-largo plazo y atiende a las sugerencias efectuadas por la OCDE. En tal sentido, el trabajador sólo incrementa al doble su aportación obligatoria de 1.125% sobre el SBC al 2.25%; por su parte, el patrón también incrementará su aportación al doble, es decir, del 3.150% al 6.3%, deducible fiscalmente, propuesta incentivadora laboralmente y rentable financieramente.

5. Para el gobierno federal la aportación pasará de un 0.225% a un 1.45%, incremento que puede absorber a partir de ingresos tributarios como los provenientes del IEPS, dado que las pensiones pueden ser consideradas como parte del gasto público, de conformidad con la LSS. En lo que respecta a la cuota social, el esquema será el mismo, es decir, el tabulado a partir del aporte mensual del gobierno sólo para trabajadores que ganen hasta 15 veces el SMG. Finalmente, se aspira a la inclusión del ahorro solidario, en aras de incentivar el ahorro voluntario.
6. Bajo el esquema de cuotas y aportaciones obligatorias propuestas para el ramo de *cesantía en edad avanzada y vejez* de un 10% y el incremento en la edad para pensionarse a 69 años, el incremento de la pensión mensual de un trabajador que cotice 47 años, es decir, prácticamente el total de su vida activa, será en promedio de 40%, toda vez que de la TR promedio de 30% que resulta bajo el esquema de aportación actual pasará a una tasa de 70.43%. Con ello, México alcanzaría estándares internacionales en materia de justicia social a través de un esquema de pensiones sostenible para cumplir con los porcentajes de indicadores como la TR, que según la OCDE debe ser de 70% en países latinoamericanos.

8. REFERENCIAS

Centro de Investigación Económica y Presupuestaria, Implicaciones del Paquete Económico 2019, 2019. Disponible en: https://www.finanzas-publicas.hacienda.gob.mx/work/models/Finanzas_Publicas/docs/paquete_economico/cgpe/cgpe_2018.pdf.

COSTO FISCAL DE LAS PENSIONES DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL EN MÉXICO

- , *Pensiones. 100 años de Desigualdad*, 2017. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/351846516/Pensiones-en-Mexico-100-Anos-de-Desigualdad>.
- Comisión Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Medición de la pobreza, 2018. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx>.
- Comisión Nacional de Ahorro para el Retiro, Densidades de cotización en el Sistema de Ahorro para el Retiro en México, *Documento de Trabajo No. 3*, s.f. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/192977/densidad_vf.pdf.
- , Metodología de la calculadora de ahorro y retiro para trabajadores que cotizan al IMSS, México, 2017. Disponible en: <http://www.consar.gob.mx>.
- , *Las pensiones en México y el mundo*, México, 2018. Disponible en: <http://www.consar.gob.mx>.
- Consejo Nacional de Población, *Proyecciones de población de México. Prospectiva Demográfica 2010-2050*, México, Conapo, 2012. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/63977/Documento_Metodologico_Proyecciones_Mexico_2010_2050.pdf.
- Criterios Generales de Política Económica para la Iniciativa de la Ley de Ingresos y el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación Correspondientes al Ejercicio Fiscal 2018. Disponible en: https://www.finanzaspublicas.hacienda.gob.mx/work/models/Finanzas_Publicas/docs/paquete_economico/cgpe/cgpe_2018.pdf.
- Honorable Congreso de la Unión, *Ley del Seguro Social*, México, 2019. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx>.
- Instituto Mexicano del Seguro Social, *Informe al ejecutivo Federal y al Congreso de la Unión sobre la Situación financiera y los Riesgos del Instituto Mexicano del Seguro Social*, México, IMSS, 2018. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/informes/20172018/21-InformeCompleto.pdf>.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Producto Interno Bruto de México, durante el segundo trimestre de 2019*, 2019. Disponible en: <http://www.inegi.org.mx>.
- , *Sexta edición de la encuesta nacional de empleo y seguridad social. Comunicado de prensa 668/18*, 20 de diciembre de 2018. Dis-

- ponible en: <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSociodemo/ENESS2018.pdf>.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, *Getting it Right. Prioridades estratégicas para México. Capítulo 2. Fortalecimiento de la política fiscal en México*, 2018. Disponible en: http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/FINAL_Prioridades%20Estrat%C3%A9gicas%20para%20M%C3%A9xico_GIR_OCDE_2018.pdf.
- , *Panorama de la Salud 2017*, 2017. Disponible en: <https://codigof.mx/panorama-de-la-salud-2017-de-la-ocde-nueva-edicion-en-espanol/>.
- , *Estudios de la OCDE sobre los Sistemas de Pensiones, México*, 2015. Disponible en: <http://www.oecd.org/pensions>.
- Organización Internacional del Trabajo, *Reforma de los sistemas de pensiones: visión de la OIT a partir de la experiencia internacional*, 2015. Disponible en: <https://anef.cl/wp-content/uploads/2018/04/iloreformapensionesisabelortiz16jun-150623202050-lva1-app6891.pdf>.
- Price Water House Coopers, *Una mirada al futuro. ¿Cómo cambiará el orden económico mundial para el 2050?*, PwC, abril de 2017. Disponible en: <http://www.pwc.com>.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Salarios, México*, 2018. Disponible en: <http://www.stps.gob.mx>.
- Servicio de Información Agroalimentaria y Pesquera, *Canasta Básica Alimentaria*, México, febrero de 2019. Disponible en: <https://www.gob.mx/siap/articulos/canasta-basica-alimentaria?idiom=es>.

Derecho humano de acceso a la jurisdicción de las madres adolescentes víctimas de violencia familiar*

Human Right of Access to Justice for Teenage Mothers Victims of Family and Domestic Violence

JOSÉ JULIO NARES HERNÁNDEZ**

VÍCTOR HUGO MONTERO JIMÉNEZ***

CLAUDIA ELVIA CHICATTI MORENO****

RESUMEN

La violencia familiar es un problema que se ha agudizado en México en los últimos años, en particular cuando el receptor de la violencia es madre adolescente. La víctima tiene derecho a demandar al generador de la violencia ante los tribunales, con la finalidad de obtener una sentencia para restablecer la paz y el orden familiar, así como para obtener la reparación del daño. Sin embargo, el número de denuncias es muy bajo, razón que por la cual se plantea como problema analizar si las formalidades del procedimiento por violencia familiar son eficaces para garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción de las madres adolescentes que son víctimas de violencia familiar. Mediante una investigación documental en la que se aplica la teoría garantista de los derechos fundamentales, se concluye que es un grupo vulnerable con características únicas que procesalmente requiere de garantías adicionales a las que ya le pertenecen por ser menor de edad y ser mujer.

Palabras clave: *violencia familiar, madre adolescente, grupos vulnerables, derecho de acceso a la jurisdicción, formalidades del procedimiento.*

ABSTRACT

Family violence is a problem that has worsened in Mexico in recent years, particularly when the recipient of violence is a teenage mother. The victim has the right to sue the generator of the violence in court, in order to obtain a sentence to restore peace and family order, as well as to obtain reparation for the damage. However, the number of complaints is very low, which is why it is a problem to analyze whether the formalities of the procedure for family violence are effective to guarantee the right of access to jurisdiction for adolescent mothers who are victims of family violence. Through a documented investigation in which the guarantee theory of fundamental rights is applied, it is concluded that it is a vulnerable group with unique characteristics that procedurally require additional guarantees to those that already pertain, because it is a minor and a woman.

Keywords: *family violence, adolescent mother, vulnerable groups, right of access to jurisdiction, procedural formalities.*

* Artículo de investigación recibido el 19-04-2019 y aceptado el 20-05-2019.

** Profesor Investigador en la Universidad Autonomía del Estado de México, México. Contacto: jjnaresh@uaemex.mx. <https://orcid.org/0000-0001-5402-1227>

*** Profesor en la Universidad Autonomía del Estado de México, México. Contacto: h.montero@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-6467-0236>

**** Profesora en la Universidad Autonomía del Estado de México, México. Contacto: clau_chicatti@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-6756-4201>

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Derecho humano a formar una familia / 3. Violencia familiar contra grupos vulnerables de niñas, niños, adolescentes, mujeres y madres adolescentes / 4. Problema de impunidad ante la falta de denuncias por violencia familiar contra madres adolescentes / 5. Derecho fundamental de acceso a la jurisdicción de las víctimas de violencia familiar y sus garantías de protección / 6. Garantías de acceso a la jurisdicción de las mujeres y las niñas, niños y adolescentes / 7. Garantías de acceso a la jurisdicción de las madres adolescentes / 8. Conclusiones / 9. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente la violencia familiar contra las mujeres es uno de los problemas más agudos que aquejan a la sociedad en México, en particular en las familias donde la madre es menor de 18 años. Sobre el tema existen estudios con enfoques desde la sociología o la victimología, en este artículo el tema se analiza desde la perspectiva jurídica. Las víctimas de esta conducta tienen el derecho fundamental a vivir en un entorno familiar libre de violencia, garantizado en términos de la legislación civil de las distintas entidades federativas del país, mediante el derecho a demandar al generador de la violencia por violencia familiar. Con fines prácticos, se tomará como referente la legislación civil sustantiva y adjetiva del Estado de México.

A pesar del alto porcentaje de casos de violencia familiar de pareja contra madres adolescentes, el número de denuncias presentadas ante los tribunales de lo familiar es muy bajo. Las causas para no denunciar son de diversa índole, una de ellas es la condición de vulnerabilidad de las madres adolescentes, pues pertenece al grupo vulnerable de las niñas, niños y adolescentes, y al grupo vulnerable de las mujeres. Esta doble vulnerabilidad se ve agravada por las desventajas que se desprenden de su particular condición social y jurídica, la primera de ellas por ser madre a tan temprana edad y con las consecuencias que esta situación implica. Se plantea que una de las causas jurídicas por las cuales no denuncian al generador de la violencia familiar se encuentra en la falta de eficacia de las garantías que protegen su derecho fundamental de acceso a la justicia.

En lo relativo a la causa jurídica, recientemente se ha reformado la legislación civil para prohibir el matrimonio y el concubinato para menores de 18 años, derogándose en consecuencia la emancipación en razón del matrimonio. Las madres adolescentes, al no cumplir con el requisito de edad, sólo tienen como posibilidad para formar una familia una unión de hecho, para quedar formalmente bajo la patria potestad de sus padres o tutores. Con el cambio de condición jurídica de las madres adolescentes, la relación de hecho que tienen con su pareja crea derechos y obligaciones de menor alcance protector que los que surgen del matrimonio o del concubinato, lo que jurídica y materialmente incrementa su condición de vulnerabilidad ante la violencia familiar de su pareja.

Para compensar el desequilibrio de poder que existe con su pareja, se propone que, de acuerdo con la particular violencia familiar que se ejerce contra el grupo vulnerable de las madres adolescentes, el legislador establezca garantías que sean idóneas y efectivas para hacer realidad su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción y, en consecuencia, para vivir en un entorno familiar libre de violencia. Al respecto, se proponen garantías como las siguientes: un protocolo especial de actuación para los juzgadores tratándose madres adolescentes víctimas de violencia familiar, defensores públicos capacitados en derechos de la madre adolescente, entre otros más. Asimismo, se plantea que durante el procedimiento jurisdiccional el juzgador de oficio valore la situación especial de vulnerabilidad en que material y jurídicamente se encuentra la madre adolescente.

Toda vez que la reforma a la legislación civil de las entidades federativas de México para establecer la mayoría de edad como requisito para contraer matrimonio es reciente, y que incluso el Código Civil Federal fue reformado en marzo de 2019, los estudios teóricos que contribuyen al conocimiento del tema se encuentran en desarrollo. Por la novedad y complejidad del tema, los tribunales federales han impulsado la formación de una doctrina jurisprudencial mediante la emisión de criterios interpretativos que se constituyen en importante fuente de conocimiento para el objeto de esta investigación. Considerando que el marco normativo sobre el tema se centra en los derechos fundamentales de las madres adolescentes y en las garantías para su protección, en lo relativo el análisis se realiza mediante la teoría del garantismo constitucional de Ferrajoli,

una de las teorías de mayor alcance explicativo en el actual Estado democrático constitucional. Esta teoría se complementa con argumentos expuestos en la misma línea de pensamiento por autores como Carbonell, Ferrer Mac-Gregor y García Ramírez.

2. DERECHO HUMANO A FORMAR UNA FAMILIA

Ferrajoli expone que en el actual Estado democrático constitucional el derecho tiene como condición de validez su sujeción a los límites y vínculos de los derechos humanos previstos en las normas constitucionales.¹ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene las bases de esta forma de Estado² y establece los derechos humanos en su artículo primero, donde se expresa que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por México en la materia, así como de las garantías para su protección.

Los tratados internacionales suscritos por México en materia de derechos humanos tienen el mismo valor que la Constitución en sus efectos y vinculatoriedad, lo que se conoce en la doctrina como bloque de constitucionalidad.³ Los derechos humanos que se encuentran positivizados en las constituciones y en los tratados internacionales reciben el nombre de derechos fundamentales porque no derivan de otros derechos y, por lo contrario, porque ellos son la fuente de normas secundarias más específicas.⁴

Los derechos fundamentales consisten en cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un

¹ Ferrajoli, Luigi, El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neoiusnaturalismo, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, 2011, p. 317.

² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p. 13.

³ Caballero Ochoa, José L., *La interpretación conforme*, 2a. ed., México, Porrúa-IMDPC, 2014, p. 184.

⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio*, México, Secretaría de Gobernación, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2011, p. 49.

sujeto por una norma jurídica.⁵ Estas expectativas corresponden, respectivamente, a los derechos fundamentales sociales y a los derechos fundamentales de libertad. Para las personas estos derechos tienen por objeto su propio ejercicio y constituyen un fin en sí mismos, y para el Estado y sus autoridades son restricciones acerca de lo que legítimamente pueden hacer y de lo que no pueden dejar de hacer.⁶

Uno de los derechos fundamentales de las personas es el derecho de formar una familia y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4, toda persona tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Tomando como referente el Código Civil del Estado de México (en adelante, CCEM), el artículo 4.1 señala que las normas que se refieren a la familia tienen por objeto proteger la organización y el desarrollo integral de los miembros de la familia, basados en el respeto a su dignidad, libertad y la equidad de género.

La familia se forma mediante el matrimonio y el concubinato, los cuales se encuentran previstos en los artículos 4.16 y 4.404 del CCEM. De acuerdo con estos preceptos, ambas formas de unión se encuentran prohibidas para menores de 18 años, para protegerlos de los graves efectos que a esa edad producen en su dignidad como niñas, niños y adolescentes. Con criterio jurídico, la Convención sobre Derechos del Niño los define como toda persona menor de 18 años; en tanto, la Ley General sobre Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes señala, en el artículo 5, que son niños los menores de doce años y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Desde el punto de vista jurídico, los menores no pueden disponer libremente de su persona y de sus bienes, por lo que se encuentran bajo la patria potestad de sus padres o tutores.

Las niñas, los niños y los adolescentes, independientemente de gozar de los derechos humanos que universalmente pertenecen a todas las personas, tienen derechos humanos especiales,⁷ como establece el artículo 4. Entre estos derechos se encuentra el goce de los derechos sexuales y

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 37.

⁶ Carbonell, Miguel, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2015, p. 3.

⁷ Patiño Camarena, Javier, *de los derechos del hombre a los derechos humanos*, México, Editorial Flores, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014, p. 135.

reproductivos,⁸ cuyo ejercicio ocurre en gran parte cuando adquieren la capacidad reproductiva. La regulación legal de esta capacidad no puede suprimir el natural derecho a unirse en pareja y formar una familia, a procrear y a la expectativa del hijo.

La tesis aislada 1a. CCXXX/2012⁹ interpreta que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y de ahí que, por el simple nacimiento de un niño, existe entre éste y sus padres un vínculo que implica vida familiar, aun cuando la relación de los padres esté rota. El artículo 4.397 del CCEM expone que por grupo familiar se entiende al conjunto de personas vinculadas por relaciones de intimidad, parentesco, filiación o que tengan alguna relación conyugal o de concubinato.

La prohibición del matrimonio y del concubinato para los menores de edad no impide que puedan formar una familia, pues existen otras formas de unión para este fin, como la unión de hecho.¹⁰ México ocupa el primer lugar de embarazos adolescentes entre los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En 2016 el porcentaje de nacimientos registrados de madres adolescentes (menores de 20 años) fue de 17.9.¹¹ Debido a su incremento, el embarazo adolescente se ha constituido en un problema de salud pública en México, como reconoce la Estrategia Nacional para la Prevención del Embarazo Adolescente.¹²

Es igualmente grave el problema sobre los derechos humanos de las madres adolescentes, pues en la legislación mexicana existe escaso reconocimiento sobre estos derechos.¹³ Incluso con la reforma legal antes

⁸ Rodríguez Ramírez, Gabriela, *El aborto y la maternidad voluntaria*, México, UNAM, 2014, p. 17.

⁹ Tesis: 1a. CCXXX/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, octubre de 2012, p. 1210.

¹⁰ Instituto Nacional de las mujeres, *Análisis de embarazo adolescente en la Encuesta Nacional de Niñas, Niños y Mujeres 2015*, México, 2017, p. 38.

¹¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (agosto 18 de 2017), Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares, 2016.

¹² Estrategia Nacional para la Prevención del Embarazo Adolescente, Gobierno de la República, México, 23 de enero de 2015.

¹³ Conde González, Francisco Javier y otros, *Embarazo en adolescentes y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en la ciudad de México*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2016, p. 35.

comentada, se presenta una indefinición sobre los derechos y obligaciones de las madres adolescentes en sus relaciones jurídicas familiares. El segundo párrafo del artículo 4.1 del CCEM indica que las relaciones jurídicas familiares se forman por el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes del grupo familiar, derivado de lazos de matrimonio, concubinato o parentesco. Tratándose de las madres adolescentes, la relación de hecho que tienen con su pareja crea derechos y obligaciones que son de menor alcance protector que los que surgen del matrimonio o del concubinato, lo que jurídica y materialmente incrementa su condición de vulnerabilidad ante la violencia familiar. Por otro lado, al no estar unidas en matrimonio ni concubinato, formalmente continúan bajo la patria potestad de sus padres o tutores, sin que materialmente ellos se hagan responsables de su cuidado.

3. VIOLENCIA FAMILIAR CONTRA GRUPOS VULNERABLES DE NIÑAS, NIÑOS, ADOLESCENTES, MUJERES Y MADRES ADOLESCENTES

El derecho fundamental a vivir en un entorno familiar libre de violencia se encuentra garantizado mediante el procedimiento de violencia familiar, definida por el artículo 4.397 del Código Civil del Estado de México como “toda acción, omisión o abuso, que afecte la integridad física, psicológica, moral, sexual, patrimonial y/o la libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar aun cuando se configure un delito”.

En el grupo familiar, niñas, niños, adolescentes, mujeres y adultos mayores son las personas que, por su vulnerabilidad, sufren mayor violencia.¹⁴ Los grupos vulnerables son todos aquellos que histórica y socialmente sufren o han sufrido una discriminación estructural con el resto de la población, ya sea por condiciones de edad, raza, sexo, entre otras más, para gozar y ejercer plenamente sus derechos.¹⁵

La Convención sobre Derechos del Niño, en el artículo 19.1, indica que la violencia familiar contra los niños tiene como característica prin-

¹⁴ Instituto de las Mujeres del Estado de San Luis Potosí, *Modelo de atención a mujeres víctimas de violencia familiar y de género*, 2012, p. 30.

¹⁵ Pelletier Quiñones, Paola, La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista IIDH/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 60, julio-diciembre 2014, p. 207.

cial que sucede mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. En lo tocante a las madres adolescentes, al no encontrarse materialmente bajo el cuidado de ninguna persona como señala el criterio anterior, no serían víctimas de violencia familiar contra las niñas, niños y adolescentes, pero sí de violencia de género. No obstante, al ser menor de 18 años de edad, comparece en el procedimiento de violencia familiar con las garantías jurisdiccionales que pertenecen a niñas, niños y adolescentes, como se verá más adelante.

La violencia familiar incluye como una de sus formas la violencia de género, pues a pesar de la igualdad entre el hombre y la mujer ante la ley, todavía persisten diversas clases de dominación y violencia ejercidas contra ellas.¹⁶ Donde la violencia de género se ejerce con mayor frecuencia es en la familia, con graves consecuencias en el desarrollo psicosocial, sexual, afectivo, emocional y físico de la mujer, por lo cual se le considera como un problema de derechos humanos y de salud pública. Lo característico de la violencia de género es que debe desplegarse en contra de la mujer sólo porque es mujer, es decir, atenta “contra la libertad, dignidad e integridad física y psicológica de las mujeres al ser una expresión de abuso de poder que implica la supremacía masculina sobre éstas, al denigrarlas y concebirlas como objetos”.¹⁷

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en el artículo 7, define la violencia familiar como el acto abusivo de poder, intencionalmente dirigido a dominar o agredir de cualquier manera a las mujeres, dentro o fuera del domicilio familiar, “cuyo agresor tenga o haya tenido relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho”.

Para identificar la violencia que el esposo o pareja ejerce sobre la mujer, el término *violencia familiar* puede ser sustituido por el de *violencia*

¹⁶ Lagarde y De los Ríos, M., Por los derechos humanos de las mujeres: la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, volumen 49, número 200, 2007, pp. 143-165 [consulta: 12 de febrero de 2019]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2007.200.42568>.

¹⁷ Tesis: 1a. CLXXXIII/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, noviembre de 2017, p. 445.

de pareja, entendida com, “todo acto u omisión, sufrido por la pareja, que vulnere o ponga en peligro su integridad física, psíquica, sexual o económica, incluido el principio de autonomía y el resto de derechos fundamentales”.¹⁸ La violencia familiar de pareja observa diferencias en función de la edad, el estado civil y el nivel de instrucción; en el caso de las madres adolescentes, la minoría de edad es un factor determinante en la generación de la violencia. Entre la edad de ellas y su pareja existe una enorme brecha, en 60% de los casos el padre es 20 o más años mayor, lo que generalmente está asociado con violencia física y sexual.¹⁹

La Organización Mundial de la Salud señala que las mujeres más jóvenes, sobre todo en edades comprendidas entre 15 y 19 años, tienen más riesgo de ser objeto de violencia física o sexual, o ambas; las mujeres jóvenes que viven con su pareja sin estar casadas presentan mayor peligro de ser víctimas de violencia; las mujeres mayores con un estatus social más alto que las jóvenes pueden ser menos vulnerables a la violencia; cuanto mayor es el nivel educativo, menor será el número de casos de violencia.²⁰

4. PROBLEMA DE IMPUNIDAD ANTE LA FALTA DE DENUNCIAS POR VIOLENCIA FAMILIAR CONTRA MADRES ADOLESCENTES

En México las mujeres tienen entre 5 y 8 veces mayores probabilidades que los hombres de ser víctimas de violencia familiar, pues se ha calculado que 80% de víctimas son mujeres, y el mayor porcentaje son jóvenes.²¹ Aun cuando no existen estadísticas en particular sobre violencia familiar contra madres adolescentes, los siguientes datos proporcionan una idea sobre la problemática. La Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares 2016 obtuvo los siguientes resultados sobre la vio-

¹⁸ Alonso Varea, José Manuel y Castellanos Delgado, José Luis, Por un enfoque integral de la violencia familiar, *Psychosocial Intervention*, España, volumen 15, número 3, 2006, p. 265.

¹⁹ Conde González, Francisco Javier y otros, *op. cit.*, p. 18.

²⁰ Organización Mundial de la Salud, *Estudio multipaís de la oms sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer*, 2005. [Consulta: 14 de diciembre de 2018]. Disponible en: https://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/chapter1/es/index1.html

²¹ Espinosa Torres, F.; Fernández Ortega, M. y otros, El estado del arte de la violencia familiar en México, *Archivos en Medicina Familiar*, México, volumen 11, número 4, octubre-diciembre 2009, p. 173.

lencia de pareja: 30.8% de las madres de 15 años y más casadas o unidas declaró haber padecido al menos un incidente de violencia por parte de su pareja en los últimos 12 meses; 27.8% ha sufrido violencia emocional, 14.1% económica, 8.5% física y 2.5% sexual. Proporción de mujeres de 15 años y más que han experimentado violencia por parte de su actual o última pareja, esposo o novio, a lo largo de la relación: emocional, 40.1%; económica o patrimonial, 20.9%; física, 17.9%; sexual, 6.5%.²²

La mujer víctima de violencia por parte de su pareja tiende a no demandar; el número de denuncias presentadas ante los juzgados correspondientes es muy bajo en relación con el porcentaje de casos. En 2016 el porcentaje de dichas mujeres que no solicitaron apoyo o no denunciaron fue el siguiente: no solicitó apoyo y no presentó una denuncia, 78.6%; no especificado, 1.4%; sólo solicitó apoyo, 8.8%; sólo denunció, 5.6%; solicitó apoyo y denunció, 5.6%. Las principales razones por las que manifestaron que no solicitaron apoyo o no denunciaron son las siguientes: 20.8% porque se trató de algo sin importancia que no la afectó, 19.8% por miedo de las consecuencias, 17.3% por vergüenza, 14.8% no sabía cómo hacerlo, 11.4% por sus hijos, 10.3% porque no quería que su familia se enterara, 6.5% no confía en las autoridades, 5.6% no sabía que existían leyes para sancionar la violencia.²³

El contexto de violencia de género tiene la potencialidad de inhibir la toma de decisiones libres y autónomas;²⁴ en el caso de las madres adolescentes se debe considerar que las razones para no denunciar, aparte de las anteriormente enunciadas, se originan en una clase de violencia que se distingue por los siguientes rasgos: está dirigida por la pareja hacia ellas en su condición de niñas y de mujeres, con las debilidades que surgen por ser madres a tan temprana edad y con la responsabilidad de una familia, falta de educación y de preparación para el trabajo, desempleo y dependencia hacia su pareja, etcétera. A lo anterior se pueden agregar otros factores de vulnerabilidad, como el tener capacidades diferentes, ser indígenas, desintegración familiar, etcétera.²⁵

²² Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *op. cit.*, 2017.

²³ *Ibid.*

²⁴ Bonifaz, Leticia, Incesto y violación, *Hacia una igualdad: sentencias con perspectiva de género VI*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, p. 37.

²⁵ Pérez Contreras, María de Montserrat, Aproximación a un estudio sobre

Estas condiciones las limitan para gozar y ejercer sus derechos humanos,²⁶ y disminuyen o anulan su capacidad para hacer frente a determinadas situaciones que les provocan daño, como denunciar a su pareja por violencia familiar y ser parte de un proceso judicial. Vinculadas con las causas sociales, existen razones de orden jurídico para no denunciar la violencia de género, como se verá en los siguientes apartados.

5. DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FAMILIAR Y SUS GARANTÍAS DE PROTECCIÓN

Los derechos fundamentales tienen existencia propia, pero su eficacia está determinada por garantías que se encuentran estipuladas expresamente en el derecho positivo.²⁷ Ferrajoli señala que a los derechos fundamentales les corresponden garantías que llama primarias y secundarias,²⁸ idea que es retomada por la Tesis XXVII.3o. J/14, al señalar que en el orden jurídico mexicano las garantías son los mecanismos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, impuestos principalmente a las autoridades, que tienen por objeto proteger los derechos humanos.²⁹ En relación con las garantías secundarias, los derechos fundamentales y las garantías primarias adquieren eficacia en tanto existen garantías jurisdiccionales para hacerlos cumplir ante las autoridades del Estado;³⁰ en consecuencia, son instrumentos predominantemente procesales.³¹

El derecho fundamental a vivir en un entorno familiar libre de violencia encuentra protección en la garantía de acceso a la jurisdicción

vulnerabilidad y violencia familiar, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, año xxxviii, número 113, mayo-agosto 2005, p. 859.

²⁶ Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), *Maternidad en la niñez*, Organización de las Naciones Unidas, 2013, p. 28.

²⁷ Álvarez, Laura, Los derechos fundamentales y sus garantías, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, número 13, 2010, p. 319.

²⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, 2004, p. 25.

²⁹ Tesis XXVII.3o. J/14, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, abril de 2015, p. 1451.

³⁰ García Amado, Juan Antonio, *Argumentación, constitución y derechos*, Bonorino Ramírez, Pablo Raúl, *Racionalidad, argumentación y decisión judicial*, España, Bubok, 2012, p. 23.

³¹ Almanza Vega, Rigoberto D., *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y los nuevos paradigmas del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2015, p. 13.

para denunciar al generador de la violencia familiar. Esta garantía subyace en el artículo 17 de la Constitución federal, que establece el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, definida como el derecho de los gobernados para acceder a la justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de forma pronta, completa e imparcial. Ampliando esta garantía a todo el procedimiento judicial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los artículos 8 y 25, dice que todas las personas tienen derecho a acceder a recursos judiciales y a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial cuando crean que sus derechos han sido violados.

El derecho de acceso a la jurisdicción tiene objeto propio, pero su ejercicio también constituye la vía para la exigencia jurisdiccional de otros derechos, como sucede con el derecho fundamental de las personas a vivir en un entorno familiar libre de violencia. El procedimiento para denunciar ante los tribunales de lo familiar al generador de la violencia se encuentra regulado en Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (en adelante, CPCEM), cuyo artículo 5.1 indica que las controversias sobre el estado civil de las personas y del derecho familiar se consideran de orden público; el juzgador está facultado para actuar de oficio, especialmente tratándose de niñas, niños y adolescentes, así como en cuestiones de violencia familiar, entre otras más, con la obligación de decretar las medidas cautelares tendientes a preservar la familia y a proteger a sus miembros.

El procedimiento de controversia de violencia familiar se encuentra previsto en el citado ordenamiento, del artículo 2.345 al artículo 2.360 Bis. En la sentencia el juez determinará la forma de restablecer la paz y el orden familiar, resolviendo sobre las medidas de protección para la integración del grupo familiar, y por el tiempo que considere indispensable. Como indica el artículo 2.360 Bis del citado Código, en la sentencia se determinará que los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con su conducta, con independencia de otro tipo de sanciones que el propio Código y otros ordenamientos legales establezcan.

6. GARANTÍAS DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN DE LAS MUJERES Y LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

El CPCEM establece un conjunto de garantías procesales que pertenecen por igual a cualquier integrante de la familia, ya sea que el receptor de la violencia sea hombre, mujer, menor de edad, etcétera. Como los grupos vulnerables encuentran dificultades para ejercer plenamente los derechos, necesitan de garantías especiales para lograr una igualdad de hecho en el goce y ejercicio real de sus derechos. Para facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es indispensable que la ley cuente con procedimientos y requisitos procesales especiales,³² como sucede en el caso de los grupos vulnerables de mujeres y niñas, niños y adolescentes.

Ferrajoli señala que el principio de igualdad es una norma que establece que todas las personas son iguales en valor y dignidad, y que tiene como finalidad proteger y valorizar las diferencias y eliminar o reducir las desigualdades, comenzando por la diferencia de género. Las diferencias de género deben ser reconocidas y valoradas no únicamente en los derechos fundamentales, sino también en las idóneas garantías de su efectividad.³³

Las mujeres son un grupo vulnerable que goza de garantías especiales en cualquier tipo de procedimiento jurisdiccional donde se vean afectadas en razón de su género, y por su pertenencia a este grupo, las madres adolescentes son titulares de estas garantías. Tratándose de violencia familiar donde se busque proteger a la mujer, el juzgador de oficio tiene la obligación de juzgar con perspectiva de género, razonamiento judicial que posibilita el acceso formal y material a la justicia de las mujeres que ven en riesgo el reconocimiento de sus derechos. El concepto de “perspectiva de género” es una metodología que permite identificar, cuestio-

³² 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en Condiciones de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, documento presentado por el Grupo de Trabajo a la Tercera Reunión Preparatoria, Andorra, del 4 al 8 de febrero de 2008, párrafos 28-37.

³³ Ferrajoli, Luigi, El principio de igualdad y la diferencia de género, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fontamara, pp. 1-8.

nar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres en el ámbito social.³⁴

La observancia de la perspectiva de género impone al juzgador la aplicación de una metodología para verificar si por posibles situaciones de desequilibrio de poder entre las partes como consecuencia de su género se impide impartir justicia de manera completa e igualitaria.³⁵ Esta metodología se encuentra desarrollada en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, instrumento elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, sin ser vinculante, facilita la labor del juez cuando una de las partes es mujer.

El CPCEM carece expresamente de garantías judiciales que protejan el derecho de acceso a la jurisdicción de la mujer cuando es víctima de violencia familiar. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe de Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, del año 2007, analiza la ausencia de garantías en la legislación de los Estados Partes que especialmente protejan el derecho de acceso a la jurisdicción de la mujer cuando es víctima de violencia familiar, por lo cual hace las siguientes recomendaciones generales a los Estados partes: los derechos humanos de las mujeres requieren de la creación de garantías para su real y efectivo ejercicio, y los Estados tienen la obligación de garantizar un acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos.³⁶

Por otro lado, las madres adolescentes también son titulares de aquellas garantías de acceso a la jurisdicción que corresponden al grupo vulnerable de niñas, niños y adolescentes, pues por *niño* se entiende toda persona menor de 18 años sin excepción alguna, es decir, independientemente de su situación familiar, social, legal, etcétera.³⁷ En la legislación

³⁴ Carbonell, Miguel, La perspectiva de género en el análisis constitucional, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fontamara, p. 40.

³⁵ Tesis: 1a. xCI/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1383.

³⁶ Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, Organización de los Estados Americanos (OEA), CIDH. OEA/Ser.L/V/II, Washington, DC, 20 enero de 2007, párrafo 26.

³⁷ González Contró, Mónica, Hacia una concepción dinámica de la Convención sobre los Derechos del Niño: el derecho a la participación, González Contró, Mónica (coord.), *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México*, México, Porrúa, 2011, p. 252.

mexicana las madres adolescentes no adquieren por su estado civil la mayoría de edad, y al ser menores de 18 años conservan la titularidad de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.³⁸

Las niñas, los niños y los adolescentes son un grupo vulnerable que requiere de trato especial en la vigencia de su derecho fundamental de acceso a la justicia y en el procedimiento judicial, ya sea que comparezcan como víctimas o testigos. El artículo 4 de la constitución indica que en las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos para su sano desarrollo físico y psicosocial.

El derecho de acceso a la justicia garantiza a niñas, niños y adolescentes la posibilidad de acudir a tribunales en casos de vulneración de sus derechos, representados por sus padres o tutores. Los representantes legales del niño no sustituyen sus derechos en el procedimiento judicial, por lo que el CPCEM señala la obligación del órgano jurisdiccional de respetar y proteger el derecho a ser escuchados y tomados en cuenta durante el procedimiento, derecho a la intimidad, derecho a ser reconocidos como sujetos de derecho, derecho a la protección de sus derechos humanos, derecho a medidas de protección y derecho a medidas provisionales que el juzgador estime convenientes.

El artículo 5.3 del CPCEM indica que en todo procedimiento de carácter jurisdiccional en el que estén relacionados niñas, niños o adolescentes, de acuerdo con su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y grado de madurez, se observará obligatoriamente un conjunto de garantías o requisitos del debido proceso;³⁹ de no cumplirse, constituirían una violación al derecho de defensa. De igual modo, el citado Código señala, en el artículo 5.16, las garantías procesales que habrá de cumplir el juzgador en beneficio del interés superior de niñas, niños y adolescentes, y en el artículo 2.35, lo relativo al desahogo de las pruebas.

El niño requiere además de una serie de consideraciones y adecuaciones procesales que garanticen el ejercicio pleno de acceso a la justicia. Con esta finalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación editó el Pro-

³⁸ García Ramírez, Sergio, *Derechos Humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 23.

³⁹ García Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, México, Porrúa, 2014, p. 22.

toloco de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren a Niñas, Niños y Adolescentes,⁴⁰ en el que se retoman los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados vinculantes para el Estado mexicano. Es un instrumento para los juzgadores; en este sentido, es una guía de reglas de actuación que garantizan el derecho de acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes.

7. GARANTÍAS DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN DE LAS MADRES ADOLESCENTES

Las garantías que se encuentran establecidas en la legislación civil para la protección del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción de las madres adolescentes que son víctimas de violencia familiar por su pareja son las que corresponden a los grupos vulnerables de niñas, niños, adolescentes y mujeres. No obstante, estas garantías son insuficientes, pues la vulnerabilidad que presenta la madre adolescente como menor de edad y como mujer se ve agravada por las desventajas que se desprenden de su particular condición social y jurídica. El acceso a la justicia debe ser efectivo, capaz de producir resultados en consonancia con el artículo 25 de la Comisión Americana de Derechos Humanos y con la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴¹

La obligación de garantizar del Estado implica que debe adoptar tanto medidas como acciones positivas en favor de los grupos vulnerables, que les permitan disfrutar efectivamente de los derechos humanos.⁴² En consecuencia, tiene la obligación de establecer las instituciones y las medidas progresivas que hagan efectivos los derechos como órganos jurídicos ya sea judiciales o administrativos.⁴³

El acceso adecuado a la justicia no se limita a la existencia formal de recursos judiciales, también se necesita que materialmente sean idóneos

⁴⁰ Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren a Niñas, Niños y Adolescentes, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2a. ed., 2014, p. 10.

⁴¹ López Sánchez, Rogelio, *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, Universidad Autónoma de Nuevo León, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, p. 108.

⁴² Carbonell, Miguel, *Los derechos humanos en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Flores Editor y Distribuidos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 46.

⁴³ Olivos Campos, José René, *Derechos humanos y sus garantías*, México, Porrúa, 2013, p. 97.

para investigar, sancionar, prevenir y reparar las violaciones denunciadas.⁴⁴ Tomando en cuenta el principio de eficacia, referirse al grupo vulnerable de las mujeres es una generalización, pues considerando las desigualdades que hay entre las mujeres, se deben adoptar las medidas que sean necesarias y modificatorias de las condiciones discriminatorias que obstaculizan su acceso a la justicia.⁴⁵ El Estado tiene el deber de garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción de las mujeres no en abstracto, sino partiendo de las diversas condiciones en que se encuentren. De otro modo, el derecho de acceso a la justicia es de poca utilidad si su titular no cuenta con las garantías para acceder de forma efectiva al sistema de justicia.⁴⁶

Para compensar el desequilibrio de poder que existe con su pareja, se plantea que, de acuerdo con la particular violencia familiar que se ejerce contra el grupo vulnerable de las madres adolescentes, son necesarias garantías especiales que sean idóneas y efectivas para hacer realidad su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, así como de mecanismos judiciales que sean eficaces para asegurar la reparación del daño, como lo señala la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.⁴⁷ Sólo así es posible hacer efectivo su derecho humano a vivir en un entorno familiar libre de violencia, en condiciones de dignidad. Este derecho de vital importancia para el libre desarrollo de la personalidad se define “como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada”.⁴⁸

Cuando haya necesidad de garantizar el goce de los derechos fundamentales, el Estado debe adoptar medidas apropiadas y de manera inme-

⁴⁴ Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁵ Arroyo Vargas, Roxana, Acceso a la justicia para las mujeres el laberinto androcéntrico del derecho, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 53, 2011, p. 48.

⁴⁶ 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en Condiciones de vulnerabilidad, *op. cit.*, 2008.

⁴⁷ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada por México el 19 de junio de 1998, artículo 7, incisos f, g y h.

⁴⁸ Tesis: 1a. CCCLIV/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, octubre de 2014, p. 602.

diata; una de las primeras es de carácter legislativo.⁴⁹ Las garantías especiales que —se considera— deberían incorporarse en la legislación civil para dar eficacia a los mencionados derechos de las madres adolescentes son las siguientes: un protocolo especial de actuación para los juzgadores tratándose madres adolescentes víctimas de violencia familiar, juzgados especializados en violencia familiar contra madres adolescentes, defensores públicos capacitados en derechos de la madre adolescente, que la demanda pueda presentarse por comparecencia ante el órgano jurisdiccional, que el pronunciamiento sobre la admisión de la demanda sea dictado de inmediato, no esperar al término; medidas cautelares especiales y dictar medidas provisionales que sean analizadas de manera oficiosa.

Dichas garantías no infringen los principios de igualdad y no discriminación previstos en los artículos 1 y 4 de la Carta Magna, toda vez que constituyen una medida que es necesaria, razonable y proporcional para proteger el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción de las madres adolescentes. A mayor abundamiento, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en los artículos 1 y 2, indica que los Estados Parte tienen la obligación de establecer leyes y mecanismos para garantizar, por conducto de los tribunales jurisdiccionales, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

Durante el procedimiento jurisdiccional el juzgador debe garantizar a la mujer que es objeto de violencia un trato adecuado a las circunstancias singulares en las que se encuentre; si está embarazada, si es discapacitada, menor de edad, anciana o está en situación socioeconómica desfavorable o cualquier otra afectación grave, como indica la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en el artículo 9. En consecuencia, el juez debe ponderar la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra la madre adolescente, así como el contexto social discriminatorio que normalmente la rodea.

El reconocimiento de garantías especiales que protejan el derecho de acceso a la jurisdicción de las madres adolescentes tiene un alcance que

⁴⁹ Carbonell, Miguel, Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución Mexicana, Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos*, México, Porrúa, 2014, p. 77.

va más allá del ámbito formalmente jurídico, forma parte del proceso de empoderamiento de las mujeres, por medio del cual “transitan de cualquier situación de opresión, desigualdad, discriminación, explotación o exclusión a un estadio de conciencia, autodeterminación y autonomía, el cual se manifiesta en el ejercicio del poder democrático que emana del goce pleno de sus derechos y libertades” (Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, artículo 5).

8. CONCLUSIONES

Primera. La violencia familiar de pareja contra las madres adolescentes es un grave problema en el país. Debido a los perniciosos efectos que tienen el matrimonio infantil y la maternidad en la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de las adolescentes, recientemente se ha reformado la legislación civil para establecer la edad para contraer matrimonio en 18 años sin excepción, quedando prohibidos el matrimonio y el concubinato para menores de edad, derogándose, en consecuencia, la emancipación en razón del matrimonio.

Segunda. Las madres adolescentes, al no cumplir con el requisito de edad para contraer matrimonio o unirse en concubinato, tienen como única posibilidad para formar una familia una unión de hecho. Aun cuando materialmente hayan formado una familia con su pareja, jurídicamente se encuentran bajo la patria potestad de sus padres o tutores.

Tercera. Si bien la finalidad de esta reforma es proteger los derechos fundamentales de las adolescentes, la relación de hecho que tienen con su pareja conlleva derechos y obligaciones de menor alcance protector que los que surgen del matrimonio o del concubinato. Como consecuencia, se agrava aun más la condición de vulnerabilidad de la madre adolescente ante la violencia de pareja.

Cuarta. Las víctimas de violencia familiar tienen el derecho fundamental a vivir en un entorno familiar libre de violencia, garantizado, en términos de la legislación civil, mediante el derecho a demandar al generador de la violencia por violencia familiar.

Quinta. Las estadísticas presentadas por el INEGI muestran que, en relación con el número de casos de violencia familiar de pareja contra madres adolescentes, el porcentaje de denuncias presentadas en materia

civil es muy bajo. La misma violencia familiar de la que son objeto es un factor que inhibe el ejercicio de su derecho a denunciar al generador de la violencia, pero también existen obstáculos de índole jurídica.

Sexta. Las garantías establecidas en la legislación civil para la protección del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción de las madres adolescentes que son víctimas de violencia familiar por su pareja son la metodología para juzgar con perspectiva de género, y las garantías que en el procedimiento civil protegen los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes.

Séptima. Cuando la madre adolescente es víctima de violencia familiar por su pareja, la vulnerabilidad que presenta como menor de edad y como mujer se ve agravada por las desventajas que se desprenden de su particular condición social y jurídica. En consecuencia, la metodología para juzgar con perspectiva de género y las garantías que en el procedimiento civil protegen los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes deben ser fortalecidas o complementadas con otras garantías procesales que compensen el desequilibrio de poder que existe con su pareja.

Octava. Para compensar el desequilibrio de poder que existe con su pareja, y de acuerdo con el tipo de violencia familiar de la que es objeto, es necesario que el legislador establezca garantías procesales especiales que sean idóneas y efectivas para que puedan gozar y ejercer plenamente su derecho de acceso efectivo a la justicia, por ejemplo, un protocolo especial de actuación para los juzgadores, tratándose de madres adolescentes víctimas de violencia familiar, juzgados especializados en violencia familiar contra madres adolescentes, defensores públicos capacitados en derechos de la madre adolescente, que la demanda pueda presentarse por comparecencia ante el órgano jurisdiccional, que el pronunciamiento sobre la admisión de la demanda sea dictado de inmediato, no esperar al término, medidas cautelares especiales, dictar medidas provisionales que sean analizadas de manera oficiosa.

9. REFERENCIAS

Almanza Vega, Rigoberto D., *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y los nuevos paradigmas del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2015.

- Alonso Varea, José Manuel y Castellanos Delgado, José Luis, Por un enfoque integral de la violencia familiar, *Psychosocial Intervention*, España, volumen 15, número 3, 2006, pp. 253-274.
- Álvarez, Laura, Los derechos fundamentales y sus garantías, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, número 13, 2010, pp. 311-324.
- Arroyo Vargas, Roxana, Acceso a la justicia para las mujeres... el laberinto androcéntrico del derecho, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 53, 2011, pp. 35-62.
- Bonifaz, Leticia, Incesto y violación, *Hacia una igualdad: sentencias con perspectiva de género VI*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, pp. 27-44.
- Caballero Ochoa, José L., *La interpretación conforme*, 2a. ed., México, Porrúa, IMDPC, 2014.
- Carbonell, Miguel, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2015.
- Carbonell, Miguel, Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución Mexicana, Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos*, México, Porrúa, 2014.
- Carbonell, Miguel, La perspectiva de género en el análisis constitucional, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fontamara.
- Carbonell, Miguel, *Los derechos humanos en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Flores Editor y Distribuidos, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Conde González, Francisco Javier y otros, *Embarazo en adolescentes y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en la ciudad de México*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2016.
- Espinosa Torres, F.; Fernández Ortega, M. y otros, El estado del arte de la violencia familiar en México, *Archivos en Medicina Familiar*, volumen 11, número 4, octubre-diciembre 2009, pp. 171-188.
- Ferrajoli, Luigi, El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo, *Doxa*, número 34, 2011, pp. 311-361.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, El principio de igualdad y la diferencia de género, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Debates constitucionales*

- les sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio*, México, Secretaría de Gobernación, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2011.
- García Amado, Juan Antonio, Argumentación, constitución y derechos, Bonorino Ramírez, Pablo Raúl, *Racionalidad, argumentación y decisión judicial*, España, Bubok, 2012.
- García Ramírez, Sergio, *Derechos Humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- García Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, México, Porrúa, 2014.
- González Contró, Mónica, Hacia una concepción dinámica de la Convención sobre los Derechos del Niño: el derecho a la participación, González Contró, Mónica (coord.), *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México*, México, Porrúa, 2011, pp. 241-272.
- Lagarde y De los Ríos, M., Por los derechos humanos de las mujeres: la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, volumen 49, número 200, 2007, pp.143-165 [consulta: 12 de febrero de 2019]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2007.200.42568>.
- López Sánchez, Rogelio, *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, Universidad Autónoma de Nuevo León, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016.
- Olivos Campos, José René, *Derechos humanos y sus garantías*, México, Porrúa.
- Patiño Camarena, Javier, *De los derechos del hombre a los derechos humanos*, México, Editorial Flores, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 135.
- Pelletier Quiñones, Paola, La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 60, julio-diciembre 2014, pp. 205-215.
- Pérez Contreras, María de Montserrat, Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar, *Boletín Mexicano de Derecho Com-*

parado, Nueva Serie, año XXXVIII, número 113, mayo-agosto 2005, pp. 845-867.

Rodríguez Ramírez, Gabriela, *El aborto y la maternidad voluntaria*, México, UNAM, 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

LEYES Y ORGANISMOS NACIONALES E INTERNACIONALES

Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, Organización de los Estados Americanos, CIDH. OEA/Ser.L/V/II, Washington, DC, 20 enero de 2007.

100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, documento presentado por el Grupo de Trabajo a la Tercera Reunión Preparatoria, Andorra, del 4 al 8 de febrero de 2008.

Código Civil del Estado de México, 2002.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Última reforma publicada DOF 27-08-2018.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, DOF 9 de enero de 1981.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada por México el 19 de junio de 1998.

Convención sobre los Derechos del Niño, DOF, 25 de enero de 1991.

Estrategia Nacional para la Prevención del Embarazo Adolescente, Gobierno de la República, México, 23 de enero de 2015.

Fondo de Población de las Naciones Unidas, Maternidad en la Niñez, Organización de las Naciones Unidas, 2013.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares, 2016.

Instituto de las Mujeres del Estado de San Luis Potosí, Modelo de Atención a Mujeres Víctimas de Violencia Familiar y de Género, 2012.

Instituto Nacional de las mujeres, *Análisis de embarazo adolescente en la Encuesta Nacional de Niñas, Niños y Mujeres 2015*, México, 2017.

DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN DE LAS MADRES ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FAMILIAR

Ley General sobre Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, DOF, 4 de diciembre de 2014.

Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Última reforma publicada, DOF 13-04-2018.

Organización Mundial de la Salud, *Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer*, 2005 [consulta: 14 de diciembre de 2018]. Disponible en: https://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/chapter1/es/index1.html.

Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren a Niñas, Niños y Adolescentes, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2a. ed., 2014.

Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

JURISPRUDENCIAS

Tesis: 1a. CLXXXIII/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, noviembre de 2017, p. 445.

Tesis xxvii.3o. J/14, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, abril de 2015, p. 1451.

Tesis: 1a. XCI/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1383.

Tesis: 1a. CCCLIV/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, octubre de 2014, p. 602.

Tesis: 1a. CCXXX/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, octubre de 2012, p. 1210.

Mediación en el proceso civil en España*

Mediation in the Civil Process in Spain

MARÍA CARMEN BARRÓN LÓPEZ**

RESUMEN

Este artículo realiza un análisis de la institución de la mediación civil en España tras su regulación en la Ley 5/2012, del 6 de julio, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, para valora su implantación e incidencia en el proceso civil. Las principales conclusiones apuntan a la importancia de la mediación como elemento decisivo para mejorar el acceso a la justicia del ciudadano que habitualmente acude a la vía judicial; no obstante, es muy escasa su aplicación. Por ello, es de interés determinar qué actuaciones se pueden implementar para transformar esta realidad.

Palabras clave: *mediación, España, proceso civil.*

ABSTRACT

This article performs an analysis of the institution of civil mediation in Spain after its regulation in Law 5/2012, of July 6, on mediation in civil and commercial matters, to assess its implementation and incidence in the civil process. The main conclusions point to the importance of mediation as a decisive element to improve access to justice for citizens who habitually go to court; however, its application is scarce. Therefore, it is of interest to determine what actions could be implemented to transform this reality.

Keywords: mediation, Spain, civil process.

* Artículo de investigación recibido el 17-04-2019 y aceptado el 02-08-2019.

** Responsable legal del Departamento Jurídico Promociones Nederval, S. A., México.
Contacto: carbalo2@alumni.uv.es. <https://orcid.org/0000-0002-2539-307X>

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Mediación civil en España / 2.1. Regulación / 2.2. Mediación en el marco del proceso civil / 3. Conclusiones / 4. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

Es una realidad que, más allá del modelo de justicia estrictamente procesalista implantado en España, los conflictos derivados de la dinámica de los ciudadanos en el ámbito civil no encuentran la mejor respuesta en el modelo procesal existente. Esta situación ha sido reconocida por los propios legisladores que, incentivados por instancias europeas, han ido suplementando el sistema judicial con determinadas vías alternativas de resolución de conflictos, tanto en la búsqueda de obtener una mejor solución de acceso a la justicia para el ciudadano como con la intención de liberar un sistema judicial inadaptado y colapsado por la realidad económica y social.

En Europa, desde la Comisión Europea y con la perspectiva de un espacio judicial común, se ha pretendido que la implantación de los Alternative Dispute Resolution (ADR) sea un signo de identidad de la nueva Europa,¹ a la par que un medio para abordar la crisis de la administración de justicia, que es un problema común de todos los Estados miembros.² En este sentido, la implantación de los cauces alternativos extrajudiciales de resolución de conflictos ha generado un nuevo modelo de justicia, un “cambio de paradigma” o de “justicia integral”.³

Este camino abierto a otros cauces de resolución de conflictos, como la mediación, con indudables concesiones respecto a la vía judicial mo-

¹ Almoguera García, Jesús, La directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional, *Noticias de la Unión Europea*, número 292, 2009, pp. 5-19.

² Palao Moreno, Guillermo, La mediación y su codificación en Europa: aspectos de derecho internacional privado, en Montero Aroca, Juan (dir.), *El derecho procesal español del siglo xx a golpe de tango*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1311-1325.

³ Barona Vilar, Silvia, Justicia integral y access to justice. Crisis y evolución del paradigma, en Barona Vilar, Silvia (ed.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Cizur Menor, España, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 54.

nopolística de resolución de los conflictos, requiere en todos los ámbitos del derecho, concretamente en el civil, para que sea efectiva su utilización, una cultura de implantación y una valoración de sus beneficios que la configuren como un verdadero sistema de acceso a la justicia para el ciudadano.

En este sentido, compartimos con Magro⁴ que el procedimiento judicial no es la única vía de acceso para obtener la tutela judicial efectiva. Puesto que la tutela que debe proporcionarle al ciudadano el Estado de Derecho para proteger sus derechos y sus intereses, no es preciso que sea estrictamente judicial, pues puede ser de muy diversos tipos, por lo que es errónea la creencia de que la resolución de los conflictos debe resolverse exclusivamente por la vía judicial.

En este paradigma de justicia eficaz, como señala Barona Vilar,⁵ el arbitraje, la mediación, la conciliación y demás instituciones que se incardinan dentro del denominado movimiento Alternative Dispute Resolution —hoy Adequated Dispute Resolution— han alcanzado gran relevancia, cambiando la visión inicial de considerarlas vías alternativas, para estimar sus posibilidades como vías complementarias a la vía judicial, para alcanzar así un sistema de resolución satisfactorio para los ciudadanos.

Este artículo aborda la implantación de la mediación civil en España como alternativa o complemento del proceso judicial, para lo cual se ha de efectuar un recorrido que comienza por un breve análisis de la mediación y su regulación en España, que, junto con una instantánea de la situación actual de nuestro sistema judicial, será el punto de partida para ponderar si dicho método, que coexiste con la vía judicial, se configura en nuestro panorama social y judicial como una solución idónea y efectiva para la gestión y resolución de los conflictos surgidos en el ámbito civil.

La metodología está estrechamente relacionada con el tema estudiado, por lo que para comprobar la hipótesis de trabajo se seguirá la metodología de investigación dogmática jurídica, efectuando un estudio sobre

⁴ Magro Servet, Vicente, La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, *Diario La Ley*, España, número 7852, 2012, p. 1.

⁵ Barona Vilar, Silvia, Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Chile, número 1, 2011, p. 188.

fuentes legales y doctrinales españolas referentes a la mediación en el ámbito civil. Asimismo, con base en un estudio estadístico con la utilización del método empírico, se valorarán los resultados obtenidos por la aplicación de dicha experiencia en el ámbito procesal civil.

Las principales conclusiones apuntan a la configuración de la mediación como elemento clave para facilitar el acceso a la justicia del ciudadano, y aunque puede estimarse de forma muy favorable y loable en cuanto a los objetivos pretendidos, los resultados reflejan que no ha alcanzado una efectiva implantación en el ámbito procesal civil. Por ello, precisamente uno de los elementos de mayor interés será determinar qué actuaciones, desde el ámbito legislativo y social, pueden implementarse para transformar culturalmente esta realidad, lo que trae como consecuencia el planteamiento de una nueva regulación normativa y una política de difusión social de la mediación que potencie e impulse su aplicación práctica en la vía civil.

2. MEDIACIÓN CIVIL EN ESPAÑA

Los tribunales han sido tradicionalmente la única vía para la resolución de los conflictos, pero con la evolución social y doctrinal se han venido impulsado otras vías, que surgen inicialmente como repulsa a esta consideración de monopolio judicial. El ámbito de justiciable venía siendo tutelado constitucionalmente por los poderes públicos para la protección de sus derechos e intereses jurídicos, bajo la salvaguarda de los tribunales, amparados en el principio de tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 de la Constitución Española de 1978.⁶

En España, el modelo procesal se encuentra configurado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁷ (en adelante LEC), con fundamento liberal inspirado en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, como indica su exposición de motivos, lo que confiere a los sujetos jurídicos iniciativa procesal y facultades de disposición sobre el mismo. Aunque el modelo procesal no es el único para proporcionar

⁶ El artículo 24 establece el principio de tutela judicial efectiva: "... todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

⁷ BOE, número 7, de 8 de enero de 2000.

una justicia efectiva al ciudadano, es el consolidado normativamente por el legislador español.

En el marco de la evolución social marcada por la tecnología y la globalización, que ha generado una mayor complejidad de las relaciones, el ciudadano demanda una administración de justicia dinámica adaptada a esta nueva realidad social y económica, y a la complejidad propia de cada situación o conflicto. Ante este panorama, nuestro sistema judicial, a pesar de haberse modernizado, ha quedado indudablemente desfasado de su contexto socioeconómico, y su lenta evolución ha generado un desfase respecto a las necesidades del ciudadano.

Esta rigidez e inadaptabilidad que le caracteriza, unida a otros de los grandes problemas que presenta en la actualidad, como la inseguridad provocada por la incertidumbre de su resultado y su lentitud, han aumentado la insatisfacción de la ciudadanía frente al modelo procesal judicial.

Ante esta situación, se han adoptado diversas reformas que han venido obedeciendo a la necesidad de mejorar la administración de justicia, adoptando medidas tendentes a agilizar los trámites judiciales, implantar las nuevas tecnologías, aumentar la dotación de personal y, en definitiva, mejorar la calidad del sistema. Lejos de mejorar este escenario, el panorama se ha visto agravado por la crisis económica que ha afectado a España y que ha tenido una fuerte repercusión económica para el ciudadano y el sector empresarial, provocando un aumento exponencial del número de procedimientos judiciales.

El panorama expuesto dibuja una más que comprensible imagen deteriorada de la administración de justicia; a pesar de ello, el ciudadano, de forma paradójica, sigue eligiéndola como primera vía para dar solución a sus conflictos.⁸

Todas las circunstancias enunciadas *supra* conforman el marco idóneo para poner de relieve la necesidad y conveniencia de buscar fuera de los tribunales otros métodos para resolver los conflictos e impulsar su aplicación social.

⁸ Carretero Morales, Emiliano, *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016, p. 50.

2.1. REGULACIÓN

La regulación de la mediación en España tuvo lugar en el ámbito europeo con la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles —en adelante, Directiva 2008/52/CE—. Esta regulación forma parte de la política de fomento de las modalidades de resolución de conflictos por la Unión Europea, encaminada a establecer un espacio de seguridad, libertad y justicia, mediante el acceso a los métodos judiciales y extrajudiciales de resolución de conflictos. Con dicha regulación se establecen normas de obligado cumplimiento para los Estados miembros sobre el fomento de la mediación en los litigios transfronterizos en materia mercantil y civil, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones no disponibles para las partes en virtud de la legislación pertinente.

La Directiva 2008/52/CE resultará de vital importancia en el avance de la institución de la mediación, al representar un nuevo punto de partida para el desarrollo legislativo de esta figura en el ordenamiento interno de los Estados miembros,⁹ garantizando que, aunque las partes hayan acudido a la mediación con ánimo de solucionar un litigio, no se vean impedidas posteriormente a iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio, por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación.¹⁰

La transposición de la Directiva 2008/52/CE a nuestro ordenamiento se produjo a través de la la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹¹ —en adelante, Ley de Mediación—, aplicable tanto a los conflictos transfronterizos entre los Estados miembros de la Unión Europea como a los conflictos internos.

Entonces, la Ley de Mediación da entrada legislativa y sienta las bases de la mediación en España, al reconocer que son susceptibles de mediación todos los asuntos civiles o mercantiles que versen sobre derechos y obligaciones disponibles, excluyendo de su aplicación, en el artículo 2,

⁹ Barona Vilar, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y derecho procesal*, Valencia, España, Tirant lo Blanch 1999, pp. 66-76.

¹⁰ Pardo Iranzo, Virginia, *La ejecución del acuerdo de mediación*, Cizur Menor, España, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 27-31.

¹¹ BOE, número 162, de 7 de julio de 2012.

la mediación en el ámbito penal, con las Administraciones públicas, en materia laboral y en conflictos de consumo.¹²

La referida ley ha sido complementada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que regula los requisitos que ha de cumplir el mediador para ejercer como tal el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos y el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación. Con base en esta regulación, se introduce normativamente la mediación en España como medio de resolución extrajudicial de las controversias civiles y mercantiles, en una posición alternativa o complementaria de la vía judicial, configurándola como el método óptimo para gestionar y resolver los conflictos en determinados supuestos. No se tratará de una vía sustitutiva o excluyente a la judicial, sino complementaria, a la que podrán acudir las partes incluso cuando el procedimiento judicial se haya iniciado; para ello, se regulan preceptos en el procedimiento, que ofrecerán oportunidades a las partes para que puedan acudir a la mediación.¹³

¹² Sobre el ámbito de aplicación, véase el artículo 2 de la Ley de Mediación, que establece: “1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal. b) La mediación con las Administraciones públicas. c) La mediación laboral”.

¹³ En este sentido, se introducen preceptos en la LEC que habilitan a las partes para acudir al procedimiento de mediación una vez iniciado el proceso civil, bien a instancias de éstas, con base en el principio dispositivo que les ampara, o bien, a instancia judicial. Así, en el ámbito del procedimiento ordinario, el artículo 414.1 de la LEC establece la posibilidad de las partes de someterse al procedimiento de mediación, “en atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa”. En el juicio verbal, el artículo 440.1 de la LEC, referente a la citación a la vista, establece que: “En la citación se fijará el día y hora en el que haya de celebrarse la vista, y se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de esta”.

2.2. INCIDENCIA DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

La mediación se encuadra dentro de las técnicas ADR, y se caracteriza por ser un sistema autocompositivo de solución de conflictos en el que las partes, ayudadas por un mediador, intervienen activamente en la búsqueda de una solución que satisfaga sus respectivas necesidades e intereses.

La mediación se encuentra definida en el artículo 1 de la Ley de Mediación como aquel medio de solución de controversias, en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. A diferencia de la vía judicial, en la mediación la labor del mediador no es la de resolver el conflicto, sino ayudar a las partes para que sean ellas mismas las que lleguen a la solución que crean más adecuada.

La mediación se configura inicialmente como un medio alternativo a la vía judicial; de hecho, un sector de la doctrina, encabezado por Barona,¹⁴ considera que la mediación, más que una alternativa a la jurisdicción, tiene una función complementaria. En todo caso, no podremos esgrimir la idea de que la mediación es el medio más idóneo en todos los conflictos y circunstancias, aunque resultan consagradas las ventajas de la mediación, al tratarse de un procedimiento voluntario, flexible, rápido, dinámico, que las partes pueden diseñar y adaptar a las circunstancias y complejidad de cada caso.

En el ámbito civil en general, y concretamente en los procedimientos de familia, se ha venido apreciando una especial utilidad de la mediación. En efecto, en los conflictos familiares, provocados en muchas ocasiones por la ruptura de la relación familiar, la comunicación entre las partes, generada en el procedimiento de mediación, será una pieza clave no sólo para alcanzar un acuerdo, sino para prevenir futuros conflictos. La mediación, en caso de ser fructuosa en estos procedimientos, se configura como un mecanismo de gestión cooperativo entre las partes que, con notable compromiso, participan activamente en el proceso de mediación, lo que conlleva igualmente a un alto índice de cumplimiento de los acuerdos.

¹⁴ Barona Vilar, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 107-112.

A la misma conclusión llegan diversas sentencias recaídas en el ámbito civil que reflejan la virtualidad de la mediación y la conveniencia de su aplicación en estos procedimientos de familia, entre las que destacamos la sentencia de 17 de septiembre de 2009, del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Civil, que señala:

se trata de un enfrentamiento familiar por razón —más frecuente de lo que debiera— de la herencia paterna y ha provocado un largo y costoso proceso que, como ya observaba la sentencia de esta Sala 3 de julio del presente año, podría una mediación haber evitado. Este, como otros tantos conflictos, tanto familiares como civiles o mercantiles en general (así, Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado) puede ser objeto de una mediación que llega a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo final siempre sería menos duro que una resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica.¹⁵

La idoneidad de la mediación para gestionar los intereses divergentes en la familia ha sido puesta asimismo de manifiesto por autores como Viola Demestre,¹⁶ quien señala que radica en que no sólo está orientada a conseguir pactos, sino también en mantener la relación entre las partes en disputa.

No obstante, a pesar de las bondades de la mediación en la vía civil, es un recurso poco usado que actualmente no se ha configurado como una verdadera opción a la vía judicial. Resulta especialmente significativo que dicha realidad se ha hecho más patente en los últimos años, en los que se ha producido un exponencial aumento de los procedimientos judiciales iniciados en la vía civil. Como queda reflejado en la siguiente tabla, los

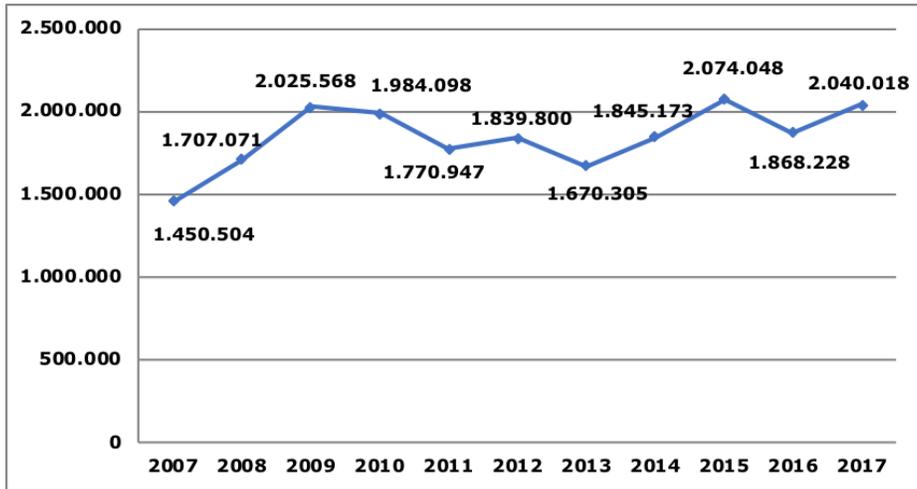
¹⁵ STs de 17 de septiembre de 2009, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia número 604/2009, Westlaw.ES, RJ/2009/4589.

¹⁶ Viola Demestre, Isabel, La mediación en la empresa familiar, en Soletto Muñoz, Helena (dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Madrid, España, Tecnos, 2011, p. 425.

MEDIACIÓN EN EL PROCESO CIVIL EN ESPAÑA

asuntos ingresados en la jurisdicción civil se sitúan en el año 2017¹⁷ en un total de 2,040,018, lo que representa un incremento del 9.2% respecto a los ingresados en 2016.

Tabla 1. Asuntos ingresados en la jurisdicción civil.



Fuente: Sección de estadística del CGPJ.

Frente a esta instantánea de la situación global de la jurisdicción civil, surge el interrogante sobre cuál es la aplicación práctica de la mediación en esta vía, a fin de valorar su implantación y efectividad. Para ello, analizaremos las cifras de la mediación civil intrajudicial, es decir, la mediación que se acude una vez iniciado el procedimiento judicial generalmente por derivación del tribunal, aunque asimismo se puede acudir a instancia de las partes.

El grado de implantación de la mediación queda reflejado en la tabla expuesta a continuación, recogida en el informe de la Memoria Anual del Consejo General del Poder Judicial, *Panorámica de la justicia durante 2017*,¹⁸ que analiza la mediación civil en los órganos judiciales con base en los datos facilitados por la estadística judicial. En la ilustración se esta-

¹⁷ Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Panoramica-de-la-Justicia/>.

¹⁸ *Idem*.

blece una distinción entre mediación civil y familiar, y se detallan por comunidades autónomas los asuntos derivados y los resultados de dicha derivación, es decir, los asuntos finalizados con avenencia y sin avenencia.

Tabla 2.
 Mediación civil en los órganos judiciales por comunidades.

	Mediación civil			Mediación familia		
	Derivados	Finalizados con avenencia	Finalizados sin avenencia	Derivados	Finalizados con avenencia	Finalizados sin avenencia
Andalucía	276	27	155	338	23	170
Aragón	0	0	0	79	15	31
Asturias	0	0	0	127	15	63
Illes Balears	4	0	6	17	4	5
Canarias	18	1	14	154	19	63
Cantabria	0	0	0	57	3	34
Castilla y León	35	4	26	180	4	120
Castilla-La Mancha	110	12	59	143	48	80
Cataluña	188	32	103	946	95	323
C. Valenciana	217	22	126	1.271	36	979
Extremadura	0	0	0	57	0	47
Galicia	53	9	14	766	97	431
Madrid	229	26	110	561	112	352
Murcia	62	14	28	294	23	261
Navarra	79	8	35	20	3	6
País Vasco	160	19	89	553	118	251
La Rioja	18	2	1	0	0	0
Total	1.449	176	766	5.563	615	3.216
Variación respecto a 2016	51,9%	37,5%	49,9%	-12,1%	-26,7%	-3,4%

Fuente: Sección de estadística del CGPJ.

En las cifras expuestas se evidencia que, aunque la implantación de la mediación en el procedimiento civil es positiva, por el número de derivaciones efectuadas, lo que conlleva la concienciación y colaboración de los operadores jurídicos, su grado de efectividad sigue siendo incipiente, no habiendo alcanzado en la práctica los objetivos pretendidos con su regulación.

En este sentido, queda aún un largo camino por recorrer para que la mediación se convierta en el modo habitual de resolver los conflictos en España y para que la vía judicial sea el último recurso al que acudir cuando la mediación haya resultado infructuosa o improcedente.¹⁹

3. CONCLUSIONES

La implantación de la mediación requerirá un cambio de cultura jurídica y normativa, para la consideración social de este mecanismo como alternativa efectiva de resolución de controversias. Asimismo, una vez implantado, ha de ser efectivo, para lo cual deberá ofrecer al ciudadano la confianza suficiente en su procedimiento y la garantía de ejecutividad de sus acuerdos, como si se tratase de la vía judicial.

En efecto, como primer paso, será necesaria una cultura social de la mediación. En este sentido, resultan destacables las apreciaciones del informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, de 26 de agosto de 2016, que evidencia determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una cultura de la mediación en los Estados miembros.

Como medida para su implantación, se va afirmando una línea doctrinal seguida por otros sistemas jurídicos, basada en la obligatoriedad del intento de mediación como requisito previo de acceso a la vía judicial en supuestos tasados, sin conculcarse con ello la voluntad del ciudadano que puede acceder posteriormente a la vía judicial.

Siguiendo esta corriente, el legislador español ha planteado un nuevo enfoque de la mediación en el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación aprobado el 11 de enero de 2019, en el que se establece la denominada “obligatoriedad mitigada”, que obliga en determinadas materias a los litigantes a asistir a una sesión informativa y exploratoria de la mediación, en los seis meses previos a la interposición de la demanda.

¹⁹ García Villalunga, Leticia y Vázquez de Castro, Eduardo, *La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo*, *Política y Sociedad*, España, volumen 50, 2013, p. 95.

Este cambio de criterio se plantea por el legislador, al no haber conseguido la mediación con la regulación actual demostrar su operatividad, como expresamente manifiesta la exposición de motivos del referido anteproyecto.

En caso de que la citada iniciativa legislativa resulte finalmente aprobada en los términos indicados, su valoración como medida de impulso a la mediación puede ser positiva, al pretender la implantación definitiva de la mediación como un medio complementario a la vía judicial. Representaría un avance relevante en la difusión e implantación de la mediación, puesto que, al ser preceptiva la asistencia de las partes a la reunión informativa, tomarían conocimiento de este método. No obstante, éste sería el primer paso, ya que, si el ciudadano no confía en este método y sin salvar dicha dificultad, dicha asistencia se convertirá en un trámite procedimental que añadirá más dilación y coste al ya lento y gravoso procedimiento judicial.

Por tanto, la eficacia de la mediación va más allá del ámbito legislativo, al ser fundamental la potenciación de las políticas públicas que concienticen a la sociedad de las virtualidades de ésta y la configuren como una vía efectiva de acceso a la justicia. Esta concienciación mediante la información y demostración de las bondades de este método tendrá que ser extensiva a todas las partes implicadas en el conflicto, tanto a los diversos operadores jurídicos (jueces, abogados...) como a las partes enfrentadas, para conseguir una implicación y compromiso conjuntos en este procedimiento.

Es indudable que la implantación efectiva de la mediación en España está siendo más costosa de lo que probablemente se esperaba en su regulación inicial. La mediación se encuentra obstaculizada por una arraigada cultura adversarial, ajena a esta forma amigable de resolución de conflictos; asimismo, sigue siendo una figura desconocida para los ciudadanos, que no les ofrece confianza ni seguridad.

Por todo ello, sin perjuicio del significativo impulso que la mediación puede recibir con medidas legislativas, se requiere un cambio de cultura de los operadores jurídicos, de la ciudadanía en general y de la clase política en particular. Hace falta impulsar la mediación, profesionalizarla con la selección de buenos mediadores, facilitar su acceso a las personas con escasos recursos y, en definitiva, dotarla de todas las garantías para inte-

grarla en el marco de la tutela efectiva, en beneficio de los ciudadanos, como vía complementaria a la judicial, que la apoye y la suplemente, para configurar una forma más ágil, dinámica y de menor coste para la resolución de conflictos en la vía civil.

4. REFERENCIAS

- Almoguera García, Jesús, La directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional, *Noticias de la Unión Europea*, España, número 292, 2009.
- Barona Vilar, Silvia, Justicia integral y *access to justice*. Crisis y evolución del paradigma, en Barona Vilar, Silvia (ed.), *Mediación, Arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Cizur Menor, España, Civitas-Thomson Reuters, 2016.
- , Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Chile, número 1, 2011.
- , *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2013.
- , *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y derecho procesal*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999.
- Carretero Morales, Emiliano, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Madrid, Dykinson, 2016.
- García Villaluenga, Leticia y Vázquez de Castro, Eduardo, La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo, *Política y Sociedad*, España, volumen 50, 2013.
- Magro Servet, Vicente, La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, *Diario La Ley*, España, número 7852, 2012.
- Palao Moreno, Guillermo, La mediación y su codificación en Europa: aspectos de derecho internacional privado, en Montero Aroca, Juan (dir.), *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2012.

Pardo Iranzo, Virginia, *La ejecución del acuerdo de mediación*, Cizur Menor, España, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

Viola Demestre, Isabel, *La mediación en la empresa familiar*, en Soletó Muñoz, Helena (dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Madrid, España, Tecnos, 2011.

El delito de piratería en Centroamérica y Suramérica*

The crime of piracy in Central America and South America

RAFAEL LARA MARTÍNEZ**

RESUMEN

Este trabajo es la continuación de un análisis que se ha realizado en el norte del continente americano y en el Caribe respecto al delito de piratería, bajo un exhaustivo repaso legislativo mediante metodología analítica-comparativa. Esta vez se estudia la zona geográfica del centro y sur, para conocer las constituciones que han existido sobre los países en referencia, así como con sus códigos penales, civiles, mercantiles y demás leyes de navegación. También se da cuenta de cómo algunos aspectos político-geográficos entre ambos subcontinentes inciden en este delito, pues los intereses en el centro, por ejemplo, hicieron que los países se federalizarán en una república —aunque efímera— que mostró un esfuerzo con fines económicos para unirse en un bloque común, lo cual proyectaron en sus legislaciones penales como un común denominador en las premisas.

Por otro lado, Suramérica tiene una disparidad en su normatividad, al grado de tener el país con la legislación más extensa en piratería y, al mismo tiempo, el más nulo también, se evidenciará en el presente trabajo; así también, se mostrará el contraste que se produce, primeramente, en razón de que, a diferencia de Centroamérica, que se independizó de España —a excepción de Belice—, el sur se libertó, además

ABSTRACT

The present research is the continuation of an analysis that has been carried out in the north of the American continent and the Caribbean regarding the crime of piracy under an exhaustive legislative review using analytical-comparative methodology. At this time the central and southern geographic zones are studied, in order to know the constitutions that have existed for the countries in question, as well as their criminal, civil, and commercial codes as well as other navigational laws.

It also realizes how some political-geographical aspects between the two subcontinents influence these crimes since the interests in the central zone, for example, made the countries federalize into a republic —although ephemeral— that showed an effort with an economic end to unite in a common block, which they projected as a common denominator for the premises assumed in their criminal laws.

On the other hand, South America has a disparity in its regulations, to the extent of having the country with the most extensive legislation on piracy while at the same time the most null as well, which will be evidenced in the present work.

Moreover, this research will show the contrast that is produced, unlike Central America, that became independent from Spain (except for

* Artículo de investigación recibido el 06-02-2019 y aceptado el 20-05-2019.

** Investigador en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Contacto: siael@yahoo.com.mx. <https://orcid.org/0000-0002-9499-9286>

EL DELITO DE PIRATERÍA EN CENTROAMÉRICA Y SURAMÉRICA

del dominio ibérico, del de Portugal, Países del dominio ibérico, del de Portugal, Países Bajos y Reino Unido, lo que generó un arrastré legislativo-cultural aún vigente, que se aborda de igual forma. Si bien el tema de la piratería también implica Europa, África y Asia, así como las patentes de corso y los tribunales de presas, estos últimos son abordados en una investigación complementaria. No pasa desapercibido que, si bien la literatura sobre el tema en concreto es muy basta, al área geográfica que se estudia no cuenta con bibliografía específica, lo que obliga a la presente investigación a centrarse en el plano normativo.

Palabras clave: piratería, depredación, nave, violencia.

Belize), the south was freed, in addition to twich gained independence from Spain – except for Belize, the south freed itself in addition to Iberian dominance, from Portugal, the Netherlands and the United Kingdom. This generated a legislative – cultural drag that is still in force, which is addressed in the same way. While the topic of piracy also involves Europe, Africa and Asia, as well as letters of marque and tribunal courts, the latter is addressed in a complementary investigation. It does not go unnoticed that, although the literature on the specific subject is extensive, the geographical area under this study does not have a specific bibliography, which forces this research to focus on the normative plane of morality.

Keywords: piracy, predation, ship, violence.

SUMARIO: 1. Introducción / 2. América Central / 3. América del Sur / 4. Conclusiones / 5. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

La piratería es un fenómeno que ha perdurado a través de la historia desde que se implementó la navegación en la humanidad; su presencia es casi universal y ha alcanzado cada rincón del planeta, obligando a muchas naciones a castigarla jurídicamente. Su auge normativo se vio impulsado en razón de la expansión hacia el continente americano por las potencias europeas a partir del siglo xvii. Debe hacerse notar que de los países centroamericanos que se independizaron en 1821 —con excepción de Belice— tuvieron una convergencia en su liberación, que se hizo extensiva al legislar lo relativo a la piratería, tanto a nivel constitucional como en sus leyes secundarias. Por otra parte, el sur en América alcanzó su independencia de distintas naciones en diferentes años, lo que implicó una variabilidad notable no sólo en el plano lingüístico, sino también en el legislativo, y esto plasma de manera cismática en el delito de piratería, a tal punto de estar ausente en unas naciones y muy extensa en otras. Pre-téndase entonces responder si el fenómeno de la piratería en altamar se

encuentra tipificado en las diversas legislaciones de la zona en comento, señalar cómo se encuentra regulada y mostrar las diferencias y similitudes en relación con aspectos políticos y geográficos.

2. AMÉRICA CENTRAL

Los países centroamericanos sufrieron los embates piratas conjuntamente con su proceso independentista alrededor de 1810; ante tales movimientos separatistas, incrementó la inclusión oportunista del fenómeno de la piratería, de aquí que cada país de la región se caracterizó de manera singular por algún bucanero en concreto. Posteriormente, en 1824 surgió una federación que conformaron los países de Guatemala, Belice, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá; sus fines eran eminentemente mercantiles y, al crear su Constitución, se estableció como atribución del Congreso, en su artículo 69, el modo de juzgar las piratearías que se cometan en altamar. De manera preliminar se clasificaba como aquellos delitos contra el derecho de gentes, sin que se hubiere llegado a crear un código penal común en razón de los diversos conflictos internos que derivaron en la desaparición de dicha federación. Estos fenómenos generaron figuras jurídicas penales homogéneas que prevalecen, lo cual es visible en premisas comunes como el apoderamiento, la depredación o la violencia.

A nivel constitucional, Guatemala no reguló algún aspecto de la piratería, pero el artículo 299 del Código Penal vigente desde 1936¹ describe como tal la conducta, que sanciona de tres a quince años de prisión, señalando como lugar de comisión de los hechos exclusivamente el mar, ríos y lagos. Apega su medio comisivo a la depredación sobre la embarcación o sobre quienes se encuentren a bordo. En esta línea, prevé como causa de justificación la patente de corso, aunque no la nombra tal cual, solo le refiere como el estar autorizado por algún Estado beligerante, lo que exige la declaración del estado de guerra para tal efecto. También hace la acotación, para que se surta en la especie el delito, de que la embarcación no debe pertenecer a la marina de otro Estado. Resulta curiosa tal cota

¹ United Nations, *Departamentos* [consulta: 16 de marzo de 2017]. Disponible en: www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/.../GTM_codigo_penal_.

EL DELITO DE PIRATERÍA EN CENTROAMÉRICA Y SURAMÉRICA

porque esta exclusión, si bien tendría implicaciones internacionales, no podría perseguirse en otra nación al no ser delito por formar parte de una armada extranjera. El resto de las premisas normativas, si bien no a la literalidad totalmente, esencialmente son las mismas que las del Código Penal argentino de 1921, del cual se analizará lo respectivo en el apartado de dicha nación, ya que el código platense es más antiguo.

En materia mercantil, en su Código de Comercio² se establecen muy diversas prevenciones relativas; por ejemplo, en el capítulo II del título II se cita el deber del capitán y los marineros de cualquier embarcación para defender la nave de ataques piratas y de avisar de las mercaderías entregadas a los piratas. Así también, en el capítulo IV del mismo título se prohíbe el cobro del flete de una mercadería tomada por piratas, salvo que por temor a ellos la nave regresé al puerto de salida y descargue la mercadería. El capítulo II del título IV incluye dentro de esta codificación como avería marítima la entrega del cargamento a piratas, o si estos la dañan o al buque; así como las mercaderías que son usadas como estímulo para que los marineros puedan defenderse del ataque. También se consideran como averías los salarios de los marineros, si es que la nave se halla resguardada en razón de temor fundado a un ataque de piratas, o los gastos que se generen si deben resguardar las mercaderías con el fin de salvarlas de la persecución de los piratas, así como la arribada forzosa de la embarcación mientras sea el riesgo fundado, sin que pueda hacerse a la mar nuevamente.

En Honduras no hay regulación en sus cartas magnas que prevea el ilícito de la piratería, y únicamente se visualiza en su Código Penal,³ en el artículo 320, sancionando de cinco a diez años de prisión bajo la premisa del apoderamiento de una aeronave o cualquier vehículo de transporte público mediante la violencia pero sin fines políticos. Si bien este punto acertadamente le reclasificaría al delito de terrorismo, dicha consideración legal puede ser extensiva al robo a autotransporte; así también, hay un segundo inciso que refiere la comisión del delito sobre aguas, ya sea

² Congreso de la República de Guatemala, Decreto del Congreso Número 2-70 [consulta: 12 de julio de 2017]. Disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/gt/gt010es>.

³ Poder Judicial, *Códigos* [consulta: 4 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Paginas/Codigos.aspx>.

mar o río, si depredan con medios violentos una embarcación o a quienes se hallen a bordo. En su Código Civil se preceptúa, en el artículo 695, sobre aquellos bienes de los que se apoderen los piratas en su asalto: no se les transfiere el dominio, y esto lo puntualiza bajo el concepto de presa, en razón de impedir la adjudicación por un tribunal de represalias. También hay una referencia de la piratería en la Ley Orgánica de la Marina Mercante Nacional,⁴ cuyo artículo 66, inciso 2, a través de la Dirección General de la Marina Mercante, ordena la cancelación de la patente de navegación (lo que en otros países es la matrícula) cuando se presuma razonablemente que la embarcación realiza actividades de piratería.

En su Carta Magna, Nicaragua no ha regulado de manera vigente ni tampoco en sus antecedentes constitucionales, sólo en su Código Penal⁵ contiene la figura a partir del artículo 524, donde castiga de dos a diez años de presidio a quien bajo los medios comisivos de la depredación o violencia apresen a mano armada la embarcación. Así también, sanciona a aquellos que, ya yendo a bordo, entreguen la embarcación a los piratas o, en su defecto, la saquen de curso; también enmarca como piratas a los corsarios que transgredan el clausulado de su patente de contramarca; así como a quien equipe, comercie, trafique o auxilie de cualquier forma a un pirata. La sanción se agrava si se comete homicidio o lesiones, incrementando de diez hasta veinticinco años de prisión, pero sólo si se comete durante el abordaje; su pena es concursal de forma material si se comete otro delito fuera de la situación antes referida, y culmina acotando la indistinción del ataque sobre naves aéreas o marítimas. El Código de Comercio Nicaragüense⁶ señala, en su artículo 824, el impedimento de cobrar el flete cuando las embarcaciones hayan sido atacadas por piratas, y en caso de haber sido ya pagado, a que se devuelva salvo pacto en contrario.

⁴ Tribunal Superior de Cuentas, Ley Orgánica de la Marina Mercante, Decreto Número 167-94 [consulta: 4 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.tsc.gob.ni/biblioteca/index.php/leyes/19-ley-organica-de-la-marina-mercante>.

⁵ Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal de Extradición, Código Penal de la República de Nicaragua [consulta: 23 de abril de 2017]. Disponible en: <http://web.oas.org/mla/es/paginas/countries.aspx?ISO=NIC>.

⁶ Normas Jurídicas de Nicaragua, *Código de Comercio de Nicaragua* [consulta: 26 de abril de 2017]. Disponible en: [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/%28\\$All%29/D0B698C7B047DB6306257863007BB996?OpenDocument_](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/%28$All%29/D0B698C7B047DB6306257863007BB996?OpenDocument_).

Posteriormente, en el artículo 851 dispone que, a petición del fletador, puede rescindirse el contrato si regresa al puerto de salida en caso de avistar piratas, con derecho el fletante a que en otro viaje se cumpla con la entrega de la carga. También considera, en su artículo 965, como averías indemnizables las piezas de la nave, el cargamento y los salarios de los marineros rehenes por causa de ataque pirata. Finaliza con la consideración de causa de arribada forzada al temor fundado a piratas, mientras se fundamente con hechos positivos y justificables, aunque no refiere con cuáles, sometiendo a votación esta decisión a los oficiales y al capitán.

Panamá sólo en su Código Penal,⁷ del artículo 325 al 328, concibe la piratería cuando se realice depredación contra una nave o contra las personas que se hallen en ella, imponiendo una sanción relativamente leve, de dos a seis años de prisión. También establece la agravante de cinco a diez años de prisión cuando se toma control de una nave por medio del fraude o la violencia hacia cualquiera que se encuentre a bordo o su capitán, y sanciona con la misma intensidad cuando, en contubernio con los piratas, se entregue el navío, su carga o pertenencias de la tripulación. Atribuye la misma punición cuando se use algún medio vilmente contra el comandante del navío depredado para que no se defienda; también incluye a quien equiepe un navío para usarlo en la piratería, trafique o auxilié a piratas o se desvíe la embarcación de su ruta, mas no se indica con qué finalidad, lo que resulta oscuro e impreciso porque primeramente el cambio de ruta guarda mejor atipicidad con el delito de ataques a las vías de comunicación, ilícito que esta codificación prevé de sus artículos 238 a 241. En segundo término, el medio fraudulento no es característico de este delito, al cual le destaca la violencia; significa entonces que a través de un ardid o manteniendo en el error debe el pirata lograr el cambio de ruta o apoderamiento. Si bien el uso del vocablo *fraude* incluye el beneficio económico, no se puede tener extensivo para el siguiente medio citado, que es la violencia; finaliza esta codificación con un miramiento a la piratería aérea bajo medio violento, estableciendo una sanción de cinco a quince años de prisión.

⁷ United Nations Public Administration Network, *Documents Panama* [consulta: 12 de marzo de 2018]. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan030696.pdf>.

También hay regulación al respecto en la Ley General de Marina Mercante,⁸ la cual establece, en su artículo 49, que el registro de la nave se cancelará si se dedica a la piratería; y su Ley del Comercio Marítimo,⁹ en el artículo 224, prevé como avería común a la embarcación todos aquellos generados por defenderse del ataque de piratas y, por ende, susceptibles de indemnización.

Costa Rica recibe una fuerte influencia estadounidense, lo cual tiene su antecedente marcadamente desde 1871, cuando “la compañía, United Fruit Company, se convertiría en el único empleador de la zona, así como el dueño absoluto de las tierras”¹⁰ costarricenses, lo que generó una fuerte dependencia económica, sumado a lo anterior y debido a “la ausencia de una doctrina nacional de seguridad propia y coherente; (propició) un vacío que condujo a la aplicación parcial de la doctrina estadounidense”,¹¹ lo que consolidó el referido influjo, el cual ciertamente le ha beneficiado en factores económicos y sociales, ya que actualmente en toda “América Latina el país mejor calificado es Chile, seguido de Costa Rica”.¹² Esto generó que, a nivel constitucional, en 1859¹³ y 1869¹⁴ se previera la pena de muerte en los artículos 41 y 39 respectivamente, para aquellos que cometieran este delito al igual que en Estados Unidos.

⁸ Ley N° 57-Ley General de Marina Mercante [consulta: 4 de mayo de 2017]. Disponible en: <https://www.ecolex.org/details/legislation/ley-no-57-ley-general-de-marina-mercantelex-faoc086619/>.

⁹ Cámara Marítima de Panamá, Regulaciones, Leyes [consulta: 4 de mayo de 2017]. Disponible en: http://www.camaramaritima.org.pa/?page_id=2263.

¹⁰ Rojas, Fonseca Carolina, Injerencia de Estados Unidos en Latinoamérica, *Revista Acta Académica*, número 53, 2013, p. 237.

¹¹ Muñoz, Guillén Mercedes, Democracia y Guerra Fría en Costa Rica, *Diálogos. Revista Electrónica de Historia*, volumen 9, número 2, agosto 2008-febrero 2009, p. 167.

¹² Travel2 LATAM, Chile, Costa Rica, Uruguay y Argentina encabezan Índice de Progreso Social [consulta: 27 de agosto de 2017]. Disponible en: http://travel2latam.com/nota/6588/chile_costa_rica_uruguay_y_argentina_encabezan_indice_de_progreso_social/.

¹³ Constitución Política de la República de Costa-Rica decretada y sancionada en veintiséis de diciembre de 1859 [consulta: 11 de abril de 2018]. Disponible en: <http://www.sinabi.go.cr/ver/biblioteca%20digital/libros%20completos/costa%20rica%20constitucion/Constitucion%20Politica%20de%20la%20Republica%20de%20Costa%20Rica.pdf#.WtDnxtPwaLI>.

¹⁴ Constitución de la República de Costa Rica 1869 [consulta: 12 de abril de 2018]. Disponible en: http://memoriacentroamericana.ihnca.edu.ni/uploads/media/constitucion_Costa_Rica_1869.pdf.

EL DELITO DE PIRATERÍA EN CENTROAMÉRICA Y SURAMÉRICA

El actual Código Penal Costarricense¹⁵ lo cataloga dentro de los delitos internacionales en sus artículos 258 a 260, sancionando de tres a quince años de prisión y encuadrando como lugar de comisión, además de ríos y mar, la plataforma continental cuando se ejecuten los actos de depredación o violencia; además, incluye como piratería la explotación no autorizada de peces: expresa que para tal fin la embarcación no debe pertenecer a la marina de guerra reconocida o con patente de corso extranjera. También incluye como medio comisivo el fraude contra el comandante, con el fin de apoderarse de la embarcación, de que la entregue a piratas con previo acuerdo, se oponga con medios violentos a la defensa del ataque pirata, equie una nave pirata o trafique con piratas desde tierra. También incluye una agravante cuando se perpetre homicidio, señalando como una mínima de diez años de prisión. Finaliza con una sanción de cinco a quince años de prisión con respecto a la piratería aérea, pero no sólo incluye el apoderamiento con medios violentos, sino también la afectación física de la nave, con una agravante idéntica a la piratería marítima cuando se produce muerte o lesiones, señalando como pena de quince a veinticinco años de prisión.

Esta legislación es la única que prevé una atenuante cuando, sin que se haya causado daño alguno, el autor se desista del apoderamiento, disminuyendo hasta tres años de prisión como pena mínima; y precisa su tipo penal, que se considera aeronave en vuelo cuando se han sellado todas las entradas, ello se entiende sin que necesariamente se encuentren encendidos los motores siquiera. En su Código de Comercio¹⁶ se previene, en los artículos 674, 701 y 824, lo relativo a los fletes, indemnización, salarios de rehenes y arribadas forzadas de forma idéntica a la legislación mercantil nicaragüense.

En su esquema constitucional, la República del Salvador no regula algo en las cartas magnas que ha tenido respecto al tema pirata, sólo en su codificación penal,¹⁷ en el artículo 368, lo clasifica y tipifica de forma casi

¹⁵ Código Penal de Costa Rica: Ley 4573 [consulta: 25 de agosto de 2017]. Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4181>.

¹⁶ Normas Básicas de Derecho Público, Código de Comercio, Ley 3284.30 [consulta: 30 de agosto 2017]. Disponible en: <http://www.cesdepu.com/leyes/3284.30-Abr-1964.htm>.

¹⁷ Asamblea Legislativa República del Salvador, Centro de Documentación Legislativa, Código Penal [consulta: 12 de mayo de 2017]. Disponible en: <https://www.asamblea.>

idéntica en lo marítimo al Código Penal de Nicaragua; la única diferencia es que la pena es de cinco a quince años de prisión y agrega un cincuenta por ciento de la sanción si se causa homicidio al cometer el acto pirático. Respecto a la piratería aérea, de manera muy escueta señala lo extensivo en lo naval con las aeronaves, y agrega una sanción plus a los capitanes o comandantes piratas, de cinco a quince años de prisión. En su legislación civil¹⁸ menciona, en su artículo 622, que no se transfiere el dominio de los bienes hechos presas por piratas.

De los países centrales se distingue Belice, ya que es un caso muy particular y paradójico, puesto que tuvo una frecuencia muy alta con la presencia pirata, y aun así su regulación jurídica es lacónica, véase el caso del pirata escocés Wallace: “La fama de la opulencia del Nuevo Mundo, y el retorno de los galeones españoles cargados con las riquezas de México y el Perú, trajeron a las costas de América hordas de aventureros —para no aplicarles otro nombre más severo— de Inglaterra y Francia, de quienes Wallace, uno de los más célebres y osados, encontró refugio y seguridad, detrás de los cayos y arrecifes que protegen el puerto de Belize”.¹⁹ De igual forma, podemos referir que “piratas y colonos propiciaron que el territorio se convirtiera en colonia inglesa desde el siglo xvi hasta el 21 de septiembre de 1981”,²⁰ ya que las características de su territorio le favorecen a una defensa marítima. Aborda el tema en su Código Penal,²¹ en el artículo 36, inciso b; sólo se cita la palabra *piratería*, pero no describe la conducta, se menciona como causa para el uso de la legítima defensa. Si bien se ubica en Centroamérica, es el único que pertenece a la Commonwealth,

gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo%20penal.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Centro de Documentación Judicial, Código Civil [consulta: 12 de mayo de 2017]. Disponible en: <https://es.slideshare.net/josue00/codigo-civil-11884375>.

¹⁹ Stephens, L. John, *Incidentes de viaje en Centroamérica, Chiapas y Yucatán*, tomo I, Honduras, Secretaría de Cultura, Artes y Deportes, 2008, p. 7.

²⁰ Nájjar, Alberto, 5 cosas que no sabías de Belice, el país de Centroamérica que tiene como jefa de Estado a la reina Isabel II, *BBC Mundo* [consulta: 2 de octubre de 2017]. Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-41425768>.

²¹ Gobierno de Belice, Criminal Code, 2000 [consulta: 30 de enero de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=68422&p_classification=01.04.

y al igual que todos aquellos países que se encuentran integrados en esta mancomunidad, remite gran parte de su legislación a la que se halle vigente en Reino Unido.

3. AMÉRICA DEL SUR

En esta zona cambia radicalmente el contexto legal entre una nación y otra, ya que, además de la situación geomorfológica, le incide la variedad de países europeos de los cuales se independizaron; por esta razón, esta región colonizada y conquistada por diversos países europeos impregnó su sistema legal, y a la fecha actual son visibles las reminiscencias en sus codificaciones, sobre todo en el orden penal. Por último, otro factor a considerar en la piratería de la zona fue la presencia de la empresa holandesa conocida como Compañía de las Indias Orientales, “cuya finalidad fundamental era desplazar a Portugal del comercio de las especias, por la ruta del Atlántico meridional y hacerle frente a las compañías pequeñas inglesas en el Báltico”,²² lo que tomó a Curazao, Surinam y Aruba como base de operaciones para el sur y el Caribe en América.

En Colombia destaca un antecedente constitucional constante en regulación sobre la piratería, pues desde su Constitución de 1863²³ prevé esta figura en su artículo 17, apartado 14, donde somete al Gobierno General en lo relativo a la legislación y procedimiento judicial del ilícito a estudio; después, en su Constitución de 1886,²⁴ en el artículo 29 (similar a lo que fue en su momento el artículo 22 de la Constitución Mexicana de 1919) establece un catálogo de delitos graves en los cuales incluye la piratería, que se castiga con pena de muerte, pero en su actual Constitución de 1991 ya no expresa nada al respecto, y sólo en su actual Código Penal

²² Polo Acuña, José, Contrabando y pacificación indígena en la frontera colombo-venezolana de la guajira (1750-1820), *Revista de Investigación Científica América Latina en la Historia Económica*, número 24, julio-diciembre 2005, pp. 86-131.

²³ Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, 1863 [consulta: 12 de septiembre de 2017]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2212/12.pdf>.

²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, 1886 [consulta: 8 de agosto de 2017]. Disponible en: <http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/colombia1886.pdf>.

Colombiano,²⁵ en su artículo 173, regula, sin nombrarlo específicamente, una figura que puede asociarse a la piratería, ya que versa sobre el apoderamiento de naves marítimas y aéreas a través de medios violentos, pero sin que se haga referencia sobre alguna intención, como la económica o la política.

Venezuela es una nación que ha tenido nueve constituciones, pero en ninguna se ha plasmado lo relativo a la piratería, sólo en su Código Penal²⁶ hace referencia específica, bajo la tesitura del elemento de la depredación, a embarcaciones o lugares de la costa, mediante una embarcación ajena a la armada de dicho país o de cualquier otro sin patente de corso. Por las características políticas actuales, es de hacerse notar que también considera pirata a quien, a través de los medios comisivos ya citados, se declare en rebelión contra el gobierno; de la misma manera, contempla como tal cuando en actitud hostil se realice una invasión a otro país o provean por cualquier medio buques para guerrear contra una nación con quien haya paz con este país, agravándose las sanciones en el caso de que se exponga a Venezuela a una guerra.

El tinte político se ve en realce por la misma circunstancia de fractura que ha tenido Venezuela, concretamente con su vecino del oeste por su guerrilla; pues bien, podemos “afirmar que Colombia concibe el terrorismo como una pesadilla ocasionada por grupos como la FARC y que esa pesadilla debe ser eliminada por cualquier medio, llámese secuestro de terroristas en suelo extranjero o soborno de autoridades de otras naciones, pues la lucha contra el terrorismo es más importante que el respeto a la soberanía de cualquier Estado”,²⁷ y esta actitud gubernamental no es compartida por el Estado venezolano.

²⁵ Ley 599 de 2000 [consulta: 23 de julio de 2017]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html.

²⁶ Asamblea Legislativa. República de El Salvador [consulta: 4 de septiembre de 2017]. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo%20penal>.

²⁷ Mosquera, Alexander, La confrontación Colombia-Venezuela desde la perspectiva del análisis del discurso, *Laboratorio de Investigaciones Semióticas y Antropológicas*, volumen 22, número 50, agosto 2006, pp. 78-100.

Ecuador, sólo en su Código Penal,²⁸ en el capítulo IX plasma, de los artículos 423 a 427, lo relativo a este delito; destaca que este ilícito se puede realizar tanto en altamar como en los ríos. Esta última consideración quizá se debe a que, en proporción al metro cuadrado, es el país con más ríos en el mundo, y lo sanciona de doce a dieciséis años de prisión. También hace extensiva la descripción delictiva a aquellos que naveguen con más de una patente de corso o sin matrícula u otro documento que les legitime; señala que se les considerarán como piratas aunque no realicen ataque alguno, por lo que puede tenerse como el único país de este subcontinente con un equiparable para el delito a estudio. Sanciona, en este caso, de cuatro a ocho años de prisión, aunque lo anterior resulta en una antinomia, ya que posteriormente se señala que todos los corsarios serán considerados como piratas, por lo que resulta ocioso el hecho de que una embarcación corsaria demuestre su patente con exclusividad a una nación. Asimismo, castiga con doce a dieciséis años de prisión a quien trafique el flete de una embarcación con piratas, ya sea en mar o tierra. Por último, en el artículo 6 de su Código de Policía Marítima²⁹ establece la previsión de que el capitán de puerto debe impedir la piratería que perciba en su vigilancia, aunque no precise cómo.

Argentina, en el artículo 198 de su Código Penal,³⁰ castiga de tres a quince años a quien, ya sea en el mar o en el río, ejecute actos de depredación contra una nave marítima o aérea, o a su tripulación, previendo como causa de justificación la patente de corso. Se distingue este país al equiparar como pirata no sólo al que recurre a los medios violentos, sino también al que emplee el engaño para usurpar la autoridad de la nave, si es que tiene la intención de controlarla, de disponer de sus cosas o de la tripulación; también sanciona cuando se entrega la nave, su cargamento, tripulación o pasaje a piratas, pero exige unidad de propósito delictivo, ya que debe haber acuerdo previo para tal fin. En este sentido, equipara a la

²⁸ *Código Orgánico Integral Penal*, Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 2014 [consulta: 16 de abril de 2017]. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu>.

²⁹ Código de Policía Marítima [consulta: 20 de abril de 2017]. Disponible en: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ecu165922.pdf>.

³⁰ Ley 11.179, *Código Penal de la Nación Argentina* [consulta: 20 de mayo de 2017]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp_nic-int-text-cp.html.

persona que a través de medios violentos se oponga al comandante de la nave a que se repela la agresión contra piratas.

Otra figura inusual es una forma de eliminar la tentativa de este delito, al sancionar a quien equipe una nave con la sola intención de ejercer la piratería. De igual forma, castiga a los que trafiquen en tierra con piratas o les auxilie, siendo al caso con cualquier tipo de aprovisionamiento. En su último cardinal del capitulado, agrava de diez a veinticinco años de prisión en el caso de que, al cometerse cualquiera de las conductas antes mencionadas, se cause la muerte a persona alguna. También tiene una consideración legal en el artículo 412 de la Ley Número 20094/1973,³¹ la cual es relativa a la navegación, donde obliga al asegurador a pagar los daños y perjuicios generados entre otras cosas por las afectaciones que causen los piratas a una embarcación.

Por cuanto hace a Guyana, posee una ley específica denominada Acta de Secuestro y Piratería;³² si bien pareciera que se refiere a dos delitos diversos, en realidad alude en conjunto al robo que se materializa capturando naves. Cabe decir que es el único país que establece un glosario al respecto; en este sentido, describe la conducta como aquel acto de violencia o detención ilegal, así como cualquier depredación cometida por persona alguna que se halle a bordo, incluida la propia tripulación, ya sea que lo cometa en ríos, aguas internas o en el mar territorial, contra una nave, las personas que se hallen en ella o su cargamento; de igual forma, alude un equiparable a quien incite a realizar estas actividades. Respecto a sus sanciones, podemos referir que son bastante severas, puesto que aplica cadena perpetua y una multa de un millón de dólares a quien se apodere de una embarcación, y se agrava a pena de muerte si se comete homicidio a bordo de la embarcación, previendo en este documento el aspecto procesal para el delito a estudio.

Hay países cuya regulación al respecto es muy escueta o casi nula, como Chile, ya que en sus constituciones no se hace mención alguna de

³¹ Ley 20.094, *Ley de Navegación* [consulta: 10 de abril de 2018]. Disponible en: <http://www.saij.gov.ar/20094-nacional-ley-navegacion-Ins0000773-1973-01-15/123456789-0abc-defg-g37-70000scanyel>.

³² Hijacking and piracy, *Laws of Guyana* [consulta: 24 de octubre de 2017]. Disponible en: <http://mola.gov.gy/information/laws-of-guyana?limit=20&limitstart=60>.

EL DELITO DE PIRATERÍA EN CENTROAMÉRICA Y SURAMÉRICA

la piratería, sólo lo hace en su Código Penal,³³ en el artículo 434, pero únicamente señala una sanción que puede ser hasta presidio perpetuo, sin que haga mayor descripción. Por otra parte, en el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales³⁴ se señala la competencia a la jurisdicción chilena para este delito. Respecto a Perú,³⁵ debe decirse que no tiene nada regulado ni mencionado, ello puede deberse a que su salida al mar es en el pacífico y no fue una zona que se caracterizó por ataques piratas; sólo existe la Ley número 28289 de la Lucha contra la Piratería, pero es referente al plagio intelectual y es ajena a esta investigación.

Uruguay, pese a haber sido un país que tuvo mucha actividad judicial respecto a la piratería alrededor del siglo XIX, no hizo mención alguna en sus Constituciones, desde la de 1830 hasta la actual de 1997, ni siquiera en su Código Penal;³⁶ posiblemente ello se debió a que fue de los pocos países del continente que constituyó un tribunal de presas y otorgó patentes de corso que afectaron fuertemente a otras naciones en beneficio de Uruguay, es decir, no le resultaba conveniente sancionar a la piratería. Como dato destacado, se “dio la primera patente de corso registrada en los archivos de esa plaza a Carlos Camusso como armador y a Mordeille como capitán, y le entregó a ese efecto la fragata San Fernando, a la cual Mordeille nombró El Dromedario”;³⁷ fue presentada en 1805 al Tribunal de Presas de Montevideo, y posteriormente en esa misma Corte se dio la adjudicación de las fragatas inglesas Two Sisters, Hind, Sara, Elizabeth y Nelly, capturadas en las costas de África. Actualmente sólo hay dos referencias legislativas en este país que mencionan someramente la piratería:

³³ Código Penal de la República de Chile [consulta: 21 de mayo de 2017]. Disponible en: <http://www.servicioweb.cl/juridico/Codigo%20Penal%20de%20Chile%20libro2.htm>.

³⁴ Ley 7421, *Código Orgánico de Tribunales* [consulta: 20 de octubre de 2017]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>.

³⁵ Ley 28289 [consulta: 22 de enero de 2017]. Disponible en: http://www4.congreso.gob.pe/congresista/2001/edelapuente/leyes/ley_28289.htm.

³⁶ Código Penal Número 9155, Normativa y Avisos Legales del Uruguay [consulta: 23 de septiembre de 2017]. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>.

³⁷ LA GAZETTE. Des Français de l'Amérique Latine et des Caraïbes, [Consulta: 02 de septiembre de 2017] Disponible en: http://grupolagazette.com/all/index.php?option=com_content&view=article&id=514:francois-hippolyte-mordeille&catid=9&Itemid=109.

la Ley Número 16.387 de Buques Mercantes,³⁸ en su artículo 13, y la Ley Número 10.945 de la Marina Mercante; ambas refieren exactamente lo mismo respecto a la cancelación del abanderamiento de una embarcación cuando realice actos de piratería.

En Brasil existe nula presencia legislativa en sus Constituciones³⁹ y en sus leyes secundarias, sólo en su Código Penal⁴⁰ podría tomarse como referencia lo que cita en el capítulo II, sobre los crímenes contra la seguridad de los medios de comunicación, transporte y otros servicios. En su artículo 261 refiere cuando se pone en peligro una nave marítima o aérea, y le impone una sanción de dos a cinco años, agravándose la sanción de cuatro a doce si resulta en destrucción. Este apartado es lo más cercano al ilícito a estudio, aunque no hace mención de algún fin económico o por medio de la depredación, y cita en su último apartado que se aplicará una multa cuando busca obtener beneficios financieros, pero esto alude primordialmente a cuestiones de estafa o ventaja por competencia desleal. El único cuerpo normativo del cual se tiene referencia histórica en Brasil es la Ley Euzebio De Queiroz,⁴¹ la cual surgió en el segundo reinado y fue aprobada el 4 de septiembre de 1850 con fines abolicionistas, pues consideraba piratas a los traficantes de esclavos.

Aruba, Curazao, San Martín, Surinam “y tres entidades públicas asociadas a los Países Bajos: Bonaire, San Eustaquio y Saba, estas islas están en términos de legislación y funcionamiento práctico, al igual que los municipios holandeses,⁴² por lo que su legislación es remitida al que fuere su país colonizador. Sin embargo, sobresalen Curazao y Surinam; el pri-

³⁸ Poder Legislativo. República Oriental del Uruguay, [Consulta: 12 de septiembre de 2017] Disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4997466.htm>.

³⁹ Baleeiro, Aliomar, *Constituições Brasileiras, volume II*, 3ª ed., Brasil, Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012[1891], p. 80.

⁴⁰ Código Penal Brasil [consulta: 23 de octubre de 2017]. Disponible en: <https://biblioteca.cejamerica.org/handle/2015/4177>.

⁴¹ COORDENAÇÃO-GENERAL DE GESTÃO DE DOCUMENTOS. Memória de administração Pública Brasileira, Lei Euzebio de Queiroz, [Consulta: 12 de junio de 2017] Disponible en: <http://linux.an.gov.br/mapa/?p=8210>.

⁴² Jansen, Oswald, *Update: Researching Dutch Law* [consulta: 3 de octubre de 2017]. Disponible en: <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Netherlands1.html>.

mero “se convirtió en un centro importante para el comercio clandestino de Holanda en el Caribe, sobre todo después del fracaso de la compañía de las Indias Occidentales en Brasil”;⁴³ el segundo es de especial mención, pues Surinam, aun cuando es de los países que cuentan con menor superficie, es el que tiene la mayor regulación respecto a la piratería en su Código Penal.⁴⁴ Así pues, vemos en el capítulo de delitos marinos, que del artículo 444 al 479 se establece una sanción con hasta doce años de prisión al comandante de un barco del cual se tenga la intención de salir al mar para violentar otras naves, bienes o a quienes las aborden, sin que cuenten con la patente de corso respectiva. La pena se atenúa con una pena de prisión de hasta nueve años para los miembros de la tripulación mientras tengan conocimiento de las intenciones del comandante de la nave pirata.

Hace también una referencia respecto a la piratería aérea, y menciona que se entenderá todo lo relativo al mar abierto extendido al espacio aéreo que esté por encima; si bien aparentemente aplicaría un tecnicismo en el supuesto de realizar actos predatorios en una aeronave que aún no haya despegado o que se encuentre sobrevolando tierra, debe resaltarse que la legislación de este país prevé que se deben hacer las analogías en la praxis bajo el principio *mutatis mutandis*, es decir, en atención a lo legislado y en relación con los ataques a las aeronaves, se debe cambiar lo necesario para que haya una aplicación jurídica al respecto. Esta legislación agrava la sanción con prisión que no será superior a quince años de prisión para aquellos piratas que perpetren homicidio, así como al capitán aun cuando no haya participado directamente. En términos de participación, sanciona con prisión que no excederá de doce años a quien provea de suministros a una nave pirata; en el mismo sentido, sanciona hasta con ocho años de prisión a quien, sin ser miembro de la tripulación de una nave pirata, trabaje directa o indirectamente por cualquier medio para los piratas, en el entendido de que debe haber conocimiento previo de las intenciones delictivas.

⁴³ Acuña, José Polo, Contrabando y pacificación indígena en la frontera colombo-venezolana de la Guajira (1750-1820), *Revista América Latina en la Historia Económica*, número 24, 2005, pp. 96-131.

⁴⁴ Wetboek van Strafrecht voor Suriname (G.B. 1911 no. 1) [consulta: 6 de febrero de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=102212&p_classification=01.04.

En relación con los ataques piratas perpetrados a las aeronaves, exige plurisubjetividad de dos o más activos, y no exige necesariamente resultado material, ya que sanciona cuando se perpetre el ataque con la intención de robar o privar de la libertad a los pasajeros, incrementado la punición en caso de que haya muerte. También se castiga cuando se agrede a una persona, y esto genera riesgo a la aeronave, agravándose la sanción en caso de que muera el agredido. Este apartado resulta más acorde al terrorismo, ya que excluye de la consideración al colectivo y el patrimonio. Se sostiene lo anterior ya que también sanciona hasta con cuatro años de prisión a quien transmita información errónea intencionalmente y esto cause un riesgo, sin que se haga mención de beneficio económico alguno, siendo aplicable, por ejemplo, a los miembros de la torre de control, e incluso al autor de una llamada de peligro falsa. Contempla también como pirata a quien, siendo ciudadano de este país, acepte una patente de corso sin contar con la autorización del gobierno surinamés, tanto al comandante como a los miembros de su tripulación. Este punto tiene la agravante para los tripulantes de que, una vez sabida la falta de concesión de la patente corso, permanezcan en la embarcación.

Hay otras figuras que están enmarcadas como piratería, pero no demandan actos predatorios o fines necesariamente económicos: con la rapiña, el amotinamiento o la asonada, el contrabando, la desertión y la insubordinación; de estos, la característica es que sea sobre embarcaciones pero sin que necesariamente se violenten o busquen dilapidación económica en su actuar. Incluso hay apartados en los que se agregan sanciones pero del orden estrictamente de la navegación, como el sancionar al capitán que abandone su embarcación, que realice un acto traslativo de dominio de la nave o la carga sin ser el propietario, llegando al extremo de sancionar en este apartado al que sin derecho haga ondear la bandera de Surinam en una embarcación que no pertenezca a esta nación.

Por último, Paraguay y Bolivia son países que tampoco regularon algo en su legislación, posiblemente por no tener litoral, pero tampoco normaron algo respecto a los ataques a las aeronaves.

4. CONCLUSIONES

Los países centroamericanos no regulan el tema en su Carta Magna pero sí en sus códigos penales de forma nominal, y son los únicos patrones legislativos presentes, porque incluso en sus premisas son dispares algunas, sobre todo en la principal, que es la depredación. Situación similar se presenta con las patentes de corso, que son la causa de justificación consistente en el ejercicio de un derecho, que es propia y exclusiva del delito de piratería, porque la figura de los corsarios no está delimitada en todas las codificaciones penales. Podría decirse que las figuras comunes de la piratería, en materia penal y mercantil, se producen por el movimiento insurgente que transitaron simultáneamente en 1821 casi en su totalidad, a excepción de Belice, puesto que este país estuvo bajo dominio británico, y en su legislación se aprecia una discrepancia muy considerable.

Al tenor de lo anterior, en Sudamérica se visualizó que los países independizados de España lo hicieron todos en 1810, y son los que comparten figuras similares en el área penal. En esta zona hay países que se insurreccionaron de los imperios portugués, holandés y del británico, lo que hace reflejar una divergencia en sus codificaciones. También véase que, a excepción de Colombia, ningún país contempla la figura constitucionalmente, y solo algunas la consideran penalmente, excepto Colombia curiosamente. La piratería es una actividad que no se tipifica mayoritariamente, resultado de las disparidades sociales principalmente y, en menor medida, por la ubicación geográfica de cada una. También cabe concluir que en ambos subcontinentes los países con mayor influencia estadounidense (Colombia y Costa Rica) fueron los únicos emancipados de España en imponer la pena de muerte a los piratas.

5. REFERENCIAS

Constitución Política de la República de Colombia, 1886 [consulta: 8 de agosto de 2017]. Disponible en: <http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/colombia1886.pdf>.

Asamblea Legislativa de El Salvador. Centro de documentación legislativa. Código Penal [Consulta: 12 de mayo 2017] Disponible en: ht-

- [tps://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/busca-dor-de-documentos-legislativos/codigo%20penal](https://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/busca-dor-de-documentos-legislativos/codigo%20penal).
- Baleeiro, Aliomar, *Constituições Brasileiras, volume II*, 3ª ed., Brasil, Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012[1891].
- BBC Mundo. Noticias. 5 Cosas Que No Sabías de Belice [Consulta: 02 de octubre de 2017] Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-41425768>.
- Cámara Marítima de Panamá. Regulaciones. Leyes. [Consulta: 04 de mayo de 2017] Disponible en: http://www.camaramaritima.org.pa/?page_id=2263.
- Código Penal Brasil [consulta: 23 de octubre de 2017]. Disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4177>.
- Código Penal de Costa Rica: Ley 4573 [consulta: 25 de agosto de 2017]. Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4181>.
- Coordenação-General de Gestão de Documentos. Memória de administração Pública Brasileria. Lei Euzebio de Queiroz, [Consulta: 12 de junio de 2017] Disponible en: <http://linux.an.gov.br/mapa/?p=8210>
- Tribunal Superior de Cuentas, Ley Orgánica de la Marina Mercante, Decreto Número 167-94 [consulta: 4 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.tsc.gov.hk/biblioteca/index.php/leyes/19-ley-orgánica-de-la-marina-mercante>.
- Travel2 LATAM, Chile, Costa Rica, Uruguay y Argentina encabezan Índice de Progreso Social [consulta: 27 de agosto de 2017]. Disponible en: http://travel2latam.com/nota/6588/chile_costa_rica_uruguay_y_argentina_encabezan_indice_de_progreso_social/.
- Ley 28289 [consulta: 22 de enero de 2017]. Disponible en: http://www4.congreso.gob.pe/congresista/2001/edelapuenta/leyes/ley_28289.htm.
- Ley N° 57-Ley General de Marina Mercante [consulta: 4 de mayo de 2017]. Disponible en: <https://www.ecolex.org/details/legislation/ley-no-57-ley-general-de-marina-mercante-lex-faoc086619/>.
- Gutiérrez, Saxe Miguel, Avances y desafíos de la democracia en Costa Rica, *Revista Derecho Electoral*, número 19, enero-junio 2015.
- HAUSER GLOBAL LAW SCHOOL PROGRAM. Global Lex. Researching Dutch Law. [Consulta: 03 de octubre de 2017] Disponible en: <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Netherlands1.html>

EL DELITO DE PIRATERÍA EN CENTROAMÉRICA Y SURAMÉRICA

- Código Penal Número 9155, Normativa y Avisos Legales del Uruguay [consulta: 23 de septiembre de 2017]. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>.
- Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Centro de Documentación Judicial, Código Civil [consulta: 12 de mayo de 2017]. Disponible en: <https://es.slideshare.net/josue00/codigo-civil-11884375>.
- Gobierno de Belice, Criminal Code, 2000 [consulta: 30 de enero de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=68422&p_classification=01.04.
- Wetboek van Strafrecht voor Suriname (G.B. 1911 no. 1) [consulta: 6 de febrero de 2017]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=102212&p_classification=01.04.
- LA GAZETTE. Des Français de l'Amérique Latine et des Caraïbes, [Consulta: 02 de septiembre de 2017] Disponible en: http://grupolagazette.com/al/index.php?option=com_content&view=article&id=514:francois-hippolyte-mordeille&catid=9&Itemid=109.
- Mosquera, Alexander, La confrontación Colombia-Venezuela desde la perspectiva del análisis del discurso, *Laboratorio de Investigaciones Semióticas y Antropológicas*, volumen 22, número 50, agosto 2006, pp. 78-100.
- Muñoz, Guillén Mercedes, Democracia y Guerra Fría en Costa Rica, *Diálogos. Revista Electrónica de Historia*, volumen 9, número 2, agosto 2008-febrero 2009, p. 167.
- Normas Básicas de Derecho Público, Código de Comercio, Ley 3284.30 [consulta: 30 de agosto 2017]. Disponible en: <http://www.cesdepu.com/leyes/3284.30-Abr-1964.htm>.
- Normas Jurídicas de Nicaragua, *Código de Comercio de Nicaragua* [consulta: 26 de abril de 2017]. Disponible en: [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/%28\\$All%29/D0B698C7B047DB-6306257863007BB996?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/%28$All%29/D0B698C7B047DB-6306257863007BB996?OpenDocument).
- Ley 11.179, *Código Penal de la Nación Argentina* [consulta: 20 de mayo de 2017]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp_nic-int-text-cp.html.
- Poder Judicial, *Códigos* [consulta: 4 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Paginas/Codigos.aspx..>
- Polo Acuña, José, Contrabando y pacificación indígena en la frontera colombo-venezolana de la guajira (1750-1820), *Revista de Investiga-*

- ción Científica América Latina en la Historia Económica*, número 24, julio-diciembre 2005, pp. 86-131.
- Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal de Extradición, Código Penal de la República de Nicaragua [consulta: 23 de abril de 2017]. Disponible en: <http://web.oas.org/mla/es/paginas/countries.aspx?ISO=NIC>.
- Rojas, Fonseca Carolina, Injerencia de Estados Unidos en Latinoamérica, *Revista Acta Académica*, número 53, 2013, p. 237.
- Ley 599 de 2000 [consulta: 23 de julio de 2017]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html.
- Código Penal de la República de Chile [consulta: 21 de mayo de 2017]. Disponible en: <http://www.servicioweb.cl/juridico/Codigo%20Penal%20de%20Chile%20libro2.htm>.
- Stephens, L. John, *Incidentes de viaje en Centroamérica, Chiapas y Yucatán*, tomo I, Honduras, Secretaría de Cultura, Artes y Deportes, 2008, p. 7.
- United Nations. Departamentos, [consulta: 16 de marzo de 2017] Disponible en: www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/.../GTM_codigo_penal.
- United Nations Public Administration Network. Documents. Panama, [Consulta 12 de marzo de 2018] Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan030696.pdf>.
- Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, 1863 [consulta: 12 de septiembre de 2017]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2212/12.pdf>.
- Agencia EFE, Panamá debe estudiar vía por Darién que permita globalización, dicen expertos, *W Radio*, 28 de julio de 2015 [consulta: 3 de octubre de 2017]. Disponible en: <http://www.wradio.com.co/noticias/internacional/panama-debe-estudiar-via-por-darién-que-permita-globalización-dicen-expertos/20150728/nota/2871712.aspx>.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto del Congreso Número 2-70 [consulta: 12 de julio de 2017]. Disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/gt/gt010es>.

La seguridad en cuestión. Transformaciones en la cuestión securitaria como problema público. Córdoba, 2015-2017*

Security in question. Transformations in the security issue as a public problem. Córdoba, 2015-2017

SUSANA MARÍA MORALES*

RESUMEN

Este artículo aborda la construcción de la seguridad como problema público, a partir del caso de la provincia de Córdoba entre los años 2015 y 2017. Para ello, se ha desarrollado una estrategia metodológica que articula distintas técnicas de recolección de datos: análisis documental, entrevistas en profundidad y observación participante. Como resultado, proponemos un análisis de las transformaciones en la definición de la cuestión de la seguridad en la provincia, a partir del análisis de la intervención estatal, mediática y de algunos actores territoriales relevantes. Entendemos que la originalidad de este artículo se vincula tanto con el caso —una política que va sistemáticamente a trasmano de políticas nacionales a nivel de seguridad— como con el tipo de abordaje desarrollado. Entre los hallazgos destaca reconocer cómo para distintos actores sociales un discurso que se presenta como más inclusivo y que se asocia con políticas preventivas y de acercamiento a la comunidad se vive como una búsqueda por redefinir la presencia estatal a partir de una mayor securitización de todas sus políticas territoriales.

Palabras clave: *políticas de seguridad, políticas preventivas, policía de proximidad.*

ABSTRACT

This article addresses the construction of security as a public problem, based on the case of the province of Córdoba between the years 2015 and 2017. For this, a methodological strategy has been developed that articulates different data collection techniques: documentary analysis, in-depth interviews and participant observation. As a result, we propose an analysis of the transformations in the definition of the issue of security in the province, based on the analysis of state intervention, media and some relevant territorial actors. We understand that the originality of this article is linked both to the case —a policy that systematically goes beyond national policies at the security level— and to the type of approach developed. Among the findings, it is important to recognize how for different social actors a discourse that is presented as more inclusive and associated with preventive policies and outreach to the community is experienced as a search to redefine the state presence from a greater securitization of all its territorial policies.

Key words: security policies, preventive policies, proximity police.

* Artículo de investigación recibido el 19-04-2019 y aceptado el 02-08-2019.

** Investigadora en la Universidad Nacional de Córdoba. Contacto: susanamoralesar@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-0491-1920>

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Metodología / 3. La cuestión securitaria como campo de disputas / 4. Transformaciones en materia de políticas públicas / 5. Transformaciones normativas / 6. La construcción mediática de la seguridad / 7. La percepción de actores territoriales / 8. A modo de cierre / 9. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo vamos a abordar un conjunto de transformaciones en la definición de la seguridad como problema público en la provincia de Córdoba entre 2015 y 2017. En Argentina, la seguridad es una responsabilidad concurrente entre el estado nacional y las provincias, por lo cual la configuración local de los problemas asume particularidades a lo largo de todo el territorio nacional. Las fuerzas de seguridad provinciales son las que adquieren mayor protagonismo —sobre todo fuera de la capital federal, donde hay mayor intervención de fuerzas nacionales— y las políticas locales se articulan de manera disímil con las políticas nacionales.

En particular, la conformación local de la cuestión securitaria se viene realizando a contramano de las políticas nacionales, mientras que a nivel nacional, a fines del 2010, se abrió un nuevo período con la creación del Ministerio de Seguridad de la Nación, orientado a políticas multi-agenciales que integraron distintos niveles del Estado, en el que se plasmaron medidas tendientes a ejercer el control político de las fuerzas de seguridad y una reducción y regulación del empleo de la violencia.¹ En el mismo periodo, en la provincia de Córdoba se profundiza la autonomía policial en el gobierno de la seguridad, con una sistemática oposición a las políticas nacionales de regulación de la fuerzas de seguridad tanto en lo discursivo como en medidas concretas.²

¹ Plaza Schaeffer, Morales y Brocca, La política de seguridad de Cambiemos: continuidades, rupturas y la legitimación política de la violencia policial, en Nazareno, Segura y Vázquez (eds.), *Pasaron cosas: política y políticas públicas en el gobierno de Cambiemos*. Brujas (UNC), 2019.

² Por ejemplo, la no adhesión al protocolo de actuación de las fuerzas de seguridad nacionales y provinciales frente a la protesta social, que incluía la no tenencia de armas

La política de seguridad provincial, luego de un proceso post-dictatorial, se inscribe en un campo de disputa de campos policiales y no policiales,³ en el que se consolida un desplazamiento de los segundos.⁴ La arquitectura institucional y política, caracterizada por la fuerte centralidad del componente policial en la política de seguridad, se profundiza en el período 2000-2015:⁵ se trata de un periodo en el que se reforzó una organización policial centralizada, jerárquica, con ascensos controlados por las cúpulas policiales y con lógicas basadas en la cadena de mandos.⁶

El aumento en el presupuesto en el área de seguridad se tradujo en un incremento de personal policial que, sumado a la intensidad de los patrullaje, implicó cambios en la ocupación del territorio urbano, caracterizado por el uso abusivo de la facultad de detención contravencional y prácticas de hostigamiento policial a jóvenes de sectores populares.⁷

Esta etapa terminó en 2013, cuando se abrió un período de crisis en la política de seguridad que se desató por denuncias —primero, mediáticas; y luego, en sede judicial— de participación de altos mandos policiales en el narcotráfico. En pocos meses, se produjo la renuncia del ministro Alejo

de fuego en estos casos ni se crearon cuerpos policiales *comunitarios* o *barriales*.

³ Hathazy, Paul, La (re)militarización policial en la Argentina post-crisis: entre intereses organizacionales e instrumentalización política en los campos policiales, *Dilemas: Revista de Estudios de Conflicto e Controle Social*, volumen 9, 2016, pp. 181-213.

⁴ El dato que condensa esta afirmación es la designación como ministro de seguridad a quien se venía desempeñando como jefe de policía en la tercera gestión del gobernador de la Sota, crio. Alejo Paredes, quien se desempeñó en el cargo en el período 2012-2013, pero renunció en el marco de una crisis institucional provocada por denuncias periodísticas e investigaciones judiciales sobre participación de altos mandos policiales en las redes del narcotráfico.

⁵ Hathazy, Paul, *Juego político nacional y políticas provinciales: un análisis multiescalar de la emergencia y reconfiguración de la política de seguridad en Córdoba, Argentina (1984-1999)*, en prensa; Morales, Susana y Plaza Schaefer, Valeria, Seguridad y democracia: tensiones de origen. Aportes al análisis de la política de seguridad en la provincia de Córdoba, en *Revista Estudio, Centro de Estudios Avanzados, Córdoba*, número 29, pp. 61-84; Carbajo, Mariana, *La educación policial y el gobierno de la seguridad en la provincia de Córdoba. Reformas en la formación policial, policialización de las políticas de seguridad y modelo tradicional de policía (2003-2013)*, tesis magister en Ciencias Sociales, Fac. CC. SS, UNC, Córdoba, inédita, 2016.

⁶ Carbajo, Mariana, *op. cit.*

⁷ Bologna, Eduardo; Gomez, Pablo; Morales, Susana y Plaza Schaefer, Valeria, El derecho a la ciudad en cuestión: segregación residencial y experiencias de circulación de jóvenes en la ciudad de Córdoba, Argentina, *Revista Quid* 16, número 6 (especial), noviembre 2016-octubre 2017, pp. 125-145; Plaza Schaefer, Valeria, *op. cit.*

Paredes (ex jefe de policía) y asumió Alejandra Monteoliva, con un perfil técnico construido por fuera de la carrera al interior de la fuerza. Junto a una nueva cúpula policial y la reestructuración del ejecutivo vinculado al área, se abrió un breve período, caracterizado por denuncias cruzadas y conflictos entre distintas facciones estatales ligadas a la cuestión. Estas disputas, articuladas con la profundización del malestar frente al descrédito de la fuerza, generaron las condiciones para la agudización del conflicto que desencadenó en la crisis institucional más importante en la provincia desde el retorno de la democracia: el auto-acuartelamiento policial del 3 y 4 de diciembre del 2013, conflicto que termina con el reciente esquema ministerial y policial.

El gobernador De la Sota nombró como jefe de policía al comisario Julio César Suárez, que se venía desempeñando en la policía caminera.⁸ La estrategia de reconstrucción de confianza con la sociedad empleada a partir de ese momento fue el despliegue y profundización de prácticas represivas: aumento de controles vehiculares y de identidad, la implementación de corralitos⁹ y *razzias*, y en general, un incremento de una imagen de policía dura y omnipresente en la ciudad.

Frente a ello, el período que inició en diciembre de 2015 comenzó a marcar una serie de cambios, primero discursivos y luego, de políticas concretas. Desde el inicio de su gestión, el gobernador Schiaretti —continuidad del oficialismo local— modificó sustancialmente el diagnóstico sobre la problemática de la seguridad e implementó medidas que apelaban a un paradigma preventivo de la seguridad. Junto con ello, hubo

⁸ Julio César Suarez fue designado el 9 de diciembre del 2013 y duró en sus funciones hasta el cambio de gestión, el 10 de diciembre del 2015. Se trató de uno de los jefes policiales más polémicos que se desempeñaron a partir del regreso a la democracia, con fuerte presencia mediática y que se mantuvo en el cargo pese a diferentes procesos judiciales por los que atravesó, como el caso de la imputación realizada por coacción a un periodista, Dante Leguizamón, por el que fue finalmente condenado, y los escándalos en los que se vio envuelto, como la investigación periodística que dejó en evidencia el robo de las 67 pistolas que desaparecieron del depósito de la división Armamentos, que funciona en la planta baja de la Jefatura y que aparecieron vinculadas a hechos delictivos.

⁹ Los denominados corralitos consistían en la improvisación de vallados en los que se exhibía a los detenidos en las *razzias* en distintos barrios, como criterio de eficacia de los operativos.

cambios en la estructura del poder ejecutivo, vinculados al área, a la normativa y a modificaciones legislativas.

Una vez más, este proceso se dio a contramano de la política nacional, ya que con el cambio de gestión presidencial apareció de manera excluyente la apelación a la represión como única estrategia posible frente a los problemas de inseguridad.

2. METODOLOGÍA

Frente a estas transformaciones, nos interesaba dar cuenta de la complejidad del proceso al que asistimos, por lo cual realizamos un abordaje teórico metodológico a partir del cual poder reconocer la particularidad de las distintas perspectivas e intervenciones que se ponen en juego públicamente en la redefinición de la cuestión de la seguridad.

Para reconocer las transformaciones a nivel normativo, se relevaron leyes, resoluciones y documentos que ordenaron las distintas iniciativas vinculadas a la cuestión de la seguridad en Córdoba desde diciembre de 2015. Entre otras, se analizaron las modificaciones a la ley de seguridad y las resoluciones de creación de la policía barrial y del plan de seguridad.

Luego, se analizaron intervenciones públicas en las que actores de distintos poderes del Estado se posicionaron frente a la cuestión securitaria en el período abordado; para ello, se relevaron las intervenciones del gobernador electo, de los ministros y secretarios afectados al área de seguridad, y de los legisladores en los debates de leyes vinculadas a la temática que nos interesa —centralmente, la modificación del código contravenacional y de la ley de seguridad—.

Por otro lado, se analizó el modo en que los medios locales trataron las transformaciones de la política de seguridad, para lo cual se relevó en la prensa local y nacional la información referida a políticas de seguridad en Córdoba, considerando el marco más amplio de discursos en torno a la problemática securitaria.

Finalmente, se elaboró un estudio de caso en el que se realizaron observaciones participantes en los consejos nariales de algunas zonas de la ciudad y entrevistas en profundidad, de carácter semiestructurado. La estrategia para trabajar sobre el modo en que estas transformaciones son experimentadas por la ciudadanía fue doble; por un lado, trabajamos con

referentes territoriales (culturales, institucionales y políticos) vinculados a un cuadrante específico en el que está implementada la policía barrial y en el que el proceso del consejos barriales tiene cierto desarrollo; por el otro, trabajamos con referentes de trabajo con jóvenes que desarrollan sus actividades en distintas zonas de la ciudad y que pueden realizar algunas comparaciones en función de los territorios en los que trabajan. De los actores entrevistados, la perspectiva de los jóvenes es relevante porque desde hace más de 12 años son las organizaciones de jóvenes las que generan los cuestionamientos más importantes a la política de seguridad, haciendo públicas las implicancias del control policial territorial.

Las dimensiones que se abordaron en el corpus que señalamos se vinculan con las transformaciones operativas en el despliegue de políticas de seguridad, así como de reconocimiento y valoraciones sobre estas transformaciones; se analizó cuál es el diagnóstico de la problemática de la seguridad en relación con los conflictos que aborda, los actores responsables, las prácticas, las representación del lugar del Estado para intervenir sobre la cuestión, así como los indicadores que construyen para dar cuenta de la intervención estatal en materia de seguridad. La construcción de estas dimensiones es el resultado de un proceso teórico metodológico que se presenta en el apartado siguiente, que nos permitió indagar tanto las intervenciones de distintos actores, sus malestares y experiencias como las tensiones intraestatales.

Si bien cada una de las perspectivas que presentamos puede ser desarrollada de manera más amplia, ya que contienen una riqueza intrínseca, entendemos que una presentación general de cada una de ellas nos permite reconstruir el modo en que se configuran públicamente la cuestión securitaria, la respuesta estatal frente a la crisis de la política de seguridad y las distintas experiencias sociales en pugna.

3. LA CUESTIÓN SECURITARIA COMO CAMPO DE DISPUTAS

Para abordar la complejidad de las transformaciones de la cuestión securitaria en Córdoba recurrimos a la sociología de los problemas públicos;¹⁰

¹⁰ Gusfield, Joseph, *La cultura de los problemas públicos. El mito del conductor alcoholizado versus la sociedad inocente*, Siglo XXI, 2014.

de este modo, podíamos evitar las propuestas normativas, las taxonomías y las clasificaciones: la definición del problema, en este marco, resulta de la acción de diferentes actores e implica a la acción estatal misma con sus diferentes tensiones y prácticas previas de abordaje, culturas institucionales y cargas valorativas.¹¹

A su vez, permite escapar de una perspectiva que aborde las políticas en un sentido de coherencia y respuesta a un diagnóstico determinado, en tanto éste podría existir a veces de manera implícita o ser formulado junto con la definición de la política en cuestión. “En pocas palabras, no presuponemos una relación de necesidad y de articulación práctica entre definición del problema y medidas puesta en marcha”.¹² La definición misma de un diagnóstico supone tensiones y disputas.

Esta perspectiva, entonces, permite dar cuenta de que la definición del problema contiene experiencias sociales, malestares colectivos y eventos estructurales¹³ en cuyos contextos y procesos similares habilitan diferentes definiciones y propuestas, e incluso definiciones diferentes del problema que habilitan respuestas similares. En palabras de Kessler y Ohandy, “no cualquier definición sería factible en cada contexto, pero al mismo tiempo, un mismo contexto aceptaría definiciones de la situación muy distintas a las prevaletentes”.¹⁴ De este modo, se articula una perspectiva constructivista con una pragmática que incorpora la dimensión de la historicidad propia de cada uno de los procesos de los problemas, mientras se reconoce también el modo en que los investigadores sociales también somos parte de las disputas en torno a su definición del problema.

Por otro lado, hicimos un recorrido por los abordajes sobre políticas de seguridad que nos permitiera comprender en qué campo de disputa se inscriben las transformaciones que analizamos; para ello, sistematizamos

¹¹ Cefai, Daniel, Investigar los problemas públicos: con y más allá de Joseph Gusfield, Gusfield, J., *La cultura de los problemas públicos*, Siglo XXI, 2014.

¹² Kessler, Gabriel y Ohandy, Ángela, Introducción, *Revista Cuestiones de Sociología*, número 10, 2014, pp. 2-13.

¹³ Cefai, Daniel, *op. cit.*

¹⁴ Kessler, Gabriel y Ohandy, Ángela, *op. cit.*, p. 4.

los abordajes sobre políticas de seguridad preventivas,¹⁵ multiagenciales¹⁶ y de tipo comunitaria,¹⁷ así como los abordajes sobre policía de proximidad.¹⁸ De este modo, este tipo de sistematización teórica nos permitió complejizar el abordaje sobre el modo en que distintos actores —aunque especialmente el Estado provincial— intervienen en la redefinición de la cuestión de la seguridad como problema público.

4. LOS CAMBIOS EN MATERIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Frente a la crisis del modelo de gestión securitaria que señalamos, la principal respuesta a nivel estatal es una profunda transformación en materia de política pública: la creación, a fines de 2015, del Plan Integral de Seguridad Ciudadana y Prevención del Delito - Córdoba se Encuentra, que tiene como objeto la prevención integral del delito y la violencia en distintas dimensiones, como la implementación de programas de prevención social y situacional, el desarrollo urbano y la implantación de un modelo policial de proximidad. Este plan (Resolución número 674 del Ministerio de Gobierno de la Provincia de Córdoba) cuenta con tres

¹⁵Carrión, Fernando; Pontón, Carlos y Armijos, Benjamin, *Estrategias y experiencias de seguridad ciudadana*, Quito, La Pradera, 2009; Greene, Jack, La policía de proximidad en Estados Unidos: cambios en la naturaleza, estructura y funciones de la policía, en Barberet, Rosemary y Barquín, Jesús (eds.), *Justicia penal. Siglo XXI. Una selección de criminal justice*, Granada, US Department of Justice, 2006; Dammert, Lucía, Políticas públicas de seguridad ciudadana: innovaciones y desafíos, en Kessler, G. (comp.), *Seguridad y ciudadanía: nuevos paradigmas, reforma policial y políticas innovadoras*, Buenos Aires, Edhasa, 2009, pp. 119-141; Sozzo, Máximo, Seguridad urbana y tácticas de prevención del delito, en Dammert, Lucía (comp.), *Seguridad ciudadana: experiencias y desafíos*, Valparaíso, Municipalidad Red 14 Seguridad Ciudadana, 2000, pp. 113-139.

¹⁶ Font, Enrique; Ales, Cecilia y Schillagi, Carolina, Intervención multiagencial para el abordaje del delito en el ámbito local, *Cuadernos de Seguridad número 7-8*, 2008.

¹⁷ Sozzo, Máximo, *op. cit.*, pp. 113-139; Ceirano, Virginia; Sarmiento, Julio y Segura, Ramiro, La prevención situacional y la prevención social del delito en las políticas de seguridad. el caso de los foros vecinales de seguridad de la provincia de Buenos Aires, *XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología*, 2009. Disponible en https://scholar.google.com.ar/scholar?hl=es&as_sdt=0,5&cluster=1655853660885986739.

¹⁸ Frederic, Sabina, *Policiamiento de proximidad y segregación social: tensiones en la moralización de la seguridad pública en gendarmería y la policía local*, 2017. Disponible en: <http://subidadelinea.com/2017/08/policiamiento-de-proximidad-segregacion-social-y-encarcelamiento-derroteros-en-la-moralizacion-de-la-seguridad-publica/>.

componentes: la creación de la policía barrial, los consejos barriales y el observatorio del delito.

El programa de policía barrial se configura apelando al paradigma preventivo de la seguridad desde un enfoque epidemiológico, partiendo del supuesto de que la seguridad ciudadana no se reduce a la reducción de los índices de delito y violencia, sino que implica generar estrategias ligadas a la mejora en la calidad de vida de la población. El diagnóstico sobre el cual se diseña el programa supone que la urbanización acelerada y las limitaciones que genera para el acceso a derechos, junto con la desigualdad social, la desconfianza en las instituciones de seguridad y el quiebre de lazos sociales —expresado en el consumo de drogas y uso extendido de armas de fuego—, con el consiguiente sentimiento de inseguridad, son la base sobre la cual se articulan la criminalidad y la violencia. En este sentido, aparece una búsqueda de diferenciación y respuesta frente a la punitividad que caracterizó al último período

La implementación del programa se realiza a partir de la subdivisión de la ciudad en cuadrantes definidos por los niveles de vulnerabilidad social, lo que supone un despliegue distinto a la división tradicional de comisarías, que organiza a las demás divisiones de la policía de Córdoba.

Otro aspecto a resaltar es que las tareas de la policía barrial están protocolizadas para la gestión de información y diseño de actividades diarias, con un tipo de patrullaje específico en el que se espera que las fuerzas de seguridad medien en conflictos. Su intervención reactiva se realiza sólo en casos de flagrancia, y articula con el consejo barrial y con distintos actores estatales para derivar situaciones y problemáticas específicas al gabinete interministerial.

Finalmente, cabe destacar que los efectivos de la policía barrial contaron con un régimen laboral diferente al resto del personal de la misma fuerza: deberían estar exclusivamente afectados a la realización de estrategias preventivas de proximidad con horarios acotados de trabajo en turnos de entre siete y ocho horas diarias, y no pueden ser afectados por otro tipo de actividad.

El despliegue territorial de la policía barrial va acompañado de la implementación de consejos barriales, integrados referentes territoriales del cuadrante. En estos consejos es donde se visualiza más claramente el carácter multiagencial del programa, ya que es allí donde se canalizan los

programas preventivos del equipo interministerial y la relación con las unidades judiciales.

El tercer componente de este plan es el observatorio del delito, destinado a producir información propia que permita tomar decisiones de manera estratégica, así como evaluar el proceso. De este modo, es posible reconocer en la normativa los intentos por construir una perspectiva preventiva, ligada a la multiagencialidad, la apelación a la comunidad y la actividad policial de cercanía en un territorio determinado. Toda esta nueva configuración discursiva, normativa y operativa aparece como un modo de respuesta frente a la crisis anterior, reconfigurando la concepción misma de lo que se supone que son los conflictos securitarios y las lógicas con que se les aborda. Si bien las fuerzas de seguridad continúan en el centro de la escena, aparecen nuevos actores: los consejos barriales están desplegados desde el Ministerio de Desarrollo Social. Aquí, en esta lógica multiagencial aparecen tensiones entre distintas áreas estatales respecto de la conducción del proceso, que tienden a resolverse reforzando la lógica policial. También aparecen tensiones al interior de la misma fuerza de seguridad, por ejemplo, por cuestiones de regímenes laborales, pero sobre todo porque se cuestiona el trabajo más ligado a la escucha de vecinos y reconocimiento de situaciones de vulnerabilidad social como parte del trabajo específicamente policial.

5. LAS MODIFICACIONES NORMATIVAS

En el periodo analizado aparecen dos transformaciones legislativas de importancia. En primer lugar, la modificación de la normativa contravencional en diciembre de 2015, cuestión central en el debate público cordobés por la centralidad que ocupó en el tipo de despliegue territorial de las fuerzas de seguridad. La ley número 10.326, denominada Código Convivencia Ciudadana, incorpora algunos avances en relación con el anterior Código de Faltas (Ley 8431 y sus modificatorias), aunque no logra subsanar la inconstitucionalidad denunciada por numerosas organizaciones, instituciones y especialistas, toda vez que las figuras continúan siendo figuras vagas y ambiguas, y posibilitan la arbitrariedad policial a la hora de decidir la detención.

Entre las reformas más significativas se encuentra la derogación de algunas figuras, como la *prostitución escandalosa*; la incorporación de

otras, como la de *tocamientos indecorosos*; y la modificación de otras, como la de *merodeo*, que se transformó en *actitud sospechosa* para zonas urbanas y *merodeo rural*. Además, se introdujeron algunas modificaciones al procedimiento contravencional: el juzgamiento estará a cargo de los ayudantes fiscales o jueces de paz —ya que antes estaba a cargo de un comisario—, se establece la obligatoriedad de contar con abogado defensor, y la detención preventiva fue fijada en un máximo de ocho horas para todas las contravenciones. Estas dos últimas modificaciones son las más importantes en términos de avances en materia de garantías constitucionales. Esta modificación implica, por un lado, un control jurisdiccional que antes no existía¹⁹ y, por el otro, un límite temporal para la detención preventiva. De este modo, una normativa que había concentrado la resistencia de los jóvenes frente a su uso arbitrario por la policía, se reconfigura como respuesta a una demanda que atraviesa los más diversos sectores sociales. Sin embargo, frente a la centralidad que cobró en el debate público la presencia y la interacción violenta y arbitraria de las fuerzas de seguridad con los jóvenes de sectores populares y su experiencia de los espacios públicos, esta modificación no fue reconocida por esos actores como una respuesta que diera cuenta de su demanda.²⁰

Sin embargo, esto significó una profunda transformación del uso del Código Contravencional por parte de las fuerzas de seguridad como práctica con lógica preventiva. El Informe Anual de Gestión del Área Contravencional del Ministerio Público Fiscal del año 2016 señala un dato central: se declaran 8,651 personas detenidas preventivamente por este tipo de infracciones, lo que significa una estrepitosa caída de las detenciones contravencionales respecto a las que se realizaban con el anterior Código de Faltas (que oscilaban entre 30 y 50,000 detenciones anuales).²¹ Sin em-

¹⁹ Sin embargo, corresponde destacar, por otro lado, que los ayudantes fiscales en la ciudad de Córdoba y los jueces de paz en el interior no tienen constitucionalmente facultades de juzgamiento, por lo que tampoco se ha avanzado hacia la garantía de contar con un juez natural para decidir en el proceso.

²⁰ En este sentido, es destacable que desde que se empezó a utilizar el Código Contravencional y apareció la respuesta de los jóvenes a través de la denominada Marcha de la Gorra, la demanda se fue complejizando. Si en sus inicios se centraba en la cuestión normativa, luego fue ampliándose al conjunto de experiencias de los jóvenes en su relación con las fuerzas de seguridad en el espacio público.

²¹ En el informe anual se realiza una proyección anual de 12,888 presos contravencionales

bargo, el impacto de la extensión punitiva que conlleva la incorporación de figuras como el artículo 111, que establece “la prohibición de transitar sin documentación, sin casco o sin placa identificatoria en motovehículos”, ocasiona nuevas posibilidades de interacción policial y se presenta como estadísticamente relevante.

El otro debate legislativo es la Ley de Seguridad Pública y Ciudadana (Ley 10.437), que se discute y sanciona en marzo de 2017, y se trata de una modificación de la Ley 9235, de seguridad pública. Esta ley consolida el marco normativo para las transformaciones de la política de seguridad que ya venía desarrollando el gobierno provincial desde diciembre de 2015, junto al cambio en la estructura del Poder Ejecutivo provincial al subsumir el anterior Ministerio de Seguridad al actual Ministerio de Gobierno.

6. LA CONSTRUCCIÓN MEDIÁTICA SOBRE LA POLÍTICA DE SEGURIDAD

La sistematización que sigue se hizo a partir del relevamiento en los diarios y medios cordobeses entre noviembre de 2015 y marzo de 2017.²² El relevamiento se hizo exclusivamente sobre notas vinculadas con políticas de seguridad de la provincia de Córdoba, y por eso se dejó de lado para este análisis la información tradicional sobre delitos y sobre participación policial en el delito y la violencia institucional, que sólo vamos a considerar de manera contextual.

Es posible distinguir cuatro etapas en la construcción mediática de la política de seguridad del actual gobierno en el período relevado: una primera etapa previa a la asunción del gobernador Schiaretti, en la que se destacan sus viajes a Colombia buscando alternativas para intervenir sobre el narcotráfico; la segunda, la presentación del plan de seguridad junto con el inicio de la actual gestión provincial; luego, una etapa ligada al lanzamiento del plan integral de seguridad; y finalmente, un conjunto de publicaciones que siguen el proceso de implementación del plan.

en toda la provincia de Córdoba, lo que implica una disminución del 82% de la cantidad de detenidos en relación con años anteriores con el Código de Faltas.

²² Se relevaron y analizaron 47 noticias de diarios provinciales y nacionales que hicieran referencia a Córdoba, así como a páginas web informativas ligadas a medios audiovisuales de la provincia.

La información publicada tiene una perspectiva fuertemente atada a la información provista por el estado provincial, ya que predominan noticias ligadas a anuncios oficiales, a discursos del gobernador y el ministro de seguridad y a información suministrada por la oficina de prensa de la policía de la provincia. Los matices aparecen en algunos aspectos que algunos medios destacan sobre otros. La única información que cuenta con algunos análisis o perspectivas diferentes a las gubernamentales se vincula con las editoriales y columnas especializadas.

En este sentido, lo que aparece públicamente es un diagnóstico en el que se postula que la cuestión social es la generadora de inseguridad —en un sentido más amplio que el delito—, centrada en la falta de presencia del Estado y en la cuestión urbana como generadora de desigualdad. Ya desde la primera etapa aparece la búsqueda de alternativas para desarrollar políticas contra el narcotráfico que se diferencien de la política anterior. En ese marco, se señala que hasta ahora la política de seguridad fue una continuidad y profundización de la política delasotista, junto con la continuidad de la cúpula policial, y se preguntan por las posibilidades y el impacto de las políticas desarrolladas en Medellín.²³

En la segunda etapa, durante el lanzamiento del plan, se profundiza la diferenciación respecto a políticas de seguridad anteriores, ligada ahora al intento por presentar un gobierno político de la seguridad y a la presentación de la experiencia Medellín como experiencia exitosa. Por otro lado, se destaca la inversión económica en la materia.²⁴ La presentación del plan —dos días después de la asunción de Schiaretti en la gobernación— se hace junto con el ministro Massei. Los ejes que se publican como guía de la política de seguridad son la participación ciudadana, la

²³ La referencia a Medellín se vincula con la importante baja de los índices de homicidios, que se presentan como resultado de la política de urbanismo social desplegada en esa ciudad.

²⁴ En *La Voz del Interior*, el principal diario de la provincia, se publica “Más policías, cámaras y motos. Ejes del nuevo Plan”, con un desarrollo extenso de la nueva política. Disponible en: <http://www.lavoz.com.ar/sucesos/mas-policias-camaras-y-motos-ejes-del-nuevo-plan>. Por otro lado, en *Día a Día*, un diario de la misma empresa que el anterior, pero orientado a un público de sectores populares, el nuevo plan se presenta con una nota firmada por un periodista especializado en Policiales, Alejo Gómez: “Inclusión y seguridad ciudadana, los ejes del ambicioso plan”. Disponible en: <http://www.diaadia.com.ar/policiales/inclusion-y-seguridad-ciudadana-los-ejes-del-ambicioso-plan>.

policía barrial y sistema de distribución de cuadrantes. En esta etapa, todos los medios se concentran en las declaraciones del ministro Massei y del gobernador, quienes enfatizan en la dimensión socioeconómica como condición de la inseguridad, asociada a una idea de seguridad ciudadana que ampliaría la concepción de la política en la materia, e incorporan la cuestión social como base de la inseguridad. Son ellos quienes remarcan diferencias con la política de seguridad delastotista, haciendo referencia además a un malestar generado por las *razzias* realizadas durante el gobierno anterior.²⁵ La cuestión urbana aparece en el centro del diagnóstico: la accesibilidad a determinado equipamiento y a derechos básicos no sólo se presenta como condición para que ingresen las fuerzas de seguridad a los barrios, sino también otro tipo de presencia estatal.

En esta etapa, es destacable la presencia del urbanista —y asesor del gobierno provincial— Gustavo Restrepo:²⁶ se le presenta como el creador de una política que disminuye el índice de homicidios en Medellín a través de la transformación urbanística, crítico de los barrios ciudad en Córdoba.²⁷ El especialista es quien presenta en medios nacionales²⁸ la propuesta que se

²⁵ “Las *razzias* generaron malestar y no dan resultado”, se titula, retomando una cita del gobernador en *CBA24N*, un portal de los medios universitarios. Disponible en: http://www.cba24n.com.ar/content/las-razzias-generaron-mal-estar-y-no-dan-resultados?fb_comment_id=929512680477101_929567480471621#f4fe9361cb62c8.

²⁶ Se trata de un arquitecto urbanista que se desempeña en el sector público y privado, en las áreas de diseño, administración y construcción de proyectos de arquitectura y urbanismo sostenible. Fue responsable de materializar el Plan de Desarrollo 2008-2011 de la alcaldía de Medellín, y luego de esa experiencia se convirtió en un consultor internacional de varios municipios y gobiernos locales. Fuente: <https://gustavorestrepo.jimdo.com/>.

²⁷ Los barrios-ciudad son un tipo de urbanización desplegada en el segundo gobierno delastotista, entre 2003 y 2007, donde se reubicaron, con distintos niveles de violencia, villas miserias en barrios ubicados en la periferia de la ciudad. Esta reubicación se hizo junto con la entrega de viviendas, con una tipología por la cual se diseñaron pequeñas urbanizaciones cerradas, con un solo ingreso y salida, que profundizaban la segregación urbana existente.

²⁸ Es destacable la aparición en diarios nacionales de esta política, ya que Córdoba en muy contadas ocasiones cobra centralidad en diarios de esa escala. En el diario *La Nación*, una nota firmada por la periodista Gabriela Origlia, se titula: “Córdoba apuesta a cambiar la seguridad sobre la base del modelo de Medellín”, una entrevista al arquitecto Restrepo. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1861154-cordoba-apuesta-a-cambiar-la-seguridad-sobre-la-base-del-modelo-de-medellin>.

desarrolla en Córdoba, destacando la necesidad de escuchar a los vecinos antes que intervenir, de allí el énfasis en la participación social.

Se enfatizan cuestiones diferentes: algunos medios ponen el eje en la participación ciudadana; otros, en la incorporación de más policías y equipamiento; y otros, en la búsqueda por subordinar la policía al poder político, la ruptura de mandos centralizados y búsqueda de confianza de la población en la policía, vinculada al reconocimiento del territorio y sus referentes. En menor medida, se destacan los componentes ligados a la inclusión social, el trabajo territorial y la prevención como ejes de la política de seguridad.

El único debate que aparece en la cobertura mediática es la preocupación de algunos referentes políticos no oficialistas respecto a que este tipo de despliegue territorial no se reduzca a un tipo de refuerzo político oficialista en un año electoral.²⁹

A partir de julio de 2016 comenzó lo que hemos vinculado con la tercera etapa en la cobertura sobre el plan integral de seguridad: anuncios sobre “corredores seguros” (avenidas con fuerte iluminación) y sobre la inversión económica en seguridad, y la publicación de los mapas de vulnerabilidad para organizar el nuevo esquema de cuadrantes. Mientras algunos medios destacaron el aspecto territorial y participativo de algunas decisiones, otros destacaron la cuestión presupuestaria y de equipamiento urbano que generó este plan.

En la etapa final de este relevamiento aparecen algunas de las iniciativas ligadas a la implementación de la policía barrial: encuestas de victimización en algunos barrios, relevamientos de riesgos en la vía pública, el lanzamiento de la policía barrial en Río Cuarto, la instalación de más cámaras, planes urbanísticos para “zonas rojas” en articulación con el gobierno municipal y planes de “crianza positiva para adolescentes” junto con otras áreas de gobierno. También destacan “resultados” del relevamiento de la policía barrial, como el pedido por contaminación de La Cañada. En marzo de 2017, el incremento de tiempo en la formación policial apareció como consecuencia de la ejecución de un joven en un control policial.

²⁹ Al respecto, en *La Voz del Interior* se titula: “No haremos política, dijo Massei”. Disponible en: <http://www.lavoz.com.ar/politica/no-haremos-politica-dijo-massei>.

Tal como planteamos anteriormente, en relación con la implementación de políticas de seguridad, la información que se produce está íntimamente vinculada a fuentes estatales y a una perspectiva oficial sobre la cuestión. Del mismo modo, la información sobre delitos tiene el mismo origen y una perspectiva similar. Sin embargo, es destacable que desde fines del año 2015 se consolidó y comenzó a ocupar cada vez mayor centralidad la información ligada a delitos cometidos por las fuerzas de seguridad (coimas, robos, robos de armas, violencia de género por parte de integrantes de las fuerzas de seguridad). En este sentido, junto con esta información comenzó a aparecer, en diciembre de 2016, un conjunto de columnas de opinión que mostraban la tensión entre los intentos de despliegue de esta política de seguridad y la participación policial en delitos.

7. LA PERCEPCIÓN DE ACTORES TERRITORIALES

Como señalamos antes, fueron los jóvenes los que construyeron públicamente el reclamo frente a las implicancias de las políticas de seguridad para su vida cotidiana y para el acceso a derechos. Estas organizaciones reconocieron con claridad la disminución de las detenciones contravencionales.

B.: Sí, y también nos ha pasado de llamar a la UCA y que nos digan: no hay nadie detenido. Uno no lo puede creer. Antes teníamos que esperar dos horas para que busquen en el listado la cantidad de gente.

A.: Lo que también venimos viendo es que pareciera que hay menos detenciones por Código Contravencional, y pareciera ser que hay un aumento de las penales, en estas dos figuras de resistencia o lesión...

En este sentido, el reconocimiento de los jóvenes respecto a la disminución de las detenciones contravencionales va de la mano del señalamiento de las transformaciones en la interacción con las fuerzas de seguridad; en primer lugar, la extensión punitiva a la que hicimos referencia, que ocasiona nuevas posibilidades de interacción policial.

A: Bueno, en La Tela, por lo menos en los jóvenes con los que tengo contacto, de diez jóvenes, en estos dos últimos años hubo una sola detención y porque iban en la moto sin casco.

La disminución de las detenciones contravencionales no supone para estos jóvenes la disminución de otras prácticas abusivas y violentas en el espacio público, sobre las que señalan que se profundiza la imposibilidad de registro y control:

D.: Los chicos siguen contando las mismas cosas que cuando estaba el Código de Faltas y ahora que está el Código de Convivencia siguen contando lo mismo, que los paran, que les piden documento, si hay varios en una esquina o al frente de alguna casa los paran y les preguntan... no hay un cambio concreto según lo que ellos relatan. Lo que más marcan es un hastío, los cansa pero no desisten.

Por otra parte, en las interacciones policiales donde no hay registro aparece en los relatos la continuidad de determinadas prácticas de hostigamiento (golpes, cachetadas), que por caracterizarse como micro-agresiones se naturalizan con mayor facilidad por los sujetos que las padecen cotidianamente:

A.: Pero lo otro que no ha cambiado son las prácticas violentas o extorsivas, o no registradas. Esto de los policías que ven dos pibes entrando al barrio y les disparan, o golpizas o pegarle a los menores. Como un chico que venía de una fiesta y un policía lo asfixió hasta desmayarlo y le rompió un diente. Después está la detención del auto de un vecino, en el que venía con tres más y un menor. Al menor le empezaron a pegar cachetazos hasta que el dueño del auto tuvo que parar al policía. Bueno, “todos adentro”, días de detención, secuestro de auto... También tiroteos.

La perspectiva de otros actores sociales sobre los consejos barriales.

Un modo de abordaje respecto al modo en que actores territoriales experimentan y le otorgan sentido a la respuesta estatal que constituye el plan integral de seguridad fue el trabajo sobre el proceso de creación de los consejos barriales. La participación comunitaria en materia de seguridad no se puede leer de manera unívoca dada la multiplicidad de organizaciones sociales en los territorios definidos por cada cuadrante, así como por las particulares articulaciones de conflictos en cada uno de ellos. A su vez, las expectativas sobre un modelo de cogestión territorial y sobre la

potencialidad de participar en este tipo de ámbitos estatales para la definición de diagnósticos e iniciativas se configuran tanto por experiencias previas como por el modo en que, en general, se entiende su propia relación con el Estado.

En este sentido, el primer elemento conflictivo para las organizaciones territoriales es la estructuración de los consejos. Tanto quienes participan de los consejos como quienes no participan reconocen que las convocatorias fueron amplias; sin embargo, se pone en cuestión la representatividad de quienes se integran, ya que se igualan con el mismo peso y reconocimiento a personas sin representación con representantes de organizaciones e instituciones:

J: Está la idea de que el concejo se compone de representante de organizaciones y vecinos proactivos. Entonces nosotros venimos discutiendo, de cuál es el peso.

Por otro lado, quienes participan de los consejos barriales consideran que las discusiones rápidamente asumen un carácter profundamente coyuntural y casuístico donde no se debaten políticas. La amplitud de los temas que se discuten como temas vinculados a la seguridad, en general, son temas más vinculados al tipo de presencia estatal en cada uno de esos territorios que a cuestiones específicas ligadas a los conflictos que la seguridad intenta nombrar.

La conformación de los consejos es experimentada como un intento de reemplazar organizaciones existentes que canalizaban demandas y recursos; en particular, de los centros vecinales, que ven menguadas sus condiciones para intermediar con distintos niveles institucionales. Su creación supone una nueva dinámica de interacción con el Estado, que complejiza la organización territorial, ya que genera una nueva lógica de acceso a ciertos recursos estatales vinculados a la cercanía con el referente barrial del cuadrante, un acceso a recursos “que se discute por fuera” del consejo pero que supone un nuevo modo de relación con el estado.

C: Pero trabaja mucho y sus posibilidades tienen que ver con que es un trabajo de gestor del Estado, como las demandas que aparecen, él las canaliza y obtiene algunas cosas, por los programas que el trae, entonces muchas de las

organizaciones se van aprovechando de esa situación, como puede conseguir cosas es pedirle las cosas y ahí aparecen los egoísmos de las instituciones, entonces aprovechamos y sacamos provecho de algo chico a algo grande.

No se reconoce que haya discusiones en torno a problemáticas consensuadas, sino de una demanda específica de grupos o vecinos, en una búsqueda del gobierno provincial de recrear determinados lazos territoriales.

Finalmente, para algunos —especialmente para las organizaciones de jóvenes que no participan de esos espacios— la conformación de los consejos barriales aparece como una condición que profundiza ciertas lógicas sociales ligadas a la delación y al prejuicio sobre los jóvenes. La pertenencia al consejo barrial, entonces, trabaja en *la seguridad de los incluidos* en los territorios donde se implementa (adultos nucleados en organizaciones sociales con capacidad de presión que participan en los consejos barriales), pero sigue dejando la interacción con los jóvenes a la policía tradicional.

En relación con la implementación de la policía barrial, se le diferencia de intervenciones más violentas y coyunturales previas:³⁰

Ha habido un cambio si uno quiere entrar ahí, la cuestión policial, ha habido un cambio y yo lo percibo. Acá la primer experiencia que fue con el... no me acuerdo si fue con el TOT... o DOT, que fue en el último año de De la Sota, bueno, nosotros tuvimos unos de los pocos barrios, donde hubo presencia de ese... y helicóptero también. Después se avanzó con el tema de las casillas, esos contendores también. En el barrio también se puso eso y desde ahí no se sacó la que estaba en la plazoleta de la virgen, que tiene que ver con este cambio de la policía barrial, que sí ha tenido una mejor recepción a nivel de... y por lo menos uno ha dejado de escuchar, y creo que eso tiene que ver con la ley de convivencia, se ha... por lo menos antes escuchabas más seguido el tema del maltrato policial.

³⁰ Durante el período anterior, se desplegaron distintas iniciativas sostenidas en el modelo de operativos de saturación, con características muy violentas y espectaculares: el Dispositivo de Ocupación Territorial (DOT), una fuerza de despliegue rápido para la realización de allanamientos masivos durante la noche o el patrullaje de la ciudad con helicóptero (el único de la provincia) marcaron una violenta experiencia de las intervenciones de las fuerzas de seguridad.

A la vez, aparece como una intervención sumamente focalizada en determinadas zonas comerciales y en horarios puntuales, como una fuerza “quieta” que no transita por fuera de esos corredores. Sin embargo, este tipo de presencia policial también se experimenta como una pérdida de patrullaje tradicional, que aparece limitada y, a la vez, reforzada en las zonas de “fronteras” entre barrios y en los espacios públicos.

Por otro lado, hay un reconocimiento de la cercanía de determinados mandos policiales, que aparecen como autoridades accesibles. Esta cercanía, valorada para situaciones concretas, no implica que disminuya la percepción de profunda desprotección que plantean las mismas organizaciones.

La policía barrial es también percibida como “más policía”, y ese incremento de personal policial en los distintos patrullajes produce una sensación de “policiamiento del espacio público” donde se refuerza la aplicación de estereotipo de conflictividad policial a los mismos sectores (jóvenes de sectores populares), ya no sólo por el personal policial, sino por los mismos vecinos colaborando en la aplicación de esa etiqueta.

8. A MODO DE CIERRE

El período que analizamos es un momento de profundas transformaciones a nivel discursivo, normativo y operativo de la política de seguridad en la provincia de Córdoba. Transformaciones que intentan redefinir tanto lo que se entiende como conflictos asociados a la cuestión securitaria como una redefinición respecto a los actores —entre ellos, el Estado mismo— y a las modalidades de intervención.

Estas transformaciones se configuran como una respuesta a la crisis de la política de seguridad, de carácter represivo; una crisis, distintas dimensiones: la de la conformación de la institución policial y su estructura de mando, ya que la crisis de 2013 dejó fuera de la cúpula a los cuadros formados para la conducción durante los últimos veinte años; una crisis del modelo de ocupación territorial y del uso de la detención contravenacional como herramienta preventiva e indicador de eficacia, una crisis en la definición misma de la cuestión securitaria y los conflictos que requieren intervención policial, ya que el narcomenudeo constituyó uno de los elementos centrales en los que se visualiza la participación de las fuerzas

de seguridad en su regulación. Por otro lado, también se configura como respuesta frente a las limitaciones de la estructura política del partido gobernante, ya que la conformación de los consejos barriales también aparece como una búsqueda por incorporar una nueva lógica en la relación con el estado provincial, mucho más organizada y estructurada desde el estado provincial.

En este marco, la conformación del Plan Integral de Seguridad Ciudadana aparece como una respuesta a esta crisis en diferentes niveles. Sin embargo, aun cuando intenta construirse a partir de la diferenciación con políticas y discursos previos, rompiendo el hilo de continuidad que los caracterizó desde el año 2000, se ve atravesada tanto por disputas al interior del Estado y de las fuerzas de seguridad como por experiencias previas de distintos actores sociales de su relación con el Estado y con la cuestión securitaria en particular. Las tensiones al interior del Estado provincial entre los diferentes actores que se vinculan institucionalmente con la cuestión de la seguridad, en especial al interior de las fuerzas de seguridad por el rediseño respecto a los modos de gestión en el espacio público, configuran un nuevo eje de disputas en la definición del problema. Un rediseño que si bien por un lado limita ciertas lógicas punitivas con fuerte arraigo en las prácticas policiales, a su vez reconoce y formaliza como práctica específicamente policial otras tareas comunitarias que los policías ya desarrollaban como parte de su trabajo.

Es destacable que, si bien todo el proceso de despliegue de la nueva política de seguridad se referencia en la experiencia Medellín como caso exitoso para reducir las tasas de delito a través del urbanismo social, y públicamente se despliega a través de la presentación de un especialista internacional, las nuevas normativas, los procesos de capacitación y la implementación general del nuevo modelo son llevados adelante por un sistema local de expertos que habían ocupado lugares marginales en la política anterior, que no son policías, sino referentes territoriales y técnicos de las fuerzas de seguridad. A su vez, esto da lugar a la conformación de nuevos actores estatales cuya tarea es conformar y sostener los consejos barriales con un perfil orientado al reconocimiento de necesidades comunitarias y consolidar procesos locales de participación.

Si bien hay una fuerte impronta estatal en el modo en que públicamente los medios reconstruyen la visibilidad de la política de seguridad, son las

mismas continuidades en relación con el uso letal de la fuerza³¹ y de los conflictos ligados a la gestión de las fuerzas de seguridad las que ponen en tela de juicio, a nivel mediático, los alcances de esta transformación.

Por otro lado, son redefiniciones que van a contramano del discurso nacional sobre seguridad. Como señalamos en la introducción, es un discurso en el que se reducen las tensiones intra-gubernamentales, centrado en el punitivismo que fortalece siempre y ante todos los hechos el accionar violento de las fuerzas de seguridad y se enfrenta (y responsabiliza) con el poder judicial, por no ser lo suficientemente *duros* en materia de seguridad. El tipo de noción sobre seguridad sobre la que interviene queda reducida a delitos comunes de competencia provincial³² y alejada de cualquier noción de seguridad que suponga la protección de las personas y la construcción de ciudadanía, tal como se intenta presentar en la provincia. A su vez, aparece no sólo un abandono de las iniciativas tendientes a reducir y limitar la violencia institucional, sino que ahora se profundiza su legitimación.³³

En este sentido, es destacable que para los distintos actores territoriales, aun cuando reconocen las diferencias con la política anterior, para las organizaciones —especialmente las de jóvenes— se vive como una continuidad y una profundización del policiamiento, promoviendo lógicas de delación entre vecinos. A su vez, la lectura respecto a este nuevo modo de construir la cuestión securitaria por parte del Estado se hace de manera ambivalente, ya que su asociación con las desigualdades sociales y la falta de equipamiento urbano se experimenta como un nuevo modo de estigmatización de ciertas zonas de la ciudad, asociando de una nueva manera pobreza y delincuencia. La implementación de la policía barrial se reconoce de manera conflictiva, ya que para algunos actores supone la pérdida de determinados recursos securitarios, porque entienden que

³¹ Los indicadores sobre uso letal de la fuerza muestran estabilidad en la cantidad de casos, aunque en el período señalado se reconfiguran algunas de sus dinámicas: disminuyen los casos ligados a ejecuciones extrajudiciales y crecen los casos ligados al uso letal de la fuerza a la resolución de conflictos personales (femicidios).

³² CELS: *derechos humanos en la argentina. Informe 2017*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2017.

³³ Plaza Schaefer, Valeria; Morales, Susana y Brocca, Magdalena, *La política de seguridad en Córdoba: la policía y los consejos barriales desde la perspectiva de actores sociales territoriales*, Seminario *Internacional Inseguridad, punitividad en LA: condiciones, conexiones y efectos*, en prensa.

la presencia de esta fuerza desarticula otras formas de presencia policial y desplazan el conflicto hacia otras zonas de sus propios barrios. En este sentido, aparece como actor en el territorio que divide a los vecinos, con una lógica de *policización* que incide en el espacio público y que genera aún más ruptura de los lazos sociales entre los diferentes actores del espacio territorial.

9. REFERENCIAS

- Bologna, Eduardo; Gomez, Pablo; Morales, Susana y Plaza Schaefer, Valeria, El derecho a la ciudad en cuestión: segregación residencial y experiencias de circulación de jóvenes en la ciudad de Córdoba, Argentina, *Revista Quid* 16, número 6 (especial), noviembre 2016-octubre 2017, pp. 125-145.
- Carbajo, Mariana, *La educación policial y el gobierno de la seguridad en la provincia de Córdoba. Reformas en la formación policial, policialización de las políticas de seguridad y modelo tradicional de policía (2003-2013)*, tesis de magister en Ciencias Sociales, Fac. CC. SS, UNC, Córdoba, inédita, 2016.
- Carrión, Fernando; Pontón, Carlos y Armijos, Benjamin, *Estrategias y experiencias de seguridad ciudadana*, Quito, La Pradera, 2009.
- Cefai, Daniel, *Investigar los problemas públicos: con y más allá de Joseph Gusfield*, en Gusfield, J., *La cultura de los problemas públicos*, Argentina, Siglo XXI, 2014.
- Ceirano, Virginia; Sarmiento, Julio y Segura, Ramiro, La prevención situacional y la prevención social del delito en las políticas de seguridad. El caso de los foros vecinales de seguridad de la provincia de Buenos Aires, en *XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología*, 2009. Disponible en: https://scholar.google.com.ar/scholar?hl=es&as_sdt=0,5&cluster=1655853660885986739.
- CELS: *derechos humanos en la argentina. Informe 2017*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2017.
- Dammert, Lucía, Políticas públicas de seguridad ciudadana: innovaciones y desafíos, en Kessler, G. (comp.), *Seguridad y ciudadanía: nuevos paradigmas, reforma policial y políticas innovadoras*, Buenos Aires, Edhasa, 2009.

- Frederic, Sabina, *Policiamiento de proximidad y segregación social: tensiones en la moralización de la seguridad pública en gendarmería y la policía local*, 2017. Disponible en: <http://subidadelinea.com/2017/08/policiamiento-de-proximidad-segregacion-social-y-encarcelamiento-derroteros-en-la-moralizacion-de-la-seguridad-publica/>.
- Font, Enrique; Ales, Cecilia y Schillagi, Carolina, Intervención multiaxial para el abordaje del delito en el ámbito local, *Cuadernos de Seguridad*, números 7-8, Consejo de Seguridad Interior, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, 2008.
- Greene, Jack, La policía de proximidad en Estados Unidos: cambios en la naturaleza, estructura y funciones de la policía, en Barberet, Rosemary y Barquín, Jesús (eds.), *Justicia penal. Siglo XXI. Una selección de criminal justice*, Granada, US Department of Justice, 2006.
- Gusfield, Joseph, La cultura de los problemas públicos. El mito del conductor alcoholizado *versus* la sociedad inocente, Argentina, Siglo XXI, 2014.
- Hathazy, Paul, La (re)militarización policial en la Argentina post-crisis: entre intereses organizacionales e instrumentalización política en los campos policiales, *Dilemas: Revista de Estudios de Conflicto e Controle Social*, volumen 9, 2016, pp. 181-213.
- Hathazy, Paul, *Juego político nacional y políticas provinciales: un análisis multiescalar de la emergencia y reconfiguración de la política de seguridad en Córdoba, Argentina (1984-1999)*, en prensa.
- Kessler, Gabriel y Ohandy, Ángela, Introducción, *Revista Cuestiones de Sociología*, número 10, 2014, pp. 2-13.
- Morales, Susana y Plaza Schaefer, Valeria, Seguridad y democracia: tensiones de origen. Aportes al análisis de la política de seguridad en la provincia de Córdoba, *Revista Estudio*, número 29, pp. 61-84.
- Plaza Schaefer, Valeria, La política de seguridad de la ciudad de Córdoba en el período 2003-2013 a partir de la mirada de los jóvenes organizados contra la violencia policial y el derecho contravencional, tesis doctoral, Cs. ss. UBA, inédita, 2016.
- Plaza Schaeffer, Morales y Brocca, La política de seguridad de Cambiemos: continuidades, rupturas y la legitimación política de la violencia policial, en Nazareno, Segura y Vázquez (eds.), *Pasaron cosas: política y políticas públicas en el gobierno de Cambiemos*, Brujas (UNC), 2019.

Plaza Schaefer, Valeria; Morales, Susana y Brocca, Magdalena, La política de seguridad en Córdoba: la policía y los consejos barriales desde la perspectiva de actores sociales territoriales, *Seminario Internacional Inseguridad, Punitividad en LA: Condiciones, Conexiones y Efectos*, en prensa.

Sozzo, Máximo, Seguridad urbana y tácticas de prevención del delito, en Dammert, Lucía (comp.), *Seguridad ciudadana: experiencias y desafíos*, Valparaíso, Municipalidad Red 14 Seguridad Ciudadana, 2000.

Derechos subjetivos en sede cementerial: la dicotomía entre lo público y lo privado*

Subjective Rights in The Cemetery: The Dichotomy between the Public and The Private Content

ERICK ORTEGA GARCÍA**
GRETHEL ARIAS GAYOSO***

RESUMEN

Desde el surgimiento de los cementerios extraurbanos, la regulación de los derechos sobre los bienes cementeriales que los integran no ha seguido una corriente doctrinaria uniforme, y se ha instrumentado por cada ordenamiento según sus propias concepciones. Este artículo está dirigido a determinar el contenido y los límites de los derechos sobre bienes cementeriales desde su tratamiento conceptual en el derecho administrativo moderno y la teoría que define la naturaleza jurídica de los cementerios. Para ello, se emplearon los métodos histórico-lógico, el inductivo-deductivo y el de análisis-síntesis, además de un conjunto de operaciones lógicas del pensamiento, como análisis, síntesis, generalización y abstracción. Como resultado, se ofrece una obra científica contentiva del análisis teórico-doctrinal de los cementerios públicos y los derechos constituidos sobre ellos. En este sentido, se limita a enmarcarlos dentro de los bienes del patrimonio público, a fin de garantizar su protección jurídica. La originalidad de la investigación se sustenta en el tratamiento del tema propuesto desde las tendencias doctrinales más actuales. De esta forma, se aborda este derecho como un servicio público

ABSTRACT

Since the emergence of extra-urban cemeteries, the regulation of rights over the cemetery assets that comprise them has not followed a uniform doctrinal trend and has been implemented by each ordinance according to its own conceptions. This article is aimed at determining the content and limits of rights over cemetery assets from its conceptual treatment in modern administrative law and the theory that defines the legal nature of cemeteries. For this, the historical - logical, inductive - deductive and analysis - synthesis methods were used as well as a set of logical operations of thought such as analysis, synthesis, generalization and abstraction. As a result, it offers a scientific work containing the theoretical-doctrinal analysis of public cemeteries and the rights constituted for them. In this sense, it is limited to framing them within the assets of public heritage, to guarantee their legal protection. The originality of the research is based on the treatment of the proposed topic from the most current doctrinal trends. In this way, this right is approached as a public service intended for private use that encourages the acquisition of rights by individuals, in accordance with their

* Artículo de investigación recibido: 28-05-2019 y aceptado el 10-11-2019.

** Jefe de Departamento Jurídico de la Dirección Provincial de la Vivienda de La Habana (Cuba). Contacto: erick@oc.dpvhab.cu. <https://orcid.org/0000-0002-6723-9716>

*** Profesora Investigadora en la Universidad de Oriente, en Cuba. Contacto: garias@uo.edu.cu. <https://orcid.org/0000-0003-0088-5892>

DERECHOS SUBJETIVOS EN SEDE CEMENTERIAL: LA DICOTOMÍA ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

destinado a un uso privativo que propicia la adquisición de derechos por los particulares, de acuerdo con sus fines. Este uso se realiza según los medios establecidos por la norma del territorio específico, que engloba el permiso de uso y la concesión de uso. Así mismo, permite el pleno ejercicio de las potestades administrativas encaminadas a la protección del dominio de la administración concedente que armoniza los intereses públicos y privados que estos bienes suscitan.

Palabras clave: *cementerios, bienes cementeriales, sepultura, concesión, permiso de uso.*

purposes. This use is carried out according to the means established by the regulation of the specific territory, which includes the permit and concession of use. Likewise, it allows the full exercise of administrative powers aimed at protecting the domain of the granting administration that harmonizes the public and private interests that these assets prompt.

Keywords: cemeteries, goods of the cemeteries, sepulcher, concession, use permission.

SUMARIO: 1. La regulación de derechos sobre bienes cementeriales. Un acercamiento a su problemática / 2. El cementerio y los derechos sobre bienes cementeriales. Su concepción moderna derivada del derecho administrativo / 2.1. Entre la propiedad y la concesión: los derechos constituidos sobre sepulturas / 3. Los cementerios públicos como sujetos de derechos. Su naturaleza jurídica, ¿pública o privada? / 4. Límites y contenido de los derechos reconocidos en los cementerios públicos. Otros derechos en colisión / 5. Conclusiones / 6. Referencias

1. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE BIENES CEMENTERIALES. UN ACERCAMIENTO A SU PROBLEMÁTICA

La concepción de los cementerios públicos, desde la perspectiva propia del derecho, posee una destacada relevancia social y jurídica. Sobre todo cementerio, tanto público como privado, concurren potestades públicas y potestades o derechos de los sujetos particulares que son usuarios de su servicio.¹ Parte de sus contradicciones normativas, que generan lagunas en los ordenamientos, viene dada desde la evolución histórica de los camposantos. Su nacimiento junto al hombre, disponiendo sitios para in-

¹ Rodríguez Blanco, Miguel, *Régimen jurídico de cementerios y sepulturas*, Granada, Comares, 2015, pp. 71-85; Tolivar Alas, Leopoldo, *Los servicios funerarios y mortuorios*, Cano Campos, Tomás (dir.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, 7, 2009 (servicios públicos), pp. 411-428.

humar los restos humanos, en consonancia con sus creencias religiosas, produjo un retardo en su evaluación como sujeto de derechos.

Todo ello ha generado que una de las principales dificultades a las que se enfrentan los operadores jurídicos al tratar las cuestiones que afectan a cementerios es la complejidad y dispersión del régimen jurídico de cementerios, de las fuentes,² De esta forma, surgen arbitrariedades que perjudican los derechos de los administrados, y que pueden generar responsabilidad de la administración por ejecución de actos absoluta o relativamente nulos. Esta situación exige una labor de exégesis en la que el ámbito competencial y las atribuciones de los sujetos intervinientes queden fijados con precisión.³

Metodología. En la presente investigación se utilizaron los métodos: histórico-lógico, que permitió enfocar el objeto de estudio, el régimen jurídico de los cementerios públicos, en un decurso evolutivo, destacando los aspectos generales de su desarrollo; inductivo-deductivo, mediante la ilustración de los diferentes fenómenos jurídicos trascendentes a los derechos y las características definitorias de la propiedad cementerial; y de análisis-síntesis, que posibilitó distinguir las particularidades del régimen jurídico de los cementerios públicos, además del conjunto de operaciones lógicas del pensamiento, como análisis, síntesis, generalización y abstracción.

Marco teórico. Se parte de los conceptos y doctrinas evolucionadas desde la modernidad, sobre el régimen jurídico constituido en los cementerios públicos y los bienes incorporados a éstos, conjugados con las más actuales corrientes teóricas en la materia.

Núcleo conceptual. Se ofrece una caracterización del régimen jurídico de los cementerios públicos y los derechos constituidos sobre ellos, que permite enmarcarlos dentro de los bienes del patrimonio público, a fin de garantizar su protección jurídica.

² Tolivar Alas, Leopoldo, Los servicios mortuorios locales: cementerios y servicios funerarios, Muñoz Machado, Santiago (dir.), *Tratado de derecho municipal*, volumen II, 2da edición, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1745-1748.

³ Rodríguez Blanco, Miguel, *op. cit.*, p. 2.

2. EL CEMENTERIO Y LOS DERECHOS SOBRE BIENES CEMENTERIALES. SU CONCEPCIÓN MODERNA DERIVADA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Europa constituyó el escenario propicio para el surgimiento de los cementerios modernos, tal como los conocemos en la actualidad. Los sistemas monárquicos europeos advirtieron las profundas afectaciones que a la salud generaba la concentración de cadáveres en las ciudades.⁴ En este contexto, los cambios político-jurídicos en la Francia de finales del siglo XVII permitieron el desarrollo del cementerio francés contemporáneo. La insalubridad de sus ciudades provocó el debate del estado de los cementerios por parte de la Corte del Parlamento francés en 1737. Así, mediante un edicto de 1763, se decidió su traslado a las afueras de las ciudades.⁵

Otro tanto sucedió en España, cuya situación de salubridad era semejante. En 1784, el rey Carlos III decidió la construcción de un cementerio para el Real Sitio de San Idelfonso, dotado de un reglamento propio. Sin embargo, no fue hasta la promulgación de la Real Cédula del 3 de abril de 1787 cuando se materializó la prohibición de enterramientos intramuros.⁶ Para la sociedad inglesa, la solución a la insalubridad provocada por los enterramientos parroquiales estuvo en la autorización de cementerios privados.⁷ Sin embargo, la situación requirió que en 1848 se sancionara la Ley de Salud Pública, que sentó las bases de la salubridad pública e inició el proceso legislativo de los cementerios británicos.

Alemania atravesó esta situación de manera menos angustiosa. A raíz de la quiebra de los movimientos liberales de 1848, fueron sensibilizados por los problemas de las reformas sociales y políticas sucedidas. En este contexto, se forjó la necesidad de una regulación para los nuevos cementerios extraurbanos.⁸ Italia, siguiendo esta línea, ponderó la Ley del 20 de

⁴ Bertrand, Russell, Estudio de los cementerios franceses contemporáneos. Los problemas de método, *Revista Trace*, número 58, diciembre 2010, pp. 71-81.

⁵ Ariés, Philip, *El hombre ante la muerte*, Madrid, Taurus, 1984, p. 180.

⁶ González, A., El cementerio español de los siglos XVIII y XIX, *Archivo Español de Arte*, número 171, España, 1970, pp. 289-320.

⁷ Keith-Lucas, B. y Richards, P. G., *Historia del régimen local inglés en el siglo XX*, Colección Administración y Ciudadano, trad. Joaquín Hernández, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1980, p. 51.

⁸ El mayor exponente de estos escritores es relativamente tardío, su nombre es Lorenz van Stein, al cual se debe un enorme *Verwaltungslehre* en 10 volúmenes, que se comenzó

marzo de 1865, denominada “Ley sobre la unificación administrativa del reino”; con ella, se levantaron los cimientos del ordenamiento administrativo que perfiló la regulación administrativa de los cementerios.⁹

A partir del siglo XIX,¹⁰ la mayoría de los antiguos cementerios parroquiales europeos se convirtieron en plazas, mercados o instalaciones eclesíásticas. Surgió así la segunda generación de nuevos cementerios modernos, caracterizados por su aislamiento de la población. Sus concepciones y tipologías fueron posteriormente expandidas al mundo entero, adoptando los diversos estilos modernos que sobre su constitución hoy existen.¹¹

2.1. Entre la propiedad y la concesión: los derechos constituidos sobre sepulturas

Para las sociedades civilizadas, el derecho del hombre a que su cadáver reciba sepultura y no quede expuesto a la intemperie o al abandono constituye un atributo o prerrogativa inherente a la personalidad.¹² Al resultar el objeto de los cementerios la inhumación de cadáveres humanos, las sepulturas devienen en su concreción. Desde las primeras culturas, la determinación de lugares de enterramientos alentó la constitución de derechos subjetivos sobre los sepulcros.

Las sepulturas españolas se concedieron en el régimen de *propiedad a perpetuidad*, lo que las hizo susceptibles de enajenación. Así estipulado en

a publicar en 1865. Giannini, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, trad. Luis Ortega, vol. 1, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, 1991, pp. 61-62.

⁹ Alessi, Renato, *Sistema istituzionale di diritto amministrativo*, Milano, Dott. A Giuffrè-Editore, 1960, p. 20.

¹⁰ Esta etapa discurre desde el siglo XIX a nuestros días, y se caracteriza por la idea del derecho reduciendo cada vez más la facultad discrecional del Estado. Sin embargo, a partir de 1914 se ha intensificado la actividad del Estado, que podría hablarse de una nueva etapa, caracterizada por la intervención administrativa en la vida de las naciones. Monacelli, Gualterio, *Elementos de derecho administrativo y legislación fiscal y aduanera*, 9a edición, Buenos Aires, El Ateneo, 1961, p. 11.

¹¹ Cabarrou, N., Cementerios parque: un espacio para la ilusión, *Revista de Arquitectura SCA*, Buenos Aires, número 194, 1999, pp. 66-73.

¹² Ortega García, Erick, *El derecho a la sepultura y su contextualización normativa en el ordenamiento jurídico cubano*, tesis presentada en opción al grado académico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de Oriente, Cuba, 2016, pp. 35-42.

la ordenación de los cementerios municipales del siglo XIX,¹³ se establecieron en diversos reglamentos de cementerios aprobados por los Ayuntamientos.¹⁴ Esta condición permitió su libre disposición, en consonancia con las regulaciones civiles. Los derechos otorgados a perpetuidad, en virtud del principio de confianza legítima, prevalecen con el respeto a las garantías reconocidas a favor del administrado. De esta forma, no cabe la aplicación retroactiva de las nuevas ordenanzas municipales que fijan un límite a la duración de las concesiones.¹⁵

Francia, por su parte, tuvo una similar concepción de los sepulcros. Entre el periodo de 1850 a 1870 y el de 1920 a 1950, se sitúa la edad de oro de los cementerios franceses. Estas etapas estuvieron marcadas por la aparición de tumbas fuera de lo común por el tamaño, los materiales, las esculturas y características del desarrollo de la propiedad entre las clases medias.¹⁶ Los cementerios franceses se constituyen ampliamente por fosas comunes y tumbas simples en provecho de las concesiones temporales y a perpetuidad.¹⁷

Otro sentido diametralmente opuesto tomó la regulación de los derechos sobre las sepulturas alemanas, al enmarcarlos en el ámbito privado. Desde finales del siglo XIX, la privatización de tareas públicas transforma al derecho administrativo alemán. Su concepción se basa en la idea de que los particulares, con su iniciativa y sus recursos, pueden cumplir los

¹³ Durante el periodo de 1813 a 1870, muchas fueron las vicisitudes de los Ayuntamientos ante la resistencia eclesiástica a todo intento secularizador en la municipalización de las necrópolis, todo lo que condicionó la evolución del municipalismo funerario hasta las modernas medidas liberalizadoras, los nuevos intentos de reglamentación estatal y la incidencia de la Ley de la Memoria Histórica. Tolivar Alas, Leopoldo, Ayuntamientos, Registro Civil y Municipalismo Funerario, Madrid, Justel, 2008, pp. 115-190.

¹⁴ Rodríguez Blanco, Miguel, *op. cit.*, pp. 103-108; Tolivar Alas, Leopoldo, *Dogma y realidad en el derecho mortuario español*, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1983, pp. 168-171.

¹⁵ Ballesteros Moffa, Luis Ángel, Los principios de irretroactividad y confianza legítima en el derecho funerario: el régimen transitorio de los derechos de sepultura en la jurisprudencia, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, número 129, 2006, pp. 173-197.

¹⁶ Bertrand, Russell, Que de vertus... Les épitaphes édifiantes des débuts du XIX e siècle, Bertrand Russell, Anne C. y Jean-Noël P., *Les narrations de la mort*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2005, pp. 241-255.

¹⁷ Bertrand, Russell, *op. cit.*

cometidos públicos de mejor manera que las autoridades administrativas. Así, las sepulturas se conceden por particulares, dentro del régimen privado de administración de cementerios.¹⁸

Las influencias europeas encontraron asidero en América con similar proyección. En Estados Unidos de América, durante la segunda mitad del siglo XIX, el estado de Nueva York fue uno de los lugares mejor y más extensamente codificado. Como resultado, el Código Político de 1860¹⁹ constituyó un manual de derecho público administrativo que especificó el desenvolvimiento del Estado. A partir de su artículo 1106, ofreció una clara ordenación de los cementerios. De acuerdo con sus posturas, la adquisición de los cementerios debía realizarse a nombre del pueblo, siendo inenajenables, salvo resolución de autoridad comunal.²⁰

Más controversial ha sido el tratamiento de los sepulcros en Argentina. Importantes autores como Barraquero sostuvieron que el sepulcro constituye un bien de naturaleza civil. Para ello, se fundamentaron en el decreto argentino del 3 de septiembre de 1823, en el que se enunciaron términos como *venta* y *compra* de sepulturas. Ello significó que se trataba de bienes privados, criterio que también siguió la Ley Orgánica de la Municipalidad de Buenos Aires, No. 1260. En efecto, estos términos, en unión a otros como *propiedad de las sepulturas*, *venta de nichos*, *panteones particulares* y *comprador de terreno para sepulcro*, se emplearon con otras expresiones que se contradecían entre sí.²¹

De la regulación administrativa de los camposantos modernos a partir del siglo XVIII se evidencia que, a pesar de ser doctrina aceptada su sometimiento al servicio público,²² los derechos que sobre sus bienes se

¹⁸ Ibler, M., Los nuevos retos y tendencias del Derecho administrativo en Alemania, *Revista IUSTA*, Bogotá, número 45, 2016, pp. 165-182.

¹⁹ New York Field Codes Series, volume v, State of New York, The Lawbook Exchange, Ltd.- Clark, New Jersey-Biblio.com [consulta: 2 de noviembre de 2018]. Disponible en: https://www.biblio.com/bookstore/the-lawbook-exchangeldtdclark&usg=AOvVaw0T64rKbVlfZY7l_NMsAXH.

²⁰ Miguens, A. M., Se pulcro, *XXXII Jornada Notarial Argentina*, Buenos Aires, 24-26 de agosto de 2016.

²¹ Barraquero, Carette, Attwell, Ocantos, Requena, *Diccionario de Legislación Nacional y Provincial*, tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1912, pp. 295, 298 y 300.

²² Fernández Ruiz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, pp.258-266.

constituyeron no siempre guardaron esta misma esencia. Ello provocó su aprovechamiento individual desentendido de la unidad inmobiliaria. Precisamente, la sepultura deviene en la expresión concreta y materializada del derecho de uso público emergente, asentado sobre la dependencia demanial que resulta el cementerio.²³

3. LOS CEMENTERIOS PÚBLICOS COMO SUJETOS DE DERECHOS. SU NATURALEZA JURÍDICA, ¿PÚBLICA O PRIVADA?

A partir de la secularización de los cementerios públicos, comenzó una seria confrontación doctrinal en cuanto a su condición jurídica. Al efecto, se distinguen tres grupos que defienden posiciones doctrinarias opuestas. El primero les atribuyó carácter de bienes privados del Estado,²⁴ el segundo los consideró bienes integrantes del dominio público²⁵ y el último planteó una teoría ecléctica en la que los cementerios sólo en parte son bienes del dominio público, pues sus nichos y sepulcros constituyen bienes privados del municipio y los concesionarios.²⁶

²³ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo v, Buenos Aires, Depalma, 1960, pp. 252-271.

²⁴ Batbie, A. P., *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome 5, Paris, L. Larose et Forcel Libraires-Éditeurs, 1888, p. 319; Ducrocq, Th., *Cours de droit administratif*, tome 6, número 2305, Paris, Ancienne Librairie Thorin et Fils. A. Fontemoings Éditeurs, 1900, pp. 270-272; Journè, Maurice, *Précis de droit administratif*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1925, p. 329; Guicciardi, Enrico, *Il Demanio*, Milano, CEDAM, 1934, pp. 153-154.

²⁵ Proudhon, Pierre-Joseph, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, tome premier, Dijon, Ed. Chez Victor Lagier, Libraire-Éditeur, 1833, pp. 460-462; Mayer, Otto, *El derecho administrativo alemán*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1950, pp. 121-122 y 236; Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif*, Paris, Ed. Recueil Sirey, 1927, p. 826; Fernández de Velasco, Recaredo, Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos, *Revista de Derecho Privado*, 1935, pp. 203-205; De Laubadère, André, Les concessions dans les cimetières, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, Dalloz, 1936, pp. 612- 620; Jansse, Lucien, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris, Dalloz, 1938, pp. 125-126.

²⁶ Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino (derechos reales)*, tomo 1, número 1436, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1923, p. 751; Pérez Gálvez, Juan Francisco, *El sistema funerario en el derecho español*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 335-348.

El fundamento privado de los cementerios se sustentó en que, al resultar estas fuentes de recursos para las comunas, pueden otorgarse concesiones onerosas que permitan al Estado recibir un beneficio económico. Tal análisis partió de la existencia de cementerios privados sobre los que se ejerce la afectación al servicio de inhumaciones y el poder de policía, por lo que estas potestades no resultan incompatibles con la propiedad privada.²⁷

Para Guicciardi, el carácter privado de los cementerios se debió a que la actividad del Estado respecto a los cementerios no es exclusiva de él, pues también existen cementerios particulares. Pero como la exclusividad de las respectivas funciones del Estado es uno de los requisitos que deben concurrir para que la cosa pueda considerarse demanial, debe negarse esta condición a los cementerios. Por su parte, Barraquero le atribuyó este carácter, basado en las leyes dictadas al respecto, que disponían la venta de las parcelas para construir sepulcros, al considerarlas una desafectación del respectivo bien público.²⁸

En los aspectos referidos, debe valorarse que los bienes demaniales no requieren necesariamente la improductividad o que las concesiones de uso sean gratuitas. Además, en el caso de los cementerios privados, no puede hablarse de dominio público al no concurrir uno de sus elementos indispensables: el elemento subjetivo. A ello se suma que la condición del cementerio ha de encontrarse en sí mismo. No es público o privado porque pertenezca o uno u otro sujeto, pues la realidad jurídica positiva no distingue, refiriendo simplemente cementerio. Por eso, el poder de policía se manifiesta sobre toda clase de actividades, ya sean públicas o privadas.²⁹

La teoría ecléctica, que hizo distinción entre el régimen de dominio público sobre el cementerio y de dominio privado sobre los sepulcros, dio lugar a un considerable número de corrientes doctrinales que intentaron justificar su naturaleza jurídica. Algunos autores pretendieron resolver esta cuestión sosteniendo que los sepulcros constituyen una propiedad

²⁷ Ducrocq, Th., *op. cit.*, p. 271; Batbie, A. P., *op. cit.*, p. 319.

²⁸ Barraquero, referenciado en Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, pp. 255-256.

²⁹ Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, tomo IV, Instituciones fundamentales (segunda parte) Dominio público, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, p. 403.

sui generis,³⁰ criterio que siguieron algunos tribunales. Otros expositores consideraron al derecho de sepulcro como un contrato innominado celebrado entre el Estado y el particular. Por último, se suma la opinión que igualó al sepulcro con un bien de derecho civil,³¹ estableciendo una propiedad común sobre el sepulcro.³²

Se impone entonces la doctrina del dominio público. El cementerio, como parte del dominio público,³³ aparte de consentir su uso —común o especial— por los administrados, presta el servicio público de inhumaciones. Sobre la base de un bien demanial, cuyo uso tienen los administrados, existe, además, prestación de un servicio público.³⁴ Este servicio mortuario o funerario ha estado tradicionalmente a cargo de las entidades locales, al entenderse que, por su prestación continua, es el municipio quien ostenta también la responsabilidad y, en su caso, titularidad sobre el resto de servicios prestado ante el fallecimiento. Por tanto, es el cementerio un servicio público, en tanto que la sepultura se traduce en el uso de ese servicio.³⁵

4. LÍMITES Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LOS CEMENTERIOS PÚBLICOS. OTROS DERECHOS EN COLISIÓN

La esencia demanial de los cementerios públicos atribuye igual naturaleza jurídica a las sepulturas incorporadas a ellos. Tal situación pondera un servicio público destinado a su uso privativo, que deviene en el acto jurídico en cuyo mérito los particulares pueden adquirir derechos. Así, se garantiza que la sepultura sea únicamente utilizada de acuerdo

³⁰ Esta doctrina plantea la diferenciación entre el derecho de acceso al servicio (cementerio) y el uso privativo sobre el bien de dominio público (sepultura), por lo que la naturaleza de las sepulturas privadas en los cementerios municipales no consisten en derechos reales administrativos, sino en una propiedad *sui generis*. Salvat, Raymundo, *op. cit.*, p.751; Pérez Gálvez, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 335-348.

³¹ Igual criterio sigue la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. Citada en Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, p. 260.

³² Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, tomo III, 5ta edición, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 444.

³³ Ochoa Monzó, Josep, *La actualización del derecho mortuario y la liberalización de los servicios funerarios*, Barcelona, Universidad de Alicante-Planet Press, 1998, pp. 138-158.

³⁴ Fernández de Velasco, Recaredo, *op. cit.*, p. 248.

³⁵ Ochoa Monzó, Josep, *op. cit.*, p. 29.

con su fin, por personas con facultad para ello. Su materialización se lleva a cabo a través de los medios que al efecto establezca o reconozca la normativa vigente en el lugar.³⁶ En tal sentido pueden ser el permiso de uso³⁷ aplicado por la Administración para que los usuarios aprovechen y usen los cementerios; y la concesión de uso,³⁸ para actividades de importancia jurídica-económica-social.³⁹

Cabe entonces delimitar los tipos de sepulturas en los que serán utilizados uno u otro medio de uso. Por un lado, el uso de fosas u osarios comunes y nichos será autorizado a través de un permiso. En cambio, el uso de la tierra como sepultura y sepulcros, entendidos como bóvedas, panteones, mausoleos, será autorizado mediante un acto concesional. En este entorno, baste significar que la concesión, a diferencia del permiso, no es el otorgamiento de un derecho precario. Al contrario, se otorga un verdadero derecho subjetivo para su concesionario, conformándose como un derecho real administrativo.⁴⁰

El derecho de los permisionarios se enmarca en uso exclusivo y excluyente. Ello conlleva a que desde el momento de su otorgamiento, para la custodia, guarda y depósito de cadáveres, se excluye cualquier otro fin para el cual pudiera destinarse. No obstante, bajo la nota de precariedad, la Administración se reserva el derecho de establecer un término de duración y extinguirlo unilateralmente. Esta situación justifica que, para la utilización de fosas comunes y nichos, es la Administración quien asume su edificación y emplazamiento. Por tanto, a pesar de que su uso pueda disponerse de forma gratuita u onerosa, este derecho no genera la posibilidad de transmisión a terceros.⁴¹

³⁶ Fernández de Velasco es claro cuando reconoce los usos privativos temporales y a perpetuidad como medios de expresión de derechos sobre sepulturas, criterio al que se afilia la investigación. Fernández de Velasco, Recaredo, *op. cit.*, pp. 210-211.

³⁷ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, volumen II (parte general: conclusión), 7a edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 471.

³⁸ Matilla Correa, Andry, *Fundamentos del régimen jurídico de las concesiones administrativas. Una visión cubana*, tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2005, p. 36.

³⁹ Fernández de Velasco, Recaredo, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁰ Mayer, Otto, *op. cit.*, p. 248; González Pérez, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, Madrid, Civitas, 1975, p. 106.

⁴¹ Fernández de Velasco, Recaredo, *op. cit.*, p. 210.

Por otro lado, el derecho de los concesionarios implica, además del descrito uso exclusivo y excluyente, la atribución de levantar la construcción o monumento funerario. Esta facultad deviene en un derecho inherente al uso mismo de la concesión. En estos casos, debe conllevar la posibilidad de construir los elementos indispensables para la consecución del fin para el cual se otorgó; además, genera la posibilidad de su transmisión a terceros por acto *inter vivos* o *mortis causa*. Esta transmisión se puede ejecutar siempre que la concesión no lo prohíba y se respeten sus condiciones, o esté permitido según los reglamentos municipales. Pueden constituirse a título gratuito u oneroso; cuando se pacta algún precio, éste será un simple canon, que no debe confundirse con impuesto o tasa.⁴²

Otra cuestión que resalta es el otorgamiento de concesiones temporales o perpetuas; al respecto, existen dos corrientes, que si bien coinciden en la temporalidad de las concesiones, sus opiniones se bifurcan en cuanto a su perpetuidad.⁴³ El primer grupo plantea que la perpetuidad del derecho de uso equivale a una enajenación de la cosa respectiva, chocando con el carácter de los bienes públicos.⁴⁴ La existencia de un plazo cierto prorrogable, a decir de Parada,⁴⁵ constituye un requisito estructural de la concesión, que asegura la continuidad de la prestación del servicio y garantiza los derechos del concesionario.

Los seguidores de esta corriente se basan en la significación del plazo para el cumplimiento y extinción de la concesión, que puede concretarse con el señalamiento de un límite temporal de ejercicio de los derechos

⁴² Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, pp. 187-189.

⁴³ Existe una corriente doctrinaria que excluye a las sepulturas del régimen concesional. En ella se enfatiza que la concepción de la sepultura se resuelve con el servicio público. Por lo tanto, al considerarla como un servicio, su naturaleza de cosa sagrada no le permite ser objeto de contrato ni de legado, ni susceptible de prescripción, embargo o hipoteca. Entonces, su otorgamiento constituye una prestación singular de un servicio público que se identifica con la utilización excluyente del bien. Zanobini, Guido, *Curso de derecho administrativo*, volumen I, parte general, Buenos Aires, Ayadú, 1954, p. 106; Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, tomo II, Barcelona, Bosch, 1970, p. 411. Al alejarse de la concepción de uso privativo, a este criterio no se acoge el presente artículo.

⁴⁴ Opinión sostenida por Dalmacio Vélez Sarsfield, seguida por varios escritores patrios. Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, p. 184.

⁴⁵ Parada Vázquez, José Ramón, *Derecho administrativo*, tomo I, parte general, 15a edición, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 347.

y facultades que la concesión otorga al concesionario. Su término es no sólo cierto, sino fijo o determinado (*dies certus an et quando*). Así mismo, en el aspecto jurídico constituye una garantía del respeto de la Administración hacia el ejercicio de esos derechos y facultades.⁴⁶

Visto así, la temporalidad deviene en principio estructural en la relación concesional; sin embargo, encuentra una excepción ante la posibilidad de constituirse sin un plazo o término fijado.⁴⁷ En tales casos, se configuran las concepciones perpetuas de sepulturas, acogidas por el segundo grupo de tratadistas, que reconocen la validez jurídica de la perpetuidad en las concesiones de uso.⁴⁸

La concesión de uso otorgada a perpetuidad es compatible con el régimen del dominio público. Esta aseveración se sustenta en que tal condición provee la seguridad jurídica que garantiza el bienestar y tranquilidad individuales. Al resultar constitutivas de un derecho de uso acorde a su destino, no son traslativas de dominio. Su situación jurídica se equipara al tratamiento de las concesiones temporarias susceptibles a renovaciones sucesivas. Además, a pesar de su condición, el Estado puede imponer sobre ellas las modificaciones que se deriven de nuevas necesidades sociales. Por último, la perpetuidad no impide la revocación de la concesión, cuando razones de interés público así lo requieran.⁴⁹

Desde estas opiniones debe entenderse que, en el régimen concesional de las sepulturas, la renovación tutela la voluntad de los familiares, de hacer reposar los restos de sus seres queridos en un determinado lugar. Con ella se garantizaría, a su vez, la transmisibilidad del derecho funerario y el uso privativo de construcciones como panteones y mausoleos.⁵⁰ Para el cementerio, como bien de dominio público, la renovación de una concesión, una vez expirado el plazo de duración, contribuye al cumpli-

⁴⁶ Villar Palasí, José Luis, *Concesiones administrativas*, tomo IV, Barcelona, NEJ Seix, 1952, p. 756; Albi, Fernando, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, Aguilar, 1960, p. 650; López Pellicer, José A. y Sánchez Díaz, José L., *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1976, pp.189-191.

⁴⁷ Matilla Correa, Andry, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁸ Arbus, Pacelli, Bibiloni, Lafaille. Así lo refiere Fernández de Velasco, Recaredo, *op. cit.*, pp. 243-244.

⁴⁹ *Ibid*, pp. 243-244.

⁵⁰ Tolívar Alas, Leopoldo, *op. cit.*, pp. 1745-1748.

miento de su finalidad concreta. Ésta debe tener lugar siempre que no existieran razones objetivas de interés público que lo impidan, en cuyo caso concreto la Administración tendría que acreditar.⁵¹

Así, la posesión desarrollada tanto por los permisionarios como por los concesionarios no puede ser civil, al carecerse de la intensión de apropiarse de la cosa. Tampoco puede poseerse en otro concepto que en el de tenedor que la conserva o disfruta, por encontrarse el dominio en otra persona.⁵² No obstante, se les reconoce el derecho a promover acciones posesorias contra terceros, respecto al uso de la cosa objeto del permiso o concesión. Ello se debe a que tales permisionarios y concesionarios, en relación con terceros, poseen la *quasi possessio iuris* del bien.

En el contenido de ambos medios de uso privativo se enmarcan las servidumbres administrativas que en su utilización se dispongan. Sólo se requiere para su imposición que sean compatibles con el fin que motiva la afectación de la cosa. De igual forma, se ejercen las potestades administrativas que protegen el pleno dominio de la Administración concedente, en armónica relación de intereses públicos y privados.

5. CONCLUSIONES

De manera general, la existencia de cementerios y lugares enterramientos data de la antigüedad. Durante el cristianismo, los romanos variaron las costumbres funerarias al utilizar fosas comunes llamadas catacumbas. La expansión del cristianismo en la Edad Media resultó en la construcción de iglesias y, alrededor de ellas, cementerios. En estos fue sepultada la gente común, mientras que el clérigo y la nobleza se ubicaban en el interior de las iglesias. A partir del siglo XVIII esta costumbre medieval fue criticada por los malos olores que originaron focos de enfermedades y la saturación de estos espacios. Así, a finales del siglo XVIII se establecieron los cementerios extraurbanos modernos.

Los cementerios antiguos se mantuvieron bajo un manto religioso y mágico; concebidos como *cosa fuera del comercio*, sobre ellos no podían constituirse derechos privados. Sin embargo, la época medieval concibió

⁵¹ Rodríguez Blanco, Miguel, *op. cit.*, p. 109.

⁵² Fernández de Velasco, Recaredo, *op. cit.*, pp. 211-212.

el otorgamiento de derechos de propiedad a perpetuidad sobre espacios de enterramiento. El siglo xx trajo consigo fuertes corrientes doctrinales española, francesa, alemana e italiana, que enmarcaban a los cementerios y sepulturas en el ámbito público o privado del derecho. Estas influencias impactaron en América concibiéndose de manera similar a la doctrina europea. No obstante, cada cultura ha aplicado sus propios rituales funerarios y sus formas específicas de concebir los enterramientos.

Mucho se ha debatido sobre la naturaleza jurídica de los cementerios, pero ha sido la doctrina del dominio público la que ha primado en la concepción normativa de los cementerios. Es por ello que, aunque subsisten doctrinas que enmarcan a los derechos sobre sepulturas dentro de la propiedad, se ha impuesto el régimen demanial, cuyos medios de uso privativo resultan el permiso de uso y la concesión de uso (temporal o perpetua). En ambos medios se enmarcan tanto servidumbres administrativas como las potestades administrativas protectores del dominio administrativo, moldeando así la amplitud y contenido de estos derechos.

6. REFERENCIAS

- Albi, Fernando, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, Aguilar, 1960.
- Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, tomo II, Barcelona, Bosch, 1970.
- Alessi, Renato, *Sistema istituzionale di diritto amministrativo*, Milano, Dott. A Giuffrè-Editore, 1960.
- Ariés, Philip, *El hombre ante la muerte*, Madrid, Taurus, 1984.
- Ballesteros Moffa, Luis Ángel, Los principios de irretroactividad y confianza legítima en el derecho funerario: el régimen transitorio de los derechos de sepultura en la jurisprudencia, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 129, 2006, pp. 173-197.
- Barraquero, Carette, Attwell, Ocantos, Requena, *Diccionario de Legislación Nacional y Provincial*, tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1912.
- Batbie, A. P., *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome 5, Paris, L. Larose et Forcel Libraires-Editeurs, 1888.

- Bertrand, Russell, Estudio de los cementerios franceses contemporáneos. Los problemas de método, en *Revista Trace*, número 58, diciembre 2010, pp. 71-81.
- , Que de vertus.... Les épitaphes édifiantes des débuts du XIX e siècle, en Bertrand Russell, Anne, C. y Jean-Noël, P. *Les narrations de la mort*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2005, pp. 241-255.
- Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, tomo III, 5ta edición, Buenos Aires, Depalma, 1956.
- Bullrich, Rodolfo, *Curso de derecho administrativo*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1932.
- Cabarro, N., Cementerios parque: un espacio para la ilusión, en *Revista de Arquitectura SCA*, número 194, 1999, pp. 66-73.
- Caetano, Marcello, *Manual de direito administrativo*, tomo I, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1970.
- De Laubadère, André, Les concessions dans les cimetières, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, Dalloz, 1936, pp. 612- 620.
- Ducrocq, Th., *Cours de Droit Administratif*, tome 6, número 2305, Paris, Ancienne Librairie Thorin et Fils. A. Fontemoings Éditeurs, 1900.
- Escovar, A., Vida, resurrección y muerte en la arquitectura funeraria, *Las ciudades y los muertos. Cementerios de América Latina*, 2009 [consulta: 24 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.museodebogota.gov.co/descargas/publicaciones/pdf/Vida.pdf>.
- Fernández de Velasco, Recaredo, *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos*, *Revista de Derecho Privado*, 1935.
- Fernández Ruiz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo*, tomo I, octava edición, Madrid, Civitas, 1997.
- Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, volumen II (parte general: conclusión), 7ma edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- Giannini, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, trad. Luis Ortega, volumen 1, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, 1991.
- González Pérez, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, Madrid, Civitas, 1975.

- González, A., *El cementerio español de los siglos XVIII y XIX*, España, Archivo Español de Arte, número 171, 1970.
- Guicciardi, Enrico, *Il Demanio*, Milano, CEDAM, 1934.
- Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif*, Paris, Recueil Sirey, 1927.
- Ibler, M., Los nuevos retos y tendencias del derecho administrativo en Alemania, en *Revista IUSTA*, número 45, 2016, pp. 165-182.
- Jansse, Lucien, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris, Dalloz, 1938.
- Journè, Maurice, *Précis de droit administratif*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1925.
- Keith-Lucas, B. y Richards, P. G., *Historia del régimen local inglés en el siglo XX*. Colección Administración y Ciudadano, trad. Joaquín Hernández, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1980.
- Lafaille, Héctor, *Tratado de los derechos reales*, tomo II, número 1016, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1944.
- López Pellicer, José A. y Sánchez Díaz, José L., *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1976.
- Marienhoff, Miguel S., Noción de dominio público. Clasificación. Afectación y desafectación. Elementos que integran la noción de dominialidad. Régimen y caracteres jurídicos. Tutela o protección. Uso del dominio público. Permiso. Concesión. Uso adquirido por prescripción, *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, Buenos Aires, Depalma, 1960.
- Matilla Correa, Andry, *Fundamentos del régimen jurídico de las concesiones administrativas. Una visión cubana*, tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Universidad de La Habana, 2005.
- Mayer, Otto, *El derecho administrativo alemán*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1950.
- Miguens, Alberto M., Se pulcro, XXXII Jornada Notarial Argentina, Buenos Aires, 24-26 de agosto de 2016.
- Monacelli, Gualterio, *Elementos de derecho administrativo y legislación fiscal y aduanera*, 9a edición, Buenos Aires, El Ateneo, 1961.
- New York Field Codes Series*, volume V, State of New York, The Lawbook Exchange, Ltd.- Clark, New Jersey-Biblio.com [consulta: 2 de noviembre de

- 2018]. Disponible en: https://www.biblio.com/bookstore/the-lawbook-exchange-ltd-clark&usg=AOvVaw0T64rKbVlf-ZY7l_NMsAXH.
- Ochoa Monzó, Josep, *La actualización del derecho mortuario y la liberalización de los servicios funerarios*, Barcelona, Universidad de Alicante-Planet Press, 1998.
- Ortega García, Erick, *El derecho a la sepultura y su contextualización normativa en el ordenamiento jurídico cubano*, tesis presentada en opción al grado académico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de Oriente, Cuba, 2016.
- Parada Vázquez, José Ramón, *Derecho administrativo*, tomo I, parte general, 15a edición, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Pérez Gálvez, Juan Francisco, *El sistema funerario en el derecho español*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- Proudhon, Pierre-Joseph, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, tome premier, Dijon, Chez Victor Lagier, Libraire-Éditeur, 1833.
- Rodríguez Blanco, Miguel, *Régimen jurídico de cementerios y sepulturas*, Granada, Comares, 2015.
- Rolland, Louis, *Précis de droit administratif*, 7ème édition, Paris, Dalloz, 1938.
- Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino (derechos reales)*, tomo 1, número 1436, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1923.
- Tolivar Alas, Leopoldo, Los servicios mortuarios locales: cementerios y servicios funerarios, en Muñoz Machado, Santiago (dir.), *Tratado de derecho municipal*, volumen II, 2a edición, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1745-1748.
- , Los servicios funerarios y mortuarios, en Cano Campos, Tomás (dir.) *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, 7, 2009.
- , *Ayuntamientos, registro civil y municipalismo funerario*, Madrid, Iustel, 2008.
- , *Dogma y realidad en el derecho mortuario español*, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1983.
- Villar Palasí, José Luis, *Concesiones administrativas*, tomo IV, Barcelona, NEJ Seix, 1952.

Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo, tomo IV, Instituciones fundamentales (segunda parte) – Dominio público*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952.

Waline, Marcel, *Élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936.

Zanobini, Guido, *Curso de derecho administrativo*, volumen I, parte general, Buenos Aires, Ayadú, 1954.

El derecho humano al desarrollo: la responsabilidad compartida de la justicia constitucional*

The Human Right to Development: the shared responsibility of constitutional justice

JOSÉ DE JESÚS BECERRA RAMÍREZ**

RESUMEN

En este artículo se presenta un modesto ejercicio con la idea de deliberar sobre el desarrollo como un derecho humano y su consiguiente garantía por parte de la justicia constitucional. Para ello, se parte, por un lado, de cómo se ha proyectado este derecho de reciente configuración, que está destinado al desarrollo no sólo del individuo, sino también al de los pueblos, en el que son exigidos claros comportamientos solidarios de personas, sociedades y Estados; por otro lado, se abordan los incipientes aportes realizados por la jurisdicción para su materialización.

Palabras clave: *derecho humano al desarrollo, responsabilidad de personas, sociedades y Estados, justicia constitucional, materialización del derecho.*

ABSTRACT

This article presents a modest exercise with the idea of deliberating on development as a human right and its consequent guarantee by constitutional justice. For this, it starts on the one hand, with how this recently configured right has been projected, which is intended for the development not only of the individual, but also that of the community, in which clear solidarity of the behaviors of people, societies and States are required; on the other hand, the incipient contributions made by the jurisdiction for their materialization are addressed.

Keywords: human right to development, responsibility of people, societies and states, constitutional justice, materialization of law.

* Artículo de investigación recibido el 29-09-2019 y aceptado el 06-11-2019.

** Maestro y doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, de la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente, profesor-investigador y director de la División de Estudios Jurídicos en la Universidad de Guadalajara (Jalisco, México). Contacto: jbecerra33@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-6419-185X>

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Las correcciones desde el Estado liberal / 3. Nuevas tendencias constitucionales / 4. Las respuestas de la justicia constitucional / 5. Conclusiones / 6. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

El *derecho al desarrollo* es un término de relativa y reciente configuración, el cual tiene como punto de origen la presencia de personas y pueblos en condiciones de alta vulnerabilidad y desigualdad que exigen comportamientos fraternos o solidarios de las personas, de las sociedades y de los Estados en su conjunto. El inicio de su aparición se remonta a los años sesenta, de la mano de personas que, desde el punto de vista teórico, intentaron sensibilizar al mundo para generar actitudes tendentes a propiciar acciones que superaran las asimetrías existentes, sobre todo aquellas voces provenientes del tercer mundo¹, que son las que más han padecido asimetrías en sus latitudes.²

Así, la idea fue generar un término que, de inicio, se adscribiera al campo de la ética y la moral, y que replanteara los derechos humanos en su conjunto, pues su concepción tradicional, con la aparición del derecho al desarrollo, se ve impulsada hacia una nueva reconfiguración con un principio adicional a los ya existentes. Es decir, que replanteara el origen de los referidos derechos, concebidos bajo la idea inicial de limitar al poder mediante la denuncia de actuaciones negativas o de no intervención por parte del Estado, bajo el principio de la libertad de las personas, que fue una de las características del proceso de las primeras incorporaciones de los derechos al ámbito positivo, como lo fueron estos casos concretos e ilustrativos: en primer término, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 o el catálogo reconocido en la Declaración de

¹ Gómez, F., El derecho al desarrollo como derecho humano, *Revista Aportes Andinos*, número 3, agosto 2002, pp. 1-2.

² Sobre todo es de darle crédito al jurista senegalés Keba M' Baye, quien, en la sesión inaugural del Curso de Derechos Humanos de Estrasburgo en 1972, presentó una definición de derecho al desarrollo como derecho humano, al pronunciar la conferencia sobre el derecho al desarrollo en el ámbito internacional.

los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de Francia.³ En estos documentos subyacen dichos principios originales; por ejemplo, en una parte del texto de la Declaración de Independencia se estableció:

Tenemos las siguientes verdades por evidentes en sí mismas: que todos los hombres son creados iguales; que su creador les ha otorgado derechos inalienables; que entre estos esta la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar esos derechos se instituyen entre los hombres gobiernos cuyos poderes legitimados emanan del consentimiento de los gobernados; que cuando una forma cualquiera de gobierno pone en peligro esos fines, el pueblo tiene derecho a alterarla o abolirla y a instituir un nuevo gobierno, fundamentándolo en los principios, y organizando sus poderes en la forma, que a su juicio le ofrezca más posibilidades de alcanzar su seguridad y felicidad...⁴

Así, en este documento se identifica claramente la idea de los principios de libertad y seguridad de las personas como una primera forma de identificar los derechos humanos sobre las necesidades de respetarlos, mediante actuaciones negativas de no intervención del Estado, donde se garantizará a los individuos el ejercer plenamente sus libertades en un marco de seguridad; de no acontecerlo, se tiene el derecho de participación para formar otro nuevo. Hecho similar se identifica en la citada Declaración francesa, que, entre otras cosas, instituye lo siguiente:

Artículo 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 2. La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre

³ Jiménez, R., *El constitucionalismo, proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 47-77.

⁴ Jiménez, R., *op. cit.*, p. 52.

tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley.

Es decir, de ambas declaraciones se desprenden principios muy identificados con el origen mismo de los derechos humanos, en su tránsito a la modernidad, por ejemplo, la libertad, la igualdad, la seguridad, la propiedad, la de participar políticamente o la de resistencia a la opresión. Todo esto, con un olvido, tal vez no previsto o deliberado, como la solidaridad o fraternidad; si bien es cierto que esta última fue parte de la consigna histórica de la Revolución Francesa, en su Declaración no fue claramente incluida, como sí lo fueron los principios mencionados.

Por lo anterior, se realizó la afirmación categórica de inicio, consistente en que con la aparición del derecho al desarrollo se replantean los principios involucrados en el tema de los derechos humanos, al adscribirse como parte de ellos el principio de solidaridad o fraternidad. Esto, en razón de que tanto en el modelo francés inicial de los derechos humanos como de alguna manera en lo citado en Norteamérica en su declaración, no hubo una idea completa que abarcara todos los ámbitos de los derechos fundamentales, tal como lo expresó Gregorio Peces-Barba al decir que una concepción de los derechos reducida a las libertades, como aquí se ha mencionado, adscrita a lo que se desprende de las citadas declaraciones, es hacer a un lado una categoría en la que se incluyan, entre otros aspectos, los derechos de prestación, pues adscribirlos al de libertades públicas sería reducirlos a lo que él llama derechos de autonomía, en donde el Estado sea sólo un ente de observancia, cuya actividad en el campo de los derechos se limite a la no intervención de los mismos o, en otras palabras, el conjunto de actuaciones negativas del referido Estado (2004, p. 24).⁵ Sin embargo, al incluir el principio de solidaridad o fraternidad cambia, como ya se adelantó previamente, la configuración de los derechos humanos por el hecho de incluir la idea de superar el aislamiento que implica el circunscribirse ésta a su identificación, mediante el principio de libertad, para evolucionar a un proceso de facilitación de comunicación social, no egoísta, mediante el impulso de nuevas relaciones

⁵ Peces-Barba, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 24.

de integración que lleven a una idea de construcción de una dimensión de índole comunitaria, lo que obviamente transforma el sentido de los derechos mediante el desarrollo de una nueva moralidad que es susceptible de impulsar a futuro su incorporación al derecho positivo.⁶

Pero lo expresado no fue sólo lo que impulsó esta nueva reconfiguración de los derechos humanos, sino también el hecho de que, desde el tercer mundo, sobre todo, y desde la doctrina, tal como se ha mencionado en párrafos anteriores, se planteó la imperiosa necesidad de ampliar la idea de que el desarrollo de las personas no es únicamente la concepción de ser entes libres e iguales, sino que también se requiere ser solidario e integrarse en comunidad. Por tal motivo, en 1986 se dio un paso por demás significativo desde el ámbito internacional, especialmente mediante la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se adoptó, con su resolución 41/128 del 4 de diciembre de dicho año, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. En tal documento aparece una conceptualización clara sobre dicho término, que recoge las inquietudes por lograr un consenso de índole supranacional para comprometer a la comunidad internacional y a los Estados nacionales a asumir un mayor compromiso ante las desigualdades imperantes en el mundo, hecho que se desprende tanto del preámbulo como del articulado del referido documento, del cual a continuación se cita una parte por demás esclarecedora:

Reconociendo que el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan [...]

Artículo 1

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

⁶ Peces-Barba, G., *op. cit.*, p. 38.

2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.

Del texto anterior se desprenden varios elementos, entre los que destacan: en primer término, que el derecho al desarrollo no es privativo de una persona o Estado en particular, sino que, partiendo precisamente de la visión solidaria, se reconoce que dicho derecho es un proceso de índole global, que a la vez tiene que ver con ámbitos como el económico, social, cultural y político, cuyo objetivo es el mejoramiento de todos. Además, este derecho se presenta como un claro ejemplo de la interdependencia de los derechos humanos, pues el mandato establecido en el concepto señalado por la referida declaración es que para llegar al derecho al desarrollo se tienen que realizar plenamente todos los demás; es decir, el derecho que nos ocupa no es de ninguna manera independiente, sino que la vía para materializarse es la realización plena de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, según se deduce del texto anterior. Asimismo, se proyecta el hecho de que el término *derecho al desarrollo* no está destinado en exclusiva a los individuos, en razón de que adscribe como destinatarios también a los pueblos, como una novedad en la reconfiguración de los derechos humanos. De entrada, esto es un cambio, pues tiene un diverso sujeto beneficiario de dicha definición (los pueblos), lo que se presenta como una reconstrucción de las nuevas formas de los derechos.

Así, no queda duda en afirmar que existe una clara idea sobre la concepción del derecho al desarrollo, en razón de que desde el sector académico y la comunidad internacional se han expresado sobre la necesidad de priorizar una agenda global donde se incluya el citado derecho. Adicionalmente, cabe mencionar que no es sólo éste el impulso principal, sino también los indicadores por demás esclarecedores, en los que aparecen en el mundo sectores muy significativos en condiciones de pobreza y exclusión, que reflejan en su conjunto una falta de garantía de los dere-

chos humanos, y donde se involucra el derecho al desarrollo.⁷ Este hecho incluso lo afirma el mismo Luigi Ferrajoli, al decir que:

La violencia y las guerras civiles que continúan ensangrentando el planeta y de otro, la creciente y cada vez más intolerable desigualdad entre países ricos y pobres, entre nuestras democráticas sociedades opulentas y las cuatro quintas partes del mundo que viven en condiciones de miseria, entre nuestros altos niveles de vida y los mil millones de seres humanos que pasan hambre.⁸

Lo anterior lo confirma el reciente Informe sobre Desarrollo Humano 2019, dado a conocer por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, que señala las desigualdades en el siglo XXI:

En todos los países hay muchas personas con escasas perspectivas de vivir un futuro mejor. Carecen de esperanza, sentido de propósito y dignidad; desde su situación de marginación, solo les queda contemplar a otras personas que prosperan y se enriquecen cada vez más. Muchos seres humanos han escapado de la pobreza extrema en todo el mundo, pero aún son más los que no tienen oportunidades ni recursos para tomar las riendas de sus vidas.⁹

Lo expresado nos impulsa a no ser indiferentes a lo que acontece en las condiciones de vida de millones de personas, de ahí que la idea es realizar, aunque sea de forma modesta, esfuerzos y acciones tendentes a una vida digna para todos, sin exclusión, en los que dicha pretensión no sea mero discurso retórico. Como en su momento lo planteara Norberto Bobbio, al mencionar que estamos ante la presencia de un tiempo llamado de los derechos, pero que eso no significa al final de cuentas que los derechos sean toda una realidad en el momento actual; al contrario, se vive con la preocupación manifiesta no sólo de su reconocimiento, sino,

⁷ Salomon, M. E., *Global responsibility for human rights. World poverty and the development of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 39.

⁸ Ferrajoli, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 104.

⁹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano*, 2019, p. 1. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_spanish.pdf.

sobre todo, de su garantía.¹⁰ Es decir, lo que expresó Bobbio es su preocupación evidente ya no propiamente por el reconocimiento —de hecho, es reconocido un gran catálogo de derechos humanos—, por lo que no es tanto ese el problema, sino que el reto contemporáneo es precisamente su realización, esto es, su tutela efectiva.

De ahí el objetivo del presente documento, que es el plantear cómo desde la jurisdicción, sobre todo la constitucional, puede hacerse un aporte a la verdadera garantía del derecho humano al desarrollo. Por lo tanto, en los próximos párrafos se abordará, en primer término, qué tipos de Estado podría potenciar su propia materialización; en particular, qué tipo de tendencias constitucionales facilitarían este proceso para llegar a las respuestas que desde la justicia constitucional se han presentado.

2. LAS CORRECCIONES DESDE EL ESTADO LIBERAL

Se considera relevante hacer un abordaje sobre la función del Estado, especialmente en relación con la responsabilidad sobre lo que a derechos humanos se refiere, pues partimos de una premisa fundamental en la que, dependiendo de la tendencia ideológica dominante en un Estado, esto puede determinar la forma del abordaje a los referidos derechos. Por ello, se partirá de la forma en que el Estado liberal clásico los contempló, sobre todo el comportamiento que exigen sus cánones en el desarrollo de sus políticas gubernamentales en relación con ellos. A pesar de contar con posturas, incluso de naturaleza igualitaria, no se han logrado los cometidos en relación con los derechos, tal es el caso de lo que en su momento planteó el propio John Rawls, al mencionar, en su teoría de la justicia, que la sociedad requiere otorgar mayor atención a los individuos, tanto a los no favorecidos desde un punto de vista natural como por el lugar en que se encuentren situados socialmente.¹¹ A la postre, el referido autor complementó la idea, al señalar que:

También deben incluirse en la Constitución leyes que aseguren la libertad de asociación y la libertad de desplazamiento; además se necesitan medidas que

¹⁰ Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Fundación Sistema, 1991, p. 97.

¹¹ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 103.

aseguren la satisfacción de todas las necesidades básicas de los ciudadanos, de manera que puedan participar en la vida política y social [...] por debajo de cierto nivel de bienestar material y social, y adiestramiento y educación, las personas simplemente no pueden participar en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos en pie de igualdad.¹²

Lo anterior se deriva precisamente de que, al surgimiento de las versiones de los Estados democráticos modernos, es la propia Constitución la que delinea y establece cuál ente gubernamental es el destinado a la protección de los derechos humanos, pero no solamente la forma de tutelarlos, sino también qué tipos de derechos se reconocen y el camino de la actuación para su protección.¹³ De ahí que la primera tendencia ideológica relevante del referido Estado moderno es la liberal, aquella derivada de los movimientos libertarios de fines del siglo XVIII y principios del XIX, que incluso fueron citados en párrafos anteriores. Pero lo más relevante, lo que nos interesa en el presente análisis, es cómo este Estado liberal no abordó de una forma integral el tema de los derechos, tanto desde su reconocimiento (qué tipos de derechos se incluyen) como desde la forma en que se tutelan cuando se vean violados (es decir, su protección jurisdiccional o no jurisdiccional).

Si realizamos un repaso histórico desde finales el siglo XVIII e incluso hasta mediados del siglo XX, vamos a encontrar una serie de inconvenientes para el tema que nos ocupa, como los que a continuación se mencionan:

a) Sobre los tipos de derechos que se reconocen. Es de considerar un primer obstáculo u objeción a la tendencia liberal clásica, pues se parte de la premisa de que esta propuesta de Estado, al adscribirse a opción delimitada al carácter individual de los derechos, se aparta de una idea fundada en el bienestar, sobre todo en una tendencia de contenido social e índole colectiva; más bien, se enfoca en identificar con la legitimación de la representación popular, en la cual el Estado de derecho se destina

¹² Rawls, J., *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 165.

¹³ Vázquez, R., *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM, 2016, p. 100.

a ser el medio de la autonomía de las personas en lo individual, como una manera de establecer límites al poder, garantizando el espacio destinado para la libertad. Esta forma tiene como fundamento las relaciones de mercado donde priva la autonomía de la voluntad de los individuos y donde estos se aparten de toda relación de índole social y ética.¹⁴ De ahí la insuficiencia para dar una respuesta integral a la pretensión que es objeto con el derecho al desarrollo, en el cual es necesario una concepción de los derechos humanos más amplia y no reducida o delimitada a las actuaciones negativas del Estado, que por lo regular son los derechos de índole civil y político, sino que es necesaria la presencia de los derechos sociales, económicos y culturales para la materialización del derecho que nos ocupa, pues como se mencionó al inicio del presente documento, una de las características del mismo es que es producto de la interdependencia de todos los derechos.

Aunque cabe mencionar que no con ello se estén haciendo a un lado las libertades, con motivo de la presencia de algunos derechos de índole social y colectivo, como el derecho al desarrollo, pues es necesario para su propia materialización que se respeten las libertades, sobre todo aquellas que menciona Amartya Sen cuando se refiere a la idea de concebir el desarrollo como una forma de expansión de éstas, al decir que entre dichas libertades fundamentales se encuentran las siguientes:

algunas capacidades elementales como, por ejemplo, poder evitar privaciones como inanición, la desnutrición, la morbilidad evitable y la mortalidad prematura, o gozar de las libertades relacionadas con la capacidad de leer, escribir y calcular, la participación política y la libertad de expresión...¹⁵

Así, de lo que se trata es de cómo se complementa el sentido del liberalismo clásico sobre las libertades, como bien lo apuntó en su momento el profesor Gregorio Peces-Barba, al explicar de forma por demás acertada el origen de los derechos sociales, y cómo ellos vienen a superar o corregir esa idea de liberalismo, al aportar en el sentido que estos derechos son

¹⁴ Cárdenas, M. E., La retórica liberal de los derechos humanos, *Amauta*, volumen 14, número 27, 2016, pp. 88-90.

¹⁵ Sen, A., *Desarrollo y libertad*, Buenos Aires, Planeta, 2000, p. 55.

por “la idea de comunidad entre los hombres, de relaciones basadas en el amor, la amistad, el apoyo y la cooperación”. Si bien es cierto que esta idea inició su gestación en el siglo XIX, fue precisamente hasta después de la Primera Guerra Mundial cuando se incorporó a ciertos sistemas constitucionales, bajo el concepto de derechos sociales.¹⁶ Esto se constituye en el germen del derecho al desarrollo y, a la vez, en la propia corrección del liberalismo.

b) Sobre la forma de garantía. Por otro lado, se considera relevante abordar el hecho de que para la realización de los derechos es imprescindible contar con instrumentos o medios que los protejan, pues no basta su reconocimiento. De ahí la importancia de la justicia constitucional y las inconveniencias desde la visión liberal, pues se menciona que dicha postura planteada desde el constitucionalismo se refirió a limitar el poder, pero a partir del individuo, de su dignidad y autonomía,¹⁷ con lo cual, de entrada, quedan excluidos los derechos que se reconocen por la pertenencia a grupos o sectores específicos. Así, esta visión dificulta que derechos como el referido al desarrollo puedan ser incluidos en la justicia constitucional, al no entrar al catálogo de los derechos humanos y al referirse éste no sólo a las personas, sino también a los pueblos, de ahí su dificultad de justiciabilidad.

Se adicionan a lo anterior las visiones originarias del significado liberal dentro del constitucionalismo, en el sentido de la prevalencia que se le otorgó al ámbito legislativo o a las asambleas parlamentarias como depositarias de la soberanía popular, sin la existencia de límites claros para modelar su actuación, precisamente por ser reflejo de la voluntad de las mayorías.¹⁸ Esta circunstancia llevó a no ser bien vista la presencia de garantías jurisdiccionales efectivas, incluso a pesar de contar con declaraciones o cartas constitucionales que reconozcan derechos humanos.

Es cierto que con el surgimiento del pensamiento liberal aparecieron aspectos fundamentales del Estado moderno que dieron respuesta y solución a las antiguas discriminaciones basadas en estamentos, para dar paso

¹⁶ Peces-Barba, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 8.

¹⁷ Prieto, L., *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013, p. 226.

¹⁸ Prieto, L., *op. cit.*, 2013, p. 228.

y poner en el centro al individuo como único sujeto del derecho, pero a la vez se presenta un punto débil que es fundamental para un verdadero Estado de derecho, tal es el caso de la ausencia de garantías de los derechos, en razón de las dificultades que presenta el modelo estatalista, denominado así por Mauricio Fioravanti, en el cual se presenta, en el punto central del debate, la idea de un legislador virtuoso, donde se adolece de medios que posibiliten su control por la prevalencia del poder constituyente o del pueblo, que se ve materializado en el Estado mismo, por prevenir de éste la voluntad general. Así, esta idea de resaltar la ausencia de límites a la referida soberanía del poder público, bien sea constituyente o constituido, como lo dice el referido autor, lo ubica en un lugar muy disminuido en cuanto a la protección de los derechos.¹⁹

Lo señalado previamente nos refleja esa necesidad de corrección del liberalismo clásico, sobre todo para el tema que nos ocupa en el presente documento, en razón que, de entrada, pareciera que dicho modelo nació con la pretensión de limitar el poder mediante los derechos, sobre todo en la Europa continental; sin embargo, tal aspiración más bien llevó a la presencia de una filosofía de corte estatalista de soberanía política, que reflejó una constante desconfianza sobre todo hacia la jurisdicción, por considerar a esta última como parte del antiguo régimen, al cual combatió las revoluciones liberales, como fue el caso de referencia francesa, ya previamente abordado. Aunque es relevante hacer mención de que dicha tendencia puede ser matizada, sobre todo en el caso del modelo norteamericano, en el cual surgió el control jurisdiccional de la ley, máxime cuando ésta fuera violatoria del propio contenido de la Constitución, hecho que fue muy significativo para el origen de la justicia constitucional en el mundo.²⁰ Sin embargo, por otro lado, también reflejó ciertas inconveniencias, como el catálogo limitado de derechos y libertades reconoci-

¹⁹ Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 2009.

²⁰ La referencia principal sobre ello fue la sentencia del caso *Marbury vs Madison*, la cual constituyó un hecho relevante sobre el control judicial de constitucionalidad y una manera que posibilitó el equilibrio de poderes, al hacer una realidad la revisión judicial, sobre todo de los entes gubernamentales que representan a las mayorías. Amaya, J. A., *Marbury vs Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2015, pp. 109-111.

dos, cuyo universo es por demás menor que los reconocidos en la Europa continental.

En consecuencia, el primer reto que presenta el surgimiento de derechos humanos nuevos o emergentes para el constitucionalismo contemporáneo, como es el caso de referencia, nos lleva a buscar vías diferentes de garantía, especialmente cuando existe resistencia, en primer término, de reconocimiento y, en un segundo momento, la posibilidad de que sean garantizados incluso por la jurisdicción, cuando el poder político sea omiso en su materialización. Por otro lado, se presenta un segundo reto, reflejado por los grandes olvidos y problemas no resueltos que plantea Martha Nussbaum, entre lo que destaca la exclusión de grupos relevantes como las posiciones negociadoras de las mujeres, los niños, las personas mayores o con discapacidad, así como la omisión respecto a ignorar la diferencia entre países ricos y pobres, hecho que indudablemente repercute en la vida de las personas.²¹ Esta situación nos lleva a la reflexión sobre el replanteamiento teórico del pensamiento tradicional, que nos ayude a resolver los problemas tangibles de las desigualdades existentes.

3. NUEVAS TENDENCIAS CONSTITUCIONALES

Es claro que el constitucionalismo decimonónico, sobre todo aquel que le dio vida al liberalismo, deja ciertas asignaturas pendientes en lo que a derechos humanos se refiere, de ahí la insuficiencia de sus planteamientos para el tema de referencia. Especialmente cuando nos encontramos ante la presencia de nuevos derechos. Al inicio de estas líneas se expresó el contenido de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, y en ella se refleja, entre otras cosas, la superación clara a lo señalado en el punto anterior, en razón de que establece un equilibrio entre el sentido individual de los derechos y su faceta colectiva, lo cual se combina en el concepto del referido derecho, es decir, ambas dimensiones se consagran en el derecho al desarrollo.²² Por ello, es necesario indagar un replanteamiento del cons-

²¹ Nussbaum, M., *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 34-40.

²² Gómez, F., El derecho al desarrollo de los pueblos indígenas, Saura Estapa, Jaume y Rodríguez Palop, María Eugenia, *Derechos emergentes. Desarrollo y medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch. 2014, p. 214.

titucionalismo, que responda a esta nueva realidad de conexidad entre la propia persona y la idea de su proyección colectiva, que puede llevar a adscribir bienes incluso a los pueblos. Circunstancia inconcebible en las construcciones constitucionales tradicionales.

Es decir, estamos ante la presencia de nuevas construcciones constitucionales que abarcan un denso contenido normativo, sobre todo en lo que tiene que ver con la ampliación de reconocimiento de derechos humanos, especialmente con la inclusión de derechos de índole social y que se ha visto reflejado con un denso contenido sustantivo. Esto se entiende como la presencia de una serie de valores, principios, derechos y directrices, lo que lleva a replantear el papel del Estado en relación con la materialización o garantía del derecho, pues se parte de la idea de ser sólo un ente que procure la no intervención en sus actuaciones para que las libertades de los individuos sean tuteladas, y pasa a ser un elemento activo en el que, además de lo anterior, se requiere de un conjunto de intervenciones de carácter positivo, hecho que reafirma lo señalado en párrafos anteriores.²³

Esta tendencia constitucional se viene gestando desde mediados del siglo xx, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se amplía el sistema de garantías, como bien lo ha planteado Luigi Ferrajoli, al señalar el desarrollo de este nuevo constitucionalismo, que evoluciona de proteger originalmente a los bienes de índole patrimonial o del garantismo liberal, que se destinó al conjunto de medidas para proteger los derechos de libertad en contra de las acciones arbitrarias del poder, para pasar al garantismo social, enfocado en la realización de aquellos derechos que requieren de una serie de acciones necesarias para satisfacer las necesidades más elementales de las personas o grupos específicos. Incluso, en esta referida tendencia se contempla la inclusión del garantismo internacional, en el cual se pretende el establecimiento de medidas adecuadas para la protección de los derechos humanos reconocidos, tanto en declaraciones como en convenciones internacionales; si bien es cierto que estas últimas son las más débiles de las mencionadas, ya se refleja como una aspiración a realizar.²⁴

²³ Prieto, L., El constitucionalismo de los derechos, Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 213.

²⁴ Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 62.

Lo anterior es de particular relevancia para el derecho al desarrollo, por diversas razones:

- En primer término, esta nueva concepción del constitucionalismo es inclusiva, pues supera al decimonónico, que contemplaba sólo la pretensión garantista de los derechos de libertad y, al ser el derecho al desarrollo un derecho interdependiente, requiere del concurso de otros derechos para su realización, como son los emergentes. De ahí la postura garantista de índole social que la complementa.
- Por otro lado, al surgir el derecho al desarrollo en una declaración internacional, a la luz del viejo constitucionalismo, no tendría significación jurídica, pues se cuestiona su valor normativo. Sin embargo, desde la postura garantista, sobre todo de la que habla su corte internacional, en ella se incorporan como un elemento fundamental las declaraciones. En consecuencia, se incluye el referido derecho como un principio dentro del nuevo orden constitucional.

Cabe aclarar que en nuestra región latinoamericana esta tendencia constitucional de índole social se inició desde fechas previas, con la irrupción de constituciones con dichos contenidos, fruto de gobiernos reformistas avanzados de tendencia desarrollistas o nacionalistas, tal fue el caso de Chile en 1925 o de Uruguay en 1934, 1938 y 1942, que derivó en programas con signos evidentes de medidas igualitarias que los distinguieron del resto de los países. En esta tendencia se incluyó México, sobre todo después de la Constitución de Querétaro de 1917, motivado por las grandes demandas y reivindicaciones de los sectores campesinos y obreros, en donde se incluyó otra serie de principios de avanzada en materia educativa, de protección de bienes públicos y de solidaridad.²⁵

A pesar del avance de tipo normativo que se ha dado en materia de derechos humanos, sobre todo tratándose de reconocimientos, que constatan tanto las constituciones nacionales como los instrumentos internacionales, no existe duda de que el derecho al desarrollo se encuentra presente, pues si bien es cierto que en algunas latitudes no se encuentra nominado en sus cartas internas, sí se puede integrar de forma interde-

²⁵ Pisarello, G., *Un largo terminador. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 154-156.

pendiente por la vía y conducto de otros derechos humanos para darle vida, máxime cuando se reconoce en una declaración a nivel universal, como aquí se ha referido. Sin embargo, las circunstancias en que se encuentran millones de personas en el mundo, con evidentes signos de pobreza extrema y marginación, reflejan una violación sistemática de derechos humanos, en la que se incluye el citado derecho. Esto hace necesario deliberar qué caminos deben tomarse de forma urgente para intentar generar condiciones mínimas de existencia y desarrollo de las personas en dichas latitudes.²⁶

4. LAS RESPUESTAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Para la garantía de los derechos pueden intervenir diversos ámbitos de gobierno, como los poderes clásicos del Estado o los propios organismos autónomos que para tal fin se crean en las distintas latitudes; sin embargo, en el presente documento, como ya se apuntó previamente, nos enfocamos en el aporte y responsabilidad de la jurisdicción, especialmente en la forma en que se contribuye a la tutela del derecho humano al desarrollo. En otras palabras, la idea de involucrar a la jurisdicción, en particular la constitucional, es contribuir y reforzar lo que Luigi Ferrajoli denomina las garantías primarias; es decir, si ya existe reconocimiento de los derechos tanto a nivel nacional como internacional, lo pertinente sería activar lo que él denomina el conjunto de las garantías secundarias, que son las funciones e instituciones para protegerlas. En consecuencia, la pretensión es cómo establecer entes jurisdiccionales que sean idóneos para reparar o sancionar las violaciones a las garantías primarias, entendidas éstas como los derechos reconocidos.²⁷

La preocupación por la garantía de los derechos no es una idea nueva, por lo que aquí se ha señalado, sino que ha sido uno de los retos principales del constitucionalismo. Incluso el propio Hans Kelsen en su momento lo expresó de forma pertinente, al señalar que si una Constitución

²⁶ Gómez, F., El derecho al desarrollo en el 25 aniversario de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo IV, volumen VI, libro III, Madrid, Dykinson, 2013, p. 2143.

²⁷ Ferrajoli, L., *Garantismo. Una discusión sobre derechos y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 80-81.

carece de garantía, no tiene fuerza obligatoria, argumento que se extiende de igual manera al plano internacional de los derechos humanos, por lo cual el citado jurista señaló la necesidad de un órgano jurisdiccional de control.²⁸ En ese sentido, cabe mencionar que la existencia misma de un corpus jurídico en el cual se encuentren contemplados los derechos humanos no asegura su efectividad.²⁹

Además, siguiendo con lo afirmado anteriormente, existe una conexión clara entre los propios derechos y sus garantías, pues se implican recíprocamente, toda vez que al ser incluido el contenido de un derecho en un instrumento internacional o en un carta constitucional, es imprescindible que sea seguido por un instrumento adecuado para su protección, para que con ello sea contemplado como un auténtico derecho, pues al no tenerlo, sería un derecho inexistente.³⁰

Por lo anterior, es relevante ver cómo pueden activarse o articularse medios para materializar los derechos humanos, especialmente el derecho al desarrollo, que es el asunto que nos ocupa, máxime cuando nos encontramos con una serie de hechos que nos indican las grandes desigualdades existentes en el mundo, tal como se ha citado en párrafos anteriores. Ante ello, a continuación se analizará el tipo de respuestas que se han dado desde la jurisdicción, en particular por los tribunales mexicanos, que a pesar de ser hechos no generalizados y de la existencia de resistencias para hacerlo se han presentado casos ilustrativos y pedagógicos, lo que puede significar cierto optimismo sobre el papel de la jurisdicción para abonar al objetivo aquí planteado.

Aunque también es relevante mencionar que este comportamiento que se evidenciará de nuestros tribunales nacionales se presenta posterior al gran cambio normativo de que fue objeto la Constitución mexicana en 2011 en materia de derechos humanos, sobre todo en el contenido de su artículo primero, en el que se incorporan diversas cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, así como mandatos imperativos a todas las autoridades, no sólo para promover y respetar los

²⁸ Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, UNAM, 2012, pp. 95-107.

²⁹ Bonante, L., El papel de los Estados en el desarrollo internacional de los derechos humanos: derechos, deberes, obligaciones, *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, número 8, 2000, pp. 61-62.

³⁰ Ferrajoli, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 117.

derechos, sino también para su garantía y reparación cuando se vean vulnerados, además de una serie de principios, como los de universalidad, interdependencia, progresividad e indivisibilidad, entre otros. Esto ayuda sobremanera para darle contenido al desarrollo como un verdadero derecho humano.

En primer término, se cita el siguiente criterio jurisprudencial, que a la letra dice:

DERECHO DE ASOCIACIÓN. EN EL CASO DE LAS SOCIEDADES FORMADAS POR LOS GRUPOS INDÍGENAS Y MIEMBROS DE LA CLASE CAMPESINA, LOS ARTÍCULOS 2o. Y 27 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CONTIENEN UN PRINCIPIO PRO ASOCIACIÓN QUE DEBE SER RESPETADO Y PROMOVIDO POR LAS AUTORIDADES ESTATALES.

Las personas jurídico colectivas son producto o manifestación del ejercicio de un derecho constitucionalmente consagrado, como lo es el derecho de asociación previsto en el artículo 9o., primer párrafo, de la Constitución Federal, por el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este derecho toma un perfil peculiar en el caso de las asociaciones agrarias e indígenas, pues en este caso se da una tutela constitucional reforzada, toda vez que convergen en la temática dos preceptos constitucionales que derivan de reformas de gran calado, la primera al régimen jurídico constitucional agrario, publicada el 6 de enero de 1992, y la otra es la segunda reforma constitucional en materia indígena —posterior a la de 1992 al artículo 4°— publicada el 14 de agosto de 2001. Por cuanto se refiere a la reforma en materia agraria de 1992, en la fracción VII del artículo 27 constitucional se estableció la posibilidad de asociarse para efectos claramente mercantiles, con la finalidad de potenciar el desarrollo del campo mexicano, a partir de: a) la finalización del reparto agrario, b) la necesidad de otorgar certeza jurídica a la posesión y propiedad de la tierra, c) la capitalización del campo, pasando por la autorización de nuevas formas de asociación y la intervención de las empresas mercantiles en el campo, d) La promoción de nuevos vínculos productivos, protegiendo a los campesinos en su asociación con personas dedicadas a la actividad mercantil, lo que se desarrolla en la Ley Agraria, publicada el 26 de febrero de 1992, que pretendió impulsar el desarrollo y el fomento agropecuarios, a través de

diversos preceptos, como los artículos 6o., 75, 79 y el título cuarto relativo a las sociedades rurales, que contemplan la incorporación de las sociedades civiles y mercantiles. Por su parte, el artículo 2o., apartado A, fracción VI, constitucional, regula un derecho de asociación para acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales que habitan y ocupan las comunidades, ello con respeto a las formas y modalidades de tenencia de la tierra, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, hecha excepción de los recursos que corresponden a las áreas estratégicas, supuesto que implica la asociación individual entre los miembros de una comunidad o de varias comunidades para el uso y disfrute de los recursos naturales. Tomando en cuenta lo anterior, tenemos que en el caso de los miembros de la clase campesina, así como en el de los ejidos y las comunidades, y en el de los pueblos indígenas, se deriva un principio constitucional pro asociación, en tanto que el derecho de asociación previsto en el artículo 9o. constitucional se potencia, pues en ambos preceptos constitucionales la asociación individual y colectiva es una estrategia constitucional para poder acabar con la exclusión social y la pobreza económica que han caracterizado a los miembros individuales y colectivos de ambos grupos. Así vista, la asociación es un medio constitucional para lograr un instrumento para la igualdad sustantiva a través del desarrollo del campo, con la finalidad de vencer la pobreza, por lo que el derecho reforzado a asociarse implica, en contrapartida, que el Estado debe hacer todo por favorecer dicha asociación, a través de la capacitación correspondiente, así como poniendo a su mano instrumentos jurídicos sencillos para que así suceda. Asimismo, cuando exista el intento de realizar una asociación entre miembros de la clase campesina o indígenas, ya sea de manera individual o colectiva, o entre éstos o personas que no formen parte de la comunidad o del ejido, corresponde a los órganos estatales hacer todo a su alcance para su reconocimiento, a fin de facilitar que se materialice el proyecto constitucional.³¹

El presente criterio jurisprudencial nos ilustra cómo un órgano del poder Judicial establece en su propia función lo que aquí se ha mencionado previamente desde el punto de vista teórico, en el sentido de supe-

³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/>.

ración del viejo liberalismo tradicional, que se encontraba centrado en la relevancia del individuo y no en aspectos de índole colectivo y social. Sin embargo, en el criterio emitido, un tribunal federal en México resuelve reconocer, en primer término, el adscribir derechos a entes colectivos, al igual que exigir actuaciones positivas por parte del Estado, con el propósito de impulsar el desarrollo en sus propios ámbitos y acceder a diversos recursos para combatir la exclusión y la pobreza. Todo ello es de gran calado, pues es incuestionable que se está refiriendo al derecho al desarrollo, en especial para dos grupos sociales muy significativos en nuestro país: los campesinos e indígenas, además de la relevancia política que esto implica, pues un ente no electo democráticamente realiza observaciones a los otros poderes, de hacer todo a su alcance para el reconocimiento de sus derechos.

Lo anterior se ve complementado con otro criterio digno de mencionar, el cual, desde otra perspectiva, viene a plantear y darle contenido al multicitado derecho que nos ocupa:

ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA. DEBE RECONOCERSE COMO DERECHO HUMANO POR SER UN PRESUPUESTO INDISPENSABLE PARA EL GOCE DE MÚLTIPLES DERECHOS FUNDAMENTALES.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce derechos humanos económicos, sociales y culturales como la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad; la educación de calidad; el acceso a los servicios de protección de la salud; un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas; la vivienda digna y decorosa; el acceso a la cultura; el acceso a la información y a sus tecnologías, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el Internet; la libertad de expresión e imprenta; la libertad de profesión, industria, comercio y trabajo; entre otros. El ejercicio de estos derechos depende cada vez y en mayor medida del suministro de energía eléctrica. En efecto, en el estado actual del desarrollo científico y tecnológico, los satisfactores materiales e inmateriales (tangibles e intangibles), se encuentran estrechamente ligados a la energía eléctrica, la cual es usada en prácticamente todos los ámbitos de la actividad humana para generar energía lumínica, mecánica y térmica, así como para el procesamiento de la información y la realización de las telecomunicaciones. Por esta razón, el acceso a la energía eléctrica debe reconocerse como un derecho

humano por ser un presupuesto indispensable, al constituir una condición necesaria para el goce de múltiples derechos fundamentales.³²

El texto citado nos demuestra cómo puede construirse y darle contenido a los derechos humanos, sobre todo a los de mayor indeterminación y que son mandatos de optimización, como los derechos sociales, económicos y culturales,³³ que se convierten en un elemento fundamental para llegar al desarrollo de las personas, de los grupos o pueblos, es decir, la lectura de dicha jurisprudencia también aparece demostrando el papel que juega la interdependencia para materializar un determinado derecho, pues incluso no sólo aborda los de índole social, sino que incluye los de índole civil; todo ello, con el fin de reafirmar lo que se ha venido aquí mencionando, de llegar al bienestar de las personas y potenciar desarrollo.

Así como estas resoluciones de los tribunales mexicanos, podemos encontrar otras referencias que apuntan en la dirección aquí descrita, donde se demuestra cómo desde el ámbito jurisdiccional pueden hacerse aportes para la construcción de una cultura de respeto a los derechos humanos; esto, mediante golpe de sentencias, cuando el poder político sea omiso en sus funciones de respeto y, sobre todo, de su garantía. Sin embargo, el camino aún es largo, pues las desigualdades en nuestra región continúan siendo alarmantes; estudios realizados en los últimos años dan fe de ello, como el realizado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, publicado a fines de 2017, que arroja datos esclarecedores sobre la pobreza y falta de desarrollo.³⁴

Incluso se habla de que el gran reto del constitucionalismo en nuestra región es precisamente el tema derivado de la presencia de las grandes desigualdades, tal como lo expresa Roberto Gargarella, al referirse a

³² Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/>.

³³ Se ha señalado que un primer obstáculo a la justiciabilidad en esta clase de derechos humanos está relacionada precisamente con la carencia de especificación concreta de su contenido, en razón de que, cuando una constitución o tratado internacional los contempla, se complica definir cuál es la medida exacta de las prestaciones. Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, p. 122.

³⁴ Gurría, A., *Hacia un México más fuerte e incluyente*, México, OECDpublishing, 2017. Disponible en: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocd/economics/hacia-un-mexico-mas-fuerte-e-incluyente_9789264189645-es#page1.

la existencia de no pocos enemigos presentes en nuestras democracias, por lo que se requiere un constitucionalismo que se proponga igualitario.³⁵ De ahí lo fundamental del aporte que puede hacer la justicia constitucional, máxime cuando el poder político es omiso en acciones de gobierno.

5. CONCLUSIONES

Del texto anterior podemos subrayar algunos hallazgos y reflexiones que se consideran pertinentes de mencionar, lo cual nos ayudará a la concreción de la idea que se pretendió realizar con este modesto trabajo de investigación:

1. El derecho al desarrollo como derecho humano es un término en construcción que tiene su origen en el ámbito universal, pero con exigencias claras de su garantía a nivel nacional, sobre todo en las latitudes con mayores desigualdades. Este derecho, como aquí se mencionó, no es independiente o aislado, sino que requiere del concurso de diversos derechos para su materialización, que van desde los derechos civiles y políticos, los sociales económicos y culturales, hasta los conocidos como derechos emergentes.
2. En la concepción de este derecho humano emerge un nuevo sujeto digno de mencionar, que se adiciona a la idea clásica donde sólo aparecía el individuo como destinatario principal y único, para dar paso a la presencia de los pueblos, también facultados para participar en los beneficios del desarrollo económico, social, cultural y político, y en consecuencia de la materialización plena de todos los derechos humanos.
3. Asimismo, se replantean los principios involucrados en el fundamento de los derechos humanos, al incorporar en el derecho al desarrollo el principio de solidaridad o fraternidad, y no reducido a la concepción de los referidos derechos a las libertades, que demandan sólo actuaciones negativas y de no intervención, sino incluir aquellos relacionados con cuestiones prestacionales y que requieren actuaciones de índole positiva, sobre todo de los entes estatales.

³⁵ Gargarella, R., *La sala de máquinas de la constitución*, Buenos Aires, Katz, 2015, p. 363.

4. Por otro lado, se demanda una agenda de corte global en la materialización del derecho al desarrollo, pues sin el concurso de la comunidad internacional difícilmente los Estados nacionales, por muy fuertes que sean, lo lograrán por sí mismos, en razón de que las interdependencias existentes en el mundo actual lo evidencian.
5. También se presentan algunas inconveniencias para que el referido derecho al desarrollo sea toda una realidad, como es, por un lado, la negación por parte de algunas opciones políticas de apartarse de las tendencias de contenido social y de índole colectiva, bajo la premisa de un modelo de Estado fundado en la limitación del poder a partir del individuo, de su dignidad y autonomía; situación que lleva, por otro lado, a la negativa de la posibilidad de la no protección jurisdiccional de los derechos que se reconocen por la pertenencia a grupos o sectores específicos que se excluyen por dicha tendencia, al negarlos como auténticos derechos, lo cual dificulta su justiciabilidad.
6. De igual manera, ante la indeterminación y la abstracción del derecho al desarrollo, se requiere darle un mayor contenido, por lo que se convierte en necesaria la participación de la jurisdicción, muy especialmente la constitucional, para que, a golpe de sentencias, oriente con su participación a los otros entes del Estado, con el fin de lograr de forma progresiva un avance en indicadores que tienen que ver con las grandes desigualdades y asimetrías en materia de derechos humanos. En el caso particular de México, se han iniciado pasos significativos desde la jurisdicción para darle contenido y garantía, tal como quedó evidenciado en el presente documento, en donde los tribunales federales mexicanos, si bien no han elaborado un número alto de resoluciones, sí realizan un claro ejemplo pedagógico digno de tomar en cuenta.
7. Es imprescindible fortalecer las concepciones de los derechos humanos, sobre todo en el sentido correctivo del liberalismo clásico, en el que los derechos de libertad vayan acompañados de aquellos relacionados con los de corte igualitario, con la inclusión adicional de aquellos derechos que tengan que ver con la solidaridad, ya no únicamente entre las personas, sino también entre los pueblos, para que se les reconozca como sujetos de derechos humanos como el derecho al desarrollo.

6. REFERENCIAS

- Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004.
- Amaya, J. A., *Marbury vs Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2015.
- Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Fundación Sistema, 1991.
- Bonante, L., El papel de los Estados en el desarrollo internacional de los derechos humanos: derechos, deberes, obligaciones, *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, número 8, 2000.
- Cárdenas, M. E., La retórica liberal de los derechos humanos, *Amauta*, volumen 14, número 27, 2016.
- Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- Ferrajoli, L., *Garantismo. Una discusión sobre derechos y democracia*, Madrid, Trott, 2006.
- Ferrajoli, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 2009.
- Gargarella, R., *La sala de máquinas de la constitución*, Buenos Aires, Katz, 2015.
- Gómez, F., El derecho al desarrollo de los pueblos indígenas, Saura Estapa, Jaume y Rodríguez Palop, María Eugenia, *Derechos emergentes. Desarrollo y medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- Gómez, F., El derecho al desarrollo en el 25 aniversario de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo IV, volumen VI, libro III, Madrid, Dykinson, 2013.
- Gómez, F., El derecho al desarrollo como derecho humano, *Revista Aportes Andinos*, número 3, agosto 2002.
- Gurria, A., *Hacia un México más fuerte e incluyente*, México, OECDpublishing, 2017. Disponible en: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/economics/hacia-un-mexico-mas-fuerte-e-incluyente_9789264189645-es#page1.
- Jiménez, R., *El constitucionalismo, proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

- Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, UNAM, 2012.
- Nussbaum, M., *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Paidós, 2006.
- Rawls, J., *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Rawls, J., *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Peces-Barba, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- Peces-Barba, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 1999.
- Pisarello, G., *Un largo terminador. La ofensiva del constitucionalismo anti-democrático*, Madrid, Trotta, 2011.
- Prieto, L., *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.
- Prieto, L., *El constitucionalismo de los derechos*, Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano*, 2019. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_spanish.pdf.
- Salomon, M. E., *Global responsibility for human rights. World poverty and the development of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Sen, A., *Desarrollo y libertad*, Buenos Aires, Planeta, 2000.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/>.
- Vázquez, R., *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM, 2016.

Panorama sobre el divorcio en el Mercosur*

Overview on Divorce in the Mercosur

VIVIANA MASCIADRI**

RESUMEN

Esta investigación propone presentar un panorama sobre el divorcio en los países del Mercosur. Se examinan los estudios previos, la composición religiosa, la proporción de personas no casadas con estado civil anterior conocido y el conflicto entre varones y mujeres. Una de las limitantes del estudio se debe a las lagunas estadísticas que remiten a la historia conceptual del pensamiento registral de cada país. Pese a ello, el estudio combina registros que permiten visibilizar conflictos culturales remanentes que inciden en la cohesión social con similitudes y diferencias tanto en los procesos como en los hechos. El estudio concluye que la paridad relativa entre varones y mujeres se conecta con el desarrollo global de la sociedad.

Palabras clave: *matrimonio, divorcio, conflicto, mujer, varón, Mercosur.*

ABSTRACT

This research proposes an overview of divorce in the Mercosur countries. Previous studies, religious composition, proportion of unmarried people with known prior marital status, and conflict between men and women are examined. One of the limitations of the study is due to statistical gaps that refer to the conceptual history of thinking registered in each country. Despite this, the study combines records that make it possible to visualize remaining cultural conflicts that affect social cohesion with similarities and differences in both processes and events. The study concludes that the relative parity between men and women is related to the global development of society.

Keywords: marriage, divorce, conflict, woman, man, Mercosur.

* Artículo de investigación recibido el 09-10-2019 y aceptado el 15-01-2020.

** Investigadora adjunta en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Contacto: v.masciadri@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-0550-5916>

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Aspectos históricos y normativos sobre el divorcio / 2.1. Etapa colonial y preestatal / 2.2. Etapa estatal / 2.2.1. Uruguay y Venezuela / 2.2.2. Argentina, Bolivia, Brasil y Paraguay / 2.2.3. Mercosur / 3. Aspectos sociodemográficos sobre el divorcio / 3.1. Composición religiosa / 3.2. Proporción de personas no casadas con estado civil conocido / 3.3. Conflicto entre varones y mujeres / 4. Conclusiones / 5. Referencias / 6. Anexo

1. INTRODUCCIÓN

La nupcialidad se ocupa principalmente del matrimonio, una institución que regula las relaciones entre los sexos; por lo tanto, conlleva un plus que alude a la reproducción de la sociedad como tal. Las costumbres relacionadas con el matrimonio en el Mercosur¹ responden hoy a la cultura occidental, paradigma que cruzó a América a fines del siglo xv de la mano de la Conquista, que acuñó un modelo de aculturación basado en el interés comercial de los imperios por conseguir nuevas tierras y que trasladó la alianza evangelizadora a los virreinos de Brasil (1763) y del Río de la Plata (1776).² En síntesis, esta investigación explora aspectos históricos,

¹ El Mercado Común del Sur (Mercosur) representa un proceso basado en el intercambio comercial de mercancías y la circulación de personas. Los miembros fundadores son Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, a los que se sumó Venezuela en 2006. Además, el Protocolo de Adhesión de Bolivia ha sido suscrito por todos los Estados partes y se encuentra en vías de incorporación por los Congresos respectivos. Entre los Estados asociados se encuentran Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú y Surinam. Su dinámica se vincula con políticas de relacionamiento externo, agenda digital, agricultura, cooperación, transporte, turismo, salud, educación, derechos humanos y mujeres, entre otros temas.

Esta investigación se desprende del proyecto Dato/no-dato: sistemas estadísticos nacionales y derechos humanos universales en países del Mercosur. Diagnóstico y aportes metodológicos que ha abordado algunos temas prioritarios del Mercosur: salud pública, leyes de estadística, cohesión social y salud mental, entre otros.

² El virreinato de Brasil se limitaba a las regiones del sur, centro-oeste y del sudeste, mientras que el virreinato del Río de la Plata nació de una escisión del virreinato del Perú. Actualmente, dichos virreinos se corresponden con los territorios de las repúblicas de Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia, partes del sur de Brasil, del norte de Chile y del sureste de Perú. La actual República Bolivariana de Venezuela fue parte del virreinato de Nueva Granada.

normativos y demográficos del divorcio, bosquejando su heterogeneidad entre los países del bloque. En primer término, mediante los estudios previos se realiza un análisis comparado de la figura del divorcio. En segundo lugar, mediante información poblacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (1968-2016) sobre España y Portugal, y de la División de Estadística de Naciones Unidas (2010 y 2011) sobre Argentina, Bolivia, Brasil, Venezuela y Uruguay, se examina la proporción de personas no casadas con estado civil anterior conocido. Asimismo, mediante datos del Barómetro de las Américas y otras fuentes complementarias se examina: la composición religiosa (1998 y 2018), y el conflicto entre hombres y mujeres (2007 y 2017), y el mismo conflicto según grados y sexo (2017) en el Mercosur y en los Estados miembros.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS Y NORMATIVOS SOBRE EL DIVORCIO

Los estudios indican que durante la etapa colonial y en el periodo preestatal las autoridades eclesiásticas asumieron la regulación de las relaciones entre los sexos, aunque muchas veces religiosos y religiosas no practicaron sus propias reglas en torno al celibato. La significativa proporción de hijos naturales hoy considerados nacimientos fuera del matrimonio es indicativa de las complejas transacciones realizadas en los usos y costumbres. Un proceso cultural donde el matrimonio fue una de las principales tareas que asumió la Iglesia para apartar a la población india y africana de sus ritos y sus dioses, para apartarlos de la poligamia, pues el matrimonio como acto sacramentado exigía vínculos monógamos fundados en la creencia y práctica de la indisolubilidad del matrimonio católico.

Ya en el periodo estatal temprano, Uruguay y Venezuela se sumaron a la tendencia que hoy prevalece en el mundo y que admite paralelamente el divorcio vincular y la separación de cuerpos sin distinción de creencias. En cambio, en este mismo periodo Brasil, Bolivia, Paraguay y Argentina se posicionaron en el grupo de países que sólo admitían separación de cuerpos. De modo que es importante revisar los recorridos estatales que proyectan políticas convergentes en materia de matrimonio, relaciones personales entre los cónyuges, régimen matrimonial de bienes, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial en los países que conforman el Mercosur. Al mismo tiempo, una visión de conjunto contextualiza

las dificultades para determinar las tendencias del divorcio abordadas en el siguiente apartado, mediante datos complementarios.

En otros términos, en esta sección se abordan aspectos generales sobre el tópico de interés observando el proceso descrito en dos grandes etapas: colonial y preestatal (2.1) y estatal (2.2). En esta última las especificidad se examinan teniendo en cuenta similitudes y contrastes para ponderar los aspectos particulares en el Mercosur (2.3).

2.1. Etapa colonial y preestatal

En el periodo colonial la lucha por imponer el modelo de matrimonio católico fue ardua puesto que el concubinato y también la poligamia —herencia de la ocupación árabe— eran prácticas extendidas en la península. Si bien la población ibérica que arribó a América era predominantemente masculina y soltera, incluyó otras situaciones que exigieron que la separación de las parejas, cuyo marido inmigró a América, no fuera superior a dos años.³ Se conoce que, hacia fines del siglo XVIII, la Corona española redactó la Real Pragmática de Matrimonios de 1776, a fin de evitar la desigualdad social de las parejas. También prohibió la poligamia practicada por los caciques incas y aconsejó los matrimonios legítimos entre españoles con indias de linaje que aportaban tierras como dote; existen ejemplos en que debido al adulterio femenino se impuso su pérdida y quedaron en poder del marido.⁴

Estudios del periodo indican que la nupcialidad se distinguía según el grupo étnico: a) los ibéricos se casaban más tarde y el celibato definitivo era elevado entre ellos, b) en la población indígena el matrimonio era temprano y universal y su legalización protegía el derecho a las tierras comunales, c) en la población negra, y pese a la presión evangelizadora de la Iglesia, los propietarios de esclavos prefirieron las uniones de hecho

³ Según el antiguo derecho hispánico, a los bigamos se les impusieron penalidades severas como el destierro en una isla, y luego se impuso la pena de aleve, la marca en la frente con un hierro ardiendo que dejaban impresa la letra Q o la letra B. *Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo IX DIV-EMOC*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 76.

⁴ *Cfr. Siegrist, Nora, Dotes matrimoniales en Buenos Aires en épocas del Antiguo Régimen. Siglos XVII-XVIII, Naveg@américa*, número 4, 2009, pp. 1-25.

a temprana edad⁵ para obstaculizar el acceso a leyes que concedían derechos a los esclavos casados⁶ pues la condición de esclavitud era transmitida por las madres.

Reivindicaciones fundamentales del periodo preestatal refieren a la libertad de vientres y a la abolición de la esclavitud. Asimismo, las luchas por la independencia retomaron el espíritu del matrimonio sacramento para regular las relaciones entre los sexos;⁷ por lo tanto, los juicios de anulación o divorcio fueron competencia de la Iglesia hasta la sanción de los códigos civiles y las leyes sobre matrimonio de los respectivos países.

En Argentina la ley de libertad de vientres remite al 31 de enero de 1813, y la abolición de la esclavitud se produjo el 1 de mayo de 1853. La resistencia regional contra la libertad de cultos tuvo varias expresiones de intolerancia religiosa, entre otras, el decreto transitorio de abril de 1817, que prohibía los matrimonios de españoles con americanos sin previo permiso especial.⁸ Sobre el divorcio, las Partidas admitían la disolución del vínculo matrimonial según el Derecho Canónico en casos excepcionales, pero como la legislación que se dictó para las Indias se inspiró en

⁵ Cfr. Quilodrán, Julieta, *Un siglo de matrimonio en México*, México, El Colegio de México, 2001, pp. 18-20.

⁶ Las reglamentaciones sobre matrimonios referidas a la época colonial se remontan al 19 de octubre de 1514, cuando el rey Fernando dictó una cédula (Monasterio de Balbuena) que permitía el matrimonio de indios y españoles y que ratificó (25 de febrero de 1515, Valladolid). El 26 de octubre de 1541 se dictó otra cédula (Fuensalida) que extendió la licencia al casamiento a voluntad de negros y negras y de negros e indios. El derecho canónico reconoció, en 1551, el matrimonio de indios entre sí y con españoles durante los Concilios de Méjico y Lima. Como el matrimonio católico era un instrumento evangelizador, se reconoció la poligamia indígena, aunque para la celebración del sacramento, además del bautismo, se exigió ratificar la primera mujer y apartar de la convivencia a las demás: Cfr. Molina, Raúl A., *La familia porteña en los siglos XVII y XVIII. Historia de los divorcios en el periodo hispánico*, Fuentes Históricas y Genealógicas Argentinas, Buenos Aires, 1991, pp. 79-81.

⁷ Cfr. Imolesi, María, *Teoría y práctica de la cristianización del matrimonio en hispanoamérica colonial*, serie Las Tesis del Ravignani 2, Argentina, Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 2012.

⁸ Cfr. Senado de la Nación, *Las causas comparadas del divorcio y de la separación de cuerpos en la legislación comparada*, Buenos Aires, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1926, p. 22; Avni, Haim, *Argentina y las migraciones judías. De la Inquisición al Holocausto y después*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Milá, 2015, p. 41.

el Concilio de Trento, el divorcio *ad vinculum* fue prohibido. El Código de Vélez Sarsfield, del 1 de enero de 1871, sólo estableció el matrimonio religioso, y fue la Iglesia católica la que autorizó los divorcios por adulterio del hombre o de la mujer, tentativa de uno contra la vida del otro y ofensas físicas o malos tratamientos.

En Paraguay, el 1 de marzo de 1814 —durante el mandato de José Gaspar Rodríguez de Francia (1814-1840)— se prohibió a los europeos el casamiento con mujeres de su ascendencia, y quedaron obligados a hacerlo con indias, mulatas o negras, lo que redundó en el incremento de las uniones consensuales en la elite y del alto porcentaje de nacimientos fuera del matrimonio. Su sucesor, Carlos Antonio López (1840-1862), decretó la “libertad de vientres” y revocó el estatuto especial de las comunidades indias. El 27 de junio de 1842 emitió un decreto sobre moral pública que aplicó a los nacimientos fuera del matrimonio y modificó una cláusula para permitir el matrimonio entre extranjeros y paraguayos con licencia presidencial, aunque no abolió las leyes matrimoniales de su predecesor ni las antiguas leyes españolas sobre matrimonio entre castas.⁹

En Brasil, durante el siglo xvii la conquista esclavizó a los indígenas, modalidad que se reemplazó por la esclavitud transoceánica, que importó a 3,646,800 esclavos en el periodo 1451-1870.¹⁰ Esta situación determinó que en el periodo colonial y durante el siglo xix el matrimonio fuera el reflejo de una sociedad de castas que inducía a la población blanca libre a contraer matrimonio dentro de su clase y su casta para resguardar su posición social, mientras que los esclavos no sólo se casaban dentro de su casta definida por la clase o el color. En los ingenios azucareros, los esclavos africanos vivían y trabajaban con indígenas “administrados” y con otros esclavos, de modo que la mayoría de los esclavos se casaban entre esclavos, pero el resto se casaba con negros libres o con indígenas

⁹ Potthast-Jutkeit, Bárbara, La moral pública en Paraguay: Iglesia, Estado y relaciones ilícitas en el siglo XIX, Gonzalbo Aizpuru, Pilar y Cecilia Rabell Romero (eds.), *Familia y vida privada en la historia de Iberoamérica*, México, El Colegio de México, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pp. 59-73.

¹⁰ Cfr. Charbit, Yves, *Famille et nuptialité dans la Caraïbe*, París, Institut National d'Etudes Démographiques, 1987, p. 15.

libres o administrados.¹¹ Estos hechos se reprodujeron a lo largo de varias generaciones en Brasil hasta que en 1888 se abolió por completo la esclavitud. En Uruguay, la abolición de la esclavitud se consagró en 1842, y en Venezuela se produjo en 1854.

2.2. *Etapa estatal*

2.2.1. Venezuela y Uruguay. Los países del Mercosur que admitieron el divorcio absoluto tempranamente en sus ordenamientos jurídicos fueron Uruguay y Venezuela. En Venezuela la figura del divorcio aparece en el Código Civil de 1904, aun cuando ya existía la simple separación de cuerpos (Código de 1862 y 1867), que se tramitaba ante los tribunales eclesiásticos cuya inherencia se trasladó a los tribunales civiles (Decreto Ley de Matrimonio Civil de 1873). El divorcio absoluto en el Código Civil venezolano de 1904 estableció causales retomadas por los códigos de 1916, 1922, 1942 y 1982. Dichas causales son adulterio, abandono voluntario, excesos, sevicia e injurias graves; conato para corromper o prostituir al otro cónyuge o a sus hijos; condenación a presidio, adicción alcohólica o formas graves de farmacodependencia y por defecto grave mental. También puede declararse luego de transcurrido más de un año de declarada la separación de cuerpos cuando no hubo reconciliación o debido a una separación de hecho prolongada por más de cinco años.¹²

El código civil de Uruguay data de 1868 y, como en el caso anterior, si bien el matrimonio era indisoluble, codificó la separación de cuerpos denominándola divorcio. El debatido divorcio vincular se sancionó tempranamente en 1907 con la Ley 3.245, que estableció como causa de disolución la muerte y el divorcio a través de cinco causales y por mutuo consentimiento. En 1910, la Ley 3.641 modificó algunas causales y sumó la conversión de la sentencia de separación de cuerpos en divorcio des-

¹¹ Cfr. Metcalf, Alida, El matrimonio en Brasil durante la colonia: ¿estaba configurado por la clase o el color?, Gonzalbo Aizpuru, Pilar y Cecilia Rabell Romero (eds.), *Familia y vida privada en la historia de Iberoamérica*, México, El Colegio de México, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pp. 61-72.

¹² Cfr. Baumeister Toledo, Alberto, El divorcio en derecho venezolano, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009, pp. 647-671.

pués de transcurridos tres años. En 1913, la Ley 4.802 añadió el divorcio por la sola voluntad de la mujer, aunque dicha ley mantuvo la inequidad sobre el adulterio.

En 1978 el Decreto Ley 14.766 equiparó al adulterio del hombre y de la mujer, derogando el artículo 182 del Código Civil, que sancionaba a la mujer adúltera con la pérdida de los gananciales; también introdujo dos nuevas causales: la separación de hecho por más de tres años y la incapacidad por enfermedad mental de cualquiera de los cónyuges. Destaca la prohibición de dictar sentencia definitiva de divorcio o separación de cuerpos sin antes haber resuelto la situación de los hijos en lo relativo a guarda, visitas y pensión alimenticia, actualmente presente en el Código Civil.

En el año 2013, la Ley 19.075 habilitó el matrimonio igualitario explicitando que “en todas las normas reguladoras del instituto del matrimonio o conexas a este donde se utilicen menciones diferenciales en razón de sexo, deberá entenderse cónyuges, pareja matrimonial, esposos u otras de similar tenor que no alteren el contenido sustantivo de la regulación y que no distingan en razón del sexo de la persona”.¹³

Pese a que Uruguay y Venezuela habilitaron el divorcio absoluto tempranamente, el derecho venezolano continúa signado por la doctrina del divorcio sanción. En cambio, Uruguay habilitó el divorcio remedio derivado de la voluntad de la mujer o de ambos por mutuo acuerdo,¹⁴ además de habilitar el matrimonio igualitario.

2.2.2. Bolivia, Brasil, Argentina y Paraguay. En el grupo de países miembros del Mercosur que admitieron el divorcio absoluto más tardíamente se encuentran Bolivia (1932), Brasil (1977), Argentina (1954; 1987) y Paraguay (1991). Se conoce que la institución del divorcio es tan antigua como el matrimonio, y en Bolivia entre los incas existían dos formas de disolución —por la muerte de uno de los esposos y por el *thaca-*

¹³ Centro de Información Oficial, Normativa de Avisos Legales del Uruguay. Disponible en: www.impo.com.uy/bases/leyes/19075-2013. Acceso: 29/04/2019.

¹⁴ Cfr. Rivero de Arhancet, Mabel y Beatriz Ramos Cabanellas, El divorcio en el derecho uruguayo, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009, pp. 607-645.

nacu o divorcio por adulterio de la esposa—; no obstante, el Código Civil Santa Cruz (1831) atribuyó a los tribunales clericales la competencia en materia de divorcio relativo.¹⁵

La Ley de Divorcio Absoluto se promulgó el 15 de abril de 1932 contemplando la situación de nacionales y extranjeros. En 1972, el Código de Familia la ratificó al considerar que el matrimonio se extinguía por muerte real, presunta y por sentencia ejecutoriada de divorcio, y podía demandarse por: a) adulterio o relación homosexual de cualquiera de los cónyuges, b) tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o por ser autor, cómplice o instigador de delito contra su honra o sus bienes; c) corromper uno de los cónyuges al otro o a los hijos, d) sevicia, injurias graves o malos tratos de palabra o de obra que hagan intolerable la vida en común y e) abandono malicioso del hogar. También se podía solicitar el divorcio en caso de separación de hecho libremente consentida y continuada por más de dos años.

Hoy el nuevo Código de Familia, mediante la Ley 603 de 2014, protege a las familias bolivianas derivadas de matrimonios, uniones libres, divorcios y desvinculaciones de uniones libres. El divorcio o la desvinculación de la unión libre pueden realizarse mediante la vía judicial, por acuerdo de partes o voluntad de una de ellas y por vía notarial por mutuo acuerdo y bajo ciertas condiciones.¹⁶

En Brasil, el proceso de divorcio más antiguo data de 1700, y forma parte del acervo de la Curia Metropolitana de São Paulo, pues durante el Imperio (1822-1888) el tribunal eclesiástico decidía en dichos juicios hasta la proclamación de la República, en 1889.¹⁷ La reglamentación civil llegó con el decreto 181, del 24 de enero de 1890, pero la incorporación de la ley a la Constitución de 1891 no determinó un cambio y el matri-

¹⁵ Martínez Zenteno, Toribio, El divorcio en el derecho boliviano, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalía, 2009, p. 102.

¹⁶ Infoleyes. Disponible en: <https://bolivia.infoleyes.com/norma/5268/código-de-las-familias-y-del-proceso-familiar-cfpf>. Acceso: 29 de abril de 2019.

¹⁷ De Mesquita Samara, Eni, Misterios de la “fragilidad humana”: el adulterio femenino en Brasil en los siglos XVIII y XIX, Gonzalbo Aizpuru, Pilar y Cecilia Rabell Romero (eds.), *Familia y vida privada en la historia de Iberoamérica*, México, El Colegio de México, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 367.

monio continuó siendo indisoluble. En 1916 el Código Civil introdujo el *desquite* y la indisolubilidad de matrimonio que perduró en la Constitución de 1946.

Recién el 28 de junio de 1977 sobrevino el cambio con la Ley 6.515, que instituyó el divorcio absoluto. Hasta el 4 de enero de 2007, en el derecho brasileño existió sólo la vía judicial, aunque a partir de dicha fecha la Ley 11.44 estableció que cuando el divorcio era consensuado podía resolverse mediante una escritura pública, mientras que la forma litigiosa se tramita por vía judicial.

El derecho brasileño también posibilita el divorcio directo, que no depende de la previa separación judicial y requiere de un lapso de dos años de separación de hecho; y el divorcio indirecto, concebido en el plazo de un año después de la existencia de separación judicial previa y la forma consensual judicial.¹⁸ En 2013 se habilitó el matrimonio igualitario.

En Argentina la mencionada Ley 2.393 de 1888 consagró el matrimonio civil y obligatorio para todos los cultos, habilitando asimismo el divorcio relativo y causado. En 1954, durante la segunda presidencia peronista, se reformó el Código Civil, lo que dio lugar al divorcio vincular (artículo 31, ley 14.394). Pero dicha ampliación en el derecho civil sucumbió ante el decreto-ley 4.070, del 1 de marzo de 1956, que la declaró en suspenso. En 1968, la Ley 17.711 incorporó el artículo 67 bis, que permitía solicitar al juez el divorcio no-vincular por mutuo acuerdo. Finalmente, en 1987 se promulgó la Ley 23.515, que habilitó el divorcio vincular, y en el año 2010 se sancionó la Ley 26.618 de matrimonio y divorcio igualitario.¹⁹

Respecto a Paraguay, durante gran parte de su historia independiente, esto es, desde 1811, acogió el régimen de indisolubilidad con separación de cuerpos. En el periodo 1877-1997, el derecho privado paraguayo adoptó primero el Código de Vélez Sarsfield, que establecía como única modalidad el matrimonio religioso, y en 1898 incorporó *in thotum* a su sistema legislativo, la Ley 2.393 de 1888 del Código Civil argentino.

¹⁸ Cfr. Vaisencher, Tania, El divorcio en el derecho brasileño, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009, pp. 123-131.

¹⁹ Cfr. Herrera, Marisa, El divorcio en el derecho argentino, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009, pp. 27-35.

Fue con la Ley N° 45/91 “Del divorcio vincular” que Paraguay habilitó, en 1991, el divorcio que “disuelve el vínculo matrimonial y habilita a los cónyuges divorciados a contraer nuevas nupcias” por vía judicial.²⁰

2.2.3. Mercosur. Los estudios especializados que remiten a la doctrina internacional de los derechos humanos establecen que el divorcio vincular es hoy una institución tradicional dentro del derecho de familia en casi todos los países del mundo, puesto que respeta el derecho a la libertad, a la autonomía, a la intimidad, a formar una nueva familia y al desarrollo de la personalidad,²¹ ya que pretende que los adultos arriben a una desvinculación que modere el *conflicto* frente a la contingencia del divorcio, para no atentar contra los derechos de los hijos cualquiera que sea su edad y la de los propios adultos involucrados.

Por el contrario, desde una perspectiva comparada, la heterogeneidad del cambio requiere del análisis de dinámicas convergentes; por tanto, durante la última década los representantes de los Estados Parte procuraron impulsar sinergias sobre la base de la Decisión N° 64/10 que creó el Estatuto de Ciudadanía, que postula principios destinados a alcanzar condiciones de igualdad de acceso al trabajo, a la salud y a la educación.

Asimismo, la Decisión N° 12/11 sobre el Plan Estratégico de Acción Social (PEAS) contempla la igualdad en el acceso a los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales sin discriminación de género, edad, color de piel, etnia, orientación sexual, religión, opinión, nacionalidad, condición económica, discapacidad u otra condición, como la de migrante. A fin de consolidar el proceso de integración, además de los aspectos socio-laborales y de seguridad en los sistemas de datos poblacionales, la seguridad jurídica requiere armonizar las legislaciones de los Estados Parte para evitar conflictos entre sistemas legales en temas tales como matrimonio, relaciones personales entre los cónyuges, régimen matrimonial de bienes, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial.

²⁰ Moreno Rodríguez Alcalá, Roberto, El divorcio en el derecho paraguayo, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009, pp. 510-511.

²¹ Cfr. Herrera, Marisa, Una mirada crítica y actual sobre el divorcio vincular en el Mercosur y países asociados a la luz de los derechos humanos, *Revista de Derecho Privado*, edición especial, 2012, pp. 201-230.

PANORAMA SOBRE DIVORCIO EN EL MERCOSUR

De ahí que el 6 de diciembre de 2012 en Brasilia se suscribió el AC/12, que determina internacionalmente la jurisdicción competente, la ley aplicable y la cooperación. Entre los conceptos del AC/12 destaca el referido al domicilio (domicilio conyugal, primer domicilio conyugal, último domicilio conyugal), pues habilita la jurisdicción que entiende en materia de nulidad matrimonial, divorcio, separación conyugal u otras acciones sobre relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges. En cuanto a la aplicabilidad, el AC/12 establece, en su artículo 7, que “la ley del lugar de celebración del matrimonio entre dos personas de distinto o del mismo sexo, rige la capacidad de estas para contraerlo, así como la forma, existencia y validez”.

El reconocimiento, registro y efectos derivados de las uniones no matrimoniales entre personas de distinto o del mismo sexo rige cuando son admitidas por cada ordenamiento jurídico. Las separaciones personales y los divorcios vinculares se rigen por la ley del Estado del último domicilio conyugal, siempre que resida en él alguno de los cónyuges; en su defecto, rige la ley del lugar de celebración del matrimonio para no contradecir los principios del orden público internacional del Estado donde se pretende hacer valer.

Estos lineamientos favorecen la cooperación jurídica internacional entre los Estados Parte y Estados Asociados, aunque los derechos y obligaciones derivados del AC/12 sólo rigen para los Estados que lo hayan ratificado. Según señala Scotti,²² si bien varios protocolos y acuerdos sobre cuestiones atinentes al derecho internacional privado han sido celebrados en el marco del Mercosur, no todos han entrado en vigor según ocurre con el AC/12, aunque se advierte su influencia en los códigos regionales, como sucede con el código argentino de 2014.

3. ASPECTOS SOCIODEMOGRÁFICOS SOBRE EL DIVORCIO

Hasta acá lo planteado permite tener una visión de conjunto sobre los avatares que han moldeado al matrimonio y al divorcio en los países del

²² Scotti, Luciana, Diálogo de fuentes: las normas regionales del Mercosur y las nuevas disposiciones del derecho internacional privado argentino. *Rev. Secr. Trib. perm. Revis.*, año 4, número 7, 2016, pp. 155-156.

Mercosur. En lo que hace a la reproducción social de las familias, se ha visto que el divorcio ha sido —y lo es para quienes se oponen a él— un tema sensible que se ha manifestado en tensiones entre divorcistas y anti-divorcistas arrastrando juicios de valor de larga data vinculados a la complejidad religiosa y a la secularización que “como hecho histórico tangible (...) no significa más que la separación de Iglesia y Estado, de religión y política”.²³ Así, los rezagos en los ciclos secularizantes²⁴ y las doctrinas poblacionales han forjado el no-dato (tablas 1 y 2, anexo) sobre un hecho social previsto por las leyes de matrimonio. Desde la colonia hasta el periodo estatal temprano, con las oleadas de migrantes de origen europeo que sumaron complejidad a los conflictos étnico racial preexistentes, las poblaciones asimilaron paulatinamente el modelo occidental de matrimonio a sus usos y costumbres, sobre todo en la fase estatal, aunque en la falta de linealidad y en la falta de información demográfica se descubren aspectos conflictivos del proceso, puesto que el matrimonio y el divorcio regulan las relaciones entre los sexos dentro de los lineamientos del modelo que no es atemporal.

3.1. Composición religiosa

Pese a que hoy el divorcio vincular es un instituto tradicional dentro del derecho de familia en casi todos los países del globo, los datos poblacionales mundiales indican que las tendencias no son idénticas²⁵ ni tampoco los *conflictos culturales* remanentes en torno al modelo de matrimonio y de familia dominantes. Sucede que el divorcio se relaciona con la cosmo-

²³ Cfr. Arendt, Hannah, *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós, 2007, p. 282.

²⁴ Cfr. Oro, Ari y Marcela Ureta, Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países, *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, año 13, número 27, 2007, pp. 281-310.

²⁵ Cfr. Dittigen, Alfred, The form of marriage in Europe. Civil ceremony, religious ceremony. Survey and trends, *Population*, volumen 7, 1995, pp. 95-123; Monnier Alain, Guibert-Lantoine Catherine, La conjuncture démographique: l'Europe et les pays développés d'outre-mer, *Population*, año 51, número 4-5, 1996, pp. 1005-1030; García, Brígida y Olga Rojas, Las uniones conyugales en América Latina: transformaciones en un marco de desigualdad social y de género, *Notas de población*, año xxxi, número 78, 2004, pp. 65-96; DellaPergola, Sergio, Entre ciencia y ficción: notas sobre la demografía de la Shoá, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Nueva Época, año LXI, número 228, septiembre-diciembre 2016, pp. 211-234.

PANORAMA SOBRE DIVORCIO EN EL MERCOSUR

visión que se tiene sobre el matrimonio y el divorcio dentro de las religiones; por lo tanto, se asocia con la composición religiosa de la población.

Datos del Pontifical Yearbook 2019 y del *Annuario Statisticum Ecclesiae* 2017 indican que la población mundial católica es de 1,313 millones, y 48.5% se concentra en América (636,805,000 personas).²⁶ En la tabla 1 se presentan las estimaciones porcentuales de las poblaciones según religiones en el Mercosur y la variación porcentual entre 1998 y 2018. La primera mayoría religiosa es la católica, aunque en el Mercosur se observa una disminución de la población católica de 13 puntos porcentuales entre 1998-2008, con un máximo de 25.6 puntos porcentuales de disminución en Uruguay y un mínimo de 1.5 puntos porcentuales de disminución en Paraguay.²⁷

Tabla 1.
 Estimación de la población según religión (%). Mercosur, 1998 y 2018.

	Año	Religión							Sin religión			Ns/Nc (4)	(N)
		Diferencia %	Católica	Evangélica	Creyente	Otra	Afroamericanos	Judía	Ninguna	Ateo	Agnóstico		
Mercosur	1998		76,4	8,8	2,7	1,8	0,7	0,3	5,5	2,5	0,4	0,9	5.993
	2018		63,4	15,5	2,0	1,2	0,7	0,1	13,5	2,1	0,8	0,8	7.204
	Dif.2018-1998 (3)		-13,0	6,7	-0,7	-0,6	0,0	-0,2	8,0	-0,4	0,4		
Paraguay	1998		89,8	6,1	0,6	0,9	0,0	0,1	1,4	0,1	0	0,7	600
	2018		88,3	7,7	0,9	0,5	0,0	0	1,3	0,1	0,3	0,8	1.200
	Dif.2018-1998		-1,5	1,6	0,3	-0,4	0,0	-0,1	-0,1	0,0	0,3		
Bolivia	1998		79,9	11,1	0,2	4,4	0	0	2,0	0,2	0	1,9	794
	2018		70,0	18,9	1,6	1,1	0,1	0	6,6	0,8	0,3	0,6	1.200
	Dif.2018-1998		-9,9	7,8	1,4	-3,3	0,1	0,0	4,6	0,6	0,3		
Venezuela	1998		83,9	6,8	2,5	0,2	0,2	0,1	4,7	1,0	0,1	0,7	1.200
	2018		66,7	19,5	0,7	0,1	0,8	0	10,8	0,7	0,1	0,8	1.200
	Dif.2018-1998		-17,2	12,7	-1,8	-0,1	0,6	-0,1	6,1	-0,3	0,0		
Argentina	1998		84,0	7,0	0,7	0,9	0	1,1	3,1	2,2	0,8	0,3	1.200
	2018		65,0	12,4	0,6	0,7	0,3	0,2	18,9	1,5	0,2	0,1	1.200
	Dif.2018-1998		-19,0	5,4	-0,1	-0,2	0,3	-0,9	15,8	-0,7	-0,6		
Brasil	1998		69,4	13,7	0,5	4,6	1,9	0,1	7,2	0,7	0,1	2,0	1.000
	2018		58,1	26,2	1,0	2,3	1,3	0	9,7	0,2	0,1	1,1	1.204
	Dif.2018-1998		-11,3	12,5	0,5	-2,3	-0,6	-0,1	2,5	-0,5	0,0		
Uruguay	1998		58,1	8,5	9,2	0,6	1,6	0,3	11,8	8,5	1,1	0,3	1.199
	2018		32,5	8,1	7,2	2,2	1,6	0,1	34,1	9,0	4,0	1,4	1.200
	Dif.2018-1998		-25,6	-0,4	-2,0	1,6	0,0	-0,2	22,3	0,5	2,9		

Notas: (1) Religión evangélica incluye: evangélica sin especificar, evangélica bautista, evangélica metodista, evangélica pentecostal, adventista, testigos de Jehová, mormón,

²⁶ Bollettino, *Oficina de Prensa de la Santa Sede*, N. 190306b, Miércoles 6 de marzo de 2019. Disponible en: <https://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2019/03/06/190306b.html>.

²⁷ Se conoce que 80% del aporte migratorio a la Argentina provino de países católicos donde en el momento de las grandes migraciones sólo existía el matrimonio religioso — en España e Italia la ceremonia civil se instituyó pasada la Segunda Guerra Mundial—. Cfr. Moreno, José L., *El desafío historiográfico de la ilegalidad*, Torrado, Susana (comp.), *Población y bienestar en la Argentina del primer al segundo Centenario*, Buenos Aires, Edhasa, 2007, pp. 501-527.

protestante. (2) Creyente, no pertenece a Iglesia. (3) Diferencia 2018-1998: el signo negativo indica disminución. (4) No sabe, no contesta: los guarismos indican que la calidad de los datos es buena pues el porcentaje de Ns/Nc fluctúan entre un máximo de 2% y un mínimo de 0,1%.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Corporación Latinobarómetro.

En definitiva, en 2018 la composición religiosa de la población del Mercosur es la siguiente: 63% católicos, 16% evangélicos y 14% declara ninguna religión. Luego se encuentran las demás minorías religiosas (creyente, otra religión, culto afroamericano,²⁸ judía²⁹) y no religiosas (ateo, agnóstico). Destaca el caso de Uruguay debido a que es el único país del grupo donde la categoría *ninguna religión* (34.1%) supera al porcentaje de población católica (32.5%). Esto se relaciona con el comportamiento diferencial de la *proporción de personas divorciadas* según se presenta en el apartado siguiente.

3.2. Proporción de personas no casadas con estado civil conocido

La figura 1 muestra las diferencias en la proporción de personas no casadas con estado civil conocido indicando que, en 2011, la *proporción de personas viudas* es inferior a la *proporción de personas divorciadas*, por tanto, la finalización de los matrimonios por divorcio es mayor que la finalización de los matrimonios por defunción. Esto es válido para Portugal, Uruguay y España donde la proporción de personas no casadas con estado civil anterior divorciado fue de 18%, 15% y 14% respectivamente.

Conviene conocer que Portugal se ubica en el grupo de países que, junto con Uruguay, admitieron tempranamente el divorcio vincular, aunque las resistencias al cambio impusieron retrocesos sociales que se saldaron hacia 1975. En efecto, en 1910 se admitieron el divorcio —litigioso y

²⁸ La revuelta de los *malé* (de *imalê*, que en lengua iorubá significa “musulmán”) ocurrió en Salvador de Bahía (Brasil) en 1835, y resulta paradigmática porque puso en escena los conflictos religiosos, étnicos y de clase de la época. Cfr. Cepal, *Situación de las personas afrodescendientes en América Latina y desafíos de políticas para la garantía de sus derechos*, Santiago, Naciones Unidas, 2017, pp. 15-16.

²⁹ Cfr. Avni, Haim; Bokser Liwerant, Judit; DellaPergola, Sergio; Bejarano, Margarit; Senkman, Leonardo (coord.), *Pertenencia y alteridad. Judíos en/de América Latina: cuarenta años de cambios*, Madrid, Iberoamericana, Vervuert, Bonilla Artigas Editores, 2011.

PANORAMA SOBRE DIVORCIO EN EL MERCOSUR

por mutuo consentimiento— y la separación. Pero el 1 de agosto de 1940 un Concordato con la Santa Sede retrotrajo la situación que continuó en el Código Civil de 1966. Tras una reforma del Concordato firmada en el Vaticano el 15 de febrero de 1975, se dictó en Portugal el Decreto Ley 261/75, de 27 de mayo, mediante el cual el divorcio se admitió para quienes lo hubiesen celebrado por el rito civil o por el rito canónico, consinténdose nuevamente el divorcio litigioso y por mutuo consentimiento.³⁰

Por su parte, España se ubica entre los países que admitieron el divorcio absoluto tardíamente, es decir, entre 1889 y 1978 no innovó la legislación, iniciando la etapa actual sobre regulación de matrimonios, separaciones y divorcios con la Constitución de 27 de diciembre de 1978, la Ley 30/1981 de 7 de julio y la Ley 13/2005 de 1 de julio, que hizo lugar al matrimonio entre personas del mismo sexo, y la Ley 15/2005 de 8 de julio.³¹

Figura 1.

Proporción (%) de personas no casadas con estado civil anterior conocido.

Países seleccionados, 2011.

	Mercosur		Argentina		Bolivia		Brasil		Paraguay		Uruguay		Venezuela	
	2007	2017	2007	2017	2007	2017	2007	2017	2007	2017	2007	2017	2007	2017
Muy fuerte	11,8	17,8	6,4	21,7	11,1	15,1	19,9	27,2	11,4	13,0	6,5	13,8	15,8	15,8
Cambio 2017-07	6		15		4		7		2		7		0	
Fuerte	36,4	44,4	28,1	39,4	46,4	50,7	41,6	49,4	41,2	41,4	29,9	36,9	31,3	48,6
Cambio 2017-07	8		11		4		8		0		7		17	
Débil	32,8	25,7	41,9	23,2	31,3	26,9	25,2	16,7	25,8	30,3	39,5	35,0	33,2	22,0
Cambio 2017-07	-7		-19		-4		-9		5		-5		-11	
Conflicto total	81,0	87,9	76,4	84,3	88,8	92,7	86,7	93,3	78,4	84,7	75,9	85,7	80,3	86,4
Cambio 2017-07	7		8		4		7		6		10		6	
No existe	13,6	9,4	20,7	11,6	7,0	4,9	10,2	5,5	12,7	11,1	14,7	11,5	16,3	12
Cambio 2017-07	-4		-9		-2		-5		-2		-3		-4	
No contesta	5,3	2,7	2,9	4,1	4,2	2,4	3,0	1,2	9,0	4,2	9,4	2,8	3,4	1,6
(n)	7.204	7.201	1.200	1.200	1.200	1.200	1.204	1.200	1.200	1.200	1.200	1.200	1.200	1.200

Fuente: tabla 1 y 2 del anexo.

Por lo tanto, se podría interpretar que la exigua *proporción de personas divorciadas* en Argentina (6,2%), Brasil (5,9%), Venezuela (3,1%) y Bolivia (2,1%) no se asocia necesariamente a baja o nula conflictividad marital, pues se conoce que una porción de la población opta por sostener el

³⁰ Cfr. Peralta y Carrasco, Manuel, El divorcio en el derecho portugués, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009, pp. 552-555.

³¹ Cfr. Acedo Penco, Ángel, El divorcio en el derecho español, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009, pp. 339-340.

conflicto para no afrontar el descrédito social que en contextos conservadores y punitivos³² se liga a la culpa social por el presunto “fracaso en el intento de lograr un hogar sólido, estable y feliz”.³³ Otras perspectivas consideran que la desvinculación voluntaria de las uniones o de los matrimonios conflictivos procura poner fin a situaciones que reproducen la violencia en las parejas y las familias.³⁴

3.3. Conflicto entre varones y mujeres

Entre los conflictos relacionados con el matrimonio y el divorcio se encuentra el conflicto entre varones y mujeres. Históricamente, “en la sociedad como un todo, los hombres como grupo social adquirieron recursos de poder mucho mayores que las mujeres”, lo que redundó en que el código social dominante haya relegado “a las mujeres a una posición subordinada e inferior en comparación con los hombres”.³⁵

Esta situación no es inmutable, pues la situación jurídica de las mujeres se ha modificado pese a las reiteradas resistencias al cambio. Dichas resistencias en materia de divorcio han quedado plasmadas inclusive en el proceso histórico, con retrocesos normativos como los comentados sobre Portugal y Argentina. También quedaron plasmadas en los textos escolares,³⁶ en la producción académica y, por ende, en las políticas demográfi-

³² Cfr. Masciadri, Viviana, *Tendencias en la constitución y disolución de las uniones en la Argentina (1947-2001)*, Doctorado en Demografía, Universidad Nacional de Córdoba, inédita, Córdoba, 2007.

³³ Cfr. Martínez Zenteno, *op. cit.*, p. 110.

³⁴ Hay cinco tipos de violencia contra mujeres y niñas: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, y simbólica. El femicidio es el caso extremo. Cfr. Masciadri, Viviana. Autonomía física de la población femenina en países del Mercosur: una lectura incipiente, *IX Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXIV Jornadas de Investigación de la Facultad de Psicología, XIII Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur “Psicología, Culturas y Nuevas Perspectivas”*, Buenos Aires, 2017.

³⁵ Cfr. Elias, Norbert, El cambiante equilibrio de poder entre los sexos. Un estudio sociológico procesual: el ejemplo del antiguo Estado romano, *La civilización de los padres y otros ensayos*, Bogotá, Norma, 1998, p. 203.

³⁶ Cfr. Wainerman, Catalina y Mariana, Heredia, *¿Mamá amasa la masa?: cien años de libros de lectura de la escuela primaria*, Buenos Aires, Argentina, Belgrano, 1999.

cas asociadas al devenir histórico,³⁷ motivo por el cual las estadísticas³⁸ son fragmentarias.

Información actual refleja que durante la última década no se ha logrado dismantelar ninguno de los conflictos relevados por el Barómetro de las Américas, pese a que la mayoría de los ciudadanos los desapruban, tal como ocurre con el conflicto de género, que en la región es de 66%. Otros conflictos aluden a dinámicas intergeneracionales, raciales y entre nacionales-extranjeros que potencian la discriminación por motivos de género en los centros urbanos hiperconectados.³⁹

En el Mercosur el conflicto entre varones y mujeres aumentó siete puntos porcentuales en la última década, y en 2017 representó 88% de

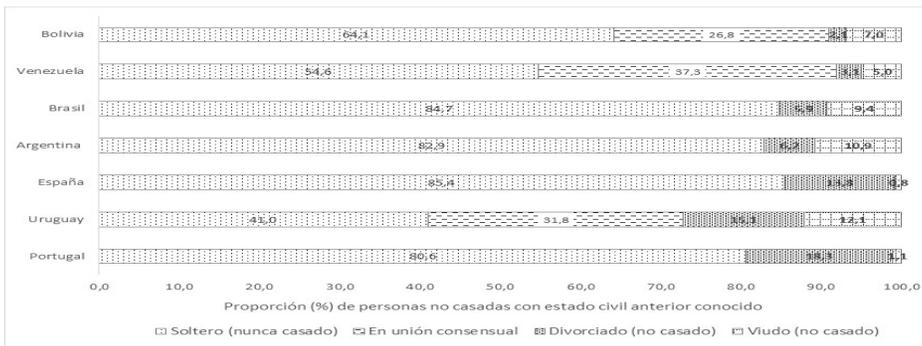
³⁷ Para una crítica a la teoría sobre la transmisión del divorcio, véase: Masciadri, Viviana, ¿Transmisión intergeneracional del divorcio? Tensiones epistemológicas entre disciplinas de confluencia, *Papeles de Población*, Toluca, volumen 18, número 74, 2012, pp. 57-86; Consideraciones en torno a las implicaciones de dos problemas lógico-conceptuales en los estudios sobre nupcialidad en las últimas cinco décadas, *Estudios demográficos y urbanos*, volumen 27, número 3 (81), 2012, pp. 789-838; Masciadri, Viviana, La nupcialidad en Buenos Aires a mediados del siglo xx: Chascomús, La Plata y San Martín, *Papeles de Población*, volumen 23, 2017, pp. 105-150; Matrimonio, divorcio y política demográfica en Argentina. La perspectiva científica de Emilio Llorens y Carlos Correa Ávila hacia 1948.

³⁸ Uruguay y Venezuela proveen datos, y Brasil, en menor medida; mientras que Argentina, Bolivia y Paraguay expresan rezagos mayores. En tal sentido, durante el Foro Político de Alto Nivel sobre el Desarrollo Sostenible, celebrado bajo los auspicios del Consejo Económico y Social, el secretario general solicitó la adopción de medidas concretas en relación con la Agenda 2030; en particular, recomendó incrementar la disponibilidad de datos y estadísticas de alta calidad, oportunos, desglosados y abiertos para comprender los aspectos de la vida de las personas que permanecen invisibilizados. Cfr. United Nations *Demographic Yearbook review. National reporting of data on marriage and divorce implications for international recommendations*, United Nations, Department of Economic and Social Affairs Statistics Division, Demographic and Social Statistics Branch, ESA/STAT/2004/7; Consejo Económico y Social, *Edición especial: progresos realizados para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Informe del Secretario General*, Naciones Unidas, E/2019/68, pp. 39-40.

³⁹ Véase: Corporación Latinobarómetro, *Latinobarómetro 2017*, Santiago de Chile, Banco de Desarrollo de América Latina, 2017; Hopenhayn, Martín y Ana Sojo (coord.), *Sentido de pertenencia en sociedades fragmentadas: América Latina en una perspectiva global*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011; Basco, Ana, *La tecno-integración de América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2017; Requena Gonzales, Silvia, Análisis de conflicto en situación de procesos de divorcio, *Revista de Psicología*, número 9, La Paz, 2013.

los encuestados. La tabla 2 desagrega la dinámica del conflicto por país y según grado de percepción. Entre 2007 y 2017, todos los países del Mercosur registraron incrementos del conflicto entre varones y mujeres, el que se percibe con *mayor fuerza*, reduciéndose la percepción *débil* y la *negación* del conflicto en la mayoría de los países del bloque.

Tabla 2.
 Cuán fuerte (muy fuerte, fuerte y débil) es el conflicto entre hombres y mujeres según el país de estudio. Mercosur, 2007 y 2017.



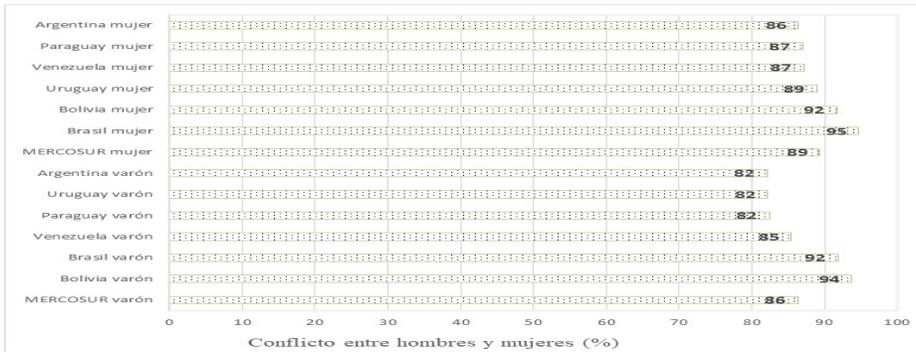
Nota: en 2007 y 2017 la pregunta fue mutuamente excluyente puesto que se debe marcar una sola alternativa: en todos los países hay diferencias o incluso conflictos entre diferentes grupos sociales. En su opinión, ¿cuán fuerte es el conflicto entre hombres y mujeres? ¿Es muy fuerte, fuerte, débil, o no existe conflicto?

Fuente: Elaboración propia a partir de datos relevados por la Corporación Latinobarómetro.

Es importante notar que el *conflicto* entre hombres y mujeres no es percibido del mismo modo según el sexo. En el Mercosur, 86% de los varones y 89% de las mujeres admiten la existencia del conflicto, y en todos los países —con excepción de Bolivia— las mujeres expresan una percepción *levemente* mayor (figura 2).

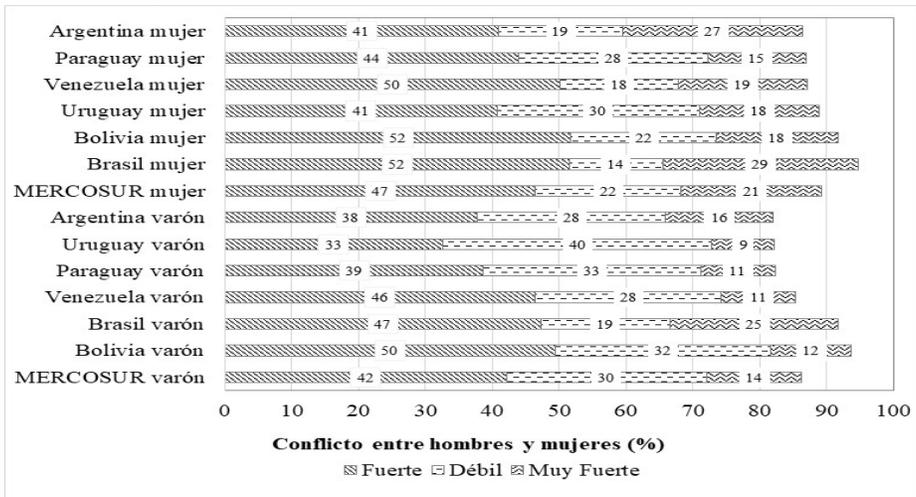
PANORAMA SOBRE DIVORCIO EN EL MERCOSUR

Figura 2.
 Conflicto entre hombres y mujeres según país del estudio y sexo del entrevistado.
 Mercosur, 2017.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos relevados por la Corporación Latinobarómetro.

Figura 3.
 Cuán fuerte (fuerte, débil o muy fuerte) es el conflicto entre hombres y mujeres según el país de estudio y sexo del entrevistado. Mercosur, 2017.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos relevados por la Corporación Latinobarómetro.

La figura 3 desagrega las categorías del conflicto (muy fuerte, fuerte y débil) según el país y el sexo del entrevistado en 2017. Si bien en Uruguay prevalece la categoría referida a conflicto *débil* en varones (40%), en la mayoría de los países predomina la categoría *fuerte* tanto en varones como en mujeres. Al revisar la categoría *conflicto muy fuerte* sobresalen el porcentaje referido a mujeres de Brasil (29%) y de Argentina (27%), y el porcentaje referido a varones de Brasil (25%).

En el Mercosur, 47% de las mujeres percibe el conflicto *fuerte*, 22% lo perciben *débil* y 21% lo perciben *muy fuerte*. En el caso de los varones, 42% lo perciben *fuerte*, 30% lo perciben *débil* y 14% lo perciben *muy fuerte*.

4. CONCLUSIONES

Recurriendo a los desarrollos conceptuales de Norbert Elias,⁴⁰ se puede afirmar que “la efectividad del Estado en la protección de la persona, así como del ingreso o la propiedad de las mujeres, fue uno de los factores responsables de los cambios en el equilibrio de poder entre los sexos”, como lo es también en el presente. Pero la paridad relativa entre varones y mujeres se conecta asimismo con el desarrollo de la civilización, lo que explica que el “cambiante equilibrio de poder entre los sexos” se haya reavivado en nuestro tiempo. Según nuestro autor, existe una tendencia a considerar los cambios en dicho equilibrio de manera voluntarista, lo que representa un error; por tanto, los cambios en el equilibrio de poder entre los sexos se comprenden mejor si se considera el desarrollo global de la sociedad.

En relación con las sinergias y pese a que en las últimas décadas se han logrado avances, aún persisten inequidades asociadas con patrones tradicionales que promueven y sostienen la violencia en ámbitos sociales, laborales, familiares y de pareja, puesto que las mujeres históricamente han sido subyugadas en contextos de subordinación social, legal y económica —en algunos lugares aún vigentes— a escala global, en temas como patria potestad, divorcio vincular y derecho a la propiedad. Pese a la persistencia de inequidades, hoy es improbable concebir un retroceso social

⁴⁰ Cfr. Elias, *op. cit.*, p. 247.

y jurídico que devenga en la desaprobación del divorcio vincular, como aconteció antaño en Portugal y Argentina, o de las uniones convivenciales y de las separaciones de dichas uniones entre personas de distinto o del mismo sexo sobre la base de prejuicios religiosos y estereotipos acerca de las formas de la sociabilidad en el ámbito familiar. De este modo, realizar esta lectura resulta pertinente para advertir las tendencias que han favorecido la inequidad mediante la aculturación como un instrumento gubernamental. Las mismas tendencias históricas que hoy precisan de Estados que propicien la aceptación de la otredad.

5. REFERENCIAS

Acedo Penco, Ángel, El divorcio en el derecho español, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009.

Álvarez-Tabío Albo, Ana, Deberes conyugales. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento, *Dikê. Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, año 13, número 26, octubre 2019-marzo de 2020, pp. 235-266.

Arendt, Hannah, *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós, 2007.

Avni, Haim, *Argentina y las migraciones judías. De la Inquisición al Holocausto y después*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Milá, 2015.

Avni, Haim; Bokser Liwerant, Judit; DellaPergola, Sergio; Bejarano, Margarit; Senkman, Leonardo (coord.), *Pertenencia y alteridad. Judíos en/ de América Latina: cuarenta años de cambios*, Madrid, Iberoamericana, Vervuert, Bonilla Artigas Editores, 2011.

Basco, Ana, *La tecno-integración de América Latina. Instituciones, comercio exponencial y equidad en la era de los algoritmos*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2017.

Baumeister Toledo, Alberto, El divorcio en derecho venezolano, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009.

Charbit, Yves, *Famille et nuptialité dans la Caraïbe*, París, Institut National d'Etudes Démographiques, 1987.

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Situación de las personas afrodescendientes en América Latina y desafíos de políticas para la garantía de sus derechos*, Santiago, Naciones Unidas, 2017.
- Consejo Económico y Social, *Edición especial: progresos realizados para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Informe del Secretario General*, Naciones Unidas, E/2019/68. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/2019/68>.
- Corporación Latinobarómetro, *Latinobarómetro 2017*, Santiago de Chile, Banco de Desarrollo de América Latina, 2017. Disponible en: <http://www.latinobarometro.org/latNewsShowMore.jsp?evYEAR=2018&evMONTH=-1>.
- , *Cuestionario LB 2007 y 2017*. Disponibles en: <http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>.
- , *Latinobarómetro 2018*. Santiago de Chile, Banco de Desarrollo de América Latina, 2018. Disponible en: <http://www.latinobarometro.org/latNewsShowMore.jsp?evYEAR=2018&evMONTH=-1>.
- DellaPergola, Sergio, Entre ciencia y ficción: notas sobre la demografía de la Shoá, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Nueva Época, año LXI, número 228, septiembre-diciembre de 2016, pp. 211-234.
- De Mesquita Samara, Eni, Misterios de la “fragilidad humana”: el adulterio femenino en Brasil en los siglos XVIII y XIX, Gonzalbo Aizpuru, Pilar y Cecilia Rabell Romero (eds.), *Familia y vida privada en la historia de Iberoamérica*, México, El Colegio de México, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pp. 359-372. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv47wf2t.20>.
- Dittigen, Alfred, The form of marriage in Europe. Civil ceremony, religious ceremony. Survey and trends, *Population*, volumen 7, 1995, pp. 95-123.
- Elias, Norbert, El cambiante equilibrio de poder entre los sexos. Un estudio sociológico procesual: el ejemplo del antiguo Estado romano, *La civilización de los padres y otros ensayos*, Bogotá, Norma, 1998, pp. 201-248.
- Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo IX DIV-EMOC, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

- García, Brígida y Olga Rojas, Las uniones conyugales en América Latina: transformaciones en un marco de desigualdad social y de género, *Notas de Población*, año xxxi, número 78, 2004, pp. 65-96.
- Herrera, Marisa, Una mirada crítica y actual sobre el divorcio vincular en el Mercosur y países asociados a la luz de los derechos humanos, *Revista de Derecho Privado*, edición especial, 2012, pp. 201-230.
- , El divorcio en el derecho argentino, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009, pp. 27-100.
- Hopenhayn, Martín y Ana Sojo (coord.), *Sentido de pertenencia en sociedades fragmentadas: América Latina en una perspectiva global*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- Imolesi, María, *Teoría y práctica de la cristianización del matrimonio en Hispanoamérica colonial*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani” (UBA / CONICET), 2012. Disponible en: http://www.ravignanidigital.com.ar/tms/series/tesis_ravig/ltr-002-tesis-imolesi-2012.pdf.
- Instituto Social del Mercosur, *Plan Estratégico de Acción Social*, 2012. Disponible en: <http://www.ismercosur.org/doc/PEAS-espanol-web.pdf>.
- Martínez Zenteno, Toribio, El divorcio en el derecho boliviano, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009, pp.101-122.
- Masciadri, Viviana, Matrimonio, divorcio y política demográfica en Argentina. La perspectiva científica de Emilio Llorens y Carlos Correa Ávila hacia 1948, *VI Congreso de Estudios sobre el Peronismo (1943-2018)*, UMET, CABA, 2018.
- , Autonomía física de la población femenina en países del Mercosur: una lectura incipiente, *IX Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología, XIII Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur*, 2017. Disponible en: <http://jimemorias.psi.uba.ar/index.aspx?anio=2017>.
- , La nupcialidad en Buenos Aires a mediados del siglo xx: Chascomús, La Plata y San Martín, *Papeles de Población*, volumen 23, 2017, pp. 105-150.

- , ¿Transmisión intergeneracional del divorcio? Tensiones epistemológicas entre disciplinas de confluencia, *Papeles de Población*, volumen 18, número 74, 2012, pp. 57-86.
- , Consideraciones en torno a las implicaciones de dos problemas lógico-conceptuales en los estudios sobre nupcialidad en las últimas cinco décadas, *Estudios Demográficos y Urbanos*, volumen 27, número 3 (81), 2012, pp. 789-838.
- , *Tendencias en la constitución y disolución de las uniones en la Argentina (1947-2001)*, Doctorado en Demografía, Universidad Nacional de Córdoba, inédita, Córdoba, 2007.
- Metcalf, Alida, El matrimonio en Brasil durante la colonia: ¿estaba configurado por la clase o el color?, Gonzalbo Aizpuru, Pilar y Cecilia Rabell Romero (eds.). *Familia y vida privada en la historia de Iberoamérica*, México, El Colegio de México, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pp. 59-73. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv47wf2t.6>.
- Molina, Raúl A., *La familia porteña en los siglos XVII y XVIII. Historia de los divorcios en el periodo hispánico*, Buenos Aires, Fuentes Históricas y Genealógicas Argentinas, 1991.
- Monnier Alain y Guibert-Lantoine Catherine, La conjoncture démographique: l'Europe et les pays développés d'outre-mer, *Population*, año 51, número 4-5, 1996, pp. 1005-1030. Disponible en: https://www.persee.fr/doc/pop_0032-4663_1996_num_51_4_6192.
- Moreno, José L., El desafío historiográfico de la ilegalidad, Torrado, Susana (comp.), *Población y bienestar en la Argentina del primer al segundo Centenario*, Buenos Aires, Edhasa, 2007, pp. 501-527.
- Moreno Rodríguez Alcalá, Roberto, El divorcio en el derecho paraguayo, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalía, 2009, pp. 507-524.
- Oro, Ari y Marcela Ureta, Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países, *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, año 13, número 27, 2007, pp. 281-310.
- Peralta y Carrasco, Manuel, El divorcio en el derecho portugués, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho ibe-*

- roamericano*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009, pp. 552-555.
- Potthast-Jutkeit, Bárbara, La moral pública en Paraguay: Iglesia, Estado y relaciones ilícitas en el siglo XIX, Gonzalbo Aizpuru, Pilar y Cecilia Rabell Romero (eds.), *Familia y vida privada en la historia de Iberoamérica*, México, El Colegio de México, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pp. 59-73. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv47wf2t.9>.
- Quilodrán, Julieta, *Un siglo de matrimonio en México*, México, El Colegio de México, 2001.
- Requena Gonzales, Silvia, Análisis de conflicto en situación de procesos de divorcio, *Revista de Psicología*, número 9, La Paz 2013. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2223-30322013000100005.
- Rivero de Arhancet, Mabel y Beatriz, Ramos Cabanellas, El divorcio en el derecho uruguayo, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009, pp. 607-644.
- Senado de la Nación, *Las causas comparadas del divorcio y de la separación de cuerpos en la legislación comparada. Estudio recomendado por la Comisión de Códigos al Seminario de Derecho Civil (cuarto curso) de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1926.
- Scotti, Luciana, Diálogo de fuentes: las normas regionales del Mercosur y las nuevas disposiciones del derecho internacional privado argentino, *Rev. Secr. Trib. Perm. Revis.*, año 4, número 7, mayo 2016, pp. 152-184.
- Siegrist, Nora, Dotes matrimoniales en Buenos Aires en épocas del Antiguo Régimen. Siglos XVII-XVIII, *Naveg@mérica. Revista Electrónica de la Asociación Española de Americanistas*, número 4, 2010, pp. 1-25.
- United Nations, *Demographic Yearbook review. National reporting of data on marriage and divorce Implications for international recommendations*. United Nations, Department of Economic and Social Affairs Statistics Division, Demographic and Social Statistics Branch, ESA/STAT/2004/7.
- Vaisencher, Tania, El divorcio en el derecho brasileño, Acedo Penco, Ángel y Leonardo Pérez Gallardo, *El divorcio en el derecho iberoameri-*

cano, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Temis, Unijus, Zavalia, 2009, pp. 123-145.

Wainerman, Catalina y Mariana, Heredia, *¿Mamá amasa la masa?: cien años de libros de lectura de la escuela primaria*, Buenos Aires, Argentina, Belgrano, 1999.

LEGISGRAFÍA, CIBERGRAFÍA, PRENSA DIGITAL

Bollettino. Oficina de Prensa de la Santa Sede, N. 190306b, Wednesday 6.3.2019. Disponible en: <https://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2019/03/06/190306b.html>.

Centro de Información Oficial, Normativa de Avisos Legales del Uruguay. *Ley N° 19.075, Aprobación de la Ley de Matrimonio Igualitario*. Disponible en: www.impo.com.uy/bases/leyes/19075-2013.

Infoleyes, Plataforma para trabajar con la legislación de Bolivia, Bolivia, 19 de noviembre, 2014. *Código de las Familias y del Proceso Familiar*. Disponible en: <https://bolivia.infoleyes.com/norma/5268/código-de-las-familias-y-del-proceso-familiar-cfpf>.

Mercosur, *Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre jurisdicción internacionalmente competente, ley aplicable y cooperación jurídica internacional en materia de matrimonio, relaciones personales entre los cónyuges, régimen matrimonial de bienes, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial*, 2012. Disponible en: <http://gd.mercosur.int/SAM/GestDoc/pubweb.nsf/Normativa?ReadForm&lang=ESP&id=44D929C67C5EF80E83257B1D004B41F8>.

PANORAMA SOBRE DIVORCIO EN EL MERCOSUR

ANEXO

Tabla 1.
 Proporción de personas no casadas con estado civil anterior conocido.
 Datos seleccionados, periodo, 1969-2016; 2010 y 2011.

País	Portugal (1)			España (1)			Uruguay (2)			Argentina (2)			Brasil (2)			Bolivia (2)			Venezuela (2)					
	Año	Soltero (nunca casado)	Viudo	Divorciado	Soltero (nunca casado)	Viudo	Divorciado	Soltero (nunca casado)	En unión consensual	Viudo (no casado)	Divorciado (no casado)	Soltero (nunca casado)	Viudo (no casado)	Divorciado (no casado)	Soltero (nunca casado)	En unión consensual	Viudo (no casado)	Divorciado (no casado)	Soltero (nunca casado)	En unión consensual	Viudo (no casado)	Divorciado (no casado)		
1969	96.9	2.5	0.6	98.3	1.7	0.0																		
1969	97.0	2.5	0.5	98.4	1.6	0.0																		
1970	97.1	2.4	0.5	98.4	1.6	0.0																		
1971	97.1	2.4	0.5	98.5	1.5	0.0																		
1972	97.0	2.5	0.5	98.5	1.5	0.0																		
1973	97.0	2.5	0.6	98.4	1.6	0.0																		
1974	97.1	2.4	0.5	98.5	1.5	0.0																		
1975	96.9	2.0	1.1	98.8	1.2	0.0																		
1976	95.1	2.2	2.7	98.8	1.2	0.0																		
1977	93.7	2.6	3.7	98.8	1.2	0.0																		
1978	93.5	2.7	3.9	98.9	1.1	0.0																		
1979	93.8	2.6	3.6	99.3	0.7	0.0																		
1980	93.6	2.6	3.8	98.9	1.1	0.0																		
1981	93.7	2.6	3.8	99.0	1.0	0.0																		
1982	93.5	2.5	4.0	97.8	1.4	0.8																		
1983	93.8	2.3	4.0	97.0	1.5	1.5																		
1984	93.4	2.3	4.3	96.7	1.5	1.8																		
1985	93.1	2.4	4.5	96.6	1.2	2.2																		
1986	93.0	2.2	4.7	96.7	1.1	2.3																		
1987	92.9	2.2	4.9	96.5	1.1	2.4																		
1988	93.0	2.0	5.0	96.2	1.0	2.8																		
1989	93.1	1.9	5.0	96.1	0.9	3.0																		
1990	93.1	1.9	5.0	95.9	0.9	3.2																		
1991	93.0	1.8	5.3	95.4	0.9	3.7																		
1992	92.7	1.8	5.5	95.1	0.9	4.0																		
1993	93.0	1.6	5.4	94.7	0.9	4.4																		
1994	92.8	1.5	5.8	94.3	0.9	4.8																		
1995	92.3	1.5	6.2	94.4	0.8	4.8																		
1996	91.6	1.4	7.0	94.2	0.8	5.0																		
1997	92.0	1.3	6.7	94.0	0.8	5.2																		
1998	91.9	1.3	6.8	94.0	0.8	5.3																		
1999	91.8	1.2	7.0	94.0	0.7	5.3																		
2000	91.2	1.3	7.6	94.0	0.7	5.3																		
2001	90.3	1.4	8.4	93.6	0.7	5.8																		
2002	90.5	1.1	8.4	93.1	0.7	6.2																		
2003	89.9	1.2	9.9	92.5	0.8	6.7																		
2004	88.0	1.2	10.7	91.6	0.7	7.7																		
2005	87.2	1.2	11.6	91.2	0.7	8.1																		
2006	86.0	1.2	12.8	89.9	0.7	9.3																		
2007	84.3	1.2	14.5	89.1	0.7	10.1																		
2008	84.0	1.2	14.9	88.3	0.7	11.0																		
2009	82.7	1.2	16.2	86.8	0.8	12.3																		
2010	82.0	1.2	16.8	85.9	0.8	13.3																		
2011	80.6	1.1	18.3	85.4	0.8	13.8	41.0	31.8	12.1	15.1	82.9	10.9	6.2	84.7	9.4	5.9	64.1	26.8	7.0	2.1	54.6	37.3	5.0	3.1
2012	80.9	1.1	18.0	85.3	0.8	13.9																		
2013	80.2	1.7	1.1	84.2	0.8	15.0																		
2014	79.5	1.0	19.5	84.3	0.8	14.9																		
2015	79.4	1.1	19.6	83.8	0.8	15.5																		
2016	78.4	1.1	20.5	83.0	0.8	16.2																		

Nota: (1) Organisation for Economic Co-operation and Development: <https://data.oecd.org/>; (2) United Nations Statistics Division: <https://unstats.un.org>. Fuente: elaboración propia

Tabla 2.
 Población divorciada (no casada) y población casada (pero separada) según área y sexo.
 Valores y proporción, años y países seleccionados.

		Divorciada no casada		Casada pero separada	
		Valor	Div no cas	Valor	Cas pero sep
Uruguay (2011)	Total	237.124	15,1	62.503	6,9
	Urbano				
	Varón	84.127	12,5	22.981	5,5
	Mujer	145.895	17,7	35.961	8,3
	Rural				
	Varón	4.788	11,8	2.672	9,0
Mujer	2.314	7,7	889	3,2	
Argentina (2010)	Total	1.121.786	6,2	642.373	5,6
	Urbano				
	Varón	468.754	6,2	260.117	5,1
	Mujer	605.576	6,9	341.238	6,4
	Rural				
	Varón	27.613	3,3	22.781	4,7
Mujer	19.843	2,8	18.237	4,0	
Brasil (2010)	Total	5.013.035	5,9	2.804.235	4,7
	Urbano				
	Varón	1.899.252	5,6	1.088.298	4,4
	Mujer	2.817.059	7,2	1.479.580	5,8
	Rural				
	Varón	165.711	2,4	132.259	3,0
Mujer	131.013	2,3	104.098	2,4	
Venezuela (2011)	Total	449.410	3,1	586.704	10,9
	Urbano				
	Varón	139.201	2,3	185.966	7,8
	Mujer	296.004	4,5	357.239	13,8
	Rural				
	Varón	7.063	0,8	20.836	10,0
Mujer	7.142	1,0	22.663	11,1	
Bolivia (2012)	Total	90.328	2,1	121.243	4,7
	Urbano				
	Varón	30.456	2,1	32.555	4,1
	Mujer	48.661	3,1	63.802	7,2
	Rural				
	Varón	6.215	0,9	11.687	2,5
Mujer	4.996	0,8	13.199	3,1	

Fuente: Elaboración propia a partir de Demographic Statistics Database | United Nations Statistics Division (<http://data.un.org/>).

El espacio ultraterrestre, ámbito de difusión de la paz y medios para lograrlo*

Outer Space, an Area for Spreading Peace and the Means to Achieve it

BORJA GARCÍA VÁZQUEZ*

RESUMEN

En 2018 se cumplieron cincuenta años de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos. En este medio siglo, la actividad humana en el espacio ha experimentado variaciones, sin que por ello se hayan visto afectados los principios que rigen el espacio ultraterrestre; una situación que parece estar llegando a su fin ante el desarrollo de la industria aeroespacial y el interés por explotar comercialmente el espacio, que ha dado origen al desarrollo legislativo por algunos países, destinados a dotar de sustento legal a dichas actividades. Estas acciones marcan una ruptura del paradigma espacial, basado en el monopolio estatal, ante la creciente incursión de actores privados que pueden causar problemáticas por la explotación de los recursos debido a la concurrencia de la pluralidad de nacionalidades e intereses. Para evitar estas situaciones, se expone cuáles han sido los mecanismos que se han previsto en el marco del derecho internacional público en pos de lograr la pacificación y la resolución de controversias en el medio ultraterrestre.

Palabras clave: espacio ultraterrestre, conflictos, recursos naturales, objetivos del desarrollo sostenible.

ABSTRACT

2018 marked the 50th anniversary of the First United Nations Conference on the Exploration and Peaceful Uses of Outer Space. In this half century, human activity in space has experienced variations, without affecting the principles that govern outer space; a situation that seems to be coming to an end due to the development of the aerospace industry and the interest in commercially exploiting space, which has given rise to legislative development by some countries, aimed at providing legal support to such activities. These actions mark a break in the spatial paradigm, based on the state monopoly, in the face of the growing incursion of private actors that can cause problems due to the exploitation of resources due to the concurrence of the plurality of nationalities and interests. To avoid these situations, the mechanisms that have been envisaged in the framework of public international law in order to achieve pacification and dispute resolution in the outer environment are exposed.

Keywords: outer space, conflicts, natural resources, sustainable development goals.

* Artículo de investigación recibido el 14-10-2019 y aceptado el 27-01-2020.

** Profesor en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Contacto: borjagarcia131@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-0055-6917>

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Naciones Unidas / 2.1. Cooperación internacional para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos / 2.2. Medidas de transparencia y fomento de la confianza en las actividades relativas al espacio ultraterrestre / 2.3. Compromiso de no ser el primero en emplazar armas en el espacio ultraterrestre y prevención de la carrera de armamentos en el espacio ultraterrestre / 3. Estados Unidos de América / 4. República Popular China / 5. El arreglo pacífico de controversias: arbitraje espacial / 6. Conclusiones / 7. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

El periodo 1957-1969 supuso un hito en la historia de la humanidad. La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) lanzó el primer satélite el 4 de octubre de 1957, y el primer ser vivo (la perra Laika), el 3 de noviembre del mismo año. Posteriormente, el 12 de abril de 1961, la misión Vostok 1 permitió al cosmonauta Yuri Gagarin dar una vuelta orbital a nuestro planeta,¹ hazaña repetida el 16 de junio de 1963 por Valentina Tereshkova, la primera mujer en ir al espacio. A pesar del impulso soviético inicial, los estadounidenses fueron quienes lograron, con el Apolo 8, orbitar la luna el 21 de diciembre de 1968, alunizando el 20 de julio de 1969 con el Apolo 11, lo que permitió a Neil Armstrong ser el primer humano en caminar sobre su superficie. El alunizaje final se dio el 19 de diciembre de 1972, cuando el astronauta Gene Cernan, comandante de la misión Apolo 17, se convirtió en el último hombre en pisarla. Desde entonces, ninguna persona ha vuelto a la luna ni ha logrado ir más allá de ella. La puesta en órbita, por la URSS, de la estación espacial Salyut 1, el 19 de abril de 1971, dio comienzo a la etapa de presencia humana en el espacio mediante sistemas de módulos, alcanzando su máxima permanencia con la estación rusa Mir (operativa entre 1986 y 2000), donde Valeri Polyakov permaneció 14 meses.

Si bien la presencia humana en el espacio ha sido limitada, la puesta en funcionamiento de la Estación Espacial Internacional (EEI) ha permi-

¹ Por este hecho, la A/RES/65/271, de 7 de abril de 2011, declaró el 12 de abril como Día Internacional de los Vuelos Espaciales Tripulados.

tido que desde el 2 de noviembre de 2000 haya sido ininterrumpida. Estas misiones espaciales han estado mayoritariamente dirigidas a la investigación científica, salvo por el grupo simbólico de los denominados *turistas espaciales*, que comenzaron con el viaje en 2001 del multimillonario Dennis Tito. La EEI y el turismo espacial dieron visibilidad a la intervención privada en una función que prácticamente había sido monopolio estatal hasta entonces. El comercio y la inversión internacional que entraña la actividad espacial —a pesar de no existir un consenso internacional sobre los límites de la definición del espacio ultraterrestre, especialmente frente al espacio aéreo—², variados en su fondo y forma, constituyen un campo propicio para la generación de conflictos entre Estados y operadores privados.

Desde el comienzo del desarrollo espacial, Naciones Unidas prestó atención a las acciones humanas en el plano sideral; por esta razón, la A/RES/1348 (XIII), de 13 de diciembre de 1958, estableció la Oficina de Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior³ (UNOOSA), con lo cual se creó la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (Copuos) por la A/RES/1472 (XIV), de 12 de diciembre de 1959. Con objeto de fortalecer y complementar la labor del Comité, en 1961 se constituyeron el subcomité científico-técnico y el subcomité legal, comprobándose así cómo la ciencia jurídica no fue obviada por la ONU. Unida a la creación normativa auspiciada por la organización, distintos países han procedido a desarrollar una normativa nacional con la finalidad de regular las actividades del espacio. Los cambios en el panorama internacional a través de la irrupción del sector privado⁴ y el aumento de interés por la exploración espacial con fines comerciales configuran un escenario de especial problemática.

Esta razón nos lleva a exponer cuál es el estado de la normativa internacional, tendente a garantizar la paz en el espacio ultraterrestre, y cómo

² Cuestión determinante, al representar el fin del espacio sobre el cual el Estado ejerce su soberanía, siendo de aplicación un régimen jurídico distinto, similar al que se aplica en altamar.

³ Argentina, Brasil y México fueron integrantes de esta Comisión desde su creación.

⁴ Hecho comprobable por medio de la Organización Internacional de Satélites de Telecomunicaciones, creada el 20 de agosto de 1964 como organización intergubernamental, y privatizada como empresa (Intelstat, Ltd.) en 2001.

operan los principios internacionales en esta materia ante los cambios que están experimentando las legislaciones de Estados Unidos y la República Popular China, y cuáles son los sistemas de resolución de conflictos existentes para atender las situaciones discordantes por el uso del espacio; para ello, a través de un estudio cualitativo basado en la interpretación de los tratados y resoluciones vigentes, se pretende comprender las medidas adoptadas en el seno de la ONU y cómo frente a ellas Estados Unidos y la República Popular China han generado sus propias leyes, analizándolas en un ejercicio de estudio comparativo, a fin de exponer los riesgos que presentan en el escenario actual, que parece dirigido a una nueva carrera por el control del espacio ultraterrestre.

2. NACIONES UNIDAS

Desde los albores de la industria espacial, se han acordado instrumentos internacionales con la finalidad de armonizar estas actividades y conseguir que este medio se convirtiese en un campo común y pacífico para la humanidad, encontrándonos con las siguientes resoluciones de la Asamblea General, que dieron lugar a la aprobación de distintos tratados en la materia:

- La A/RES/2222 (XXI), de 19 de diciembre de 1966, tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.
- La A/RES/2345 (XXII), de 19 de diciembre de 1967, acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre.
- La A/RES/2777 (XXVI), de 29 de noviembre de 1971, convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales.
- La A/RES/3235 (XXIX), de 12 de noviembre de 1974, convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre.
- La A/RES/34/68, de 14 de diciembre de 1979, acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes.

A partir de la creación de este grupo de tratados, no hemos asistido a la implantación de nuevas normas internacionales relativas a la regu-

lación del espacio ultraterrestre, y la actuación de la ONU se ha limitado a recomendaciones a través de numerosas resoluciones de la Asamblea General e informes de la UNOOSA. La A/RES/73/6, de 26 de octubre de 2018, “Quincuagésimo aniversario de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos: el espacio como motor del desarrollo sostenible”, celebraba el aniversario 50 de la Unispace, nombre con el que se conocen las conferencias dadas por la ONU para promocionar la colaboración en materia del espacio exterior.⁵ Desde 1968, el orden internacional ha cambiado, principalmente como consecuencia de la desintegración de la URSS, en 1991, y la pérdida de poder de Estados Unidos y Europa ante la aparición de potencias como China e India. Es el mundo del G-Zero descrito por Bremer y Roubini, en el que no existe un único país con capacidad económica y política para marcar una agenda internacional, que nos lleva a un escenario en el que predomina la competición antes que la cooperación.⁶ Con independencia de estas alteraciones, la labor de la ONU se ha mantenido constante, centrando su ámbito de actuación relativo al espacio exterior en los siguientes aspectos, interrelacionados entre sí: cooperación internacional para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, medidas de transparencia y fomento de la confianza en las actividades relativas al espacio ultraterrestre, y compromiso de no ser el primero en emplazar armas en el espacio ultraterrestre, unido a la prevención de la carrera de armamentos en este medio.

2.1. Cooperación internacional para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos

Su más reciente exponente es la A/RES/73/91,⁷ en la cual, haciendo un repaso a la labor de la UNOOSA, el Copuos y las subcomisiones, insta a los países a adoptar los tratados existentes relativos al espacio, reiterando,

⁵ Se trata de las conferencias Unispace I (de 14 al 27 de agosto de 1968), Unispace II (del 9 al 21 de agosto de 1982), Unispace III (del 19 al 30 de julio de 1999) y Unispace +50 (del 18 al 21 de junio de 2018); todas ellas, celebradas en la sede de la ONU, en Viena.

⁶ Bremmer, Ian y Roubini, Nouriel, A G-Zero World, en *Foreign Affairs*, marzo-abril, 2011. Disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2011-01-31/g-zero-world>.

⁷ Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/73/91, 7 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/73/91>.

entre otros temas, la importancia que reviste el intercambio de información para detectar objetos cercanos a nuestro planeta o la necesidad de promover los beneficios de la tecnología espacial y sus aplicaciones para alcanzar el desarrollo socio-económico, siendo menester la cooperación internacional, la cual se aprecia en las opiniones expresadas en el marco del Informe de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos sobre su 58.º Periodo de Sesiones, celebrado en Viena del 1 al 12 de abril de 2019, al decir que:

la órbita geoestacionaria era un recurso natural limitado con características únicas que corría el riesgo de saturación, y que, por lo tanto, debía garantizarse a todos los Estados el acceso equitativo a ella teniendo en cuenta, en particular, las necesidades y los intereses de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países.⁸

Esta observación sería un ejemplo de las demandas de fomento de cooperación internacional en materia espacial, expresadas por algunos países dada la desigualdad existente en torno al desarrollo tecnológico, aunque parece improbable la creación de un tratado que contemple un marco de cooperación a fin de materializar el acceso y la utilización del espacio con fines pacíficos por todos los países. A diferencia de los tratados de la etapa de 1966 a 1979, la ONU, con su trabajo de preparación de recomendaciones y observaciones, ha logrado, por medio de diferentes resoluciones de la Asamblea General, aprobar distintas declaraciones vinculantes para los Estados miembros:

- La A/RES/37/92, de 10 de diciembre de 1982, declaración sobre los principios que rigen la transmisión de señales desde el espacio para la televisión.
- La A/RES/41/65, de 3 de diciembre de 1986, declaración sobre los principios que rigen la observación de la tierra desde el espacio.
- La A/RES/47/68, de 14 de diciembre de 1992, declaración sobre el uso con fines civiles de la energía nuclear en el espacio ultraterrestre.

⁸ Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, *A/AC.105/C.2/L.309/Add.2*, 5 de abril de 2019. Disponible en: https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2019/aac_105c_2l/aac_105c_2l_309add_2_0_html/AC105_C2_L.309Add02S.pdf.

- La A/RES/51/122, de 13 de diciembre de 1996, declaración sobre la cooperación internacional en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre en beneficio e interés de todos los Estados, teniendo especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Tales declaraciones suscitan un problema de ambigüedad por su falta de concreción —como puede observarse con la inexistencia de conceptualización respecto a “finés pacíficos”—, tendente a flexibilizar su adopción por los países, que conlleve a que en un futuro, dada la ausencia de limitación de nociones, el consenso espacial se base en el equilibrio de poder entre los Estados desarrollados, dejando a los países en vías de alcanzar esta situación con escenarios como la fallida Declaración de Bogotá, de 1976.⁹ En la actualidad, la ONU ha generado iniciativas dirigidas a conseguir el uso compartido y pacífico del espacio, como la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que establece 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, de ámbito ambiental, económico y social;¹⁰ un marco de actuación que ha sido reinterpretado por UNOOSA, con el programa *Space4SDGS*, referente al empleo del espacio como medio para lograr estos objetivos.

El espacio ultraterrestre constituye un campo idóneo para actividades de investigación que permitan el bien común de la humanidad, a través de misiones de vigilancia de la calidad del aire, de presencia de gases de efecto invernadero, de formación de fenómenos atmosféricos y cambios en el clima. Se trata de acciones que impactan en la seguridad y cuya supervisión puede ayudar a moderar los problemas en sectores como la agricultura o la sanidad, mejorando la resiliencia de las sociedades y contribuyendo a entender el cambio climático, mitigar sus efectos y paliar el calentamiento global; a la vez que ofrecen oportunidades de negocio, al ser un sector que necesita de inversiones económicas elevadas a medio plazo, para su investigación, consolidación e implementación.

A pesar de los aspectos positivos que posibilita el empleo de la tecnología de vigilancia, que debería servir para fomentar la cooperación interna-

⁹ Originalmente contraria al Tratado del Espacio de 1967, al impedir cualquier reivindicación soberana sobre el espacio. Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, El derecho del espacio ultraterrestre en tiempos decisivos: ¿estatalidad, monopolización o universalidad?, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen XIII, 2013, p. 599. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v13/v13a14.pdf>.

¹⁰ Reconocidos en la A/RES/70/1, de 25 de septiembre de 2015.

cional, se podría destinar a un segundo uso, al ser utilizable en operaciones de espionaje, suponiendo un riesgo para la seguridad de los países.

2.2. Medidas de transparencia y fomento de la confianza en las actividades relativas al espacio ultraterrestre

La A/RES/73/72¹¹ alienta a los miembros de la ONU a aplicar medidas que faculten en la transparencia y la confianza entre los Estados por el uso del espacio exterior. En el plano internacional, ejemplo de ello es la Convención sobre la Prohibición del Uso de técnicas de Modificación del Medio Ambiente con Fines Militares u otro Fin Hostil, de 10 de diciembre de 1976,¹² cuyo artículo 2 dispone que:

A los efectos del artículo 1, la expresión «técnicas de modificación ambiental» comprende todas las técnicas que tienen por objeto alterar -mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales- la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera.¹³

El *pacta sunt servanda* impide la manipulación del espacio, por lo que los países firmantes de la Convención promueven la confianza internacional, al mostrar, de buena fe, su renuncia a cualquier alteración de este ambiente; la presencia de satélites es uno de los aspectos conflictivos del medio espacial, por las capacidades con que cuentan, entre los que destaca la teledetección, entendible como:

la observación de la superficie terrestre desde el espacio con el fin de reconocer los recursos naturales, fomentar los recursos de un país y la protección del medio ambiente, observar los niveles de ozono, detectar los cambios climatológicos para evitar catástrofes y observar territorios con objetivos políticos y militares.¹⁴

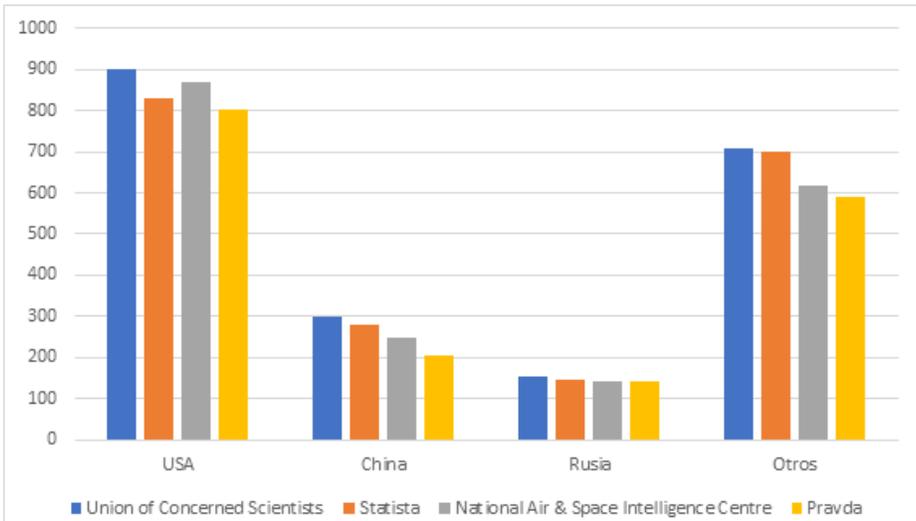
¹¹ Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/73/72, 13 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/73/72>.

¹² No ha sido ratificada por México.

¹³ Convención sobre la Prohibición del Uso de técnicas de Modificación del Medio Ambiente con Fines Militares u otro Fin Hostil, en *Comité Internacional de la Cruz Roja* [consulta: 2 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1976-enmod-convention-5tdm2l.htm>.

¹⁴ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 611.

Gráfica 1.
Número de satélites orbitando la Tierra en 2018-2019.



Fuente: Elaboración propia a partir de información de *Union of Concerned Scientists*,¹⁵ *Statista*,¹⁶ *National Air & Space Intelligence Centre*¹⁷ y *Pravda*.¹⁸

La ONU, con la A/RES/61/110, de 14 de diciembre 2006, acordó el programa ONU-SPIDER, relativo a la obtención de información desde el espacio para gestionar desastres y atender emergencias, y es un hecho de las aplicaciones benéficas al que puede destinarse la teledetección. Desde 1962 la Organización cuenta con un registro de los objetos lanzados al espacio, pero la sensibilidad de este tipo de dispositivos y la falta de

¹⁵ Union of Concerned Scientists, ucs Satellite Database, en *Union of Concerned Scientists*, 31 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.ucsusa.org/nuclear-weapons/space-weapons/satellite-database>.

¹⁶ Wood, Johnny, The countries with the most satellites in space, en *World Economic Forum*, 4 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2019/03/chart-of-the-day-the-countries-with-the-most-satellites-in-space/>.

¹⁷ Nasic Public Affairs Office, *Competing in Space*, diciembre de 2018. Disponible en: <https://media.defense.gov/2019/Jan/16/2002080386/-1/-1/1/190115-F-NV711-0002.PDF>.

¹⁸ Nekrasov, Vsevolod, Девять спутников-шпионов: как Израиль стал космической державой [Nueve satélites espías: cómo Israel se convirtió en una potencia espacial], en *Правда* [Epravda], 17 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.epravda.com.ua/rus/publications/2018/05/17/636892/>.

transparencia de muchos gobiernos impiden conocer de manera exacta el número de satélites existentes, por la capacidad de empleo mixto (civil y militar) que tienen, por lo que, a fin de ilustrar una situación estimada del número total de estos artefactos actualmente, se muestran las cifras de la gráfica 1, provenientes de diversos medios, para efectos orientativos:

Ejemplo de aplicación mixta lo encontramos con los sistemas de posicionamiento satelital. El primero y más difundido es el Sistema de Posicionamiento Global (GPS), propiedad de los Estados Unidos, conformado por 31 satélites en abril de 2019 y operado por su Fuerza Aérea,¹⁹ aunque existen otros sistemas similares pero de aplicación más reducida. En el ámbito occidental, Galileo es el sistema europeo de posicionamiento satelital independiente del estadounidense GPS; puede ser empleado en operaciones militares²⁰ y es, a su vez, compatible con su homólogo ruso Sistema Global de Navegación por Satélite (Glonass),²¹ programa iniciado en 1982 en la extinta URSS y continuado por su sucesora, la Federación de Rusia, que contaba en 2016 con 24 satélites que permitían un sistema de posicionamiento global alternativo al GPS, para civiles y militares.²²

Debe indicarse que China y Rusia firmaron en Beijing, a finales de 2018, un acuerdo de cooperación en materia de navegación satelital.²³ China ha desarrollado el sistema BeiDou para atender las necesidades de seguridad nacional y económica del país, aunque se omite cualquier referencia a sus aplicaciones militares, centrándose exclusivamente en las comerciales; no obstante, se alude a su utilización en actividades de se-

¹⁹ NOAA, Space Segment, en *GPS.gov*, 2019. Disponible en: <https://www.gps.gov/systems/gps/space/>.

²⁰ Ministère des Armées, *Les satellites militaires*, 2017. Disponible en: <https://www.defense.gouv.fr/web-documentaire/espace-et-defense/index.html>.

²¹ European Global Navigation Satellite Systems Agency, Galileo is the european global satellite-based navigation system, en *European Global Navigation Satellite Systems Agency*, 7 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.gsa.europa.eu/european-gnss/galileo/galileo-european-global-satellite-based-navigation-system>.

²² Duarte Muñoz, Carlos, El sistema Glonass, en *Hacia el Espacio*, 1 de junio de 2016. Disponible en: <http://haciaespacio.aem.gob.mx/revistadigital/articulo.php?interior=201>.

²³ BeiDou Navigation Satellite System, *Agreement on China-Russia Intergovernmental Cooperation on Satellite Navigation of Signed in Beijing*, 7 de noviembre 2018. Disponible en: http://en.beidou.gov.cn/SPECIALCOLUMN/201811/t20181115_16596.html.

guridad pública como el apoyo a los cuerpos de policía en su labores de patrullaje, en operaciones antidrogas, en la coordinación ante desastres naturales o en la prevención en el robo de bicicletas eléctricas²⁴ —propósito que debe interpretarse como una garantía adicional a las empresas interesadas en invertir en la creación y comercialización de estos productos, que progresivamente van ganando espacio en las grandes ciudades—.

En octubre de 2019, en el marco del 70 aniversario de la fundación del país, China envió su satélite número 48,²⁵ una cuestión clave para la iniciativa del Cinturón Económico de la Ruta de la Seda y la Ruta de la Seda Marítima para el Siglo XXI, lo que llevó a este programa a regirse por los principios de independencia, apertura, compatibilidad y gradualidad, cuyo objetivo es la construcción de una industria de navegación por satélite.²⁶ Este aumento satelital no se limita a Estados Unidos, Europa, Rusia y China, encontrándonos otros supuestos de carácter regional, como India, que está desarrollando el Navigation with Indian Constellation (NavIC), a fin de ofrecer posicionamiento regional, independiente del GPS;²⁷ o Japón, con el Quasi-Zenith Satellite System (QZSS), que es compatible con el GPS, ofreciendo un servicio agregado en la región japonesa.²⁸ Se trata de sistemas que no parten de la cooperación internacional, sino de la competición, ya que difícilmente puede cuestionarse su transparencia efectiva, por la participación público-privada en ellos y por sus implicaciones en el campo de la seguridad nacional (aunque las medidas proclives al ocultamiento pueden

²⁴ China Satellite Navigation Office, *Applications of the BeiDou Navigation Satellite System*, diciembre de 2018. Disponible en: <http://en.beidou.gov.cn/SYSTEMS/Officialdocument/201906/P020190605481755385126.pdf>.

²⁵ BeiDou Navigation Satellite System, *China Successfully Launched the 47th and 48th BDS Satellites, which brings good news to celebrate the 70th Birthday of PRC*, 23 de septiembre de 2019. Disponible en: http://en.beidou.gov.cn/WHATNEWS/201909/t20190927_19077.html.

²⁶ The State Council Information Office of the People's Republic of China, *China's BeiDou Navigation Satellite System*, Beijing, Foreign Languages Press, 2016. Disponible en: <http://en.beidou.gov.cn/SYSTEMS/WhitePaper/201806/P020180608507822432019.pdf>.

²⁷ Indian Space Research Organization, *Indian Regional Navigation Satellite System*, en *Department of Space*, 2017. Disponible en: <https://www.isro.gov.in/irnss-programme>.

²⁸ Cabinet Office of Government of Japan, *Advantages of QZSS*, en *Quasi-Zenith Satellite System*, 2019. Disponible en: <https://qzss.go.jp/en/technical/technology/superiority.html>.

verse vulneradas por la propia actividad comercial),²⁹ lo que no deja dudas sobre la progresiva militarización del espacio.

2.3. Compromiso de no ser el primero en emplazar armas en el espacio ultraterrestre y prevención de la carrera de armamentos en el espacio ultraterrestre

Una de las implicaciones que tiene el espacio exterior para la seguridad nacional es el riesgo de originar en los Estados la necesidad de desarrollar dispositivos que puedan operar en este medio, a fin de garantizar su percepción de protección. Conscientes del deber de impedir la colocación de armas en el espacio y del peligro que conlleva desencadenar una carrera armamentística, la ONU ha emitido resoluciones como la A/RES/73/31³⁰ y la A/RES/73/30,³¹ destinadas a imposibilitar la materialización de esta amenaza permanente. Estas dos resoluciones son fruto de la dilatada labor desempeñada por la ONU, como institución destinada a promocionar la paz mundial, cuyos máximos exponentes en materia espacial los encontramos en el Tratado que Prohíbe las Pruebas de Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Ultraterrestre y Bajo el Agua, de 10 de octubre 1963,³² cuyo artículo 1 preceptúa:

- 1.- Cada una de las partes en este Tratado se compromete a prohibir, a prevenir, y a no llevar a cabo cualquier explosión de ensayo de armas nucleares, o cualquier otra explosión nuclear en cualquier lugar que se halle bajo su jurisdicción o autoridad: a) En la atmósfera, más allá de sus límites, incluido el espacio ultraterrestre, o debajo del agua, incluidas las aguas territoriales o la alta mar.³³

²⁹ La aplicación Strava, utilizada en pulseras deportivas que emplean el GPS para calcular y monitorear las rutas de los usuarios, permitió descubrir enclaves militares secretos de los Estados Unidos. Hern, Alex, Fitness tracking app Strava gives away location of secret us army bases, en *The Guardian*, 28 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2018/jan/28/fitness-tracking-app-gives-away-location-of-secret-us-army-bases>.

³⁰ Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/73/31, 11 de diciembre 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/73/31>.

³¹ Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/73/30, 11 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/73/30>.

³² México es parte del tratado desde 1963.

³³ Secretaría de Relaciones Exteriores de México, *Tratado por el que se prohíben los*

Por otro lado, el Tratado sobre los Principios que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, Incluso la Luna y Otros Cuerpos Celestes, de 19 de diciembre de 1966, dispone, en su artículo IV, que:

Los Estados Partes en el Tratado se comprometen a no colocar en órbita alrededor de la Tierra ningún objeto portador de armas nucleares ni de ningún otro tipo de armas de destrucción en masa, a no emplazar tales armas en los cuerpos celestes y a no colocar tales armas en el espacio ultraterrestre en ninguna otra forma.

La colocación de armas en el espacio (especialmente nucleares) constituye una amenaza para la humanidad. Son conocidos los efectos de la utilización de este tipo de recursos con los bombardeos de Hiroshima y Nagasaki, en 1945, y los accidentes nucleares de Chernóbil, en 1986, o Fukushima, en 2011. Situar material radiactivo en órbita supone un riesgo adicional ante la posibilidad de perder el control sobre el artefacto y su caída indiscriminada sobre la tierra, con el peligro de contaminar el terreno en que colisione, como ocurrió con el satélite soviético Cosmos 954, que, equipado con un reactor nuclear, impactó en Canadá en enero de 1978, dando lugar a una indemnización de tres millones de dólares canadienses por parte de la URSS, con fundamento en el Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales, de 28 de marzo de 1972,³⁴ al dejar una huella de desechos radioactivos en un área de 100,000 km², donde se encontraron hasta 80 objetos con niveles de radiación medidos a un metro de distancia, de 2 mSv/h hasta 5.000 mSv/h, en un espacio de 600 km de longitud³⁵ y 20 km de ancho³⁶.

ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua [consulta: 30 de enero de 2020]. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/ENSAYOS%20ARMAS%20NUCLEARES%20ATMOSF.pdf>.

³⁴ Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2016, p. 481.

³⁵ International Atomic Energy Agency, *Emergency Planning and Preparedness for Re-entry of a Nuclear Powered Satellite*, Viena, 1996, p. 16. Disponible en: <https://inis.iaea.org/collection/NCLCollectionStore/Public/28/023/28023354.pdf>.

³⁶ Para ilustrar esta situación, se denomina una zona de medidas urgentes, aquellas en

Pese a los esfuerzos realizados por la ONU, no existe un tratado de prevención de colocación de armas en el espacio ulterior, lo que nos expone al peligro de experimentar una carrera de armamento espacial ante la aprobación, por Estados Unidos, de la Space Policy Directive 4, el 19 de febrero de 2019, por el que ordenaba a la Secretaría de Defensa la creación de una nueva rama de sus fuerzas armadas, la Fuerza Espacial, con objeto de proteger sus intereses y proyectar su poder militar en, desde y hacia el espacio,³⁷ entre otros fines. El problema visible de esta ausencia de compromiso internacional, ligado a la utilización pacífica del espacio y la transparencia y confianza de los gobiernos en sus actividades en este medio, se haya en las armas antisatélite (Asat).

Sus efectos son conocidos al haber sido empleadas por China, en 2007, para destruir un satélite meteorológico que generó un campo de escombros de más de dos millones de piezas de un tamaño de hasta 10 cm, que orbitaba el planeta a una velocidad aproximada de 27,000 kilómetros por hora,³⁸ lo que supuso la mayor contaminación de la órbita baja terrestre de los últimos cincuenta años, dispersando estos escombros entre los 200 y los 4,000 kilómetros de altitud.³⁹ Desde el envío del Sputnik 1, los más de 4,900 lanzamientos espaciales efectuados desde entonces han provocado la presencia en órbita de más de 23,000 objetos mayores a 10 cm — que son rastreables desde la Tierra—, de los cuales sólo 1,000 correspon-

que el nivel de exposición es de 5 mSv/h, a fin de evitar que las personas puedan recibir dosis de radiación. Consejo de Seguridad Nuclear, *Guía técnica del Consejo de Seguridad Nuclear para el desarrollo y la implantación de los criterios radiológicos de la Directriz Básica de Planificación de Protección Civil ante el Riesgo Radiológico*, Madrid, 2012, p. 18. Disponible en: <https://www.foroiberam.org/documents/146546/405077/Gu%C3%ADa+t%C3%A9cnica+del+Consejo+de+Seguridad+Nuclear+para+el+desarrollo+y+la+implantaci%C3%B3n+de+los+criterios+radiol%C3%B3gicos+de+la+Directriz+B%C3%A1sica+de+Planificaci%C3%B3n+ante+el+Riesgo+Radiol%C3%B3gico/e6b3aec9-4c8c-493a-a491-7e5235467241>.

³⁷ The White House, *Text of Space Policy Directive-4: Establishment of the United States Force*, 19 de febrero 2019 [consulta: 30 de enero 2020]. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/text-space-policy-directive-4-establishment-united-states-space-force/>.

³⁸ Stephens, Dale y Steer, Cassandra, Conflicts in space: international humanitarian law and its application to space warfare, en *Annals of Air and Space Law*, volumen XL, 2015, p. 4. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2722315.

³⁹ NASA, *Handbook for Limiting Orbital Debris*, Washington, DC, 2008, p. 24. Disponible en: https://explorers.larc.nasa.gov/APMIDEX2016/MO/pdf_files/NHBK871914.pdf.

den a satélites operativos, estimándose además la existencia de 670,000 piezas superiores a 1 cm y 170 millones de mayor tamaño que 1 mm;⁴⁰ todos ellos, considerados desechos espaciales. Tal cantidad de elementos orbitando a esa velocidad alrededor de nuestro planeta pone en riesgo la vida de los astronautas y supone una amenaza para nuestras sociedades, al exponer a los satélites, sobre los que se cimenta la economía mundial, a una mayor probabilidad de sufrir el impacto de uno de estos fragmentos.

Esta realidad llevó a la UNOOSA a desarrollar, en 2010, una guía para minimizar la generación de desechos espaciales, un documento que, a pesar de no ser vinculante de acuerdo con el derecho internacional, se animaba a su adopción por los Estados miembros de la ONU.⁴¹ Muestra de esta labor se comprueba en el Informe de la Subcomisión de Asuntos Científicos y Técnicos sobre su 56° periodo de sesiones, celebrado en Viena del 11 al 22 de febrero de 2018, al decir que:

Se expresó la opinión de que, al abordar las cuestiones relacionadas con los desechos espaciales, los Estados deberían actuar de conformidad con el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, principio que se basaba en el reconocimiento de que históricamente los Estados desarrollados y los Estados en desarrollo habían contribuido en diferentes grados a la creación de desechos espaciales, y en el reconocimiento de las diferentes capacidades económicas y técnicas de los Estados.⁴²

Esta postura parte de la realidad plasmada en el Informe de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos sobre su 58° periodo de sesiones, celebrado en Viena del 1 al 12 de abril de 2019, al recoger que:

⁴⁰ European Space Operations Centre, Minigallery: space debris-evolution in pictures, en *European Space Agency* [consultado: 2019]. Disponible en: http://www.esa.int/About_US/ESOC/Space_debris_-_evolution_in_pictures.

⁴¹ United Nations, *Space Debris Mitigation Guidelines of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space*, Vienna, 2010. Disponible en: http://www.unoosa.org/pdf/publications/st_space_49E.pdf.

⁴² Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, A/AC.105/1202, 2019. Disponible en: http://www.unoosa.org/oosa/documents-and-resolutions/search.aspx?view=documents&f=oosaDocument.doctags.doctag_s%3ASTSCRDOCS.

EL ESPACIO ULTRATERRESTRE, ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA PAZ Y MEDIOS PARA LOGRARLO

Se expresó la opinión de que la cooperación internacional era el instrumento más apropiado para difundir las estrategias adecuadas y asequibles destinadas a minimizar los efectos de los desechos espaciales, en particular los desechos provenientes de plataformas con fuentes de energía nuclear a bordo.⁴³

Junto al daño que puede provocar la presencia de desechos espaciales, debemos ligar su existencia a las medidas de transparencia y fomento de la cooperación entre Estados. Los satélites tienen aplicaciones que benefician a la humanidad, pero también pueden ser empleados para intereses restringidos de un país a través de la teledetección.

El continuo desarrollo de los satélites ha permitido reducir el tamaño de estos dispositivos, logrando los denominados femtosatélites, que son aquellos con una masa inferior a 100 gramos⁴⁴ y cuyas dimensiones podrían encontrar en los desechos espaciales el camuflaje idóneo para ocultar actividades de espionaje orbital.⁴⁵ Por estas razones, fomentar las medidas destinadas a lograr la cooperación, la transparencia y la confianza entre los países con capacidad para crear este tipo de tecnología es vital para evitar una carrera armamentística como la ocurrida en la Guerra Fría, que parece haber retornado en una versión 2.0, con Estados Unidos frente a China.

3. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Casi medio siglo después del último alunizaje, en 2017, la NASA hizo públicos sus planes para el nuevo programa Artemis, con el objetivo de alunizar de nuevo en 2024. Para ello, se prevén las siguientes etapas: Artemis 1, que aspira a enviar un vuelo no tripulado en 2020, para probar

⁴³ Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, A/AC.105/1203, 2019. Disponible en: http://www.unoosa.org/oosa/documents-and-resolutions/search.jsp?view=documents&f=oosaDocument.doctags.doctag_s%3ALSCRDOCS

⁴⁴ Janson, Siegfried W. y Barnhart, David J., 'The Next Little Thing: Femtosatellites', 27th Annual AIAA/USU Conference on Small Satellites, 2013. Disponible en: <https://digitalcommons.usu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.mx/&httpsredir=1&article=2950&context=smallsat>.

⁴⁵ Pappalardo, Joe, Space Junk Could Provide a Perfect Hiding Spot for Tiny Spy Satellites, en *Popular Mechanics*, 30 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.popularmechanics.com/military/research/a25349950/nro-satellite-space-junk/>.

la capacidad de su nueva nave espacial, Orion; Artemis 2, en 2022, que consistirá en un vuelo alrededor del satélite; y Artemis 3, que pretende el alunizaje en 2024.⁴⁶ El 2017 supuso el nuevo punto de partida de estos planes. El 30 de junio de ese año, el presidente Donald Trump firmó la orden ejecutiva por la que revitalizaba el Consejo Nacional Espacial⁴⁷ —un organismo creado en 1989 y cuyas operaciones habían cesado en 1993—, con la misión de aconsejar y asistir al presidente en todo lo relativo a la política y a la estrategia nacional espacial; y el 11 de diciembre firmó la Space Policy Directive 1, de “revitalización del programa de exploración espacial humana de Estados Unidos”, cuya meta es:

Lead an innovative and sustainable program of exploration with commercial and international partners to enable human expansion across the solar system and to bring back to Earth new knowledge and opportunities. Beginning with missions beyond low-Earth orbit, the United States will lead the return of humans to the Moon for long-term exploration and utilization, followed by human missions to Mars and other destinations.⁴⁸

Regresar nuevamente a la Luna significa garantizar el liderazgo espacial americano e inspirar a las generaciones futuras —como demostración de la voluntad económica, política y tecnológica del país— investigando la presencia de agua en los polos del satélite y “construyendo una economía espacial de minería, turismo e investigación científica”, ya que la finalidad es lograr la presencia permanente en este cuerpo celeste para

⁴⁶ Dunbar, Brian, What is Artemis, en NASA, 25 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.nasa.gov/what-is-artemis>.

⁴⁷ The White House, *Presidential Executive Order on Reviving the National Space Council*, 30 de junio 2017 [consulta: 30 de enero 2020]. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-executive-order-reviving-national-space-council/>.

⁴⁸ Traducción libre por el autor: “Liderar un programa de exploración innovador y sostenible con socios comerciales e internacionales para permitir la expansión humana en todo el sistema solar y traer de vuelta a la Tierra nuevos conocimientos y oportunidades. Comenzando con misiones más allá de la órbita terrestre baja, Estados Unidos liderará el regreso de los humanos a la Luna para la exploración y utilización a largo plazo, seguido de misiones humanas a Marte y otros destinos”. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-memorandum-reinvigorating-americas-human-space-exploration-program/>.

EL ESPACIO ULTRATERRESTRE, ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA PAZ Y MEDIOS PARA LOGRARLO

2028 y el envío de personas a Marte para la década de 2030.⁴⁹ El apartado comercial desempeña una parte importante en los nuevos planes de la NASA. Previo a la creación de Artemis, se estableció un programa de “tripulación comercial” cuyo origen se remonta a 2010, consistente en la utilización de contratistas privados estadounidenses para poder hacer envíos al espacio a través de empresas como Boeing o Space X, la primera compañía privada en visitar la EEI en 2012, por medio de su cohete Falcon 9.⁵⁰ Durante el mandato de Barack Obama, el 5 de diciembre se aprobó la U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act,⁵¹ para, como dispone su título IV, sección 402, “facilitar la exploración comercial y la recuperación comercial de recursos espaciales por ciudadanos estadounidenses”. Seguidamente, el presidente Trump firmó, el 24 de mayo de 2018, la Space Directive 2, sobre “regulación del uso comercial del espacio”,⁵² destinada principalmente a garantizar el marco regulatorio de la concesión de licencias de vuelos espaciales comerciales.

La firma, el 18 de junio de 2018, de la Space Directive 3, relativa a “la política nacional de gestión de tráfico espacial”,⁵³ continuó la línea comercial anterior, confirmando el compromiso estadounidense con el aprovechamiento comercial del espacio —cuyo liderazgo quiere ser garantizado—, lo que explica la aprobación, el 11 de febrero de 2019, de la Space Directive 4, referente al “establecimiento de la Fuerza Espacial de los Estados Unidos”⁵⁴ para garantizar los intereses de la nación en este medio.

⁴⁹ Dunbar, Brian, *Explore Moon to Mars*, en NASA, 2019. Disponible en: <https://www.nasa.gov/specials/moon2mars/>.

⁵⁰ National Aeronautics and Space Administration, *Commercial Crew Program*, 28 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.nasa.gov/sites/default/files/atoms/files/commercialcrew_press_kit.pdf.

⁵¹ Library of the Congress, *H.R.2262-U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act*, 25 de noviembre 2015 [consulta: 28 de enero 2020]. Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262>.

⁵² The White House, *Space Policy Directive-2, Streamlining Regulations on Commercial Use of Space*, 24 de mayo 2018 [consulta: 1 de febrero 2020]. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/space-policy-directive-2-streamlining-regulations-commercial-use-space/>.

⁵³ The White House, *Space Policy Directive-3, National Space Traffic Management Policy*, 18 de junio 2018 [consulta: 1 de enero 2020]. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/space-policy-directive-3-national-space-traffic-management-policy/>.

⁵⁴ The White House, *Text of Space Policy Directive-4: Establishment of the United States*

4. REPÚBLICA POPULAR CHINA

China publicó su último *Libro Blanco del Espacio* el 17 de diciembre de 2016, remarcando en su preámbulo la importancia que desempeña la industria espacial para el desarrollo de la nación, haciendo énfasis en los logros alcanzados por el país desde la creación de su programa espacial, en 1956.⁵⁵ El 24 de marzo de 1970 alcanzó el triunfo al conseguir lanzar su primer satélite artificial, el Dong Fang Hong I —cuyo nombre significa “El Este es rojo”, que corresponde al nombre de una canción popular que emitió el propio dispositivo—, convirtiéndose en el quinto país en poner en órbita un satélite con sus propios medios;⁵⁶ y el 15 de octubre de 2003, enviando su primer astronauta, el teniente coronel Yang Liwei, con la misión Shenzhou-5,⁵⁷ logró ser la tercera nación en mandar al espacio a una persona. En 33 años, China alcanzó el estado tecnológico de Estados Unidos y Rusia, países que han liderado la investigación espacial, al ser capaces de dirigir seres humanos al espacio y progresar en la creación de nuevos dispositivos destinados a posibilitar la presencia humana constante en el mismo. El Tiangong-1, lanzado en 2011, fue el primer laboratorio espacial puesto en órbita por este país (precursor de una futura estación espacial).⁵⁸ A su vez, China ha destinado parte de su investigación a la Luna. En 2007 envió su primer módulo lunar, el Chang’e-1, para orbitar alrededor del satélite, analizar su superficie y estudiar la presencia de *helium-3*,⁵⁹ con la intención

Space Force, 19 de febrero 2019 [consulta: 2 de febrero 2020]. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/text-space-policy-directive-4-establishment-united-states-space-force/>.

⁵⁵ China Daily, Full text of White paper on China’s space activities in 2016, en *The State Council The People’s Republic of China*, 28 de diciembre de 2016. Disponible en: http://english.www.gov.cn/archive/white_paper/2016/12/28/content_281475527159496.htm.

⁵⁶ National Aeronautics and Space Administration, PRC 1, en *Nasa Space Science Data Coordinated Archive*, consultado el 5 de octubre de 2019. Disponible en: <https://nssdc.gsfc.nasa.gov/nmc/spacecraft/display.action?id=1970-034A>.

⁵⁷ National Aeronautics and Space Administration, Shenzhou 5, en *Nasa Space Science Data Coordinated Archive*, consultado el 5 de octubre de 2019. Disponible en: <https://nssdc.gsfc.nasa.gov/nmc/spacecraft/display.action?id=2003-045A>.

⁵⁸ National Aeronautics and Space Administration, Tiangong 1, en *Nasa Space Science Data Coordinated Archive* [consulta: 5 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://nssdc.gsfc.nasa.gov/nmc/spacecraft/display.action?id=2011-053A>.

⁵⁹ National Aeronautics and Space Administration, Chang’e 1, en *Nasa Space Science*

EL ESPACIO ULTRATERRESTRE, ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA PAZ Y MEDIOS PARA LOGRARLO

de explotarlo en el futuro; y en 2018, el Chang'e-4 se convirtió en la primera nave en hacer un alunizaje controlado en la cara oculta de la Luna,⁶⁰ portando un experimento biológico que consiguió por primera vez que las semillas de algunas plantas germinasen en ella.⁶¹

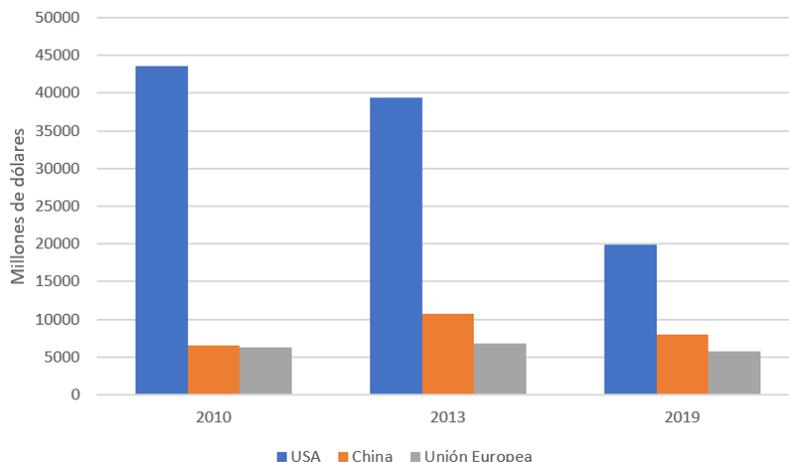


Gráfico 2. Evolución presupuestaria de Estados Unidos para la NASA, de China para la CNSA, y de la Unión Europea para la ESA, entre 2010 y 2019. Fuente: Elaboración propia a partir de información de los informes de la OECD, *The Space Economy at a Glance*, ediciones de 2011⁶² y 2014,⁶³ y *The Space Economy in Figures*, de 2019,⁶⁴ y de la revista *Time*.⁶⁵

Data Coordinated Archive [consulta: 5 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://nssdc.gsfc.nasa.gov/nmc/spacecraft/display.action?id=2007-051A>.

⁶⁰ National Aeronautics and Space Administration, Chang'e 4, en *Nasa Space Science Data Coordinated Archive* [consulta: 5 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://nssdc.gsfc.nasa.gov/nmc/spacecraft/display.action?id=2018-103A>.

⁶¹ Rincon, Paul, China's Moon Mission sees first seeds sprout, en *BBC News*, 15 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-46873526>.

⁶² OECD, *The Space Economy at a Glance 2011*, OECD Publishing, 2011. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264111790-en.pdf?expires=1570297570&id=id&accname=guest&checksum=B5F0E010DA78B72904D4FFF365BF9E26>.

⁶³ OECD, *The Space Economy at a Glance 2014*, OECD Publishing, 2014. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264217294-en.pdf?expires=1570297362&id=id&accname=guest&checksum=B6A21634DD06362EF10D6F8015D1E737>.

⁶⁴ OECD, *The Space Economy in Figures*, OECD Publishing, 2019. Disponible en: <https://www.oecd.org/innovation/the-space-economy-in-figures-c5996201-en.htm>.

⁶⁵ Campbell, Charlie, From Satellites to the Moon and Mars, China is quickly becoming a Space Superpower, en *Time*, 17 de julio de 2019. Disponible en: <https://time.com/5623537/china-space/>.

Los objetivos alcanzados por China han sido posibles con una asignación presupuestaria similar a la Unión Europea y muy inferior a Estados Unidos, que han visto recortados drásticamente sus ingresos en la última década.

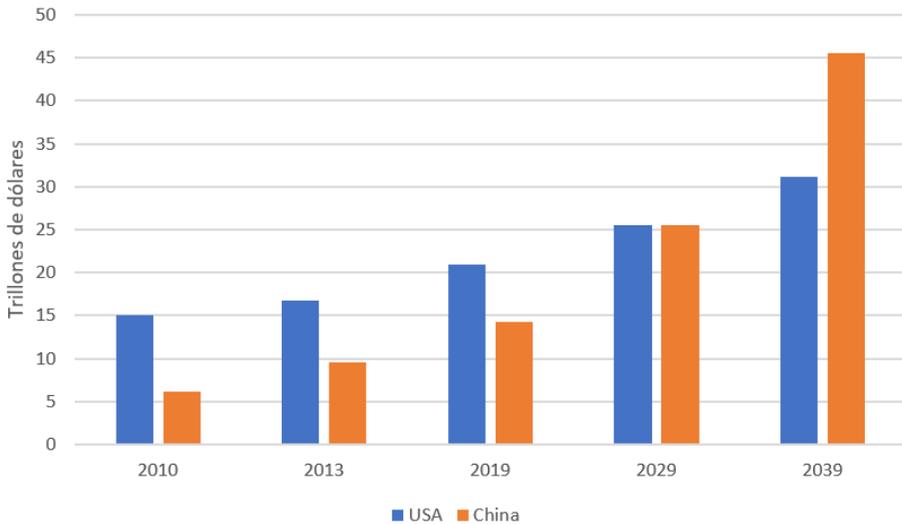


Gráfico 3. Evolución del Producto Interior Bruto de Estados Unidos y China, con previsiones para 2029 y 2039. Fuente: Elaboración propia a partir de información de *Bloomberg*.⁶⁶

China sostenía, en su *Libro Blanco* de 2016, que su actividad espacial se regía por los principios del desarrollo abierto, coordinado, innovador y pacífico,⁶⁷ pero el crecimiento y las metas alcanzadas por el país no han sido obviadas por Estados Unidos, quien en su *Consolidated and further continuing appropriations act, 2013*, contenida en la *Public Law 113-6*,⁶⁸ reconocía, en su sección 535:

⁶⁶ Scott, Malcolm y Sam, Cedric, Here's How Fast China's Economy is Catching Up to the US, en *Bloomberg*, 21 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.bloomberg.com/graphics/2016-us-vs-china-economy/>.

⁶⁷ China Daily, *op. cit.*

⁶⁸ Us Government Publishing Office, *113th Congress Public Law 6*, 26 de marzo 2013 [consulta: 3 de enero 2020]. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-113publ6/html/PLAW-113publ6.htm>.

EL ESPACIO ULTRATERRESTRE, ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA PAZ Y MEDIOS PARA LOGRARLO

(a) None of the funds made available by this Act may be used for the National Aeronautics and Space Administration (NASA) or the Office of Science and Technology Policy (OSTP) to develop, design, plan, promulgate, implement, or execute a bilateral policy, program, order, or contract of any kind to participate, collaborate, or coordinate bilaterally in any way with China or any Chinese-owned company unless such activities are specifically authorized by a law enacted after the date of enactment of this Act. (b) The limitation in subsection (a) shall also apply to any funds used to effectuate the hosting of official Chinese visitors at facilities belonging to or utilized by NASA.⁶⁹

Se trata de una limitación a la intervención de ciudadanos chinos en este tipo de programas, lo que contradice claramente la posición de cooperación internacional, entendiéndola (implícitamente) desde la repercusión que tiene el sector espacial para la seguridad nacional estadounidense y la aplicación mixta de los sistemas desarrollados y empleados por ésta, situación que se ha mantenido, reforzada y expresada, con la Consolidated Appropriation Act, 2019,⁷⁰ cuya sección 530 dispone:

(a) None of the funds made available by this Act may be used for the National Aeronautics and Space Administration (NASA), the Office of Science and Technology Policy (OSTP), or the National Space Council (NSC) to develop, design, plan, promulgate, implement, or execute a bilateral policy, program, order, or contract of any kind to participate, collaborate, or coordinate bilaterally in any way with China or any Chinese-owned company unless such activities are specifically authorized by a law enacted after the date of enactment of this Act. (b) None of the funds made available by this Act may

⁶⁹ Traducción libre del autor: “(a) Ninguno de los fondos puestos a disposición por esta Ley puede utilizarse para la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio (NASA) o la Oficina de Política de Ciencia y Tecnología (OSTP) para desarrollar, diseñar, planificar, promulgar, implementar o ejecutar una política, programa, orden o contrato bilateral de cualquier tipo, para participar, colaborar o coordinar bilateralmente de cualquier manera con China, o cualquier compañía de propiedad china, a menos que dichas actividades estén específicamente autorizadas por una ley promulgada después de la fecha de promulgación de esta Ley. (b) La limitación en la subsección (a) también se aplicará a los fondos utilizados para efectuar el alojamiento de visitantes oficiales chinos en instalaciones pertenecientes o utilizadas por la NASA”.

⁷⁰ Library of Congress, *H.R.648-Consolidated Appropriations Act, 2019*, 17 de enero 2019 [consulta: 3 de enero 2020]. Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/648/text>.

be used to effectuate the hosting of official Chinese visitors at facilities belonging to or utilized by NASA. (c) The limitations described in subsections (a) and (b) shall not apply to activities which NASA, OSTP, or NSC, after consultation with the Federal Bureau of Investigation, have certified— (1) pose no risk of resulting in the transfer of technology, data, or other information with national security or economic security implications to China or a Chinese-owned company; and (2) will not involve knowing interactions with officials who have been determined by the United States to have direct involvement with violations of human rights”⁷¹.

De manera clara, la Consolidated Appropriation Act, de 2019, muestra la preocupación existente ante la posibilidad de producirse una transferencia de tecnología que perjudique la seguridad nacional estadounidense y favorezca a algún país que manifiestamente, desde este razonamiento, viole los DDHH.

Este argumento se origina a partir de la práctica china de plagiar cualquier diseño tecnológico, aunque para ello se deba recurrir a medios ilegales; el caso más visible es el *hackeo* masivo efectuado por China en 2007 contra una empresa contratista de la corporación aeronáutica estadounidense Lockheed Martin, lo que derivó en el robo de valiosa información confidencial sobre la aeronave de combate de quinta generación F-35;

⁷¹ Traducción libre por el autor: “(a) Ninguno de los fondos puestos a disposición por esta Ley puede utilizarse para la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio (NASA), la Oficina de Política de Ciencia y Tecnología (OSTP), o el Consejo Nacional del Espacio (NSC) para desarrollar, diseñar, planificar, promulgar, implementar o ejecutar una política, programa, orden o contrato bilateral de cualquier tipo para participar, colaborar o coordinar bilateralmente de cualquier manera con China o cualquier empresa de propiedad china, a menos que dichas actividades estén específicamente autorizadas por una ley promulgada después de la fecha de promulgación de esta Ley. (b) Ninguno de los fondos puestos a disposición por esta Ley puede utilizarse para efectuar el alojamiento de visitantes chinos oficiales en instalaciones pertenecientes o utilizadas por la NASA. (c) Las limitaciones descritas en los incisos (a) y (b) no se aplicarán a las actividades de la NASA, OSTP o NSC, después de consultar con la Oficina Federal de Investigaciones, hayan certificado que: (1) no representan ningún riesgo de resultar en transferencia de tecnología, datos u otra información con implicaciones de seguridad nacional o seguridad económica a China o una empresa de propiedad china; y (2) no implicará interactuar con funcionarios que los Estados Unidos han determinado que tienen una participación directa en las violaciones de los derechos humanos”.

EL ESPACIO ULTRATERRESTRE, ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA PAZ Y MEDIOS PARA LOGRARLO

ello permitió a China desarrollar sus propios modelos, los aviones J-20 y J-31,⁷² que efectuaron sus primeros vuelos en 2011 y 2012, respectivamente, sobre el diseño original americano.⁷³ Se trata de una práctica que permite obtener una tecnología sin invertir la misma cantidad de tiempo, dinero y recursos humanos, y que permite acelerar el estado de producción nacional, volviéndola más competitiva y amenazadora a los intereses de la seguridad nacional de otros Estados; es una situación que se reafirma atendiendo las intenciones expresadas por China en su *Libro Blanco del Espacio*, de 2016.

5. EL ARREGLO PACÍFICO DE CONTROVERSIAS: ARBITRAJE ESPACIAL

El espacio exterior constituye un interés para los principales países del mundo, por sus implicaciones socio-económicas y de seguridad. La creciente presencia del sector privado en estas actividades hace que aumente las posibilidades de que se produzcan situaciones de conflicto por la disparidad de personas físicas y jurídicas que intervienen en estos procesos, muchas veces convergiendo distintas nacionalidades en proyectos comunes, lo que agrega una dificultad adicional en caso de provocarse una desavenencia.

El capítulo VI de la Carta de la ONU constituye el marco por el cual los Estados deben tratar de resolver sus discrepancias pacíficamente, preferiblemente a través de medios como la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos a elección de las partes en controversia. Se trata de una previsión común a todos los miembros de la organización, cuyo espíritu ha sido acogido implícitamente en todos los tratados relativos al espacio ultraterrestre, y expresamente en los siguientes supuestos:

⁷² Gady, Franz-Stefan, New Snowden Documents Reveal Chinese Behind F-35 Hack, en *The Diplomat*, 27 de enero de 2015. Disponible en: <https://thediplomat.com/2015/01/new-snowden-documents-reveal-chinese-behind-f-35-hack/>.

⁷³ Reuter, Theft of F-35 design data is helping us adversaries-Pentagon, en *Reuters*, 19 de junio de 2013. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/usa-fighter-hacking/theft-of-f-35-design-data-is-helping-u-s-adversaries-pentagon-idUSL2N0EV0T320130619>.

- El Principio E, de aquellos que han de regir la utilización, por los Estados, de satélites artificiales de la Tierra para las transmisiones internacionales directas por televisión:

Toda controversia internacional que pueda derivarse de las actividades a que se refieren estos principios deberá resolverse mediante los procedimientos que para el arreglo pacífico de las controversias hayan establecido, de común acuerdo, las partes en la controversia, de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.⁷⁴

- El Principio xv, entre los relativos a la teleobservación de la Tierra desde el espacio:

Las controversias que surjan en relación con la aplicación de los presentes principios serán resueltas mediante los procedimientos establecidos para el arreglo pacífico de controversias.⁷⁵

- El Principio 10, de aquellos referentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre:

Las controversias que surjan en relación con la aplicación de los presentes Principios serán resueltas mediante negociaciones u otros procedimientos establecidos para el arreglo pacífico de controversias, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.⁷⁶

Las situaciones en que el reconocimiento es expreso actualmente coinciden con actividades que pueden ser desempeñadas por actores privados con la finalidad de generar relaciones comerciales internacionales, por lo que el conflicto trasciende al monopolio de los actores estatales. Previendo la necesidad del crecimiento comercial y de generar las condiciones para garantizar su estabilidad, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha desarrollado instrumentos para dotar de seguridad jurídica al comercio internacional, mediante la creación de marcos previsores de sistemas de justicia no estatal, especialmente con el fomento del arbitraje, el cual puede ser descrito como:

⁷⁴ Naciones Unidas, *Tratados y principios de las Naciones Unidas sobre el espacio ultraterrestre*, Nueva York, 2002, p. 46. Disponible en: <https://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf>.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 52.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 60.

EL ESPACIO ULTRATERRESTRE, ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA PAZ Y MEDIOS PARA LOGRARLO

procedimiento heterocompositivo fundado en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, enalteciendo el *pacta sun servanda*, esto es, que las partes someten sus diferencias a la consideración de un particular llamado árbitro, quien actuará según las reglas determinadas por las partes y resolverá la controversia mediante el dictado de una resolución vinculante llamada laudo.⁷⁷ La eficacia del arbitraje en el plano internacional contemporáneo se aprecia a partir de las Convenciones de 1899 y 1907, para la resolución pacífica de controversias internacionales, que permitieron la constitución de la Corte Permanente de Arbitraje, una institución destinada al arreglo pacífico de conflictos cuando no se logra por la vía diplomática.

Desde 1985, la CNUDMI publicó una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, enmendada en 2006, la cual, en octubre de 2019, había sido adoptada por “la legislación de 80 países en un total de 111 jurisdicciones”,⁷⁸ lo que confirma lo conveniente del sistema para alcanzar acuerdos frente a los problemas originados en los negocios internacionales, siendo aplicable a los derivados de la industria aeroespacial. Este argumento se afirmó con la adopción, el 6 de diciembre de 2011, del “Reglamento opcional de la Corte Permanente de Arbitraje, para el arbitraje de disputas relacionadas con actividades en el espacio ultraterrestre”, una especialización por razón de las vicisitudes de la materia, que constató la importancia que está adquiriendo la industria espacial en el mundo.

El arbitraje ayuda a armonizar y dotar de seguridad jurídica el tráfico comercial internacional, al permitir la resolución de conflictos entre partes pertenecientes a sistemas normativos distintos. Esta premisa enlaza con la convicción sostenida por la CNUDMI, tal como recogía en su informe sobre su labor, realizado en el 49º periodo de sesiones, al decir que:

la puesta en práctica y el empleo efectivo de normas modernas de derecho privado relativas al comercio internacional son esenciales para el fomento de la buena

⁷⁷ Gorjón Gómez, Francisco Javier y Sánchez García, Arnulfo, *Vademécum de mediación y arbitraje*, México, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 46-47.

⁷⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Situación actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*, 2019. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

gobernanza, el desarrollo económico sostenido y la erradicación de la pobreza y el hambre.⁷⁹

No existe un marco normativo detallado que prevea el sometimiento a arbitraje por las disputas surgidas por actividades comerciales espaciales. El último trabajo de la CNUDMI, que debemos tener en cuenta en esta materia, es la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.⁸⁰

Si bien no contempla explícitamente su aplicación a actividades derivadas de la industria espacial, éstas suelen estar ligadas a tratados de inversión internacional, como demuestra el hecho de que el único caso que está siendo sometido a examen por la Corte Permanente de Arbitraje es *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India*, relativo a un conflicto respecto a la aplicación de un tratado bilateral de inversión entre Mauricio e India, por la asignación para comunicaciones satelitales, del espectro de banda S,⁸¹ un ejemplo que, sin llegar al nivel de una contienda bélica, muestra la conflictividad existente por el aprovechamiento mercantil del espacio.

6. REFLEXIONES FINALES

La ONU ha promovido, con la A/RES/69/202, de 18 de diciembre de 2014, la instauración de un nuevo orden humano mundial, el cual:

se basa en un espíritu de asociación que hace de las necesidades, los derechos y las aspiraciones de las personas los elementos fundamentales de las decisiones y acciones conjuntas y tiene por objeto hacer mejoras equitativas e inclusivas en el bienestar

⁷⁹ Asamblea General de Naciones Unidas, A/71/507, 28 de octubre de 2016. Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/71/507>.

⁸⁰ Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/69/116, 18 de diciembre de 2014. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/69/116>.

⁸¹ Permanent Court of Arbitration, *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India* [consulta: 2 de febrero 2020]. Disponible en: <https://pca-cpa.org/en/cases/46/>.

EL ESPACIO ULTRATERRESTRE, ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA PAZ Y MEDIOS PARA LOGRARLO

humano y establecer un enfoque cooperativo e integrado para convertir en realidad ese nuevo orden de manera justa y equilibrada.⁸²

La disparidad económica existente entre los países y en el interior de cada uno de ellos no es ignorada por la Organización, ante el aumento de la brecha que separa estas realidades, que ha originado una situación de incoherencia y desigualdad del sistema monetario, financiero y comercial, en un mundo plenamente interconectado con la globalización. Como reconocía la A/RES/71/197, de 19 de diciembre de 2019, “la globalización es un proceso complejo de transformación estructural, con numerosos aspectos interdisciplinarios, que influye en el disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”.⁸³ La existencia de las fronteras naturales y administrativas con que delimitan los Estados no impide la aparición de cuestiones que trascienden las capacidades de los mecanismos nacionales. La A/RES/73/240, de 20 de diciembre de 2018, identificaba cómo “las crisis mundiales actuales, están interrelacionadas y se alimentan entre sí, en particular la crisis financiera y económica mundial, la inestabilidad de los precios de la energía y los productos básicos, la crisis alimentaria y los problemas que plantea el cambio climático”.⁸⁴ Son situaciones ante las cuales el impulso de la industria espacial puede ayudar a generar mecanismos para paliar los efectos de estas crisis, pero se trata de operaciones que requieren de recursos económicos de los que no disponen los países que principalmente son afectados. Como destacaba la A/RES/73/240, es necesario “estudiar qué medios e instrumentos se precisan para lograr la sostenibilidad de la deuda y qué medidas deben aplicarse para reducir el endeudamiento de los países en desarrollo”.⁸⁵

La disminución de la desigualdad es clave para el mantenimiento de la paz, y este objetivo no puede alcanzarse si no es junto con la democra-

⁸² Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/69/202, 30 de enero de 2014. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/69/202>.

⁸³ Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/71/197, 24 de enero de 2017. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/71/197>.

⁸⁴ Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/73/240, 16 de enero de 2019. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/73/240>.

⁸⁵ *Ibid.*

cia y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo que llevó a la A/RES/73/169, de 17 de diciembre de 2018, a reafirmar que “toda persona tiene derecho a un orden internacional democrático y equitativo” que “fomenta la plena realización de todos los derechos humanos” y requiere para su consecución, entre otras cosas, “el derecho de los pueblos y las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales” o “el derecho a participación equitativa de todos, sin discriminación alguna, en el proceso de adopción de decisiones a nivel nacional y mundial”.⁸⁶ Es una realidad la desigualdad existente respecto a la capacidad de exploración espacial de los Estados; es factible que, en un futuro próximo, se realice una explotación comercial del espacio ultraterrestre, no sólo por medio del transporte, sino mediante la apropiación de los recursos celestes, atendiendo a los actos unilaterales de Estados Unidos y China, y el fomento de la inclusión de actores privados, lo cual agrega complejidad sobre un interés clave para la seguridad nacional de las principales potencias e implica el riesgo de provocar una militarización sobre estas actividades y la generación de una nueva carrera armamentística —todo ello, sin responder a una consulta democrática, sino excluyente entorno a una minoría de intereses nacionales—.

Los instrumentos internacionales que abordan la regulación del espacio exterior contemplan los mecanismos de solución de conflictos contenidos en la Carta de la ONU, pero la intervención de empresas en estas actividades —una presencia que aumentará progresivamente— hace prever la consolidación del arbitraje en este campo, como sistema idóneo para resolver desavenencias y cuestiones de responsabilidad, sin necesidad de recurrir a los sistemas de arreglo de diferencias estatales, dado el carácter transnacional del espacio.

Si bien el antagonismo de los años de la Guerra Fría no impidió la colaboración espacial, como demostró el proyecto soviético-estadounidense de prueba Apollo-Soyuz, en julio de 1975, en principio cabría esperar una situación similar para las próximas décadas, donde la cooperación internacional será vital para democratizar el espacio, dirigido a un uso más equitativo.

⁸⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/73/169, 18 de enero de 2019. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/73/169>.

EL ESPACIO ULTRATERRESTRE, ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA PAZ Y MEDIOS PARA LOGRARLO

La industria espacial necesita mayoritariamente del apoyo estatal. Se trata de una actividad económica cuyos resultados son apenas visibles para la ciudadanía, y requieren de procesos de inversión y políticas a largo plazo. La demanda de recursos llevará a una revisión del derecho internacional ante la necesidad de satisfacer los retos que habrá de afrontar la humanidad, tanto a nivel energético como en el plano ambiental y económico pues, sin que el espacio exterior constituya una panacea, puede ayudarnos en la superación de los próximos desafíos. Por esta razón, debe igualmente generarse un debate en torno a la creación y adopción de una carta internacional definitiva respecto a la exploración y explotación espacial, antes de que la actividad unilateral estatal socave el derecho internacional existente.

7. REFERENCIAS

- BeiDou Navigation Satellite System, *China Successfully Launched the 47th and 48th BDS Satellites, which brings good news to celebrate the 70th Birthday of PRC*, 23 de septiembre de 2019. Disponible en: http://en.beidou.gov.cn/WHATSNEWS/201909/t20190927_19077.html.
- Bremmer, Ian y Roubini, Nouriel, A G-Zero World, en *Foreign Affairs*, marzo-abril 2011. Disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2011-01-31/g-zero-world>.
- Cabinet Office of Government of Japan, Advantages of qzss, en *Quasi-Zenith Satellite System*, 2019. Disponible en: <https://qzss.go.jp/en/technical/technology/superiority.html>.
- Campbell, Charlie, From Satellites to the moon and mars, China is quickly becoming a Space Superpower, en *Time*, 17 de julio de 2019. Disponible en: <https://time.com/5623537/china-space/>.
- China Daily, Full text of White paper on China's space activities in 2016, en *The State Council The People's Republic of China*, 28 de diciembre de 2016. Disponible en: http://english.www.gov.cn/archive/white_paper/2016/12/28/content_281475527159496.htm.
- China Satellite Navigation Office, *Applications of the BeiDou Navigation Satellite System*, Diciembre de 2018. Disponible en: <http://en.beidou.gov.cn/SYSTEMS/Officialdocument/201906/P020190605481755385126.pdf>.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Situación actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*, 2019. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, A/AC.105/1202, 2019. Disponible en: http://www.unoosa.org/oosa/documents-and-resolutions/search.jspx?view=documents&f=oosaDocument.doctags.doctag_s%3ASTSCRDOCS.

Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, A/AC.105/1203, 2019. Disponible en: http://www.unoosa.org/oosa/documents-and-resolutions/search.jspx?view=documents&f=oosaDocument.doctags.doctag_s%3ALSCRDOCS.

Consejo de Seguridad Nuclear, *Guía técnica del Consejo de Seguridad Nuclear para el desarrollo y la implantación de los criterios radiológicos de la Directriz Básica de Planificación de Protección Civil ante el Riesgo Radiológico*, Madrid, 2012, p. 18. Disponible en: <https://www.foroiberam.org/documents/146546/405077/Gu%C3%ADa+t%C3%A9cnica+del+Consejo+de+Seguridad+Nuclear+para+el+desarrollo+y+la+implantaci%C3%B3n+de+los+criterios+radiol%C3%B3gicos+de+la+Directriz+B%C3%A1sica+de+Planificaci%C3%B3n+ante+el+Riesgo+Radiol%C3%B3gico/e6b3aec9-4c8c-493a-a491-7e5235467241>.

Duarte Muñoz, Carlos, El Sistema Glonass, en *Hacia el Espacio*, 1 de junio de 2016. Disponible en: <http://haciaelespacio.aem.gob.mx/revista-digital/articul.php?interior=201>.

Dunbar, Brian, Explore Moon to Mars, en NASA, 2019. Disponible en: <https://www.nasa.gov/specials/moon2mars/>.

Dunbar, Brian, What is Artemis, en NASA, 25 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.nasa.gov/what-is-artemis>.

European Global Navigation Satellite Systems Agency, Galileo is the European global satellite-based navigation system, en *European Global Navigation Satellite Systems Agency*, 7 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.gsa.europa.eu/european-gnss/galileo/galileo-european-global-satellite-based-navigation-system>.

European Space Operations Centre, *Minigallery: space debris-evolution in pictures*, en European Space Agency, 2019. Disponible en: http://www.esa.int/About_Us/ESOC/Space_debris_-_evolution_in_pictures.

EL ESPACIO ULTRATERRESTRE, ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA PAZ Y MEDIOS PARA LOGRARLO

- Gady, Franz-Stefan, New Snowden Documents Reveal Chinese Behind F-35 Hack, en *The Diplomat*, 27 de enero de 2015. Disponible en: <https://thediplomat.com/2015/01/new-snowden-documents-reveal-chinese-behind-f-35-hack/>.
- Gorjón Gómez, Francisco Javier y Sánchez García, Arnulfo, *Vademécum de mediación y arbitraje*, México, Tirant Lo Blanch, 2016.
- Hern, Alex, Fitness tracking app Strava gives away location of secret us army bases, en *The Guardian*, 28 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2018/jan/28/fitness-tracking-app-gives-away-location-of-secret-us-army-bases>.
- Indian Space Research Organization, Indian Regional Navigation Satellite System, en *Department of Space*, 2017. Disponible en: <https://www.isro.gov.in/irnss-programme>.
- International Atomic Energy Agency, *Emergency Planning and Preparedness for Re-entry of a Nuclear Powered Satellite*, Viena, 1996. Disponible en: https://inis.iaea.org/collection/NCLCollectionStore/_Public/28/023/28023354.pdf.
- Janson, Siegfried W. y Barnhart, David J., The Next Little Thing: Femtosatellites, 27th Annual AIAA/USU Conference on Small Satellites, 2013. Disponible en: <https://digitalcommons.usu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.mx/&httpsredir=1&article=2950&context=smallsat>.
- Ministère des Armées, *Les satellites militaires*, 2017. Disponible en: <https://www.defense.gouv.fr/web-documentaire/espace-et-defense/index.html>.
- Naciones Unidas, *Tratados y principios de las Naciones Unidas sobre el espacio ultraterrestre*, Nueva York, 2002. Disponible en: <https://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf>.
- NASA, *Handbook for Limiting Orbital Debris*, Washington, DC, 2008. Puede consultarse en: <https://standards.nasa.gov/standard/nasa/nasa-hd-bk-871914>.
- NASIC Public Affairs Office, *Competing in Space*, diciembre de 2018. Disponible en: <https://media.defense.gov/2019/Jan/16/2002080386/-1/-1/1/190115-F-NV711-0002.PDF>.
- National Aeronautics and Space Administration, *Commercial Crew Program*, 28 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.nasa.gov/sites/default/files/atoms/files/commercialcrew_press_kit.pdf.

- National Aeronautics and Space Administration, PRC 1, en *Nasa Space Science Data Coordinated Archive* [consulta: 5 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://nssdc.gsfc.nasa.gov/nmc/spacecraft/display.action?id=1970-034A>.
- National Aeronautics and Space Administration, Shenzhou 5, en *Nasa Space Science Data Coordinated Archive* [consulta: 5 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://nssdc.gsfc.nasa.gov/nmc/spacecraft/display.action?id=2003-045A>.
- National Aeronautics and Space Administration, Tiangong 1, en *Nasa Space Science Data Coordinated Archive* [consulta: 5 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://nssdc.gsfc.nasa.gov/nmc/spacecraft/display.action?id=2011-053A>.
- National Aeronautics and Space Administration, Chang'e 1, en *Nasa Space Science Data Coordinated Archive* [consulta: 5 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://nssdc.gsfc.nasa.gov/nmc/spacecraft/display.action?id=2007-051A>.
- National Aeronautics and Space Administration, Chang'e 4, en *Nasa Space Science Data Coordinated Archive* [consulta: 5 de octubre de 2019]. Disponible en: <https://nssdc.gsfc.nasa.gov/nmc/spacecraft/display.action?id=2018-103A>.
- Nekrasov, Vsevolod, Девять спутников-шпионов: как Израиль стал космической державой, en *Правда*, 17 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.epravda.com.ua/rus/publications/2018/05/17/636892/>.
- NOOA, Space Segment, en *GPS.gov*, 2019. Disponible en: <https://www.gps.gov/systems/gps/space/>.
- OECD, *The Space Economy at a Glance 2011*, OECD Publishing, 2011. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/97892264111790-en.pdf?expires=1570297570&id=id&accname=guest&checksum=B5F0E-010DA78B72904D4FFF365BF9E26>.
- OECD, *The Space Economy at a Glance 2014*, OECD Publishing, 2014. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/97892264217294-en.pdf?expires=1570297362&id=id&accname=guest&checksum=B6A21634DD06362EF10D6F8015D1E737>.
- OECD, *The Space Economy in Figures*, OECD Publishing, 2019. Disponible en: <https://www.oecd.org/innovation/the-space-economy-in-figures-c5996201-en.htm>.

EL ESPACIO ULTRATERRESTRE, ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA PAZ Y MEDIOS PARA LOGRARLO

- Pappalardo, Joe, Space Junk Could Provide a Perfect Hiding Spot for Tiny Spy Satellites, en *Popular Mechanics*, 30 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.popularmechanics.com/military/research/a25349950/nro-satellite-space-junk/>.
- Pastor Ridruejo, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2016.
- Reuter, Theft of F-35 design data is helping us adversaries-Pentagon, en *Reuters*, 19 de junio de 2013. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/usa-fighter-hacking/theft-of-f-35-design-data-is-helping-u-s-adversaries-pentagon-idUSL2N0EV0T320130619>.
- Rincon, Paul, China's Moon Mission sees first seeds sprout, en *BBC News*, 15 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-46873526>.
- Scott, Malcolm y Sam, Cedric, Here's How Fast China's Economy is Catching Up to the US, en *Bloomberg*, 21 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.bloomberg.com/graphics/2016-us-vs-china-economy/>.
- Stephens, Dale y Steer, Cassandra, Conflicts in space: international humanitarian law and its application to space warfare, en *Annals of Air and Space Law*, volumen XL, 2015.
- The State Council Information Office of the People's Republic of China, *China's BeiDou Navigation Satellite System*, Foreign Languages Press, Beijing, 2016. Disponible en: <http://en.beidou.gov.cn/SYSTEMS/WhitePaper/201806/P020180608507822432019.pdf>.
- Union of Concerned Scientists, ucs Satellite Database, en *Union of Concerned Scientists*, 31 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.ucsusa.org/nuclear-weapons/space-weapons/satellite-database>.
- United Nations, *Space Debris Mitigation Guidelines of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space*, Vienna, 2010. Disponible en: http://www.unoosa.org/pdf/publications/st_space_49E.pdf.
- Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, El derecho del espacio ultraterrestre en tiempos decisivos: ¿estatalidad, monopolización o universalidad?, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen XIII, 2013. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v13/v13a14.pdf>.
- Wood, Johny, The countries with the most satellites in space, en *World Economic Forum*, 4 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2019/03/chart-of-the-day-the-countries-with-the-most-satellites-in-space/>.

¿“Formas de desventaja inmerecida” o los costos perversos de la democracia mexicana? Un estudio sobre la sentencia del caso Atenco en la Corte IDH*

“Forms of Undeserved Disadvantage” or the Perverse Costs of Mexican Democracy? A Study on Ruling of the Atenco Case in the Inter-American Court

ISRAEL COVARRUBIAS**
JOSUÉ CASTRO PUGA***

RESUMEN

El Estado mexicano tiene una deuda histórica en relación con el respeto y la garantía de los derechos humanos, ya que a lo largo de los decenios en que operó el régimen político autoritario y durante la etapa de la más reciente institucionalidad democrática no sólo ha fallado en garantizar las condiciones para su pleno respeto, sino que ha incurrido en numerosas ocasiones en violaciones graves a derechos humanos. El presente artículo problematiza, desde un punto de vista politológico, las implicaciones políticas del caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs México, cuya sentencia fue dictada en noviembre de 2018 en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se analizan los distintos focos de atención que dicho caso visibiliza en relación con los desafíos a la democracia mexicana y, sobre todo, su calidad, que se presentan al Estado como respuesta obligada a las “formas de desventaja inmerecida” que él mismo ha producido con sus acciones y omisiones.

Palabras clave: *derechos humanos, democracia, CIDH, tortura, desventaja inmerecida.*

ABSTRACT

The Mexican State has a historical debt in relation to the respect and guarantee of human rights. Throughout the decades in which the authoritarian political regime operated and during the stage of the most recent democratic institutionalization, it has not only failed to guarantee the conditions for its full respect but has incurred on numerous occasions serious human rights violations. This article analyzes, from a political point of view, the implications of the case of Women Victims of Sexual Torture in Atenco vs. Mexico, whose judgment was delivered in November 2018 at the Inter-American Court of Human Rights. The different focuses of attention that this case makes visible are analyzed in relation to the challenges to Mexican democracy and, above all, its quality, which are presented to the State as a forced response to the “forms of undeserved disadvantage” that it has produced with its actions and omissions.

Keywords: *human rights, democracy, inter-american court of human rights, torture, forms of undeserved disadvantage.*

* Artículo de investigación recibido el 08-01-2020 y aceptado el 05-05-2020.

** Profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. <https://orcid.org/0000-0001-6264-0204>.

*** Profesor de asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. <https://orcid.org/0000-0003-2879-5151>.

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEIDA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

SUMARIO: 1. Introducción / 2. México, un país en vías de democratización / 3. Un escenario en construcción / 4. La sentencia de la Corte IDH / 5. Conclusiones: ¿un balance positivo? / 6. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

México se ha transformado de manera acelerada en su ámbito político, institucional y social durante los últimos cuatro lustros; de hecho, es otro país en relación con la manera en cómo se organizaba y desarrollaba en las décadas precedentes, por lo menos en los tres rubros citados. Se puede decir metafóricamente que el cambio de siglo fue un acontecimiento fundacional para el país y no una simple vuelta de página en el calendario, ya que cambiaron las estructuras del régimen y del sistema político, así como la arquitectura del Estado y la sociedad.

Sin entrar en una identificación exhaustiva de todos los rubros en los cuales México manifiesta cambios de gran calado, es posible observar una serie de transformaciones en el campo de la ordenación jurídico-política que involucra la forma de organización de los poderes del Estado y el impacto que se genera cuando el andamiaje normativo deja atrás su fundamentación histórica,¹ en la que los derechos humanos casi siempre terminaban relegados a una forma puramente retórica, para ir al encuentro de una ordenación jurídico-política que se envuelve por completo en la bandera de los derechos humanos como principio constitucional a partir de 2011 con la llamada “reforma sobre derechos humanos”.² No obstante, la realidad histórica de los últimos sexenios congela esta imagen, a veces desproporcionada desde el punto de vista institucional, sobre todo cuando las prácticas sociales en donde se puede incluir el recuento

¹ Una fundamentación que estuvo soportada en una “legalidad autoritaria” que venía desde la formación del sistema político post-revolucionario. *Vid.* Centeno, Miguel Ángel, *The Failure of Presidential Authoritarianism: Transition in Mexico*, en Mainwaring, Scott y Valenzuela, Arturo (comps.), *Politics, Society, and Democracy. Latin America*, Boulder, Co., Westview Press, 1998, pp. 27-47.

² Rojas Amandi, Víctor Manuel, La unidad sistémica del derecho internacional y del derecho nacional en el tema de los derechos humanos, *Metapolítica*, año 21, número 99, octubre-diciembre 2017, p. 65.

de daños en términos de pérdidas de vidas humanas expresan una situación radicalmente alejada de esa percepción. En este sentido, durante el largo desarrollo del sistema político mexicano postrevolucionario, pero sobre todo luego de su institucionalización a mediados de los años cuarenta, no hubo presidente mexicano que no defendiera el discurso de los derechos humanos, incluso se llegó al paroxismo en el sexenio del presidente Gustavo Díaz Ordaz (1964-1970), luego de la noche del 2 de octubre de 1968 en Tlatelolco, al terminar sosteniéndose paradójicamente en el lema “Todo es posible en la paz”, que precedió la inauguración de los Juegos Olímpicos,³ aunque ya como secretario de Gobernación de su predecesor (Adolfo López Mateos, presidente de la república entre 1958 y 1964) se había caracterizado por ser un secretario de “mano dura” contra la disidencia social, encarnada en aquel momento en los movimientos magisteriales, el de los médicos, el de los ferrocarrileros y el del campesinado armado.⁴ Así, en una cantidad creciente de casos era prácticamente inexistente la defensa y protección *real* de los derechos humanos a lo largo del país en esos años de la “época de oro” del autoritarismo mexicano, caracterizado, entre otras cosas, por un conjunto de acciones sistemáticas de acoso y represión contra todos aquellos sujetos y agrupaciones que les resultaran “disidentes” o “peligrosas” para la “estabilidad” del propio sistema político.⁵

El presente artículo problematiza y discute algunos momentos políticos que ha producido el caso sentenciado en noviembre de 2018 en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), titulado *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs México*, donde existió una violación sistemática de derechos humanos durante el 3 y 4 de mayo de 2006, luego de los enfrentamientos entre los pobladores del municipio de San Salvador Atenco, perteneciente al Estado de México, y diversos cuerpos policiacos estatales y federales, además de municipales. Éste es un caso que ya había sido admitido por la Comisión Interamericana de

³ Toledo, Alejandro, *Todo es posible en la paz. De la noche de Tlatelolco a la fiesta olímpica*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco, 2008, p. 11.

⁴ Zermeño, Sergio, *Ensayos amargos sobre mi país. Del 68 al nuevo régimen, cincuenta años de ilusiones*, México, Siglo XXI, 2018, pp. 45 y ss.

⁵ Vid. Montemayor, Carlos, *La violencia de Estado en México. Antes y después de 1968*, México, Debate, 2010.

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEIDA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

Derechos Humanos (CIDH) en 2011, a partir de una petición que realizaron el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez (Centro ProDH) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional en 2008.⁶ Y dado que, a juicio de la Comisión, el Estado mexicano sólo aceptó parcialmente las recomendaciones, juzgó que “no había avanzado integral y sustantivamente en el cumplimiento de las recomendaciones”.⁷ Así, en septiembre de 2016 la CIDH pidió la intervención de la Corte IDH “por la necesidad de obtención de justicia para las víctimas” y de que “concluyera y declarara la responsabilidad internacional del Estado mexicano por las violaciones contenidas en su Informe de Fondo y que se ordenara al Estado, como medidas de reparación, las recomendaciones incluidas en dicho informe”.⁸

¿Qué podemos extraer de esta sentencia desde el punto de vista político?, ¿cuáles ejes de análisis son posibles plantear para pensar las consecuencias tanto de la sentencia como del caso sobre el que ésta resolvió? Es decir, ¿qué impacto tiene para la situación actual que vive nuestro país en relación con los derechos humanos en particular y con la democracia mexicana en general?, ¿se vuelve un precedente relevante en la materia o se seguirá la lógica reactiva, como ha sucedido en diversas ocasiones pasadas, es decir, oscilando entre aceptaciones estatales a medias y una frágil o a veces nula protección de los derechos humanos? El argumento principal que se desarrollará a lo largo de las distintas secciones que componen esta contribución sostiene que es innegable que una parte de la relevancia de la sentencia radica en que visibiliza y pone bajo presión al Estado mexicano sobre uno de los desafíos principales de su democracia y sobre su calidad, particularmente en la dimensión transversal del Estado de derecho; desafío que puede ser enunciado a través de lo que Mario A. Hernández denomina como la respuesta obligada a las “formas de desventaja inmerecida” producidas por el Estado (sea por acción u omisión), y que terminan por acorralar a los ciudadanos en el fondo de una realidad que mezcla, por una parte, “[una] incapacidad de imaginarse la vida

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs México*, sentencia de 28 de noviembre de 2018 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), San José, Costa Rica, Corte IDH, 2018, p. 5.

⁷ *Ibidem*, p. 7.

⁸ *Idem*.

en ausencia del encuentro con la violencia” y, por la otra, “la discriminación arbitrari[a]”⁹

Cabe agregar que con la noción de “formas de desventaja inmerecida” este autor hace un esfuerzo conceptual relevante por referir, no sólo desde una perspectiva normativa, sino también desde una perspectiva de filosofía práctica, los problemas que importan para el campo de los derechos humanos. Las desigualdades y las desventajas sociales en el acceso a bienes primarios que experimentan diversos sectores de la población, que revisten un carácter estructural y derivan de injusticias acumuladas históricamente son inmerecidas, ya que no son atribuibles a la acción o inacción de los propios individuos que la sufren, y dificultan su capacidad de agencia. Estas desigualdades y desventajas, al relacionarse con la casi completa ausencia de una experiencia libre de violencia estructural, definen también un tipo de subjetividad, incapaz de concebir una vida en otras condiciones, limitada en su personalidad moral para ejercer plenamente su ciudadanía y participar políticamente. Finalmente, se destaca el papel primordial del Estado en el mantenimiento de las condiciones estructurales mencionadas, tanto por sus acciones como por sus omisiones.¹⁰

Asimismo, es oportuno no perder de vista las condiciones concomitantes y las conexiones en varios niveles del caso bajo estudio, en términos de su relevancia política y social, ya que este problema “le explotó en las manos” a Enrique Peña Nieto (gobernador del Estado de México entre 2005 y 2011, y presidente de México entre 2012 y 2018), en un sexenio donde la defensa de los derechos humanos se volvió una carta dolorosa por el grado endémico de violaciones que sucedieron a lo largo de su mandato.¹¹ Sobre todo se tiene un ingrediente de primer orden en el hecho de que la zona en donde tuvieron lugar los sucesos y los actores

⁹ Hernández, Mario Alfredo, “La justicia transicional, las compensaciones y los derechos de las víctimas”, en Aragón Rivera, Álvaro, González Placencia, Luis y Hernández, Mario Alfredo (coords.), *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica. Hacia un equilibrio reflexivo entre el horizonte normativo y las expectativas ciudadanas de justicia*, México, Tirant lo Blanch-Universidad Autónoma de Tlaxcala, 2017, p. 354.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Guevara Rosas, Erika, Enrique Peña Nieto, el recuento de los daños, [en línea], Amnesty International, 30 de noviembre de 2018 [consultado: 15 de mayo de 2020]. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2018/11/enrique-pena-nieto>

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEIDA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

involucrados ya habían sido los protagonistas (aglomerados en el Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra) de diversos enfrentamientos en los primeros años del gobierno de Vicente Fox Quesada (2000-2006), a causa de la iniciativa del megaproyecto para la construcción del Nuevo Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México (NAICM) —era una de las diez obras de infraestructura más importantes a nivel global al comienzo del siglo—, y en ese entonces produjo muchísimas opiniones encontradas, igual que ha pasado con la actual administración federal, encabezada por Andrés Manuel López Obrador, en sus primeros meses de mandato, al oponerse y cancelar el proyecto NAICM, que puso en marcha el entonces presidente Peña. De hecho, cuando fue Jefe de Gobierno del Distrito Federal (2000-2005), López Obrador se había opuesto abiertamente al megaproyecto del aeropuerto empujado por Fox.¹²

Por lo tanto, el presente artículo es un ejercicio de análisis de algunos aspectos clave del contexto político en el que se dieron los hechos referidos en el *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs México*, que deben considerarse para hacer valoraciones críticas y contextualizadas de las posibles implicaciones de la sentencia en cuestión, así como para realizar ejercicios de prospectiva con respecto a la situación de los derechos humanos en México. Las bases epistemológicas de la postura teórica que se asume en este ejercicio de análisis contextual pueden caracterizarse siguiendo el esquema de dicotomías epistemológicas propuesto por Nohlen (2011):¹³ *a*) Sistémica, ya que, en primer lugar, pretende sumar perspectivas y formular hipótesis a partir del ejercicio de problematización en torno a aspectos clave del contexto, asumiendo la subjetividad que esto implica, como pretensión opuesta a la búsqueda de regularidades o leyes estables y una causalidad lineal para el fenómeno estudiado, así como tomar en cuenta las interacciones protagonizadas por un sistema institucional y corporativo, no realizadas primariamente por actores individuales; *b*) centrada en la comprensión, ya que lo estudiado es observado, descrito y comprendido a partir de la significación que el propio contexto le otorga;

[el-recuento-de-los-danos/](#).

¹² Domínguez Virgen, Carlos, De aeropuertos y cisnes negros, *Metapolítica*, año 19, número 89, abril-junio 2015, p. 20.

¹³ Nohlen, Dieter, El contexto en el análisis politológico, *Intersticios Sociales*, número 2, septiembre-febrero 2011, pp. 1-20.

c) inductiva, ya que no parte de leyes generales descontextualizadas, sino que a partir del caso concreto ensaya hipótesis teóricas con respecto a los mecanismos de operación del sistema analizado; d) sistemática, ya que parte del análisis del contexto presente y acude al escrutinio del pasado como elemento que ayuda a comprender las relaciones entre variables y factores en el momento actual. Es decir, no se asumen postulados nomotéticos, nomológicos, ni se asume el contexto como ahistórico, sino que se echa mano del pasado para comprender el perfil del fenómeno estudiado.

2. MÉXICO, UN PAÍS EN VÍAS DE DEMOCRATIZACIÓN

Resulta paradigmático que fuera durante la escansión del año 2000 cuando se hizo realidad la efectividad del proceso de democratización mexicana, el cual por lo menos empenó a dos generaciones de mexicanos para que tuviera lugar la llamada “alternancia política”. Con las elecciones presidenciales del 2000, el Partido Revolucionario Institucional (PRI) perdió la presidencia de la república por primera vez desde su fundación, en 1946; entonces se comenzó a hablar del fin de la transición a la democracia en México y de la necesidad de construir una nueva institucionalidad, afín con el paradigma democrático.¹⁴ Dadas las condiciones específicas bajo las cuales se desarrolló el proceso de democratización, era indispensable que, en el lugar de una elección inaugural que simbolizara la escansión temporal del “antes” y el “después” del autoritarismo (el “grado cero” en la historia política del país), se presentara un cambio en el Poder Ejecutivo federal de manera pacífica para empujar una alternancia real del poder presidencial.¹⁵ Además, resultó aún más relevante que todo esto haya tenido lugar con el triunfo de Vicente Fox Quesada, catapultado por

¹⁴ Meyer, Lorenzo, Entre el pluralismo y la dispersión. La difícil tarea de institucionalizar la democracia mexicana, en González Pedrero, Enrique (coord.), *México: transiciones múltiples, gobernabilidad y Estado nacional*, México, Fondo de Cultura Económica/ Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, pp. 63-76.

¹⁵ Crespo, José Antonio, Partidos políticos: entre el escándalo y la irrelevancia, *Metapolítica*, año 7, número 30, julio-agosto 2003 p. 89; también *vid.* Covarrubias, Israel, ¿Formas de cambio político o cambios sin forma? Anotaciones sobre la democratización mexicana y sus pendientes, en Ocampo Alcántar, Rigoberto y Cruz Revueltas, Juan Cristóbal (coords.), *México, una centuria. Estudios sobre el siglo xx mexicano*, México, Publicaciones Cruz, 2012, pp. 47-85.

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEIDA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

el Partido Acción Nacional (PAN) en coalición con el Partido Verde Ecologista de México (PVEM), y no por la vertiente izquierdista, concentrada en el liderazgo de Cuauhtémoc Cárdenas y en el Partido de la Revolución Democrática (PRD), que ya había puesto en predicamento al sistema político en las elecciones de 1988 a través del Frente Democrático Nacional (FDN), precursor del PRD.¹⁶

Lejos de realizar una caracterización puntual de cómo se llegó política y socialmente al 2000 en relación con las diversas dinámicas del cambio político mexicano que estaban desarrollándose desde dos décadas antes, basta con decir que el proceso de democratización mexicano provocó sorpresa por su lentitud y ambigüedad, ya que no lograba colocar una ruta de salida clara a las transformaciones que desde distintos frentes comenzaban a exigirle a los actores que tutelaban en aquel momento las sedes del poder político. En efecto, el cambio tuvo su espacio privilegiado en el ámbito electoral y en la competencia partidista a través de un sistema de partidos y de un conjunto de reglas electorales que fueron adecuándose a las exigencias del futuro inmediato. Conjuntamente apareció como realidad indiscutible la erosión gradual de diversos mecanismos de control, tanto de manera institucional como de modo informal, en manos del presidente de la república y del denominado “partido oficial”, control que en muchos casos también atendía precisamente a una tutela oficialista de los derechos humanos; además, la democratización mexicana encontró uno de sus motores más dinámicos en la constante movilización y visibilidad de la sociedad civil y de diversos actores emergentes, incluso radicales, como sucedió a partir de 1994 con la aparición del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en el sureste mexicano.¹⁷

El protagonismo creciente y efectivo de la acción colectiva bajo la égida clásica de los movimientos sociales y en formas completamente autónomas de organización de la sociedad civil frente al poder político-partidista hizo de las luchas por el reconocimiento de los derechos humanos una de sus expresiones más icónicas al comienzo del primer gobierno de

¹⁶ Crespo, José Antonio, La crisis mundial de los partidos dominantes, *Metapolítica*, año 3, número 10, abril-junio 1999, pp. 297-311.

¹⁷ Whitehead, Laurence, *The Peculiarities of 'Transition' a la mexicana*, Notre Dame, Kellog Institute, Cuaderno de Trabajo número 4, enero 1994.

la alternancia.¹⁸ Es evidente que se pueden agregar otros ámbitos de impacto, pero estos tres son esenciales para la cabal comprensión del papel que se ha jugado en México en el campo de la protección y defensa de los derechos humanos, y que resultan necesarios para entender el papel de México frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aunque sea un terreno en el cual falta todavía mucho por hacer, sobre todo después de la larga y violenta lucha contra la delincuencia organizada, que ha producido decenas de miles de muertes de ciudadanos mexicanos a todo lo largo del país en los dos últimos sexenios.¹⁹

Si bien es cierto que el sexenio de Vicente Fox “brilló opacamente”, es innegable que tuvo el acierto histórico de lograr “sacar al PRI de Los Pinos”; además, logró la implementación de diversas iniciativas institucionales que hoy son esenciales para la vida democrática mexicana, por ejemplo, la política de transparencia y acceso a la información, que quizá sea uno de sus logros mayores desde el punto de vista de la nueva institucionalización política del país.

Por su parte, en el campo de los derechos humanos, su desempeño como gobierno fue más bien “tímido”.²⁰ En esta materia es menester reconocer que el gobierno foxista introdujo un cambio de actitud frente a la manera en que se trataba la temática de derechos humanos en la tradición autoritaria mexicana, pero también debe señalarse que el nuevo enfoque partió de una retórica conciliadora que aceptaba la necesidad de enfrentar ciertos “retos” y posibilidades de mejora.²¹ Por ejemplo, en ese sexenio el gobierno mexicano extendió una invitación abierta a los procedimientos especiales para visitar el país, permitió la instalación de la Oficina en México de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; reconoció, en 2002, la competencia del Comité de Derechos Humanos, el Comité

¹⁸ Azaola, Elena, Derechos humanos en México, en Aziz Nassif, Alberto y Alonso Sánchez, Jorge (coords.), *El Estado mexicano: herencias y cambios. Tomo II: Economía y política*, México, CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, 2005, pp. 305-319.

¹⁹ Cfr. Covarrubias, Israel, México, del cambio político a la inseguridad de la democracia, en *Revista Historia Autónoma*, número 10, 2017, pp. 197-214.

²⁰ Azaola, Elena, *op. cit.*

²¹ Anaya, Alejandro, Calidad de la democracia y derechos humanos en México, en Cansino, César y Covarrubias, Israel (coords.), *Por una democracia de calidad. México después de la transición*, México, Centro de Estudios de Política Comparada/Ediciones de Educación y Cultura, 2007, pp. 161-174.

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEDA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité Contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; tuvo lugar la elaboración del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México en 2003 por parte de la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y el 10 de diciembre de 2004 presentó el Programa Nacional de Derechos Humanos, construido con apego a los principios de la Declaración de Viena, pero que ignoró en gran parte los trabajos de los organismos públicos del sistema de protección de *ombudsman* y de las organizaciones no gubernamentales.²² De este modo, si bien hubo avances innegables en relación con la forma de abordar la cuestión de los derechos humanos en comparación con el sistema autoritario previo, los avances de fondo (en el sentido de profundas transformaciones de diseño institucional) en la materia de protección a los derechos humanos fueron insuficientes.

3. UN ESCENARIO EN CONSTRUCCIÓN

En el sexenio de Fox, el nombre de San Salvador Atenco se colocó en el centro de la política nacional, al impugnar en las calles lo que juzgaban como una lucha legítima blandiendo simbólicamente machetes en contra de la expropiación de sus tierras por parte del gobierno foxista para llevar a cabo el megaproyecto del NAICM. En aquel momento el gobierno optó por una estrategia de expropiación porque no contaba —afirma Carlos Domínguez Virgen— con los “recursos financieros suficientes para ofrecer una mejor compensación a las comunidades afectadas”;²³ de hecho —agrega—, “el titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) en ese momento, Francisco Gil Díaz, se negó rotundamente a que se emitiera deuda, a pesar de que esto era necesario, sobre todo durante las primeras etapas del proyecto, mientras se liberaba la reserva territorial del AICM para reconvertirla, licitarla y darle viabilidad financiera al nuevo aeropuerto en el mediano y largo plazo”.²⁴

²² González, Óscar, Derechos humanos en la administración Fox (2000-2006), en González, José Enrique (coord.), *Balace de los derechos humanos en el “sexenio del cambio”*, México, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, 2009, pp. 19-43.

²³ Domínguez Virgen, Carlos, *op. cit.*, p. 20.

²⁴ *Ibidem*, pp. 20-21.

Por consiguiente, la oferta del gobierno fue pagar en 7.20 pesos el metro cuadrado de tierra, a lo que el FPDT reaccionó de modo negativo por considerarlo un auténtico despojo. A partir de entonces se dio un ciclo de protestas y movilizaciones que inició en 2001 y culminó luego de enfrentamientos y encarcelamientos de muchos integrantes del FPDT, lo que incluyó la cancelación definitiva del proyecto el 6 de agosto de 2002.²⁵

La decisión de cancelar el megaproyecto fue una consecuencia de los crecientes desencuentros que mostraba el gobierno de Fox —se hablaban incluso de una larga “resaca” que venía desde el triunfo electoral del 2000— con diversos sectores populares y con el conjunto de movilizaciones y exigencias por parte de la sociedad civil organizada, así como de movimientos sociales.²⁶ Esto se aunó al hecho de que en un contexto de incipiente consolidación democrática no necesariamente se podía presuponer un “acuerdo” efectivo entre nuevo gobierno y sociedad. De hecho, lo que estaba creciendo era el divorcio entre el Estado y la sociedad, y éste tal vez era uno de los rasgos más relevantes del cambio político que había tenido lugar después de las elecciones del 2000.²⁷ El célebre politólogo italiano Giovanni Sartori, invitado por el gobierno foxista para proponer un proyecto de reforma institucional que entonces era sostenida bajo la égida de la reforma del Estado, sentenciaba con toda claridad: “Primero la casa, después el mobiliario”.²⁸

La cancelación del NAICM significó una victoria y terminó por consolidar al FPDT. En las palabras del Frente, esto supuso lo siguiente:

Después del triunfo vino la etapa de resolución del posconflicto mediante la firma de un Convenio Político firmado entre los gobiernos Federal, Es-

²⁵ Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra, La lucha de Atenco, un derecho universal, *El Cotidiano*, volumen 23, número 150, julio-agosto 2008, pp. 108, 111.

²⁶ Por ejemplo, la larga marcha que encabezó el Ejército Zapatista de Liberación Nacional desde Chiapas hacia la Ciudad de México en el mismo año de las movilizaciones del FPDT, por momentos mostraba una errática conducción del gobierno, aunque este último siguiera escudado en el “bono democrático” de la alternancia.

²⁷ Córdova, Arnaldo, La democratización de México. Alternancia y transición, en Rodríguez Araujo, Octavio (coord.), *México ¿Un nuevo régimen político?*, México, Siglo XXI, 2009, p. 100.

²⁸ Sartori, Giovanni, Primero la casa, después el mobiliario, *Nexos*, número 293, mayo 2002, pp. 27-28.

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEIDA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

tatal y el FPDT. Durante los años del 2004 y 2005 se impulsaron proyectos en el campo, la educación y la salud mediante las mesas de diálogo que se mantuvieron hasta mayo de 2006 con el Gobierno Estatal. La politización o la conciencia política alcanzada en esa lucha, nos permitió continuar impulsando el proceso de unidad con diversas fuerzas en esfuerzos sectoriales y multisectoriales. No podíamos dejar de lado ninguna lucha por pequeña o grande que fuera; nuestro aporte era un machete como símbolo del corazón de nuestra esencia comunitaria.²⁹

Tiempo después, a principios de mayo de 2006, el intento de desalojo de unos vendedores de flores en Texcoco, municipio aledaño a San Salvador Atenco, fue el disparador de los enfrentamientos entre el FPDT con policías de los tres niveles, en la que semejó una auténtica insurrección por parte de los pobladores de esta zona en contra de una estrategia organizada con antelación; incluso podía leerse como la “revancha” por haber provocado la cancelación del NAICM.³⁰ Además, llamó mucho la atención la particular objetivación que en sus transmisiones las dos televisoras nacionales más importantes (Televisa y Tv Azteca) mostraron en relación con un policía siendo golpeado por integrantes del Frente, en un intento de volcar la opinión pública hacia el lado del gobierno. Así, lo que “parecía” un simple desalojo de vendedores en la vía pública a consecuencia de una política de reordenamiento urbano municipal terminó por devenir en un episodio perverso donde el uso excesivo de la fuerza fue la constante, a grado tal que su eco resuena doce años después con la sentencia que la Corte IDH realizó en noviembre de 2018.³¹

La narración de los hechos acaecidos durante el 3 y 4 de mayo de 2006 por parte del Frente, que se cita en extenso, es reveladora:

Los gobiernos Federal, Estatal y Municipal de Texcoco lanzaron una brutal acción policiaca el 3 de mayo, en el contexto del recorrido de la *Otra Campaña*, reprimiendo a los compañeros floristas y al FPDT, e incumpliendo lo

²⁹ Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra, *op. cit.*, p. 111.

³⁰ *Ibidem*, p. 112.

³¹ En este artículo se utiliza la noción de *perversidad* como consecuencia no esperada de la acción social. *Vid.* Boudon, Raymond, *Effets pervers et ordre social*, París, Presses Universitaires de France, 1977.

acordado el día anterior. Los granaderos hicieron una valla para no permitir que instalaran sus puestos; después lanzaron piedras, gases lacrimógenos y golpearon con palos, mientras que los compañeros floristas y del FPDT se replegaron en una casa donde fueron sitiados. En Atenco se prepararon acciones de autodefensa para que el gobierno dialogara y liberara a nuestros compañeros.

Resistimos desde las 10 de la mañana hasta las 3 de la tarde aproximadamente, momento en el cual llegó a ese lugar un grupo de granaderos tratando de desbloquear la carretera Lechería- Texcoco. Golpearon a la gente con piedras, palos, toletes, lanzaron gas lacrimógeno e incendiaron carros particulares; también destrozaron ventanas de los negocios y dispararon armas de fuego. Así fue como algunos compañeros fueron heridos y el niño de 14 años llamado Javier Cortez resultó muerto por arma de fuego. En ese momento la gente se defendió y logramos retirar del pueblo a toda la fuerza pública, momento en el cual los medios de comunicación se encargaron de manipular la información diciendo que el gobierno debía mandar más refuerzos, apoyándose con la repetición de la imagen de un ciudadano de Atenco golpeando a un policía; sin embargo, las agresiones que nosotros sufrimos no fueron dadas a conocer.

[...] El día 4 de mayo de 2006, a las seis de la mañana, hubo un brutal operativo de aproximadamente cuatro mil a cinco mil elementos policíacos, con un despliegue mediático inédito de Televisa y Televisión Azteca. Al ingresar las fuerzas policíacas a San Salvador Atenco fueron detenidas 217 personas, entre menores, mujeres y hombres del FPDT y de la *Otra Campaña*. En la incursión asesinaron a Alexis Benhumea con el impacto de una lata de gas lacrimógeno. En las detenciones se violentaron nuestros derechos humanos, ya que a las compañeras las violaron; a todos los golpearon y los torturaron física y psicológicamente. Allanaron los domicilios y ahí cometieron robos, destrozos y se llevaron a gente que nada tenía que ver. También hubo compañeras extranjeras que fueron detenidas, violadas, torturadas y golpeadas, además de ser deportadas de inmediato de manera inconstitucional. Todos fueron trasladados al penal de Santiaguito en Toluca, Estado de México, donde fueron recibidos con una golpiza al pasar la aduana mientras los mantenían incomunicados. Al paso de los días comenzaron a ser liberados bajo

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEDA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

fianza. Mientras, en Atenco, en los días siguientes, se vivió un ambiente de tensión, incertidumbre y la represión continuó con la fuerza pública dentro de las comunidades, haciendo rondines para intimidar a la población, manipulando a los medios de comunicación, y lanzando rumores de realizar más detenciones y cateos.³²

Los enfrentamientos, incluida su crudeza y violencia, donde destacan las torturas sexuales en contra de las mujeres detenidas, que son la causa de la querrela en contra del Estado mexicano, se volvieron un acontecimiento político que dejó entrever algunos de los efectos “positivos” del proceso de democratización mexicano, ya que su enorme margen de visibilidad “no oficial” fue posible gracias a esa capacidad de autonomía que logró la sociedad mexicana frente al poder político federal y frente a los otros poderes que comenzaban a jugar en la arena pública del país con mucha intensidad (empresarios, medios de comunicación, gobiernos estatales de distinta procedencia ideológica, etcétera). En este sentido, desde aquel momento se observó una creciente opinión pública más crítica y menos dependiente en sus confrontaciones con los gobiernos, a tal punto que logró ponerlos contra la pared. Esto resultó un hecho relevante que consolidó el proceso de democratización posterior al año 2000, ya que rompió una parte significativa de aquella añeja cultura política proclive a la lisonja y a la tutela en una lógica de “arriba hacia abajo”. Asimismo, se volvió con el tiempo una palanca que dinamitaría las luchas sociales y civiles por la defensa de los derechos humanos en los siguientes años.

4. LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH

El 28 de octubre de 2015, la CIDH emitió un Informe de Fondo que notificó al Estado mexicano una serie de recomendaciones que se desprendían del caso de once mujeres que sufrieron tortura sexual y otras violaciones graves a sus derechos humanos en los enfrentamientos del 3 y 4 de mayo de 2006 en Atenco. Entre las conclusiones que se observaban, destacan las siguientes:

³² Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra, *op. cit.*, pp. 111-113.

1. La violación de los derechos a la libertad personal y garantías judiciales;
2. La violación de los derechos a la integridad personal, a la vida privada, autonomía y dignidad, a la igualdad y no discriminación, a no ser torturada y a vivir libre de violencia;
3. La violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial;
4. La violación del derecho a la integridad personal.³³

Asimismo, la CIDH formuló cinco recomendaciones al Estado mexicano:

1. Disponer una reparación integral a favor de Mariana Selvas Gómez, Georgina Edith Rosales Gutiérrez, María Patricia Romero Hernández, Norma Aidé Jiménez Osorio, Claudia Hernández Martínez, Bárbara Italia Méndez Moreno, Ana María Velasco Rodríguez, Yolanda Muñoz Diosdada, Cristina Sánchez Hernández, Angélica Patricia Torres Linares y Suhelen Gabriela Cuevas Jaramillo, por las violaciones de derechos humanos declaradas. Esta reparación debe incluir tanto el aspecto material como moral.
2. Brindar de forma gratuita, inmediata y por el tiempo que sea necesario, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico, según corresponda, a las víctimas del presente caso que así lo soliciten y de manera concertada con ellas.
3. Continuar investigando de manera efectiva, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable, con el objeto de esclarecer en forma integral los hechos violatorios de la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos e identificar y sancionar los distintos grados de responsabilidad, desde la autoría material hasta posibles autorías intelectuales y otras formas de responsabilidad, incluyendo aquellas derivadas de la cadena de mando, de las distintas formas de participación de diversos cuerpos de seguridad tanto de nivel estadual como federal, así como de posibles actos de encubrimiento u omisión, así como evitar [en el marco de la investigación] cualquier forma de revictimización y asegurar que la calificación jurídica de los hechos sea conforme a los estándares descritos en el [...] informe.
4. Disponer las medidas administrativas, disciplinarias o penales correspondientes frente a las acciones u omisiones de los funcionarios esta-

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 5-6.

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEADA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

tales que contribuyeron a los distintos factores de denegación de justicia identificados en el [...] informe.

5. Adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole, para evitar la repetición de violaciones de derechos humanos como las cometidas en el presente caso. En particular, el Estado deberá adoptar medidas de no repetición dirigidas a capacitar a los cuerpos de seguridad tanto a nivel federal como estatal en la prohibición absoluta de la tortura y de la violencia sexual y de otra índole contra la mujer, así como a enviar un claro mensaje de repudio a este tipo de actos. El contenido de esta medida deberá extenderse al personal médico y a todo funcionario estatal a cargo de las diferentes etapas de una investigación de hechos como los sucedidos en el presente caso. Asimismo, el Estado deberá fortalecer la capacidad institucional para asegurar que las investigaciones de casos de alegada violencia sexual en general y de tortura sexual por parte de agentes estatales en particular, sean compatibles con los estándares descritos en el [informe].³⁴

El Estado mexicano informó de varias acciones encaminadas a cumplir las recomendaciones que le habían vertido, pero la CIDH terminó por considerar, “luego de cuatro prórrogas, que el Estado no había avanzado integral y sustantivamente en el cumplimiento de las recomendaciones”.³⁵ Así pues, la CIDH presentó el caso a la Corte IDH el 17 de septiembre de 2016, “por la necesidad de justicia para las víctimas” y, como se mencionó previamente, finalmente la CIDH le solicitó a la Corte que “concluyera y declarara la responsabilidad internacional del Estado mexicano por las violaciones contenidas en su Informe de Fondo y que se ordenara al Estado, como medidas de reparación, las recomendaciones incluidas en dicho informe”.³⁶ Entre el 11 de noviembre de 2016 y el 20 de diciembre de 2017 tuvo lugar el desarrollo de notificación al Estado y a los representantes de las víctimas, la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas, hasta culminar con los alegatos finales de las partes involucradas. Finalmente, la Corte comenzó las deliberaciones del caso el 26 de noviembre de 2018

³⁴ *Ibidem*, p. 6.

³⁵ *Ibidem*, p. 7.

³⁶ *Idem*.

y dictó sentencia el 28 de noviembre.³⁷ En el trámite de caso ante la Corte, los representantes de las víctimas presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas pidiendo que la Corte declarara la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación de varios artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, además de la violación del deber de adoptar disposiciones de derecho interno. También solicitaron que el Estado adoptara diversas medidas de reparación, así como el reintegro de costas y gastos. El Estado presentó su escrito de contestación, interponiendo una excepción preliminar donde reconocía sólo algunas de las violaciones alegadas, y respondió a las solicitudes de reparación. Posteriormente, la Comisión y los representantes presentaron sus observaciones a dicha excepción preliminar, y se llevó a cabo la audiencia pública para escuchar los alegatos orales finales de ambas partes. Durante el proceso, la Corte recibió dieciséis escritos en calidad de *amicus curie*. En la audiencia referida, los jueces solicitaron la presentación de información y pruebas para mejor resolver, que fueron presentadas por las partes. El presidente de la Corte solicitó al Estado mexicano, los días 24 y 31 de agosto de 2018, la presentación de información y otra prueba para mejor resolver. Los días 18 y 19 de septiembre los representantes de las víctimas y el Estado presentaron sus observaciones a la documentación presentada por su contraparte, junto con sus alegatos finales escritos. La Corte inició la deliberación de la sentencia el 26 de noviembre de 2018, y la emitió dos días después, el 28 de noviembre de ese año.

Como era previsible, el Estado mexicano, en el sexenio de Peña Nieto, por una parte, reconoció su responsabilidad por la violación de derechos humanos en los cuatro apartados que apenas se han citado; por otra, “no por todos los motivos señalados por la Comisión y los representantes en este caso”,³⁸ que lo responsabilizaban por los hechos del 3 y 4 de mayo de 2006, como lo señalaron los representantes de las víctimas, al argüir que el Estado “no reconoce gran parte de los hechos que dan lugar a ellas”, es decir, los problemas de criminalización de la protesta que luego dieron lugar a las violaciones sistemáticas de los derechos humanos.³⁹

³⁷ *Ibidem*, pp. 7-10.

³⁸ *Ibidem*, p. 16.

³⁹ *Ibidem*, p. 15.

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEIDA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

La Corte resolvió, en cuanto al fondo del asunto, que el Estado mexicano cometió violaciones a los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada; a la prohibición de tortura y derecho de reunión, el derecho a la libertad personal y a las garantías judiciales, así como el derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas, considerando además que la violencia sexual y tortura ejercida contra las víctimas constituyeron una forma de discriminación por razones de género. Como consecuencia, la Corte ordenó al Estado, como medida de reparación, entre otras, iniciar y continuar las investigaciones orientadas a encontrar y sancionar los perpetradores de las violaciones a derechos humanos en el caso concreto, brindar de forma inmediata y gratuita asistencia médica, psicológica y psiquiátrica a las víctimas que lo deseen; realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y disculpas públicas, crear un plan de capacitación de elementos policiacos, establecer un mecanismo de monitoreo y fiscalización para evaluar las políticas públicas en relación con el uso de la fuerza, elaborar un plan para fortalecer el Mecanismo de Seguimiento de Casos de Tortura Sexual Cometida contra Mujeres, así como el pago de daños materiales e inmateriales y el reintegro de gastos y costes a la parte actora.

Por su parte, lo que se puede interpretar de la narración de los hechos que refiere la sentencia es que deja ver la manera en cómo va creciendo un mecanismo de intensificación de la violencia a partir de la escalada de los enfrentamientos, con lo que aparece un tipo particular de “desarrollo antagónico” claramente identificado con la pérdida progresiva de los límites por parte de la actuación policiaca, a grado tal que pasa de una acción ordenada jerárquicamente para recuperar una situación que está desbordándose y que hace que su acción sea “necesaria” y “legítima” a un abuso sistemático a los derechos humanos.⁴⁰ En este sentido, el caso de Atenco terminó por construir una forma poco eficaz de “desarrollo antagónico”, lo cual supone el reconocimiento de “la naturaleza conflictiva y potencialmente destructiva de los procesos de desarrollo [democrático]”.⁴¹

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 24 y ss.

⁴¹ Foxley, Alejandro, Opciones para la política posautoritaria, en Foxley, Alejandro; McPherson, Michael S. y O'Donnell, Guillermo (comps.), *Democracia, desarrollo y el arte de traspasar fronteras. Ensayos en homenaje a Albert O. Hirschman*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 202.

Esto ya había sido advertido en la sentencia de la investigación que llevó a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a partir de 2007 sobre lo sucedido el 3 y 4 de mayo de 2006, partiendo precisamente de que en ese episodio había existido una violación grave a los derechos humanos. El 12 de febrero de 2009, la SCJN sentenciaba que había responsabilidad por parte del Estado “por el uso de fuerza pública de manera excesiva, desproporcionada, ineficiente, improfesional e indolente hacia el respeto a los derechos humanos”.⁴² El problema es aún más evidente en la fenomenología de la crueldad que confirman los testimonios de lo que sucedió durante los traslados de las víctimas al Centro de Readaptación Social “Santiaguito”.⁴³

Para terminar este apartado, y aunque pueda parecer una ironía, la Corte comenzó su análisis con una aseveración fundamental: los acontecimientos ocurrieron bajo la tutela de un Estado democrático.⁴⁴ ¿Por qué subrayar este aspecto? En lo fundamental, para observar precisamente el peso demoledor que tienen para la vida democrática de nuestro país, y sobre todo para la salud de su Estado de derecho, las formas de desventaja inmerecida al presenciar diversos ciclos de violación sistemática a los derechos humanos, que en este caso resultan ser muy claras y contundentes, ya que terminan, además, por “[convertirse] en marcas que cuestionan la legitimidad del régimen democrático en su conjunto”.⁴⁵

5. CONCLUSIONES: ¿UN BALANCE POSITIVO?

Es necesario señalar varios ejes de análisis para generar una problematización amplia. En primer lugar, es claro que el comportamiento histórico del Estado mexicano ante el tópico de la protección a los derechos humanos ha sido reactivo. Sin embargo, ¿qué factores han influido en ello? Específicamente, es menester cuestionar la relación entre la corrupción endémica presente en el sistema político y burocrático, y la inacción (o acción insuficiente) del Estado, no sólo en relación con la transformación de la doctrina y el discurso de los derechos humanos en un diseño ins-

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 48.

⁴³ *Ibidem*, pp. 33 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁵ Hernández, Mario Alfredo, *op. cit.*, p. 354.

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEADA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

titucional eficaz según las exigencias de la situación social del país, sino incluso en relación con la atención cabal de las recomendaciones y sentencias recibidas de los órganos interamericanos (a cuya jurisdicción está sometido el Estado por decisión propia).

Por ejemplo, Luz Ángela Cardona, Horacio Ortiz y Luis Daniel Vázquez discuten, en un estudio exploratorio, la relación entre corrupción y violaciones a los derechos humanos; realizan un análisis desde un punto de vista cuantitativo, pretendiendo aportar evidencia empírica sobre una relación que, a su juicio, otros han fallado en mostrar. Si bien esta correlación de indicadores resulta relevante, se considera importante señalar las omisiones del aparato estatal mexicano respecto a reformularse institucionalmente para brindar una verdadera protección a los derechos humanos; por un lado, como una muestra fehaciente de la remanencia de los componentes autoritarios y, por el otro, como un mecanismo de defensa desplegado por una élite política profundamente corrupta, desvinculada de la ciudadanía, para maximizar los beneficios que puede obtener de un estado de permanente opacidad.⁴⁶

En otras palabras, ¿en qué medida un caso como el de los atropellos perpetrados en Atenco, sobre los que se pronuncia la sentencia estudiada, evidencia el hilo conductor de un *status quo* que ha trascendido gobiernos de partidos que protegen y, a su vez, son protegidos por distintas formas de corrupción? Este eje de análisis es especialmente relevante ante el posicionamiento del gobierno encabezado por el presidente Andrés Manuel López Obrador, que ha colocado la lucha contra la corrupción como la piedra angular no sólo de sus políticas públicas, sino de su propia legitimidad.

Lo acaecido en Atenco se presenta como indicador de los efectos perversos de una democratización que se caracterizó por ser casi únicamente electoral y que, pese a ciertos avances importantes en materia de acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas, no ha logrado generar un sistema institucional que enfrente las distintas formas de abuso de poder con una serie de incentivos negativos cuyo costo sea suficientemente

⁴⁶ Vid. Cardona, Luz Ángela; Ortiz, Horacio y Vázquez, Luis Daniel (2018), Violación de derechos humanos en México. Un costo poco advertido de la corrupción, *Política y Gobierno*, volumen 25, número 1, pp. 153-184.

grave para los perpetradores. Así mismo, se tendría que advertir y explicar el poco peso que tiene en México el llamado “costo moral” de la corrupción: esto significa que más allá de la oportunidad y las ventajas que ofrece la participación en los intercambios corruptos, el sujeto se vuelve partícipe de la corrupción sabiendo que los efectos de participar en esos intercambios serán bajos para su reputación social (y que no necesariamente se traducirán en una percepción negativa o “preocupante” en el terreno legal) y para las fuentes que él mismo ha creado de “reconocimiento moral”: los círculos de estima que ha construido en su carrera en el mercado cultural, político, económico y social, y que precisamente al descubrir el acto de corrupción podrían llevarlo a tener una “discusión de su identidad”, generando un trastocamiento existencial y público en las formas de ser apreciado en los círculos en los cuales desea su aceptación (inclusión).⁴⁷

Más aún, este análisis es relevante en un país que encabeza a los países del continente americano en el *Índice Global de Impunidad* como aquel con la problemática más grave en la materia,⁴⁸ y que cuenta con una puntuación de 28/100 (siendo 100 el nivel más deseable) en términos de corrupción percibida en el sector público en el *Índice de Percepción de la Corrupción* de Transparencia Internacional, sólo por detrás de Guatemala, Nicaragua, Haití y Venezuela;⁴⁹ por mencionar algunos índices de alto impacto para la dinámica democrática y de los derechos humanos en México.

Como se mencionó previamente, el discurso de la protección a los derechos humanos ha tenido un uso retórico por parte del aparato gubernamental en las décadas previas a la alternancia democrática en México, y por supuesto, a partir de que puede hablarse de un proceso efectivo de democratización en el país, el recurso al tema ha ido progresivamente en aumento, corriendo en paralelo al desarrollo de la doctrina de los derechos humanos en el mundo y de la importancia, al menos discursiva, que

⁴⁷ Vid. Giulio Sapelli, *Cleptocracia. El “mecanismo único” de la corrupción entre economía y política*, Buenos Aires, Losada, 1998, p. 20.

⁴⁸ Cfr. Le Clercq Ortega, Juan Antonio y Rodríguez Sánchez, Gerardo, *La impunidad subnacional en México y sus dimensiones IGI-MEX 2018*, México, Universidad de las Américas Puebla, 2018.

⁴⁹ Cfr. Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2018*, Berlín, Transparency International, 2019.

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEDA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

a estos se les da en el concierto internacional. Este discurso está acompañado, desde el sexenio foxista, de un “cambio de actitud” con respecto a la época del autoritarismo mexicano, lo que ha derivado tanto en el reconocimiento de las problemáticas vinculadas con los derechos humanos como en la aceptación voluntaria de la intervención de organismos internacionales y la suscripción de normas de derecho internacional, así como una serie de transformaciones legales e institucionales en la normatividad interior del Estado mexicano. Sin embargo, tanto la teoría como los estudios empíricos y la experiencia cotidiana han mostrado, y continúan haciéndolo, que en esta materia suelen firmarse tratados que no se ponen en práctica, y que el impacto de las reformas institucionales y legales es cuestionable.⁵⁰

Rafael Velázquez Flores plantea que la promoción de los derechos humanos en el sistema mexicano tuvo mucho que ver con la entrada en vigor del neoliberalismo, puesto que, por un lado, la globalización impide el aislacionismo practicado por el sistema político mexicano que utilizaba en lo económico el sistema de sustitución de importaciones, lo que dificulta ahora que el Estado oculte las violaciones a los derechos humanos; y por el otro, la promoción de los derechos humanos está aparejada con los procesos de integración económica. Tomar en cuenta este argumento permite fortalecer la idea de que el proceso por el que los derechos humanos han ido aumentando en importancia es un proceso con fuertes elementos exógenos, y no uno exclusivamente interno a las dinámicas del propio sistema.⁵¹

La sentencia del *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs México*, del 28 de noviembre de 2018, observa varios puntos que el Estado mexicano debe adoptar como medidas de reparación y prevención de la repetición, lo que es fundamental, pero hay que apuntar que, con excepción de que todas estas disposiciones se lleven a cabo en tiempo y forma, la observación crítica sobre la baja efectividad que han tenido las reformas institucionales en materia de derechos humanos mantiene su plena vigencia: pueden llevarse a cabo reformas legales, crearse organismos de la administración pública (sean de la administración centralizada o in-

⁵⁰ Anaya, Alejandro, *op. cit.*, p. 164.

⁵¹ Velázquez Flores, Rafael, *Política exterior y derechos humanos en México: tendencias*

cluso organismos autónomos), establecer sistemas de sanciones u otras estrategias de diseño institucional, pero en un país donde en muchos casos la ley se trata como letra muerta, estas acciones no son suficientes.

Por lo tanto, un diseño institucional que pueda contribuir a transformar de fondo el tratamiento que se da a los derechos humanos en México debe establecer una serie de incentivos que sancionen de forma eficiente la inacción estatal a todos niveles al dejar de ejercer las acciones que dichos ordenamientos obligan. Este diseño institucional no exclusivamente normativo requiere, en primer término, de voluntad política y, en segundo, de la formación de cuadros profesionales en todas las áreas involucradas (no sólo de capacitación de las fuerzas policiales), privilegiando la formación de nuevos cuadros sobre el mejoramiento de los actuales, lo que lo convierte a un tiempo en un proceso que requiere de un elemento coyuntural y uno de largo aliento. Mientras los responsables en todos niveles de la cadena de mando y responsabilidad puedan mantenerse en el lado seguro de la opacidad una vez que se ha determinado que han existido violaciones a derechos humanos, las normas creadas para garantizar los mismos seguirán sin funcionar y continuará existiendo una desvinculación entre la política estatal (en muchos casos con las violaciones a derechos humanos como política) y el marco normativo.

En segundo lugar, no debe soslayarse que, pese a la cantidad de atropellos de derechos y la profusión en el ejercicio de la violencia que caracterizaron el marco contextual de los sucesos referidos en la sentencia estudiada, la cuestión de la tortura sexual sufrida por las víctimas reviste una importancia inusitada que adopta un carácter multidimensional. Se hace esta afirmación porque, además de las reflexiones (y reclamos) que deben hacerse en el campo de la justicia desde una perspectiva de género, el recurso de la tortura sexual es en esencia un arma de guerra que, contrario a ciertas creencias más o menos generalizadas, no se utiliza de la misma forma en todos los conflictos bélicos ni por todos los grupos involucrados en estos, lo que muestra su naturaleza como un auténtico producto de diseño.⁵²

a finales del siglo xx y prioridades a inicios del siglo XXI, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, volumen 11, número 40, julio-diciembre 2017, pp. 137-157.

⁵² Wood, Elisabeth J., Variación de la violencia sexual en tiempos de guerra: la violación en la guerra no es inevitable, *Estudios Socio-Jurídicos*, volumen 14, número 1, enero-

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEADA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

En este sentido, es posible observar que la caracterización de la tortura sexual, como efecto de esa mecánica deliberada, puede permitir sostener que es la clave que abre la puerta a un nuevo dimensionamiento para el análisis de lo que significa su utilización en casos como el de Atenco y en otros que no han corrido con la suerte de escalar a la Corte IDH. La integración de un eje de análisis polemológico a la represión intra-estatal debe abrir nuevos campos de reflexión en la materia. ¿Fueron las acciones de aquellos días en Atenco sólo una muestra de una mala conducción política del asunto, una dolorosa evidencia de neo-autoritarismo que revistió el actuar del poder, y un ejercicio de revanchismo por parte de las fuerzas de seguridad, o fueron también parte del ataque preventivo contra una formación político social que amenazaba con cobrar demasiada conciencia de sí, y que específicamente había logrado desarticular ya un megaproyecto federal insignia?

Fernando Escalante Gonzalbo señala que en la época del autoritarismo el Estado mexicano era un Estado débil con una clase política excesivamente fuerte que se expresaba en su alto grado de arbitrariedad y en la necesidad de privilegiar derechos económicos y sociales, así como en la utilización de la táctica del corporativismo.⁵³ Como se ha señalado, la democratización mexicana se desarrolló principalmente en la vertiente electoral, relativa a la dimensión de *competición* en términos de calidad democrática. En este sentido, Leonardo Morlino sostiene que, respecto a la dimensión procedimental clave, es el Estado de derecho y el aseguramiento de aquella dimensión sustantiva que refiere el respeto pleno de los derechos que se extienden además al respeto de las libertades son esenciales para mostrar un grado mínimo de profundización en términos de calidad de la democracia.⁵⁴ En el caso de fenómenos subversivos para estas dos dimensiones, como se observa en Atenco, es posible ar-

junio 2012, pp. 19-57.

⁵³ Escalante Gonzalbo, Fernando, *Imaginación, violencia y ciudadanía. El tránsito de los derechos humanos en el cambio de siglo*, en Becerra, Ricardo (coord.), *Informe sobre la democracia mexicana en una época de expectativas rotas*, México, Siglo XXI, 2017, pp. 69-86.

⁵⁴ Morlino, Leonardo, *Democracias y democratizaciones*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2009. *Vid.* Morlino, Leonardo y Palombella, Gianluigi (eds.), *Rule of Law and Democracy. Inquiries into Internal and External Issues*, Leiden, Brill, 2010.

güir que, además de lo endeble que resulta el caso mexicano en relación con la calidad democrática, se tiene la pervivencia del modelo mencionado por Escalante, de Estado débil-clase política fuerte. Ello puede dar la pauta a cuestionarse si estos fenómenos son reflejo de la defensa de dicha clase política como oposición a la emergencia de las llamadas “clases peligrosas”.⁵⁵

Es importante contar con una perspectiva más amplia para el abordaje de la temática del control social como un instrumento de dominación que permite el abuso del poder y la consiguiente violación de los derechos humanos. En la sentencia se aprecia este mecanismo, cuando sostiene que:

197. Por último, en cuanto al propósito la Corte constata que se desprende de las declaraciones de las víctimas, así como de las investigaciones realizadas por la CNDH y la SCJN que la violencia ejercida contra las once mujeres tenía el objetivo de humillarlas, a ellas y a quienes asumían eran sus compañeros de grupo; de atemorizarlas, intimidarlas e inhibirlas de volver a participar de la vida política o expresar su desacuerdo en la esfera pública, pues no les correspondía salir de sus hogares, único lugar en el que supuestamente pertenecían de acuerdo a su imaginario y visión estereotipada de los roles sociales (*infra* párrs. 210 y ss.); pero además tenía el distintivo propósito de castigarlas por osar cuestionar su autoridad, así como en retaliación por las supuestas lesiones sufridas por sus compañeros policías. Al respecto, la SCJN resaltó que “una de las causas que generaría los abusos sexuales reclamados pudo ser la circunstancia de que algunos policías, al saber de la agresión que sufrieron de manera previa sus compañeros, estaban afectados en su estado de ánimo y querían castigar a quienes creían que eran o estaban relacionados con los responsables”.⁵⁶

Líneas más adelante, continúa:

⁵⁵ Cfr. Covarrubias, Israel, ¿Populismo y nuevas clases peligrosas en la democracia? Algunas consideraciones para un debate necesario sobre los derechos humanos, en González Placencia, Luis (coord.), *Los derechos humanos de los márgenes al centro, vol. 2: Discusiones sobre ciudadanía, política y derechos*, México, Universidad Autónoma de Tlaxcala-Ubijus, 2019, pp. 195-216.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 76.

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEIDA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

200. Ahora bien, la Corte observa con preocupación que la gravedad de la violencia sexual en este caso, además de su calificación como tortura, surge también por el hecho que se utilizó como una forma intencional y dirigida de control social. En el marco de conflictos armados, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, tribunales penales internacionales y tribunales nacionales han reconocido que la violencia sexual con frecuencia ha sido utilizada como una táctica de guerra “destinada a humillar, dominar, atemorizar, dispersar o reasentar por la fuerza a miembros civiles de una comunidad o grupo étnico”. Esta Corte se ha referido a la forma como la violencia sexual se ha utilizado en los conflictos armados como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo y represión. En este sentido, ha resaltado cómo la utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección, pues las consecuencias de la violencia sexual suelen trascender de la víctima.⁵⁷

Por esta razón, es pertinente acentuar el análisis desde la perspectiva de género, no sólo desde la óptica de la victimización, sino también desde la revictimización de las once mujeres, quienes a lo largo del operativo de represión ejecutado por los policías en San Salvador Atenco soportaron los tratos inhumanos y degradantes, en franca oposición a la esencia de una democracia y del sustrato de un Estado de derecho. Cabe anotar que, con posterioridad a los sucesos y en el ámbito de las investigaciones judiciales, tuvo lugar la continuación de la violación de los derechos de las mujeres; de ello dan cuenta las actuaciones de los peritos forenses. Todos estos actos fueron puestos de relieve por la Corte IDH en la sentencia, en el sentido de censurar, como se ha citado apenas, “la visión estereotipada de los roles sociales”.⁵⁸

Sobre la investigación en materia de derechos humanos en México es necesaria una breve anotación. Si bien la mayor centralidad del tema de

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 76-77.

⁵⁸ A pesar de que está fuera del alcance de este artículo, es oportuno no perder de vista la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), San José, Costa Rica, Corte IDH, 2009, en

los derechos humanos en el discurso estatal a lo largo de la vida democrática mexicana ha ido acompañada de una mayor posibilidad de volver operativos los contenidos del discurso (ya que el entramado institucional y doctrinal del derecho internacional de los derechos humanos se fue ampliando, y como consecuencia lo hicieron también las adecuaciones normativas internas), puede asistirse a una especie de doble proceso. Por un lado, la doctrina internacional de los derechos humanos es cada vez más clara, genera más jurisprudencia e incide más en las normatividades locales, ya que los Estados, tras aceptar y ratificar los tratados internacionales en materia de derechos humanos y especialmente luego de someterse a la jurisdicción contenciosa de los órganos supranacionales garantes de derechos humanos, aceptan e implementan un *corpus* jurídico, en cierta forma externo a ellos y a sus propias lógicas, que terminan por transformarlas. Por otro lado, la mayor centralidad del término *derechos humanos* en la retórica de todos los actores políticos (sea cual sea su signo ideológico), “enloda” el terreno para la reflexión sobre la situación que guardan en realidad. Si bien en el campo estrictamente jurídico las violaciones a los derechos humanos perpetradas por el Estado pueden quedar claras con el binomio de los hechos y la normatividad, la ampliación indiscriminada del uso de la categoría por parte de la clase política requiere un programa de investigación en el campo de los derechos humanos, que lleve a cabo diversas problematizaciones en el terreno de lo metajurídico a partir de elementos jurídicos. Por ello, es importante pensar la influencia que tienen tanto los elementos doctrinales como los propiamente jurisdiccionales de los derechos humanos, así como no perder de vista el impacto de estas variables en la profundización de la calidad de la democracia o en el surgimiento de diversos fenómenos de subversión e innovación política.

¿Cuál es el panorama reciente de esta problemática? La llegada del nuevo gobierno federal, encabezado por el presidente López Obrador, ha generado una serie de expectativas encontradas en relación con la cuestión de los derechos humanos. Por un lado, hay un reconocimiento de las omisiones y acciones de las propias autoridades al violar derechos; por

especial, pp. 102-103. En esta sentencia se advierten y castigan los estereotipos de género, la discriminación y la violencia contra las mujeres.

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEADA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

el otro, las estrategias para su posible erradicación aún están por verificarse. De cualquier modo, ha mostrado algunas acciones que llaman la atención: la disculpa pública del Estado mexicano a la periodista Lydia Cacho, la creación de la Comisión para la Verdad y Acceso a la Justicia en el caso Ayotzinapa, que tal vez sea la “cuestión” por la que será recordado el sexenio de Peña Nieto; y para el caso que aquí se estudia, el reconocimiento y aceptación de la sentencia de noviembre de 2018 por parte del Estado mexicano.⁵⁹ Sin embargo, las formas de desventaja inmerecida aún siguen creciendo en México, y está por verse qué respuesta puntual llevará a cabo el Estado mexicano en relación con el caso Atenco. De cualquier modo, la defensa de los derechos humanos, como se ha visto en este trabajo, dista mucho de ser óptima. Parece que la democracia en México no ha logrado reconfigurar las fuertes y profundas herencias autoritarias que aún perviven en su seno. Sin embargo, aún es muy prematuro hablar de ello.

6. Referencias

- Anaya, Alejandro, Calidad de la democracia y derechos humanos en México, en Cansino, César y Covarrubias, Israel (coords.), *Por una democracia de calidad. México después de la transición*, México, Centro de Estudios de Política Comparada/Ediciones de Educación y Cultura, 2007, pp. 161-174.
- Azaola, Elena, Derechos humanos en México, en Aziz Nassif, Alberto y Alonso Sánchez, Jorge (coords.), *El Estado mexicano: herencias y cambios. Tomo II: Economía y política*, México, CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, 2005, pp. 305-319.
- Boudon, Raymond, *Effets pervers et ordre social*, París, Presses Universitaires de France, 1977.
- Centeno, Miguel Ángel, The Failure of Presidential Authoritarianism: Transition in Mexico, en Mainwaring, Scott y Valenzuela, Arturo

⁵⁹ Secretaría de Gobernación, El Estado Mexicano inicia el proceso de revisión de sentencias emitidas por la CIDH; Alejandro Encinas, subsecretario de Derechos Humanos, 24 de diciembre [consultado: 25 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.gob.mx/segob/prensa/cidhel-estado-mexicano-inicia-el-proceso-de-revision-de-sentencias-emitidas-por-la-cidh-alejandro-encinas?idiom=es>.

- (comps.), *Politics, Society, and Democracy. Latin America*, Boulder, Co., Westview Press, 1998, pp. 27-47.
- Córdova, Arnaldo, La democratización de México. Alternancia y transición, en Rodríguez Araujo, Octavio (coord.), *México ¿Un nuevo régimen político?*, México, Siglo XXI, 2009, pp. 89-119.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs México, sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)*, San José, Costa Rica, Corte IDH, 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs México, sentencia de 28 de noviembre de 2018 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)*, San José, Costa Rica, Corte IDH, 2018.
- Covarrubias, Israel, ¿Formas de cambio político o cambios sin forma? Anotaciones sobre la democratización mexicana y sus pendientes, en Ocampo Alcántar, Rigoberto y Cruz Revueltas, Juan Cristóbal (coords.), *México, una centuria. Estudios sobre el siglo xx mexicano*, México, Publicaciones Cruz, 2012, pp. 47-85.
- Covarrubias, Israel, México, del cambio político a la inseguridad de la democracia, *Revista Historia Autónoma*, número 10, 2017, pp. 197-214.
- Covarrubias, Israel, ¿Populismo y nuevas clases peligrosas en la democracia? Algunas consideraciones para un debate necesario sobre los derechos humanos, en González Placencia, Luis (coord.), *Los derechos humanos de los márgenes al centro. Vol. 2: Discusiones sobre ciudadanía, política y derechos*, México, Universidad Autónoma de Tlaxcala/Ubijus, 2019, pp. 195-216.
- Crespo, José Antonio, La crisis mundial de los partidos dominantes, *Metapolítica*, año 3, número 10, abril-junio 1999, pp. 297-311.
- Crespo, José Antonio, Partidos políticos: entre el escándalo y la irrelevancia, *Metapolítica*, año 7, número 30, julio-agosto 2003, pp. 88-93.
- Domínguez Virgen, Carlos, De aeropuertos y cisnes negros, *Metapolítica*, año 19, número 89, abril-junio 2015, pp. 19-22.
- Escalante Gonzalbo, Fernando, Imaginación, violencia y ciudadanía. El tránsito de los derechos humanos en el cambio de siglo, en Becerra, Ricardo (coord.), *Informe sobre la democracia mexicana en una época de expectativas rotas*, México, Siglo XXI, 2017, pp. 69-86.

¿“FORMAS DE DESVENTAJA INMERECEADA” O LOS COSTOS PERVERSOS DE LA DEMOCRACIA MEXICANA?

- Foxley, Alejandro, Opciones para la política posautoritaria, en Foxley, Alejandro, McPherson, Michael S. y O'Donnell, Guillermo (comps.), *Democracia, desarrollo y el arte de traspasar fronteras. Ensayos en homenaje a Albert O. Hirschman*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 202-227.
- Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra, La lucha de Atenco, un derecho universal, *El Cotidiano*, volumen 23, número 150, julio-agosto 2008, pp. 107-114.
- González, Óscar, Derechos humanos en la administración Fox (2000-2006), en González, José Enrique (coord.), *Balance de los derechos humanos en el “sexenio del cambio”*, México, UACM, 2009, pp. 19-43.
- Guevara Rosas, Erika, *Enrique Peña Nieto, el recuento de los daños* [en línea], Amnesty International, 30 de noviembre de 2018 [consultado: 15 de mayo de 2020]. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2018/11/enrique-pena-nieto-el-recuento-de-los-danos/>.
- Hernández, Mario Alfredo, La justicia transicional, las compensaciones y los derechos de las víctimas, en Aragón Rivera, Álvaro; González Placencia, Luis y Hernández, Mario Alfredo (coords.), *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica. Hacia un equilibrio reflexivo entre el horizonte normativo y las expectativas ciudadanas de justicia*, México, Tirant lo Blanch/Universidad Autónoma de Tlaxcala, 2017, pp. 349-377.
- Le Clercq Ortega, Juan Antonio y Rodríguez Sánchez, Gerardo, *La impunidad subnacional en México y sus dimensiones*, México, IGI-MEX/Universidad de las Américas Puebla, 2018.
- Meyer, Lorenzo, Entre el pluralismo y la dispersión. La difícil tarea de institucionalizar la democracia mexicana, en González Pedrero, Enrique (coord.), *México: transiciones múltiples, gobernabilidad y Estado nacional*. México, Fondo de Cultura Económica-Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, pp. 63-76.
- Montemayor, Carlos, *La violencia de Estado en México. Antes y después de 1968*, México, Debate, 2010.
- Morlino, Leonardo, *Democracias y democratizaciones*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2009.
- Morlino, Leonardo y Palombella, Gianluigi (eds.), *Rule of Law and Democracy. Inquiries into Internal and External Issues*, Leiden, Brill, 2010.

- Nohlen, Dieter, El contexto en el análisis politológico, *Intersticios Sociales*, número 2, septiembre-febrero 2011, pp. 1-20.
- Rojas Amandi, Víctor Manuel, La unidad sistémica del derecho internacional y del derecho nacional en el tema de los derechos humanos, *Metapolítica*, año 21, número 99, octubre-diciembre 2017, pp. 60-68.
- Secretaría de Gobernación, El Estado Mexicano inicia el proceso de revisión de sentencias emitidas por la CIDH; Alejandro Encinas, subsecretario de Derechos Humanos [en línea], 24 de diciembre [consultado: 25 de enero de 2019]. Disponible en: <https://www.gob.mx/segob/prensa/cidhel-estado-mexicano-inicia-el-proceso-de-revision-de-sentencias-emitidas-por-la-cidh-alejandro-encinas?idiom=es>.
- Sartori, Giovanni, Primero la casa, después el mobiliario, *Nexos*, número 293, mayo 2002, pp. 27-28.
- Toledo, Alejandro, *Todo es posible en la paz. De la noche de Tlatelolco a la fiesta olímpica*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco, 2008.
- Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2018*, Berlín, Transparency International, 2019.
- Velázquez Flores, Rafael, Política exterior y derechos humanos en México: tendencias a finales del siglo xx y prioridades a inicios del siglo XXI, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 11, número 40, julio-diciembre 2017, pp. 137-157.
- Whitehead, Laurence, *The Peculiarities of 'Transition' a la mexicana*, Cuaderno de Trabajo número 4, Notre Dame, Kellogg Institute, enero 1994.
- Wood, Elisabeth J., Variación de la violencia sexual en tiempos de guerra: la violación en la guerra no es inevitable, *Estudios Socio-Jurídicos*, volumen 14, número 1, enero-junio 2012, pp. 19-57.
- Zermeño, Sergio, *Ensayos amargos sobre mi país. Del 68 al nuevo régimen, cincuenta años de ilusiones*, México, Siglo XXI, 2018.

La precariedad laboral en México*

Job Insecurity: Laboral Precariousness in Mexico

El capitalismo desarrolla un fenómeno inédito: el proletariado moderno, es formalmente libre pero, contradictoriamente, es la clase productora más insegura en términos laborales.

PABLO MELLER

ROSA ELIA ROBLES MEDINA**
ALMA DELIA TOLEDO MAZARIEGOS***
ROBERTO CARLOS GALLARDO LOYA****

RESUMEN

El eje central de este artículo es demostrar que la precariedad de la que tanto se hace referencia en materia laboral en México se ha agudizado debido a la aplicación de las políticas económicas neoliberales. Para ello, se analizan las bases teóricas del concepto de la precariedad laboral con sus componentes, así como los indicadores que pueden medir la precariedad, tales como la contratación parcial, además de los salarios que se perciben, el desempleo y el acceso a la seguridad social. La reforma laboral del 2012, al permitir las nuevas modalidades de contratación, jornadas parciales y la subcontratación, ha agudizado aún más la precariedad en México. El periodo de análisis es del año 2007 al 2017, con sus respectivas actualizaciones.

Palabras clave: *precariedad laboral, desempleo, salario, prestaciones.*

ABSTRACT

The central axis of this article is to demonstrate that the precariousness that is so often referred to in labor matters in Mexico has worsened due to the application of neoliberal economic policies. For this, the theoretical bases of the concept of job insecurity are analyzed with its components, as well as the indicators that can measure job insecurity such as partial hiring, in addition to the wages received, unemployment and access to social security. The 2012 labor reform, by allowing new forms of hiring, part-time hours and subcontracting, has further exacerbated the precariousness of the situation in Mexico. The analysis period is from 2007 to 2017, with their respective updates.

Keywords: *job insecurity, unemployment, salary, benefits.*

* Artículo de investigación recibido el 10-10-2019 y aceptado el 20-01-2020.

** Profesora-investigadora en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Contacto: aileasor2@hotmail.com.
<https://orcid.org/0000-0002-7420-9865>

*** Profesora-investigadora en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Contacto: adtoledom@hotmail.com.
<https://orcid.org/0000-0002-2267-671X>

**** Profesor-investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Contacto: rcgallardo@hotmail.com.
<https://orcid.org/0000-0002-4546-9457>

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Precariedad laboral / 3. Reforma laboral de 2012 / 4. Con ingresos: salario / 5. Sin ingresos: desempleo / 6. Seguridad social / 7. Conclusiones / 8. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas formas de producción capitalista y sus políticas económicas han transformado el mundo del trabajo con procesos de readaptación y reestructuración de las formas de trabajo hacia un nuevo escenario global, transnacional y deslocalización; se trata de un paradigma productivo diferente. Este fenómeno de las últimas tres décadas ha provocado precariedad laboral en el mundo, sobre todo en Latinoamérica, especialmente en México.

El problema de la precariedad laboral en el país se manifiesta con el deterioro de las condiciones de trabajo, desde los bajos salarios hasta los altos niveles de desempleo, los tipos de contratos y la limitada seguridad social en el trabajo; sin duda, es una consecuencia multifactorial. La presente investigación se centra en el análisis de las características de la precariedad desde el punto de vista cuantitativo, mediante datos del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI).

El propósito general de esta investigación es analizar el fenómeno de la precariedad laboral desde un enfoque multifactorial, propuesto por la autora argentina Fernandez Massi, replicando los factores y la metodología empleada; en el caso de México, aplicado en un periodo de diez años, el enfoque elegido se centra en factores no subjetivos que se pueden analizar en las encuestas e informes del INEGI, el Coneval y Proyectos México.

Este trabajo se desarrolla con el marco teórico conceptual y legal del tema, así como con los factores de la precariedad de acuerdo con la metodología elegida, por ejemplo: el salario, con ingresos; el desempleo, sin ingresos, así como los tipos de contratos y la seguridad social.

2. PRECARIEDAD LABORAL

La precariedad laboral, desde el punto de vista económico, se impuso como parte de la conmoción en las sociedades capitalistas industriales en la dé-

cada de los ochenta; estuvo marcada por el quiebre de la división social del trabajo, una revolución científico-tecnológica de los medios de producción, la desregulación laboral y una masiva desvinculación de los individuos del sistema de protección, característica del Estado de Bienestar.¹

La transformación del Estado protector trajo consigo el cambio de modelo de acumulación. El acaparamiento del capital de ningún modo tiende a un equilibrio, sino que produce disfunciones y crisis estructurales a largo plazo.² La reestructuración económica y la flexibilización de las relaciones laborales han propiciado un mayor desbalance de poder en los mercados de trabajo, lo cual se ha traducido en un deterioro en las condiciones de trabajo y, por tanto, en una mayor expansión del empleo precario.³ Aquí se plantea la primera interrogante: ¿qué características tiene el empleo precario y cómo esto impacta en el deterioro de las condiciones de trabajo?

Heller conceptualiza la precariedad como la transformación de los asalariados en mano de obra barata y descartable, fuerza de la que los patrones se pueden desprender con facilidad en función de las oscilaciones bruscas que se van produciendo en la economía capitalista.⁴ En esta postura, asocia la mano de obra barata sustituida por la asalariada y, como consecuencia, el deterioro de las condiciones de trabajo.

Ahora bien, para Mora, los indicadores empleados para medir la precariedad suelen estructurarse a partir de la observación de las condiciones de trabajo; más específicamente, de aquellas condiciones que remiten a un conjunto básico de derechos laborales que, de acatarse, permiten que el empleo funcione como mecanismo de integración social, es decir, como un componente que admite alcanzar los estándares de vida que se

¹ Cfr. Julián Vejar, Dasten, La precariedad laboral, modernidad y modernización capitalista: Una contribución al debate desde América Latina, *Trabajo y Sociedad*, volumen xvii, número 23, 2014, p. 148.

² Cfr. Dörre, Klaus, Política, Landnahme: un concepto para el análisis de la dinámica capitalista, o superando a Polanyi con Polanyi, *Política*, volumen 54, número 2, Chile, 2016, p. 13.

³ Cfr. Mora Salas, Minor y De Oliveira, Orlandina, La degradación del empleo asalariado en los albores del siglo xxi: Costa Rica y México, *Papeles de Población*, volumen 15, número 61, tercer trimestre de 2009, p. 206.

⁴ Heller, Pablo, Incertidumbre y capitalismo, *Revista Topía, la Incertidumbre como Búsqueda*, número 82, abril 2018, p. 7.

encuentran por encima de los umbrales mínimos de bienestar en una sociedad.⁵ Por lo tanto, esta característica está ligada a aspectos sociológicos de la persona, ya que el empleo permite la construcción social como un medio de integración social.

Mora también menciona que el Estado propicia la ruptura del Estado protector y la consecuente adopción de políticas laborales que debilitan su capacidad de regulación en el mundo del trabajo.⁶ El concepto de precariedad surge ligado a la inestabilidad en la contratación —contratos por tiempo determinado o por horas— y a la exclusión en el mercado laboral —desempleo—, que suele disociarse con las personas asalariadas y con seguridad social.⁷ En relación con las características, la precariedad está vinculada con los contratos laborales temporales, la exclusión en el mercado laboral y, como consecuencia, la falta de seguridad social.

El término *precariedad* comenzó a emplearse en los años ochenta en Europa, para referirse a formas de contratación por contrato determinado; sin embargo, como ya se analizó, el contrato por tiempo fijo, es sólo una variable.

Ahora bien, para Massi⁸ la expresión *precariedad* se corresponde con distintas dimensiones del problema; al respecto, Paugam identifica dos dimensiones en las cuales se puede situar a la precariedad: 1) precarización del empleo y 2) precarización del trabajo. Esto alude a dimensiones subjetivas en tanto representaciones de los sujetos (riesgos psicosociales, satisfacción en el trabajo, uso de los saberes). Además, Bérourd y Bouffartigue incorporan una tercera dimensión, vinculada con las capacidades de acción y representaciones sindicales, por lo que la precariedad en esta parte se refiere al deterioro de los derechos sociales y sindicales, relacionado con los modos de control y sometimiento del sindicalismo corporativista.

⁵ Cfr. Mora Salas, Minor, Ajuste y empleo: la precarización del trabajo asalariado en la era de la globalización, *Estudios Sociológicos*, volumen xxviii, número 83, 2010, p. 36.

⁶ Cfr. Moras Salas, Minor, *op. cit.*, p. 37.

⁷ Cfr. Fernández Massi, Mariana, Dimensiones de la precariedad laboral: un mapa de las características del empleo sectorial en la argentina, *Cuaderno de Economía*, volumen 33, número 62, 2014. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47722014000100010&lng=es&nrm=iso&tlng=es.

⁸ *Idem*.

Respecto al anterior concepto de *precariedad*, Massi combina la postura de dos autores, donde existen distintas unidades de análisis: la evaluación de las condiciones de trabajo, que alude a puestos precarios, y el análisis de los sentidos del trabajo y capacidades de acción, que se centra en los sujetos en condiciones de precariedad. A partir de abordajes cuantitativos, no es posible avanzar en las dimensiones subjetivas, por lo que el análisis se centrará en la precariedad en torno a las condiciones de empleo, ya que es un fenómeno complejo y completo que se dimensiona con distintas variables, algunas de ellas imposibles de medir, por ser cualitativos.

Ahora bien, comenzando el análisis desde el marco legal del trabajo, la Ley Federal del Trabajo (LFT) clasifica, principalmente, las condiciones de trabajo en el salario, así como las prestaciones laborales (aguinaldo, vacaciones, prima vacacional y reparto de utilidades),⁹ la jornada laboral¹⁰ y la seguridad social.¹¹ Con la reforma laboral del 2012 se presentaron varias modificaciones, justamente en torno a las condiciones de trabajo.

⁹ De acuerdo con el artículo 87 de la LFT, el aguinaldo es el equivalente a 15 días de salario diario, que se paga cada año antes del 20 de diciembre. Los artículos 76 al 81 de la LFT disponen que las vacaciones comienzan con seis días en el primer año cumplido, y cada año subsecuente aumentan dos días hasta llegar al quinto año; a partir del sexto año aumentan dos días cada cinco años. Las vacaciones se relacionan con la prima vacacional, correspondiente al 25% de las vacaciones gozadas anualmente. Por otra parte, los artículos 117 al 120 establecen el reparto de utilidades, cuyo pago se calcula sobre el 10% del rendimiento obtenido por la empresa, siempre que la empresa no esté exceptuada de pagarlo.

¹⁰ Los artículos 56, 57 y 58 de la LFT regulan los tipos de jornada ordinaria: diurna, de ocho horas; nocturna, de siete horas; y mixta, de siete horas y media. Después de la jornada ordinaria, se prevé la jornada extraordinaria en los artículos 66 al 69 de la misma ley, la cual se paga al doble de su valor las primeras nueve horas laboradas, y a partir de la décima se pagan al triple las horas restantes.

¹¹ La Ley del Seguro Social (LSS) establece, en su artículo 12, como sujetos de aseguramiento dentro del régimen obligatorio a todos aquellos que cuenten con una relación laboral de acuerdo con la LFT. Dicho régimen, comparado con el régimen voluntario, tiene una mayor cobertura en cuanto a las prestaciones en dinero y especie; las prestaciones en dinero incluyen los subsidios o pensiones, y las prestaciones en especie, la atención médica, hospitalaria, medicamentos, prótesis y ortopedia, así como la rehabilitación. A diferencia del régimen voluntario, que únicamente establece como derecho las prestaciones en especie, más no las prestaciones en dinero.

3. REFORMA LABORAL DE 2012

La reforma laboral mexicana del 30 de noviembre de 2012¹² realizó varios cambios respecto a las condiciones de trabajo. Estableció nuevas modalidades de contratación, como los contratos a prueba, de capacitación inicial, de temporada y la nueva figura de la subcontratación; contratos que, en todos los casos, se caracterizan por fijar un tiempo de duración determinado. Según la exposición de motivos, dichas modificaciones tenían como propósito la generación de empleos y el trabajo decente, lo que no se aclaró en la exposición de motivos es que dicha generación de empleos sería parcial, ya que se establece por tiempos definidos.

Para la nueva figura de la subcontratación, conocida como el *outsourcing*,¹³ se crearon cuatro nuevos apartados en el artículo 15, esto es, A, B, C y D, regulando que los contratos deberían celebrarse siempre por escrito; también se limitó la subcontratación para que no pudiera abarcar la totalidad de las actividades iguales o similares que se desarrollen en el centro de trabajo y la empresa que se contrata, además, debía justificarse la necesidad de trabajadores especializados para contratar al personal por medio de otra empresa; en cuanto a las obligaciones de la empresa beneficiada de los servicios, ésta tendría la obligación de cerciorarse del cumplimiento de las obligaciones del subcontratista, ya que existe una corresponsabilidad entre la empresa beneficiaria de los servicios y la empresa subcontratista, conocida como responsabilidad solidaria.¹⁴

Respecto a los contratos con periodo a prueba o capacitación, se estableció que los empresarios pueden contratar al personal nuevo, estableciendo

¹² Reforma laboral, resumen ejecutivo [consulta: 12 de septiembre de 2016]. Disponible en: <http://reformas.gob.mx/wp-content/uploads/2014/08/Resumen-de-la-Explicacion-de-la-Reforma-Laboral-.pdf>

¹³ El *outsourcing* en México se denominó como subcontratación, celebrada por una empresa subcontratante y otra empresa subcontratista; la primera es la que contrata los servicios especializados de la segunda; y la segunda contrata al personal para que labore en las instalaciones de la primera.

¹⁴ La responsabilidad solidaria, regulada en el artículo 15 de la LFT, consiste en la corresponsabilidad que tienen las dos empresas que participan en la contratación, una como contratante y otra al beneficiarse de los trabajos realizados por los trabajadores. Antes de la reforma del 2012, no existía la figura de la subcontratación, así que la única manera de fincar responsabilidad para ambas empresas por parte de la autoridad dentro de los juicios era mediante la responsabilidad solidaria.

el periodo de un mes para poner a prueba a los trabajadores y que, al finalizar dicho periodo, se evalúe al trabajador respecto al perfil solicitado; por su parte, en el periodo de capacitación lo único que cambia es que el tiempo para capacitar inicialmente al trabajador es de tres meses y el objetivo es capacitar al trabajador en lugar de ponerlo a prueba. En ambos casos, al terminar el periodo se evalúan las capacidades, habilidades y aptitudes del candidato para definir su situación laboral; en caso de no acreditar la evaluación, se despide al trabajador, y este despido será justificado.¹⁵

Al respecto, se debe analizar si a partir de la implementación de la reforma laboral disminuyeron los niveles de desempleo como se planteó en la exposición de motivos, independientemente de otros factores que no están relacionados con las formas de contratación, pues son un reflejo de la precariedad, como es el caso de los ingresos.

4. CON INGRESOS: SALARIO

En este apartado se analizan los salarios del periodo 2007-2017, así como la actualización hasta el año 2020; esto último, únicamente para actualizar la información. De acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), del Instituto Nacional de Estadística y Geografía de México (INEGI), del año 2007 al 2017, realizada con la Población Económicamente Activa (PEA).

Al respecto, el salario mínimo en México ha caído más de 70% en términos reales en las últimas tres décadas.¹⁶ Tan sólo en el último trimestre de 2017, 41% la población recibía un ingreso laboral inferior al costo de la canasta básica alimentaria de 3,006.44 pesos; y de 2007 a 2017 el ingreso laboral *per cápita* perdió 29% de su valor. Hay más empleos, pero mal pagados. El salario mínimo mensual de 2017 fue de \$2,686.00; por lo tanto, dicho salario mínimo no bastaba para comprar ni los productos de la canasta básica.¹⁷

¹⁵ Ley Federal del Trabajo, artículo 37.

¹⁶ *Cfr.* Campos, Raymundo *et al.*, El impacto de salario mínimo en los ingresos y en el empleo en México, Serie Estudios y Perspectivas, ONU, Cepal, sede subregional en México, número 162, México, marzo 2015, p. 27.

¹⁷ *Cfr.* Cantú, Jesús, El nuevo TLCAN y la revalorización del trabajador, *Proceso*, número 2183, México, 2 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.proceso.com>.

LA PRECARIEDAD LABORAL EN MÉXICO

Esta situación del poder adquisitivo persiste. En la primera quincena de 2020 la canasta básica de 80 productos costó 99.47 pesos más que en 2019, lo que implica un incremento 3.47%. Para adquirirla, se deben gastar 2,780.28 pesos en total, equivalentes a 22.56 días del salario mínimo vigente, el cual aumentó 20% desde el primer minuto del año respecto al que regía en 2019, al autorizarse en 123.22 pesos, salvo en la frontera norte.¹⁸

La siguiente tabla, elaborada por el Observatorio de los Salarios, clasifica a las personas con base en el número de salarios mínimos percibidos, que se ubican en tres categorías: pobreza monetaria, umbral de la pobreza y fuera de la pobreza, según sus ingresos:

Salarios mínimos	%	Porcentaje acumulado	Situación de pobreza
Más de un salario mínimo	10.4	64.1	Pobreza monetaria
Más de 1 y hasta 2	9.4		
Más de 2 y hasta 3	11.6		
Más de 3 y hasta 4	10.8		
Más de 4 y hasta 5	8.9		
Más de 5 y hasta 6	7.0		
Más de 6 y hasta 7	6.1		
Más de 7 y hasta 8	4.6	4.6	<i>Umbral/línea de pobreza</i>
Más de 8 y hasta 9	4.0	31.2	Fuera de pobreza por ingresos
Más de 9 y hasta 10	3.3		
Más de 10 y hasta 11	11.6		
Más de 11 y hasta 19	12.2		
Más de 20	0.2		
Total	100	100	

Fuente: Observatorio de los Salarios.¹⁹

[mx/549711/el-nuevo-tlcan-y-la-revalorizacion-del-trabajador](http://www.juridicas.unam.mx/549711/el-nuevo-tlcan-y-la-revalorizacion-del-trabajador).

¹⁸ González G., Susana, Canasta básica se encareció \$100 al iniciar el 2020, *La Jornada*, miércoles 15 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/economia/2020/01/15/canasta-basica-se-encarecio-100-al-arrancar-2020-7371.html>.

¹⁹ Cfr. Reyes Hernández, Miguel y Romero, Wilson, Los mercados laborales, pobreza y desigualdad desde un enfoque de derechos humanos, Observatorio de los Salarios, Red de Homólogos sobre Desigualdad y Pobreza, AUSJAL, Universidad Iberoamericana, Puebla, 2017. Disponible en: <http://redsalarios.org/app/uploads/594c205f8003f.pdf>.

La población asalariada de 2017 estaba clasificada de la siguiente manera: 64.1% de la población se encuentra en situación de pobreza monetaria, de los cuales 10.4% percibe un salario mínimo, 9.4% recibe entre uno y dos salarios mínimos, 11.6% cobra entre dos y tres salarios mínimos, 8.9% recibe entre cuatro y cinco salarios mínimos, 7% cobra entre cinco y seis salarios mínimos, 6.1% percibe entre seis y siete salarios mínimos. En la segunda categoría, 4.6% de la población se encuentra en el umbral de la pobreza, justo en el límite, percibiendo de siete a ocho salarios diarios. Por último, en la categoría que se encuentra fuera de la pobreza, 32.3% de los asalariados percibe entre ocho y 19 salarios mínimos diarios, y 0.2% de la población asalariada percibe más de 20 salarios mínimos.

Sin duda, el dato más alarmante de la tabla es el porcentaje de la población con pobreza monetaria, ya que del 100% de la población asalariada, 64.1% percibe un ingreso que los posiciona en pobreza monetaria, lo cual repercute directamente en el nivel de vida de toda esa población, puesto que no cuenta con ingresos suficientes para lograr más allá de subsistir.

Desde el punto de vista legal, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), respecto a los salarios, establece, en su artículo 123, que deben ser suficientes para las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos.²⁰

²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, DOF 5 de febrero de 2017, última reforma aplicada DOF 9 de agosto de 2019.

Apartado A

Fracción VI, segundo párrafo: Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos. Los salarios mínimos profesionales se fijarán considerando, además, las condiciones de las distintas actividades económicas.

Fracción VII. Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.

Apartado B

Fracción IV, segundo párrafo

En ningún caso los salarios podrán ser inferiores al mínimo para los trabajadores en general en las entidades federativas...

Por su parte, la ley reglamentaria del artículo 123, la Ley Federal del Trabajo (LFT), indica que el salario debe ser remunerador y nunca menor al fijado como mínimo.²¹

Como se puede observar, tanto la CPEUM como la LFT ordenan que el salario debe ser suficiente o remunerador; en otras palabras, un salario que alcance para cubrir las necesidades, materiales, sociales y culturales elementales de la familia. Sin embargo, la última tabla de los salarios analizada muestra la disparidad en los ingresos de los mexicanos, donde más del 60% de la población asalariada tiene pobreza monetaria, por lo que esto demuestra la realidad que se vive y evidencia que no se cumple con los preceptos normativos, pues es un tema que no se resuelve modificando normas.

De acuerdo con lo anterior, es necesario redireccionar las políticas públicas más que hacer reformas a la ley, para buscar el aumento del poder adquisitivo del salario de acuerdo con la inflación y el costo real de la canasta básica; para estar en posibilidades de mejorar el nivel de vida para la población, primero se tiene que reconocer que el problema no es normativo, sino que se trata de un tema de administración. Los recursos públicos que se canalizan deben aumentar en rubros sociales, ya que esto ha impactado negativamente en los derechos sociales de los trabajadores.

²¹ Ley Federal del Trabajo, México, DOF 1 de abril de 1970, última reforma publicada DOF 2 de julio de 2019.

Artículo 82. Salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo.

Artículo 85. El salario debe ser remunerador y nunca menor al fijado como mínimo de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. Para fijar el importe del salario se tomarán en consideración la cantidad y calidad del trabajo.

Artículo 90.- Salario mínimo es la cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios prestados en una jornada de trabajo.

El salario mínimo deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos.

Se considera de utilidad social el establecimiento de instituciones y medidas que protejan la capacidad adquisitiva del salario y faciliten el acceso de los trabajadores a la obtención de satisfactores.

5. SIN INGRESOS: DESEMPLEO

En inglés, el término *unemployment* aparece en el diccionario con su significado actual a finales del siglo XIX. De acuerdo con el *New Dictionary of Historical Principles*, el término estaba en uso desde el año 1600, pero con un significado distinto: efectivamente, se refería a hombres y cosas inutilizadas. En cambio, para definir la condición de las personas sin trabajo se aplicaba el término *idleness*, y no es casual que signifique no sólo desempleo, sino también ocio. En definitiva, para definir al desempleado se aplicaba un término implícitamente despreciativo, ya que quien era *idle*, estaba sin trabajo. En Francia, los términos *chomage* y *chomeur* tienen un origen incierto. De acuerdo con John Garraty, citado por Enrico Pugliese, estos términos tienen una connotación estigmatizante. *Chomage* se deriva del griego *kauma* (calor) y procede del latín medieval *caumare*, que significaba tomárselo con calma en el momento del calor diurno. El cambio semántico que sufre esta palabra, referida a los obreros carentes de trabajo, irá seguido de la conformación de la palabra *chomeur*, que aparecerá con el significado de desempleado en 1876.²²

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece que el desempleo se compone de todas las personas de una determinada edad, de acuerdo con cada país, que se encuentran en esta situación: a) sin trabajo, no trabajaban por cuenta ajena ni por cuenta propia; b) disponibles para trabajar en la actualidad y c) buscando trabajo, la condición de desempleo. El desempleo queda definido por tres dimensiones esenciales: la de no trabajar, la de estar disponible para aceptar un empleo y la de esforzarse por buscarlo.²³

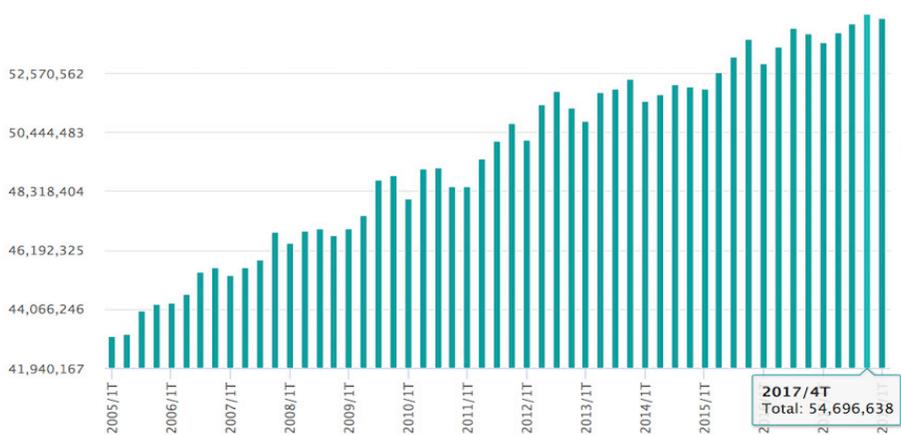
Según datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), del Instituto Nacional de Estadística y Geografía de México (INEGI), del año 2007 al 2017, comparando a la Población Económicamente Activa (PEA) con la población con ocupación parcial y en desocupación —personas desocupadas son aquellas que no tuvieron ninguna actividad o

²² Cfr. Pugliese, Enrico, Qué es el desempleo, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, número 34, abril 2000, p. 59.

²³ Cfr. Steven Miller, *Hacia el derecho al trabajo: Una guía para la elaboración de programas públicos de empleo innovadores*, Oficina Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2014. p. 3.

LA PRECARIEDAD LABORAL EN MÉXICO

que, si la tuvieron, no fue de más de 15 horas a la semana—. El índice de desocupación se ha mantenido en los mismos rangos, tal como se muestra en las siguientes gráficas.²⁴



Fuente:
INEGI. Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo.

Esta gráfica presenta los niveles de desempleo por trimestre de 2005 a 2017, así como los millones de personas que corresponden a cada trimestre. Del 2007 al 2017, la tasa de desocupación en la economía mexicana ha estado lejos de generar los 1.2 millones de empleos que exige el aumento anual de la PEA. Ni siquiera el creciente flujo migratorio de mexicanos a Estados Unidos ha evitado que la tasa de desocupación bruta aumentara entre 2000 y 2010.

Aunque entre 2004 y 2008 el empleo creció de manera importante como resultado del incremento del Producto Interno Bruto (PIB) real, continúa siendo insuficiente para cubrir los rezagos, que se acentuaron con la reciente crisis económica del 2008. Al mismo tiempo, se presenta una nueva característica: el empleo formal se parece cada vez más al in-

²⁴ Cfr. Ruiz Nápoles, Pablo y Ordaz Díaz, Juan Luis, Evolución reciente del empleo y el desempleo en México, *Revista Economía*, volumen 8, número 23, 2011, p. 91.

formal. No sólo ha crecido el desempleo, sino también la población ocupada sin prestaciones sociales, así como los empleos informales.²⁵

Desempleo	
Periodo	Periodo
2007	5.9
2008	5.6
2009	6.8
2010	6.8
2011	6.3
2012	6.2
2013	6.2
2014	6.6
2015	5.3
2016	5.0
2017	4.6

Fuente: INEGI-ENOE.²⁶

Como se puede observar, los niveles de desempleo de los últimos años han sido de 5.9% en 2007, que se redujo en 2008 a 5.6%, en 2009 aumentó a 6.8%, en 2010 permaneció en 6.8%, en 2011 se redujo 6.3%, en 2012 disminuyó a 6.2%, en 2013 aumentó a 6.2%, en 2014 se incrementó a 6.6%, en 2015 bajó a 5.3% promedio, en 2016 continuó disminuyendo a 5.0% y la tasa de desocupación en 2017 fue de 4.6% promedio.

Según la ENOE,²⁷ la tasa más baja ha sido la del 2017, que fue de 3.4% comparada con los anteriores nueve años del periodo analizado. Como dato adicional, fuera del periodo analizado, a fin de actualizar la investigación, en 2018 la tasa aumentó a 3.6%. Para el 2019 la tasa disminuyó a 3.1%, y para enero del 2020 la tasa comenzó con un porcentaje de 3.7%.

Sería importante que la disminución de la tasa se conservara en el porcentaje histórico del 2017, sin embargo, en 2018 la tasa aumentó; en 2019

²⁵ Cfr. Ruiz Nápoles, Pablo y Ordaz Díaz, Juan Luis, *op. cit.*, p. 92.

²⁶ *Tasa de desocupación histórica en México*, Secretaría del Trabajo y Previsión Social [consulta: 23 de junio de 2018]. Disponible en: <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=tasa+desocupacion+historica+en+mexico&ie=UTF-8&oe=UTF-8>.

²⁷ *Tasa de desocupación histórica en México*, *op. cit.*

LA PRECARIEDAD LABORAL EN MÉXICO

disminuyó, y para este año 2020 la tasa aumentó a 3.7%.²⁸ Se considera que uno de los factores de estos movimientos se debe a los tipos de contratos temporales que se celebran, ya que no se estabiliza la tasa de desempleo, sino que se disfraza la situación real del desempleo.

En resumen, la tasa de desempleo del periodo analizado (2007-2017) ha tenido una tendencia a subir; tomando como última fecha la analizada adicionalmente, veamos ahora los años 2019 y 2020.



Fuente: Proyectos México.²⁹

Se comienza por recordar que la tasa más baja y, por lo tanto, histórica en el periodo analizado fue la de 2017, aunque también es destacable que en 2018 tuvo una diferencia a la alta, de dos puntos, y para el 2019 la tasa bajó aún más. Desafortunadamente, en los primeros meses de este año 2020 la tasa volvió a aumentar, por lo que no hay una tendencia a la baja que mantenga la tasa de desocupación. Respecto al análisis, se concluye que las estrategias que se han implementado en los últimos años, según datos cuantitativos, no han mejorado la situación del desempleo en el país; sin duda, un tema de urgencia para la sociedad por las repercusiones que esto provoca, pues se trata de la población que no cuenta con ingresos fijos.

²⁸ *Por qué invertir en México*, Proyectos México, Gobierno de México. Disponible en: https://www.proyectosmexico.gob.mx/por-que-invertir-en-mexico/mercado-potencial/sd_historico-tasa-de-desempleo-en-mexico/.

²⁹ *Idem*.

6. SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social se refiere al bienestar de los ciudadanos integrantes de una comunidad. La Organización Internacional de Trabajo define *seguridad social* como la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso; en particular, en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.³⁰

La seguridad social tiene una profunda repercusión en todos los sectores de la sociedad. Hace que los trabajadores y sus familias tengan acceso a la asistencia médica y cuenten con protección contra la pérdida de ingresos, ya sea durante cortos periodos en caso de desempleo, maternidad o enfermedad, o durante periodos largos debido a la invalidez o a un accidente del trabajo. Proporciona ingresos a las personas durante sus años de vejez. Los niños se benefician de los programas de seguridad social destinados a ayudar a sus familias para cubrir los gastos de educación. Para los empleadores y las empresas, la seguridad social ayuda a mantener unas relaciones laborales estables y una fuerza de trabajo productiva. La seguridad social puede también contribuir a la cohesión social y al crecimiento y desarrollo general del país mediante la mejora de las condiciones de vida, amortiguando los efectos de las transformaciones estructurales y tecnológicas en las personas y, por tanto, sentando las bases para un enfoque más positivo sobre la globalización.³¹

A partir de la reforma constitucional del 10 junio del año 2011, la seguridad social como derecho humano se encuentra protegida por la CPEUM; por su parte, el artículo 123 establece el derecho humano a la seguridad social.³² En la actualidad, México cuenta con varios sistemas de seguridad

³⁰ Normas Internacionales de Trabajo sobre la Seguridad Social. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/social-security/lang-es/index.htm>.

³¹ Hechos concretos sobre la seguridad social. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf.

³² Artículo 1. 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, así como de las garantías para su protección, cuyo

LA PRECARIEDAD LABORAL EN MÉXICO

social, de los cuales destaca la institución pública que provee de mayor seguridad social: el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

Según la tabla del Coneval, en el rubro de acceso a la seguridad social:

Tabla 2.
 Medición de la pobreza, Estados Unidos Mexicanos, 2008-2018.



Cuadro 1
Medición de la pobreza, Estados Unidos Mexicanos, serie 2008-2018
Porcentaje, número de personas y carencias promedio por indicador de pobreza, 2008-2018

Indicadores	Estados Unidos Mexicanos																	
	Porcentaje										Miles de personas							
	2008	2010	2012	2014	2016	2018	2008	2010	2012	2014	2016	2018	2008	2010	2012	2014	2016	2018
Pobreza																		
Población en situación de pobreza	44.4	45.1	45.5	45.2	43.6	41.9	49.5	52.0	53.3	55.3	53.4	52.4	2.8	2.6	2.4	2.3	2.2	2.2
Población en situación de pobreza moderada	33.3	34.8	35.7	36.6	35.9	34.5	37.2	39.8	41.0	43.9	44.0	43.1	2.4	2.2	2.0	1.9	1.9	1.9
Población en situación de pobreza extrema	11.0	11.3	9.8	9.5	7.6	7.4	12.3	13.0	11.5	11.4	9.4	9.3	3.9	3.8	3.7	3.6	3.5	3.6
Población vulnerable por carencias sociales	32.3	28.1	28.6	26.3	26.8	29.3	36.0	32.1	33.5	31.5	32.9	36.7	2.0	1.9	1.8	1.8	1.7	1.7
Población vulnerable por ingresos	4.7	5.9	6.2	7.1	7.0	6.9	5.2	6.7	7.2	8.5	8.6	8.6	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Población no pobre y no vulnerable	18.7	19.9	19.8	20.5	22.6	21.9	20.9	22.8	23.2	24.6	27.8	27.4	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Privación social																		
Población con al menos una carencia social	76.6	74.2	74.1	72.4	70.4	71.2	85.5	85.0	86.9	86.8	86.3	89.1	2.4	2.3	2.2	2.1	2.0	2.0
Población con al menos tres carencias sociales	31.7	28.2	23.9	22.1	18.7	18.8	35.4	32.4	28.1	26.5	23.0	23.5	3.7	3.6	3.5	3.5	3.4	3.4
Indicadores de carencia social																		
Rozaje educativo	21.9	20.7	19.2	18.7	17.4	16.9	24.5	23.7	22.6	22.4	21.3	21.1	3.2	3.1	2.9	2.8	2.6	2.7
Carencia por acceso a los servicios de salud	38.4	29.2	21.5	18.2	15.5	16.2	42.8	33.5	25.3	21.8	19.1	20.2	3.0	3.0	2.8	2.8	2.7	2.7
Carencia por acceso a la seguridad social	65.0	60.7	61.2	58.5	55.8	57.3	72.5	69.6	71.8	70.1	68.4	71.7	2.6	2.5	2.3	2.3	2.2	2.1
Carencia por calidad y espacios de la vivienda	17.7	15.2	13.6	12.3	12.0	11.1	19.7	17.4	15.9	14.8	14.8	13.8	3.7	3.6	3.4	3.3	3.1	3.2
Carencia por acceso a los servicios básicos en la vivienda	22.9	22.9	21.2	21.2	19.3	19.5	25.5	26.3	24.9	25.4	23.7	24.7	3.6	3.3	3.2	3.1	2.9	2.9
Carencia por acceso a la alimentación	21.7	24.8	23.3	23.4	20.1	20.4	24.3	28.4	27.4	28.0	24.6	25.5	3.3	3.0	2.9	2.8	2.6	2.6
Bienestar																		
Población con ingreso inferior a la línea de pobreza extrema por ingresos	16.8	19.4	20.0	20.6	17.5	16.8	18.7	22.2	23.5	24.6	21.4	21.0	3.1	2.9	2.5	2.5	2.4	2.4
Población con ingreso inferior a la línea de pobreza por ingresos	49.0	52.0	51.6	53.2	50.6	48.8	54.7	59.6	60.6	63.8	62.0	61.1	2.5	2.3	2.1	2.0	1.9	1.9

Fuente: estimaciones del CONEVAL con base en el MCS-ENIGH 2008, 2010, 2012, 2014 y el MEC del MCS-ENIGH 2016 y 2018.

Fuente: Coneval.

La tabla anterior, en el indicador de carencia social, en el segundo nivel, muestra la carencia por acceso a la seguridad social, tomando como base a las millones de personas del país y el porcentaje de la población que no tiene acceso.

En 2008, 65% de la población carecía de seguridad social, para 2010 disminuyó a 60.7%; posteriormente, en 2012, aumentó a 61.2%; en 2014 volvió a bajar a 58.5%, y en 2018 siguió bajando a un porcentaje de 57.3. Es evidente que en el periodo analizado los niveles de carencia en la seguridad social han disminuido, lo que podría ser un efecto de los contratos temporales que se celebran, ya que la tasa se mantiene, pero esto no confirma que los trabajadores tengan estabilidad en el empleo.

ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

7. CONCLUSIÓN

La base teórica del neoliberalismo tiene como característica la ruptura de la división social del trabajo, una revolución científico-tecnológica de los medios de producción y, por lo tanto, cambios en el derecho laboral, la regulación flexible del trabajo, los bajos salarios y un marcado distanciamiento del sistema de protección social para los trabajadores. Además, el fenómeno de la globalización amplía a nivel internacional estas características conocidas como el neoliberalismo, que destruye algunas garantías sociales de los trabajadores.

Las nuevas políticas de desprotección laboral y los salarios precarios han empujado a millones de trabajadores a empleos deficientes, eventuales, con menos protección social y mal pagados, lo cual se puede verificar con las cifras oficiales en México de los ingresos, el acceso a la seguridad social y el desempleo.

Para poder demostrarlo se analizaron las condiciones de trabajo que cuentan con indicadores como el salario para los trabajadores con ingresos, el desempleo para personas sin ingresos y el acceso la seguridad social; esto, con base en la clasificación en la LFT de las condiciones de trabajo. En cuanto a los ingresos, esta investigación se centró en el análisis del informe del observatorio de los salarios, que clasifica a los trabajadores de acuerdo con sus ingresos en tres categorías: pobreza monetaria, umbral-línea de pobreza y sin pobreza monetaria. Lo más alarmante de la tabla es que, de la totalidad de la población asalariada, 64.1% tiene pobreza monetaria, ya que sus ingresos son insuficientes; pueden percibir de uno a siete salarios mínimos. Un salario mínimo no alcanza ni para comprar los productos de la canasta básica. Los trabajadores que se encuentran en el umbral de la pobreza corresponden al 4.6% de la población asalariada, y 31.4% vive sin pobreza monetaria.

Esta tabla evidencia la alta disparidad en los salarios que se perciben en el país; 64.1% de los trabajadores no logra una satisfacción en sus ingresos, y eso imposibilita su integración social por tal carencia; por ello, es necesario establecer nuevas estrategias en torno a las políticas públicas del salario mínimo, ya que debe ser remunerador. Es importante que aumente y, a la vez, se mantenga en los mismos niveles del poder adquisitivo que se ha ido perdiendo en los últimos treinta años. De nada sirve

aumentar el salario si eso no se traduce en el empoderamiento de sus ingresos.

En relación con el tema del desempleo, en el periodo analizado las cifras oscilaban entre 4.6% y 6.8% (2009, la tasa más alta). La tasa más baja fue la de 2017, de 4.6%, comparada con los anteriores nueve años. Si la disminución de esa tasa se conservara, podría considerarse como un verdadero logro en el abatimiento del empleo; pero si se analiza por trimestre, la tasa de 4.6% en 2017 y 2018 no se conservó en los cuatro trimestres del año respectivo debido a las altas y bajas en las contrataciones laborales; es decir, relaciones laborales temporales, sinónimo de inestabilidad laboral. Para 2019 la cifra volvió a aumentar a 4.7%, y para el 2020 el escenario se presenta a la alza. Al parecer, el disfraz de abatimiento en el desempleo se logra mediante la contratación laboral eventual; por ello, los porcentajes de desempleo bajaron a partir del 2012, precisamente el año de la reforma laboral, tema desarrollado en esta investigación. A partir de entonces es posible contratar parcialmente a un trabajador. A partir de 2012 la tasa de desempleo fue bajando considerablemente; hay que recalcar que la tasa se promedia con cuatro trimestres del año. Mediante la contratación temporal se mantiene la tasa; eso no demuestra que los empleos sean estables. Es imposible reducir la tasa de desempleo ante la posibilidad de contratar por temporada; mientras se permita ese tipo de contrataciones, los índices de desempleo se mantendrán o aumentarán según las necesidades de las empresas, ya que no se protege la estabilidad en los empleos de los trabajadores.

El periodo analizado y actualizado hasta el 2020 muestra que el periodo de gobierno del anterior presidente sí tuvo una baja en los niveles de desempleo; sin embargo, se considera que la razón se debe más a las nuevas modalidades de contratación que a un verdadero abatimiento. Respecto a la actualización hecha en la investigación, aún no se puede establecer si la tendencia del desempleo será menor o mayor, ya que los dos años del actual gobierno en cuanto a la tasa han sido muy diferentes, sin dejar de considerar que la tasa histórica de 2017 ya fue suplida por una nueva tasa histórica del actual gobierno.

Probablemente el periodo analizado no muestra que la precariedad se haya agudizado en relación con la seguridad social como se planteó al inicio de la investigación, sin embargo, sí demuestra que los índices son

muy altos respecto a la carencia en la seguridad social y, por lo tanto, a la carencia de empleo, ya que la seguridad social y el empleo están íntimamente relacionados; es decir, si los trabajadores tienen empleo, entonces también tienen derecho a la seguridad social dentro del régimen obligatorio. En resumen, la carencia de acceso a la seguridad social implica carencia de empleos.

8. REFERENCIAS

Bibliografía

Campos, Raymundo *et al.*, *El impacto de salario mínimo en los ingresos y en el empleo en México*, Serie Estudios y Perspectivas, México, ONU, Cepal, número 162, marzo 2015.

Hemerografía

Cantú, Jesús, El nuevo TLCAN y la revalorización del trabajador, *Revista Proceso*, número 2183, 2 de septiembre de 2018.

Dörre, Klaus, Política, Landnahme: un concepto para el análisis de la dinámica capitalista, o superando a Polanyi con Polanyi, *Política, Revista de Ciencia Política*, volumen 54, número 2, Chile, 2016.

González G., Susana, Canasta básica se encareció \$100 al iniciar el 2020, *La Jornada*, miércoles 15 de enero de 2020. Consultado en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/economia/2020/01/15/canasta-basica-se-encarecio-100-al-arrancar-2020-7371.html>.

Hechos concretos sobre la seguridad social, reporte de la OIT. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf.

Heller, Pablo, Incertidumbre y capitalismo, *Revista Topía, La Incertidumbre como Búsqueda*, número 82, Argentina, abril 2018.

Julián Vejar, Dasten, La precariedad laboral, modernidad y modernización capitalista: Una contribución al debate desde América Latina, *Trabajo y Sociedad*, volumen XVII, número 23, Argentina, invierno 2014.

Miller, Steven, Hacia el derecho al trabajo: Una guía para la elaboración de programas públicos de empleo innovadores, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, 2014.

- Mora Salas, Minor y De Oliveira, Orlandina, La degradación del empleo asalariado en los albores del siglo XXI: Costa Rica y México, *Papeles de Población*, volumen 15, número 61, tercer trimestre de 2009.
- Mora Salas, Minor, Ajuste y empleo: la precarización del trabajo asalariado en la era de la globalización, *Revista Estudios Sociológicos*, volumen XXVIII, número 83, México, 2010.
- Normas internacionales de trabajo sobre la seguridad social, Organización Internacional del Trabajo. Consultado en: <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/social-security/lang--es/index.htm>.
- Porque invertir en México, Proyectos México, Gobierno de México. Consultado en: https://www.proyectosmexico.gob.mx/por-que-invertir-en-mexico/mercado-potencial/sd_historico-tasa-de-desempleo-en-mexico/.
- Pugliese, Enrico, Qué es el desempleo, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, número 34, España, abril 2000.
- Reyes Hernández, Miguel Santiago, En precariedad laboral 66.5% de jóvenes asalariados mexicanos, *Observatorio de Salarios de la Ibero*, México, 2018.
- Reyes Hernández, Miguel y Romero, Wilson, Los mercados laborales, pobreza y desigualdad desde un enfoque de derechos humanos, Puebla, O 2017, Red de Homólogos sobre Desigualdad y Pobreza, AUSJAL, Universidad Iberoamericana, 2017.
- Ruiz Nápoles, Pablo y Ordaz Díaz, Juan Luis, Evolución reciente del empleo y el desempleo en México, *Revista Economía*, volumen 8, número 23, México, 2011.
- Seguro Popular. Consultado en: http://www.salud.gob.mx/transparencia/inform_adicional/Seguro%20Popular_La%20salud_cerca_todos.pdf.
- Tasa de desocupación histórica en México*, Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Recuperado de: <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=tasa+desocupacion+historica+en+mexico&ie=UTF-8&oe=UTF-8>.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, DOF 05/02/2017, última reforma aplicada DOF 09/08/2019.

Ley Federal del Trabajo, México, DOF 01/04/1970, última reforma publicada DOF 02/07/2019.

Ley del Seguro Social, 2019, México, DOF 01/04/1970, última reforma publicada DOF 02/07/2019.

Reforma laboral, resumen ejecutivo. Recuperado de: <http://reformas.gob.mx/wp-content/uploads/2014/08/Resumen-de-la-Explicacion-de-la-Reforma-Laboral-.pdf>.

Regionalismo en proceso¹

GUSTAVO ADOLFO ISLAS CADENA²

En los últimos años se han observado importantes cambios políticos a nivel mundial, como la victoria de Donald Trump en las elecciones de Estados Unidos bajo su lema “Make America Great Again”, o el ascenso del Boris Johnson en el gobierno del Reino Unido y la obtención de la mayoría en el parlamento británico por parte del partido conservador, por lo cual se puede considerar una época de cambios y redireccionamiento de la política internacional.

Por su parte, América Latina no ha sido ajena a esta tendencia, pues ha mostrado importantes virajes políticos que podían vislumbrar el fin o pausa de la era de los gobiernos progresistas, por ejemplo, el arribo de Mauricio Macri y Jair Bolsonaro a las presidencias de Argentina y Brasil, respectivamente, quienes mostraron una postura económica a favor del neoliberalismo.

Igualmente, se debe resaltar que esta visión probablemente sufra nuevamente un cambio, al menos en Argentina, con la victoria de Alberto Fernández en las elecciones presidenciales de 2019. A todo lo anterior se suman las protestas en Chile, la salida de Evo Morales de la presidencia de Bolivia y el enfrentamiento de Nicolas Maduro y Juan Guaidó en Venezuela, lo que evidencia un escenario convulso e incierto en la región, en el cual se comienzan a buscar no sólo alternativas políticas al interior, sino también al exterior. Lo anterior se puede ver reflejado en la búsqueda de nuevas formas de integración, como el ingreso a mecanismos ya existentes, por ejemplo, la Alianza del Pacífico.

¹ Aparicio, Mariana y Muñoz, Tomás (coords.), *Retos y oportunidades de la Alianza del Pacífico en el actual contexto internacional convulso*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.

² Licenciado en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: islascadena.adolfo@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-5741-7726>

UNA ALIANZA ANTE LA INCERTIDUMBRE

El libro, coordinado por Mariana Aparicio Ramírez y Tomás Milton Muñoz Bravo, se compone de tres partes. En la primera participan diplomáticos que, con su experiencia, analizan el actuar de la Alianza del Pacífico; la segunda se enfoca en analizar rubros estratégicos para esta organización; para finalizar, la tercera parte se concentra en las relaciones de este organismo con el exterior.

En el primer capítulo el consejero Santiago Mateos Cibrián expone los primeros pasos y logros de la Alianza del Pacífico; pone especial énfasis en las áreas de Libre Movilidad de Bienes y Servicios, Capitales y Personas, así como en los mecanismos de cooperación y la inserción de esta organización en el escenario internacional. Cabe resaltar la visión optimista del autor, quien, a pesar de reconocer el poco dinamismo comercial intrarregional, lo observa más como una oportunidad que una complicación.

Por su parte, el embajador Francisco José Cruz y González comienza su análisis con las críticas recibidas desde algunos países sudamericanos hacia la Alianza del Pacífico, a la cual se observa como un mecanismo promotor del neoliberalismo. Posteriormente, se enfoca en las relaciones de esta organización con el Mercosur, y concluye con una reflexión sobre la importancia del doble carácter de México como país latinoamericano y norteamericano.

En el último capítulo de esta primera parte, el embajador Daniel Chuburu ofrece una visión externa de la Alianza del Pacífico, específicamente desde su postura como diplomático argentino. El autor examina el interés de Argentina hacia este mecanismo de integración desde una línea bilateral y multilateral a través del Mercosur, así como las diferencias, los retos y las oportunidades entre los dos grandes bloques económicos de América Latina.

En la segunda parte del libro, en el cuarto capítulo, Tomás Milton Muñoz Bravo inicia estableciendo un marco teórico sobre los procesos de integración y la libre movilidad de personas, el cual analiza posteriormente a través de un repaso histórico de las experiencias que han tenido otras organizaciones de América Latina, como la Comunidad Andina de Naciones, el Mercosur, el Mercado Común Centroamericano y la Co-

munidad del Caribe, destacando los avances de la primera. Este capítulo concluye exponiendo los avances de la Alianza del Pacífico en materia de libre movilidad de personas, que, desde la visión de autor, han sido significativos pero hay rubros que faltan por desarrollar en esta materia dentro del bloque comercial.

En el quinto capítulo, Aldo Blanco Jarvio centra su correspondiente análisis en los avances en materia de cooperación en educación que llevan a cabo los miembros de la Alianza del Pacífico, a través de su Grupo Técnico de Educación. Inicia contextualizando al lector sobre la situación económico-social y las deficiencias en los sistemas productivos de los países de este bloque económico; posteriormente, expone la relevancia que le han reconocido organismos internacionales a la educación técnico profesional; este aspecto se ha considerado como una oportunidad para poder cubrir el rezago de los sistemas productivos de los países de la Alianza del Pacífico. Concluye este apartado examinando de manera específica el caso mexicano.

En el capítulo sexto, María Antonio Correa Serrano y Enrique Catalán Salgado enfocan su estudio en el sector agrícola de los países de la Alianza del Pacífico y las oportunidades que ofrece el mercado de inversiones de China para dicho sector, ante los cambios que actualmente experimenta el escenario económico internacional. Su trabajo inicia con la revisión de las posibles consecuencias que puede traer la postura proteccionista de Estados Unidos a la Alianza del Pacífico y el comienzo de la ampliación del bloque económico a través del mecanismo de Estado Asociado; este último, observado como un acercamiento a la región del Asia-Pacífico, que es una de las prioridades de este organismo.

Posteriormente, se realiza el análisis de las oportunidades que representa el amplio mercado de China para el sector agrícola de América Latina, haciendo énfasis en la búsqueda del país asiático por cubrir sus necesidades alimentarias y su falta de suficientes campos disponibles para responder a estos objetivos, para lo cual los países de la Alianza del Pacífico representan una región con la capacidad para proveer estos recursos a través de la exportación. A continuación, los autores se enfocan en la inversión extranjera directa que puede recibir la región por parte del gigante asiático; lo anterior, impulsado por el interés chino de potenciar la producción agrícola en la región y con la finalidad de asegurar la

provisión de alimentos. A manera de conclusión, se sugiere aprovechar dicha inversión para mejorar el nivel técnico de la industria agrícola en los países de la Alianza del Pacífico, para ampliar sus encadenamientos productivos y añadir un mayor valor agregado a sus exportaciones.

La tercera parte del libro comienza con el análisis de Mariana Aparicio Ramírez, en el capítulo séptimo, sobre las consecuencias del nuevo proteccionismo estadounidense y la renegociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); realiza un examen de la postura que han tomado los tres países signatarios de este acuerdo. El capítulo parte de la contextualización del accionar de Washington respecto a sus políticas comerciales, a partir de la llegada de Donald Trump a la presidencia de los Estados Unidos; después, continua su análisis con la incorporación de Canadá a la Alianza del Pacífico y el CPTPP como alternativa al TLCAN para evitar un cambio brusco en sus relaciones económicas con México y potenciarlas con los demás países miembros del bloque latinoamericano.

El penúltimo capítulo, a cargo de Juan Carlos Gachuz Maya, expone los pros y contras del establecimiento del CPTPP para México, Perú y Chile. Se tiene como objetivo introducir al lector al acuerdo mediante un recuento de su proceso de negociación y la respuesta de los países ante la salida de Estados Unidos. Además, se revisan algunos de los objetivos principales de este tratado, por ejemplo, la reducción de la complejidad regulatoria, la protección a la propiedad intelectual y la mejora al comercio electrónico.

El autor prosigue con una revisión de los principales sectores que pueden ser potencializados como consecuencia de la firma del acuerdo, por ejemplo, la industria petrolera, agrícola, automotriz, en el caso mexicano, y minera, en el chileno. Lo anterior se realiza en el marco del análisis de los riesgos que implica el tratado, centrándose en la industria textil y de salud, en México, y medioambiental, en Perú. Cabe resaltar que, si bien se busca realizar un estudio respecto a los tres países signatarios del CPTPP y la Alianza del Pacífico, éste realiza un mayor énfasis en México. También se toman de manera breve los casos peruano y chileno, así como el interés de Colombia en el tratado megaregional.

Por último, el capítulo noveno, escrito por Isabel Gladys Clemente Battalla, analiza la postura de Uruguay hacia una inserción internacional en

materia comercial, así como las posibles direcciones que se pueden tomar desde Montevideo respecto a esta estrategia de política exterior. Comienza con la exposición de las políticas que ha realizado internamente el gobierno uruguayo para lograr la promoción internacional, principalmente mediante la instauración de instituciones enfocadas en dicho objetivo; asimismo, se realiza una revisión de las acciones a nivel bilateral, regional y multilateral, impulsadas por este cambio de estrategia.

Posteriormente, se indaga en la búsqueda de nuevos mercados por parte de Uruguay, lo cual se ha observado en el incremento de sus relaciones con la región Asia-Pacífico, especialmente con China, además de la atención especial que brinda este Estado sudamericano a los países de América Latina con litoral en el Pacífico, principalmente México y Chile, miembros de la Alianza, a la cual recientemente ingresó como Estado observador. La convergencia de esta organización con el Mercosur es el último tema que trata la autora en este libro.

VISIONES Y CONVULSIONES

El libro ofrece como puntos a resaltar la presentación de diversas perspectivas sobre los logros y dificultades de la Alianza, así como el presente y futuro de sus relaciones con Asia y el resto de América Latina. Lo anterior, mediante la inclusión de diplomáticos como autores de los primeros tres capítulos, quienes ofrecen una visión orientada al oficialismo que contrasta en algunos aspectos con lo presentado por investigadores; a esto se debe agregar la introducción a posiciones de países externos a la Alianza mediante los escritos del embajador Daniel Chuburu e Isabel Gladys Clemente Batalla. Así, se ofrece una pluralidad de pensamiento que funge como característica esencial del trabajo expuesto.

Por otra parte, el planteamiento de un análisis sobre una organización regional en América Latina, como lo es la Alianza, en el presente contexto mundial y regional ofrece algunas luces dentro de la niebla en que hoy se encuentra el regionalismo latinoamericano ante los constantes cambios políticos que experimenta el continente.

Por todo lo anterior, el libro coordinado por Aparicio Ramírez y Muñoz Bravo es un escrito recomendado para un primer acercamiento al análisis tanto de la situación actual del regionalismo en América Latina

RESEÑAS

como de los estudios de la Alianza del Pacífico en sus diversos campos de acción y sus relaciones hacia el exterior, en una constante búsqueda de nuevos mercados.

Derechos humanos: su evolución en México en el siglo XXI. Tomo III

RAMÓN GIL CARREÓN GALLEGOS¹

Esta obra es el tercer tomo de una serie de libros donde diversos autores reflexionan sobre aspectos históricos y actuales de los derechos humanos. Este tomo es editado por la Universidad Juárez del Estado de Durango, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas y del cuerpo académico Aspectos Constitucionales en la Reforma del Estado Mexicano UJED-CA-46. La obra en comento es coordinada por los investigadores Gabriela Guadalupe Valles Santillán y Raúl Montoya Zamora, quienes elaboraron su introducción. Cuenta con el prólogo del también investigador Edgar Alan Arroyo Cisneros, y está compuesta por siete artículos sobre diversos tópicos.

El primero de los artículos, elaborado por Martín Gallardo García, es titulado “El derecho a vivir sin violencia”; en él se desarrolla una aproximación conceptual a la noción de derechos humanos. Inicialmente, se aborda una definición de derecho natural, como referente histórico de la expresión y concepto de derechos humanos. Posteriormente, se lleva a cabo una exposición sobre las principales definiciones y concepciones sobre los derechos humanos y los derechos fundamentales, donde destacan las expresadas por instituciones públicas de carácter nacional e internacional.

Las definiciones dan la pauta para expresar las bases normativas de los derechos humanos en México y resaltar la importancia de protección del Estado para una vida sin violencia. En ese sentido, el artículo expresa algunos datos y reflexiones sustanciales sobre la violencia en el mundo, para posteriormente presentar, de manera sucinta y específica, diversos

¹ Ramón Gil Carreón Gallegos, Doctor con mención *Cum Laude* en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango, miembro del SNI Nivel I. Contacto: ramongil77@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-7633-1488>

datos sobre la crisis de violencia que vive México en los últimos años, lo que reafirma la urgente necesidad de reivindicar los derechos humanos como instrumentos para proteger la dignidad de las personas y otorgar una vida libre de violencia.

El segundo artículo, elaborado por Elda Ailed Baca Aguirre, se denomina “La protección de datos personales como derecho humano en México”. En esta aportación se desarrolla un análisis sobre la naturaleza, la definición, las características y la clasificación de los datos personales, para posteriormente analizar el marco jurídico mexicano sobre la materia. Así, se exponen de manera clara la reforma constitucional de 2009 y las bases normativas que regulan el derecho a la protección de datos personales en los artículos 6, 16 y 73, el segundo de los cuales contempla los derechos llamados ARCO, que consisten en los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición sobre los datos personales.

En líneas subsecuentes, el artículo expone un análisis sobre los mencionados derechos ARCO en el contexto de la concurrencia de las legislaciones federal y estatales, dando cuenta de cada uno de los derechos y su contenido, así como del procedimiento genérico para ejercerlos y las excepciones que la propia legislación prevé, en virtud de lo cual pueden ser limitados, concretamente por razones de seguridad del Estado o prevención, averiguación, detección y castigo de infracciones penales. Por último, el artículo expone, por un lado, la regulación normativa y las modificaciones que ha tenido el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), así como sus funciones principales; por el otro, se expresa la necesidad de la autolimitación que cada uno debe realizar para la protección de los datos personales en el contexto de una creciente invasión de la privacidad a través de las nuevas tecnologías.

El tercer artículo fue elaborado por Karen Flores Maciel, Luis Fernando Contreras Cortés y quien escribe estas líneas; lleva por título “La reforma estructural al organismo de transparencia en México”. Este apartado desarrolla inicialmente un análisis sobre el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su génesis en el sistema jurídico mexicano, que puede rastrearse de manera indirecta hasta el siglo XIX. En el texto constitucional de 1857 se establecía ya el derecho humano a la libre expresión de las ideas y al derecho de petición; este úl-

timo se relaciona indirectamente con el acceso a la información pública e implicaba la obligación del Estado de proporcionar información a través de una respuesta a una petición, sea que aquella fuese afirmativa o negativa a esta última.

En el trabajo se expone cómo en la reforma constitucional de 1977 no sólo se dio un gran avance en materia de desarrollo político plural y democrático, sino que además se reconoció el derecho a la información de las personas y la correspondiente obligación del Estado para garantizarlo. En ese contexto, el artículo muestra las diversas reformas constitucionales más importantes en materia de acceso a la información pública, concluyendo con la del año 2014, que consolidó al actual Instituto Nacional de Transparencia.

El artículo cuarto, elaborado por Edgar Alán Arroyo Cisneros, se denomina “Cuotas de género y acciones afirmativas: la lógica de lo aparente”; en este trabajo se elabora un interesante análisis sobre distintos temas que tienen que ver con las acciones afirmativas, la discriminación, la igualdad y las cuotas de género. Inicialmente, se realiza una aproximación a los antecedentes del derecho al sufragio de las mujeres en distintas latitudes del mundo, que van desde el primer reconocimiento normativo en Finlandia, en 1907, hasta los últimos ejemplos de algunos países de oriente en el siglo XXI, pasando por el caso mexicano, a mediados del siglo XX. Asimismo, el artículo da cuenta de distintas regulaciones internacionales, así como de la legislación nacional y local de Durango sobre las acciones afirmativas para las mujeres en el contexto de las condiciones culturales de México, que comparten ciertos factores comunes con Latinoamérica que se sintetizan en una histórica marginación hacia la mujer. El trabajo en cuestión expone de una manera clara las llamadas cuotas de género que se han venido adoptando en la legislación mexicana, sobre todo en el ámbito electoral, que relejan la intención de garantizar la paridad entre los géneros, primordialmente en la postulación de candidaturas a cargos de elección popular. Finalmente, el artículo desarrolla una reflexión sobre la conveniencia de mantener y promover las acciones afirmativas y las cuotas de género en sociedades como la mexicana, teniendo en cuenta la histórica brecha de desigualdad entre hombres y mujeres.

El quinto artículo, elaborado por Luis Fernando Contreras Cortés, se titula “Refugiados y desplazados: una constante transgresión a sus dere-

chos humanos”, y aborda una serie de subtemas que inicialmente establecen la diferencia entre las categorías de refugiado y/o desplazado; en este sentido, se señala que normativamente existe una diferencia en ambas categorías, lo que produce un tratamiento jurídico diverso.

El artículo expone de una manera sucinta y detallada los datos mundiales de la población refugiada, según el informe anual de la Acnur, que es el organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados; asimismo, se realiza un análisis sobre las funciones principales de este organismo, así como los principales derechos humanos que se ven vulnerados en la población refugiada. Finalmente, el trabajo concluye con las distintas propuestas que organismos como Acnur o Amnistía Internacional plantean para solucionar progresivamente el problema de los desplazamientos masivos de población y que, en todo caso, involucran a toda la comunidad internacional.

El artículo sexto, elaborado por Gabriela Guadalupe Valles Santillán, se titula “Aspectos básicos sobre el control de constitucionalidad en México como salvaguarda de los derechos fundamentales”. En este trabajo se desarrolla una aproximación a diversos temas cruciales para entender el nuevo paradigma del control de constitucionalidad en el país, encaminado a la protección de los derechos humanos. Se expone, inicialmente, la diversidad de visiones sobre la fórmula del Estado de derecho como precedente histórico y conceptual del Estado constitucional y democrático de derecho.

El trabajo aborda la necesidad de que en los Estados constitucionales modernos se cuente con jueces capaces de resolver casos concretos más allá del anterior paradigma de una concepción positivista del derecho, para dar lugar a una labor interpretativa de valores y principios que es propia de una visión moderna de los derechos fundamentales. Sobre estos, el artículo desarrolla las principales visiones conceptuales sobre su significado en el contexto de la justicia constitucional.

Esta aportación concluye dando cuenta del nuevo modelo de justicia constitucional mexicano y las principales características de su instrumentación teniendo en cuenta la reforma trascendental en materia de derechos humanos del año 2011.

Finalmente, el artículo séptimo, elaborado por Raúl Montoya Zamora, se titula “El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación frente

a las omisiones legislativas absolutas”, donde se analiza una aproximación al concepto de las omisiones legislativas, distinguiendo las omisiones legislativas absolutas de las relativas, las particularidades de cada una y su impacto al orden constitucional establecido. En ese sentido, el trabajo expone de manera clara diversos supuestos y casos concretos en los que se han presentado casos de ambas omisiones legislativas en el sistema jurídico mexicano; de manera particular, en materia electoral.

En otro punto del artículo se desarrolla un análisis sobre las distintas modalidades y efectos de las resoluciones que se dictan en los medios de control constitucional sobre omisiones legislativas. En ese contexto, se apunta la intervención progresista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sobre todo en las omisiones legislativas absolutas, dando cuenta de las principales resoluciones que ha producido ese órgano de control constitucional. El artículo señala también diversos modelos de otros países que contemplan la inconstitucionalidad por omisión legislativa, para finalmente concluir de manera interesante con una propuesta específica de reforma a la Carta Magna mexicana, para contemplar las acciones por omisiones legislativas.

En conclusión, el tercer tomo de la serie Derechos humanos: su evolución en México en el siglo XXI es una excelente obra que aborda diversos tópicos que se entrelazan a través de los derechos humanos. Teniendo en cuenta la multiplicidad de temas que tienen que ver con los derechos humanos, sea desde una perspectiva histórica, filosófica o de teoría jurídica, el discurso de los derechos precisa de una visión desde distintos enfoques pero que necesariamente debe tener en cuenta el común denominador que es la protección de la dignidad de la persona.

De una manera clara, la obra presenta diversas reflexiones que abonan al campo de la discusión y al análisis de la problemática y la crisis que enfrentan los derechos humanos no sólo en México, sino también en otras latitudes del mundo, partiendo de la premisa de que los derechos han dejado de ser un fenómeno doméstico para convertirse en criterio de legitimidad de cualquier sistema político y en el modelo de justicia al que debe aspirar cualquier modelo de sociedad.

Ecología y teología de la liberación¹

JAIME ORTEGA REYNA²

La teología de la liberación es una proposición teórica que no ha dejado de desarrollarse y adaptarse a las nuevas circunstancias que imponen las vertiginosas transformaciones de la sociedad capitalista. Bien conocida en sus planteamientos originales, ubicables a partir de su nacimiento en plena Guerra Fría, la mayor parte de los estudios a propósito de ella eluden la contemporaneidad de su práctica, pues se concentran en la etapa inicial o formativa. Algunos de sus planteamientos más recientes han permanecido contenidos y poco conocidos en gran medida por el giro conservador que tuvieron numerosas vertientes religiosas hacia finales del siglo xx. En este caso, nos encontramos ante un intento bien fundamentado de dar continuidad a las reflexiones que engarzan la teología de la liberación con el ecologismo, al que podemos denominar como radical.

El sociólogo mexicano Luis Martínez Andrade, vecindado en Europa, entrega en *Ecología y teología de la liberación* uno de los trabajos más serios producidos en los últimos años, que siguen la deriva de una reflexión teológica de gran calado, al tiempo que intenta colocarla en diálogo con otras proposiciones más actuales. El problema de la liberación se conjuga en su dimensión propiamente teológica, como en su más reciente acercamiento a la ecología contemporánea, generando con ello una obra de gran calado que, al mismo tiempo, entrega datos informativos como planteamientos teóricos de fondo.

El subtítulo de la obra es una muestra cabal del tipo de reflexión a la que nos enfrentamos: *Crítica de la modernidad/colonialidad*. Podemos entonces ir definiendo con mayor precisión el proyecto del autor y la forma en que lo despliega de manera global. En el término más amplio que el autor presenta, la teología de la liberación es, ante todo, un diagnóstico

¹ Luis Martínez Andrade, *Ecología y teología de la liberación. Crítica de la modernidad/colonialidad*, Barcelona, Herder,

² Profesor-investigador en la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco. Contacto: jortega@correo.xoc.uam.mx. <https://orcid.org/0000-0002-8582-1216>

crítico de la modernidad capitalista en su conjunto y no sólo de una parte de ella (las transformaciones de la religión, por ejemplo): se trata de comprenderla como un ejercicio de cuestionamiento de la totalidad del orden social. Sobre esta premisa, en la que descansa la opción por los pobres y la crítica de la idolatría del mercado, podemos acceder a una comprensión global del fenómeno moderno y del por qué la teología de la liberación surge como una necesidad ante un conjunto de condiciones de apropiación y destrucción de la vida y sus elementos simbólicos.

Posteriormente, el autor nos traza en líneas generales la coyuntura actual de la Iglesia y del lugar específico de la teología de la liberación dentro del entramado neoliberal, es decir, pone en el centro de la discusión las tensiones y contradicciones de una empresa teórica en un medio institucional adverso. Curiosamente, junto a una derrota política de opciones progresistas, viene aparejada la mayor necesidad del planteamiento liberacionista, es decir, éste se vuelve más actual en la medida en la que el neoliberalismo impulsa un conjunto de formas de modernización aún más salvajes, en las que se profundiza la destrucción de las condiciones de reproducción de la vida y desplaza las variantes del pensamiento radical que cuestionan ese orden social. De entre el conjunto de desarrollos que el autor plantea, sin duda, cabe resaltar la cuestión decolonial como central.

Lo que Martínez Andrade hace, en gran medida, es plantear una lectura descolonizadora de la teología de la liberación, colocando en un espacio de negociación productivo una perspectiva que cuenta con una trayectoria propia —la teología liberadora— y un paradigma emergente que ha buscado revolucionar la forma de pensar el mundo moderno —la decolonialidad—, dando como resultado un complejo sugerente. En dicho resultado se amalgaman, por un lado, la crítica marxista de la civilización de la mercancía y, por el otro, la crítica decolonial a las condiciones de producción del conocimiento ayer euro-centrado y hoy del “norte global”. Todo ello, pasado por el tamiz liberacionista que la teología ha aportado. No se trata de una síntesis ecléctica, pues el autor no suma los elementos sin más, sino que los encuadra a todos ellos como elementos potencializadores de una crítica de la civilización moderna y sus persistentes formatos coloniales. Así, la perspectiva totalizante de la teología de la liberación no se desatiende de la especificidad de los fragmentos que la conforman.

La primera parte del libro, compuesta por dos extensos capítulos, abarca estos dos momentos que hemos descrito hasta aquí. Se trata de un discurso que articula la introducción teórica de la teología de la liberación y la descripción de su desarrollo histórico particular y del posible diálogo entre tendencias críticas de lo moderno. Esta apuesta hecha por Martínez Andrade no es casual, pues el diagnóstico contemporáneo rebasa la idea de que la teología de la liberación es un esfuerzo finiquitado, en tanto hace una crítica moderna de la modernidad; por el contrario, apuntala los elementos que son condición de posibilidad de otros formatos de ejercicio de la crítica.

Si la primera parte sirvió como una exposición global del carácter crítico de la teología de la liberación, en donde el tema ecológico apareció como un añadido, en la segunda parte se configura una idea más firme de la “écoteología”. Este dispositivo conceptual, sin embargo, no aparece separado de una producción concreta; en este caso, la que ha realizado de manera sostenida por varias décadas Leonardo Boff, quien es el centro de gravitación de la incursión de Martínez Andrade.

Así, esta segunda parte puede ser considerada una sintética biografía intelectual del intelectual brasileño, desde sus primeros “llamados de una vocación”, con una fuerte inspiración franciscana, hasta sus estudios en Europa, en donde la teología apareció como el único camino digno para ser recorrido para alcanzar la redención. Después de la estancia europea, el regreso al país natal, en los años setenta, lo coloca en la situación de inserción dentro de tradiciones políticas-populares y la necesidad de un diálogo con las distintas corrientes que optan por los pobres, situación que permitió la emergencia de una forma específica de practicar la teología de la liberación. El trabajo de Boff aparece en un formato que ha sido cultivado con esmero en las tradiciones latinoamericanas: el del ensayo, y a partir de esa forma el comentario teológico adquiere una forma de conocimiento que supera las tradicionales fronteras y murallas disciplinares, permitiendo una movilización de historia, teología, filosofía y crítica social mucho más potente.

De los dos capítulos que comprenden esta segunda parte del libro, es el segundo donde se elabora de manera mucho más puntual el “giro ecológico” en la obra del teólogo brasileño; con ello, establece una relación entre la obra de Boff y algunos de sus principales referentes, como Francisco

de Asís y su “democracia cósmica” y Teilhard de Chardin con su “cristo cósmico”. La profundidad y sencillez con la cual el autor nos presenta a dos autores —hoy mucho menos recurrentes en la bibliografía— es de hacerse notar, pues nos permite calibrar la importancia que tuvieron en décadas pasadas. A partir de estas incursiones, Boff construye una “ecoteología” que coincide con el abandono definitivo de su trabajo eclesiástico, pero lo más importante es el paso a la crítica, nunca despolitizada, del antropocentrismo, que coloca al brasileño en el ejercicio pleno de cuestionamiento de la modernidad/colonialidad; todo ello, ante la cada vez más irrefutable amenaza de las transformaciones climáticas.

La “afinidad electiva” que Boff reconstruye entre teología y ecología tiene dos pilares fundamentales: la pobreza y el ecocidio. En esta propuesta, la destrucción de las condiciones de reproducción de la vida y el aumento descollante de la pobreza van de la mano de forma necesaria. Así, para la “ecoteología” de la liberación, la crisis ambiental es una forma de la crisis civilizatoria. Martínez describe bien cómo Boff, sin un reconocimiento pleno de la decolonialidad, asume, de entrada, un posicionamiento a favor del “sur global” en este punto. El corolario de su producción —aunque distanciado de un cierto marxismo— en este punto se reencuentra con la práctica crítica elaborada por Walter Benjamin.

Concluida la exposición de los componentes principales del libro, podemos ejercer una evaluación crítica. En primer lugar, es de señalarse la pertinencia de la temática elaborada, no sólo por que muestra la vitalidad de una empresa teórica de gran calado como la teología de la liberación, situación que nos coloca en posibilidades de observar su destino reciente en medio de las tensiones generadas por las implicaciones del ascenso neoliberal. En segundo lugar, el diálogo no ecléctico que entabla con otras opciones teóricas nutre la perspectiva, pues no sólo es el marxismo —con quien ya había un conjunto de puentes tendidos— el único protagonista, ya que la incorporación de la decolonialidad permite fortalecer la perspectiva, al dotar de un sentido histórico de larga duración a la opción por los pobres; así mismo, permite genealogías distintas de esta opción, tanto de los procesos de dominación como de los de la liberación. En tercer lugar, el elemento clave —introducido en gran medida con la exposición biográfica y política de Boff— nos aproxima a la construcción de una teología de la liberación dispuesta a transformarse según las exi-

gencias del tiempo histórico; en este caso, con una profunda sensibilidad a partir de la “crisis climática”.

Para finalizar, el texto de Martínez Andrade denota una larga trayectoria en la investigación sobre estos componentes. El texto salta, adecuadamente, de lo teórico a lo político, de lo biográfico a lo filosófico, de lo social a lo histórico. Es decir, se presenta como un entramado que conjuga pertinentemente distintos niveles de análisis, según lo demanda la argumentación. La movilización de todas estas herramientas —indudablemente de manera “interdisciplinaria”— permite un acercamiento más rico, pues los registros se nutren mutuamente, generando un conjunto explicativo coherente y completo. El autor entrega una obra que será referencia no sólo por la pertinencia de las temáticas —particularmente, la que refiere al tema de la crisis ecológica—, sino por la riqueza en los matices que coloca al abordar tensiones, problemas y dilemas. La imaginación teórica que puede generar esta convergencia se vuelve cada vez más urgente ante el horizonte de crisis civilizatoria que se cierne sobre nuestro tiempo.

Complejidades del juramento: cruces entre derecho y cultura¹

Y el portón de la justicia es el estudio.
WALTER BENJAMIN

JUAN DAVID ALMEYDA SARMIENTO²

En uno de sus análisis sobre Kafka, Walter Benjamin reflexiona sobre la justicia y el derecho. La formulación del autor alemán es que en el cuento *El nuevo abogado* es posible encontrar un aporte mayor al derecho del que puede realizarse en casos particulares de la práctica jurídica. La tesis de Benjamin parte de la forma en que se piensa la práctica jurídica con el estudio del derecho, es decir, cómo se relacionan en una sociedad —en el caso de Benjamin, como la de su época— teoría y práctica. La respuesta del filósofo alemán es que en una sociedad con un predominio del *ejercer* se dejan de lado las formulaciones propias del mirar sobre sí mismo a la hora de pensar una ciencia como la jurídica:

Kafka no emplea la palabra “justicia”, según el autor, aunque la crítica del mito se hace precisamente desde la justicia (...) ¿Es, acaso, realmente el derecho lo que se proclamaría, así como así, en nombre de la justicia contra el mito? No. Como estudioso de la ley, Bucéfalo [protagonista del cuento] permanece fiel a su origen, aunque no parece dedicarse a su profesión. En esto debe radicar, en un sentido kafkiano, la novedad para Bucéfalo y para la abogacía; en no ejercer. El derecho que ya no se ejerce, sino que solo se estudia, es el portón de la justicia.³

¹ Botero Bernal, Andrés. *Jurar y juzgar. Estudio sobre el juramento procesal y su evolución en Colombia, siglo XIX*. Bucaramanga: Editorial UIS, 2019.

² Profesional en filosofía, de la Universidad Industrial de Santander. Miembro del semillero de investigación en filosofía política y del derecho, y del semillero de investigación Filoepos; ambos, pertenecientes a la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Contacto: juanalmeйда96@gmail.com (<https://orcid.org/0000-0002-6463-6388>).

³ Benjamin, Walter, Kafka en el décimo aniversario de su muerte, en Benjamin, Walter, *Iluminaciones*, Trad. R. Blatt, Bogotá, Taurus, 2018a, p. 183.

Es bajo esta idea que se llega a pensar la concepción de una obra como la que recientemente publicó Andrés Botero. Un trabajo que se propone como algo más que un estudio de la norma o un ejercicio teórico sobre la historia de las ideas. Lo que proyecta el autor es una tarea investigativa sobre la cultura jurídica (una amalgama sobre el estudio del derecho). Este libro es un resultado —o parte de un resultado posterior— que se ha ido desarrollando desde la tesis doctoral del autor, por lo que esta propuesta investigativa es una extensión de ese trabajo inicial.⁴

Es meritorio agregar que el libro cumple con el objetivo que expone, tal como lo describe en la introducción. El trabajo de Botero se estructura en dos partes que pretenden desmenuzar la compleja red que subyace en la relación entre el derecho y la cultura, que se caracteriza por ser un entramado de conceptos, fenómenos, realidades, interpretaciones y documentos; “se trata, pues, de un trabajo de culturas jurídicas (...) que permite, mucho mejor que la historia normativa e institucional, dar cuenta de la *complejidad* en los cruces entre derecho y cultura” (p. 17).

La primera parte está compuesta por una delimitación conceptual de lo que *es* y *no es* juramento procesal, de modo que el objeto de estudio y principal protagonista de la obra está claramente identificado, limitado y caracterizado; es un trabajo de cirugía conceptual donde no se puede poner en duda el dominio que posee el autor sobre el juramento procesal. Este concepto se piensa como una multiplicidad que ha evolucionado a lo largo de la historia y que, por tanto, se ata a una cultura, un espacio geográfico, un tiempo, una religión y una concepción de la sociedad específica.

El ejercicio que se puede apreciar en esta primera parte representa un uso de las fuentes *preciso* y *extenso*. Es determinante, a lo largo de la obra, el intachable uso del manejo de fuentes que se realiza, y cada cita tiene una razón de ser que permite profundizar en un aspecto específico. Para complementar lo anterior, es un aspecto por destacar del libro la capacidad de expandirse a sí mismo por medio del uso adecuado de la cita. No existe una referencia que se ubique de forma aleatoria a lo largo de las

⁴ Dicha tesis puede ser vista en: Botero, Andrés, *Jurar, gobernar y juzgar: dos estudios iushistóricos sobre la jura de la constitución de Cádiz y el juramento procesal en Colombia*, tesis doctoral, 2016. Además, se debe agregar que el trabajo del autor sobre el tema del juramento se extiende a múltiples publicaciones en distintos medios.

páginas que componen el libro. Este uso de fuentes es un trabajo que permite recordar ese concepto de *aura* utilizado por Walter Benjamin, que no es más que esa forma especial de cercana lejanía que se puede apreciar en cierto tipo de cosas:

es una trampa muy particular del tiempo y el espacio: la irrepetible aparición de una lejanía, por cerca que pueda estar. Seguir con toda la calma en el horizonte, en un mediodía de verano, la línea de una cordillera o una rama que arroja su sombra sobre quien contempla hasta que el instante o la hora participan de su aparición, eso es aspirar al aura de esas montañas, de esa rama. Hacer las cosas *más próximas* a nosotros mismos.⁵

El trabajo de Botero, como lo expone el mismo autor, es un ejercicio del *law in action* —aunque sea una versión *sui generis* de ésta— que va de la mano de la *law in books* —ambas son metáforas usadas por Roscoe Pound—. Es menester agregar que, debido a la misma delimitación de la investigación, no existe la meta de ir más allá de estos dos conceptos; es un ejercicio que conoce sus límites y sus obstáculos, por lo que conoce cuándo y dónde debe parar. Ciertamente es que lo anterior no es algo que le reste a la calidad investigativa, es un caminar por la densa y nebulosa senda de la historia del derecho mientras se ilumina dicho camino por la pesada lámpara del estudio.

Entrando en el carácter conceptual de la obra, existen varios elementos que deben ser rescatados para poder tener unas bases claras de cómo se entiende el juramento procesal y su importancia como un concepto que culturalmente ha evolucionado dentro de la historia de la humanidad. Inicialmente, este concepto es incompleto, el trabajo sobre los documentos y la literatura existente para pensar una historia del juramento procesal lo limita. Lo anterior únicamente permite encontrar ondas de mediana y larga duración para ser tenidas como objeto de estudio. Segundo, el uso de fuentes permite un tipo específico de análisis normativo que fija el concepto y reduce su complejidad conceptual, además de que reduce la historia del derecho a un conflicto meramente normativo que

⁵ Benjamin, Walter, Pequeña historia de la fotografía, en *Iluminaciones*, trad. J. Aguirre, Bogotá, Taurus, 2018b, p. 83.

crea el imaginario de que solamente se hace historia del derecho desde una mirada de estudio del pasado de las institucionales. Este último punto encuentra conflicto con el objetivo de encontrar los puntos grises en la historia del juramento, puesto que requiere ir más allá del imaginario expuesto anteriormente.

Finalmente, es preciso tener en cuenta las redes de conceptos que componen el juramento procesal, como lo es el juramento político; caso que sirve de ejemplo para exponer el laberinto que se articula alrededor del objeto de estudio del libro de Botero:

En el juramento político jura quien es considerado persona idónea en el mundo político-liberal para comprometer su vida, su fortuna (destino) y sus bienes a una causa mayor, y por tal voto recibe la consideración de “ciudadano”; mientras que en el juramento procesal jura todo aquel que tenga algo que pueda contribuir a la construcción de la verdad de los hechos (por ejemplo, los testigos con un “juramento afirmatorio” y los demandantes y demandados, por dar otro caso, con uno de “lealtad”), y que tenga cierta conciencia sobre lo que pone en juego con su juramento: su alma fundamentalmente y, en menor medida, según lo que hemos visto, su cuerpo (p. 2015).

Lo citado presenta un caso de lo que Botero intenta constantemente recalcar: las líneas que atraviesan el estudio del juramento procesal son múltiples, y cada una de ellas se extiende en distintas formas y contenidos conceptuales. Por lo tanto, el trabajo de Botero radica en clarificar estas relaciones que convergen en el estudio del juramento, el caso del juramento político es una de ellas, puesto que este no puede ser confundido ni separado de su contracara. Cabe recalcar los cambios y permanencias que sufre el derecho procesal a lo largo de la investigación, puesto que este concepto se ata más a un pragmatismo del contexto en que se usa que a una pureza doctrinal, algo fundamental si se piensa la manera en que el derecho piensa y repiensa sus propios fundamentos.

En un intento por superar los límites de los estudios iushistóricos, el trabajo de Botero es un experimento válido y necesario para poder pensar la manera en que los distintos elementos temporales, contextuales, culturales, políticos, jurídicos y teológicos intervienen en la interpretación actual de los conceptos —en este caso específico, para el derecho—.

Es un estudio que merece el mérito de ser una operación quirúrgica en el uso de fuentes y una artesanía en su forma de exponerse y explayarse a lo largo de las páginas que componen este trabajo académico que ha conllevado una vida de dedicación para el autor de este libro. Tiene la cualidad de poseer la impersonalidad del investigador académico y la calidez de un ser humano que dedicó su vida al estudio de la historia del derecho.

Género y derecho: análisis críticos desde un enfoque federal, transversal e interdisciplinario¹

JOSEFINA NAPAL²

En un contexto caracterizado por procesos de transformaciones sociales y políticas, de gestación de nuevos marcos de sentido, impulsados por las luchas y los movimientos de mujeres y diversidades sexuales, *Género y derecho* emerge desde el sur global, alzando la voz de docentes de distintas universidades públicas de Argentina, en su mayoría mujeres, con trabajos que dialogan y alimentan nuevas o renovadas formas de interrogar nuestras realidades, aportando e integrando saberes desde distintas disciplinas, en la búsqueda por construir alternativas para avanzar hacia sociedades más libres y justas. El género como categoría de análisis atraviesa los 19 artículos que las compiladoras y autoras —Manuela González, Marisa Miranda y Daniela Zaikoski Biscay— entrelazan desde una perspectiva crítica y emancipadora, con el propósito de complejizar y enriquecer, a nivel epistemológico, ontológico y metodológico, los estudios y aproximaciones respecto de la relación entre *género* y diversos modos de violencia y exclusión, visibilizando las relaciones de poder y jerarquía inherentes al patriarcado como estructura de dominación.

En este marco de pensamiento se inscriben aportes de los estudios de mujeres, género y diversidad sexual al campo jurídico, denunciando el carácter androcéntrico del derecho y su poder para invisibilizar derechos y reclamos de colectivos que históricamente hemos venido padeciendo múltiples opresiones. Proponen, entonces, alejarnos del imperio epis-

¹ González, Manuela Graciela; Miranda, Marisa Adriana y Zaikoski Biscay, Daniela (compiladoras), *Género y derecho*, Santa Rosa, Universidad Nacional de La Pampa, 2019.

² Abogada (UNLP), docente de Sociología Jurídica e integrante del espacio de investigación del Observatorio de Enseñanza del Derecho, del área de Sociología de la Justicia Penal del ICJ y de la Red de Profesoras de la FCJyS de la UNLP. Integrante del GT-Clacso Derecho, clases y reconfiguración del capital. Auxiliar letrada de la Asesoría de Incapaces número 2 La Plata. Contacto: jose_napal@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-8406-050X>

temológico del discurso del derecho, el cual se enuncia como universal y neutral a efectos de plasmar la visión legítima del mundo social, para considerarlo en su historicidad, en relación con el poder y la violencia que legitima. En palabras de Pitch (2010):

El derecho y los derechos, como cualquier otra dimensión de lo social, están atravesados por el género. A su vez, derecho y derechos construyen, disciplinándolo, el género de diversos modos al decir lo que es propio y legítimo del hombre y de la mujer, así como de las relaciones entre ellos (p. 440).

Ponen en evidencia la capacidad que detenta este discurso del poder para promover y generar ciertas prácticas sociales, subjetividades y aún materialidades. En tal comprensión se integran y analizan las dos dimensiones de la realidad social (Giddens, 2011) —estructura y agencia humana de las mujeres y diversidades sexuales— en relación con el derecho, lo que permite, desde un enfoque sociológico jurídico, estudiar la manera en que el derecho es utilizado —con mayor o menor éxito— a veces para consolidar y legitimar la estructura patriarcal y a veces para cuestionarla, revolucionando el *statu quo* imperante en nuestras sociedades latinoamericanas de capitalismo dependiente.

Nos preguntamos entonces: ¿será posible revertir desde el campo del derecho los procesos históricos de exclusión, discriminación y desigualdad a los que nos hemos visto sometidas las mujeres y diversidades sexuales? Sus autores plantean la perspectiva de género y la interdisciplina como guías ineludibles en la búsqueda de distintas respuestas y alternativas que permitan edificar estrategias de resistencia y transformación social en esta incesante lucha por la liberación de todas las formas de opresión.

El enfoque interseccional se aúna al género como categoría analítica y permite delimitar un entramado de vulneraciones que se revelan a partir del entrecruzamiento con otras categorías que pueden atravesar a una persona: clase social, opción sexual, etnicidad, entre otras. Este abordaje posibilita vislumbrar y exponer la multiplicidad de opresiones que se dan como consecuencia de la conjunción de identidades, poniendo al descubierto todas aquellas estructuras y mecanismos ideológicos que reproducen la discriminación y exclusión de las mujeres y diversidades sexuales en los diferentes ámbitos de la sociedad.

De acuerdo con la transversalidad con que deben ser abordadas estas temáticas, el libro reúne e integra enfoques y aportes desde la sociología, la historia, la psicología, el derecho, la educación, la literatura, la medicina, la comunicación social, entre otras esferas del saber, con la finalidad de hacer una revisión crítica del estado de discusión sobre la relación género y derecho, actualizando una agenda de debate y aportando nuevas categorías de análisis que procuran producir conocimientos situados y enraizados en nuestras realidades.

Sobre estas perspectivas se edifica el libro, que es producto de las discusiones llevadas a cabo en el *workshop* Género y Derecho, propuesto en el marco del XIX Congreso Nacional y IX Latinoamericano de Sociología Jurídica “La sociología jurídica frente a los procesos de reforma en América Latina”, organizado por la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJu) y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en septiembre de 2018; y reconoce como antecedente el *workshop* presentado en el XVIII Congreso Nacional y VIII Latinoamericano de Sociología Jurídica sobre Cuestiones de Género, organizado por la SASJu y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo en octubre de 2017.

El texto se estructura en cuatro ejes temáticos interrelacionados, los cuales son abordados en los distintos capítulos que los integran. “Historia de las mujeres en la Argentina y el anclaje jurídico-político del reconocimiento de sus derechos, desde el siglo XIX a nuestros días” se alza como el punto de partida de los múltiples abordajes. En este primer eje temático se emprende la tarea de reconstruir y trazar parte de las historias de resistencias de las *mujeres* —como categoría política—, con el objetivo de visibilizar y reconocer aquellas genealogías, ubicadas en el contexto geopolítico del Estado argentino, que aportan claves teóricas y analíticas, trascendiendo su concretización en determinadas conquistas legales.

Se le otorga vital consideración a la perspectiva histórico geográfica como eje teórico/metodológico que no puede soslayarse al momento de iniciar cualquier aproximación crítica en torno a los estudios de mujeres, género y diversidad sexual y su vinculación con el fenómeno jurídico, analizando las condiciones materiales en que el discurso del derecho es utilizado en el proceso histórico del desarrollo capitalista en el contexto regional.

La hoja de ruta continúa con una serie de investigaciones que denuncian los obstáculos que dificultan e impiden que se garantice el acceso a

la justicia y a los derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos de mujeres, niñas y colectivos de la diversidad sexual, evidenciando la ausencia de interdisciplina en el abordaje de estas problemáticas. Agrupados en el eje segundo —derechos humanos de las mujeres, niñas y colectivos de la diversidad sexual y la emergencia de nuevas subjetividades e identidades sexuales ante el (in)acceso a los derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos—, los estudios ofrecen elementos fundamentales desde los feminismos jurídicos, para desarrollar nuevas aproximaciones analíticas y prácticas políticas que permiten avanzar tanto en la construcción del pensamiento crítico como en estrategias de resistencia y transformación que viabilicen el reconocimiento y la garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Un tercer eje —estudios de mujeres y de género ante los desafíos globales de la representación política, el trabajo, la seguridad social y ambiental, los cuidados y las familias, poniendo en cuestión la conocida división decimonónica entre lo público y lo privado y las subalternidades que el derecho crea y refuerza— intenta desplazar el discurso del derecho del lugar de privilegio que ocupa en el imaginario colectivo, para efectos de demontar, deconstruir y desnaturalizar los demás discursos y prácticas sociales que legitiman distintos tipos de violencias, así como las formas de vincularnos y relacionarnos. En este recorrido alternativo, crítico y emancipatorio del pensamiento hegemónico, emerge también el ecofeminismo como nueva epistemología que presenta distintas maneras de ver el mundo, en defensa y protección de los derechos de las mujeres, de la soberanía alimentaria y del ambiente como derecho humano.

“Ciudadanía y los aportes de los estudios de mujeres y de género a la enseñanza legal para la discusión interdisciplinaria de las discriminaciones y violencias interseccionales que sufren las mujeres, niñas y colectivos de la diversidad sexual, todas cuestiones que se hallan invisibilizadas en el paradigma dominante de la enseñanza legal” constituye el cuarto y último eje temático, que integra reflexiones acerca de los procesos de socialización que se llevan a cabo en las facultades de derecho en distintos puntos del país y su relación con los género.

El espíritu universitario exige inevitablemente pensar en procesos emancipatorios que, los cuales definitivamente no podrán ser posibles en nuestras sociedades latinoamericanas sin los aportes y experiencias de los

feminismos. Las autoras de los capítulos que integran estas reflexiones demuestran que la invisibilización de la perspectiva de género en la formación de abogades no resulta una omisión casual, sino que es producto de la eficacia simbólica de un discurso del poder androcéntrico que ofrece resistencia para incorporarla. Proponen disputar el sentido de los usos del derecho en las aulas y promueven la creación de diseños curriculares que incorporen la perspectiva de género y diversidad como campo epistemológico y metodología de análisis para cuestionar e interpelar la posición heteronormativa, cis-genero y endosex desde la cual se enseña y produce conocimiento jurídico.

La perspectiva androcéntrica, propia de la estructura de dominación patriarcal que conforma nuestro escenario regional, forma parte de los marcos y límites desde los cuales se produce el conocimiento científico hegemónico. Las revisiones históricas de las críticas feministas evidencian tal afirmación. Nos preguntamos de qué manera podemos recuperar la autoridad epistémica que históricamente nos fue negada a las mujeres y diversidades sexuales. *Género y derecho* revaloriza la multiplicidad de saberes y estudios sobre mujeres, géneros y diversidades al campo jurídico, así como su impostergable incorporación a la agenda pública, a la enseñanza jurídica y a la investigación científica. En tal orden de ideas, la inscripción de la perspectiva de género en las facultades de derecho se vislumbra como llave indispensable para caminar en la construcción de plataformas epistémico-metodológicas que posibiliten abordar un presente cargado de historicidad y avanzar hacia un devenir más cercano a lo deseable.

Como habíamos advertido inicialmente, los trabajos que componen este libro visibilizan los múltiples rostros de las violencias que vulneran a las mujeres y diversidades sexuales. Preguntarse por ellas es un primer paso hacia su desnaturalización y deslegitimación. Este compendio de imprescindible lectura reconstruye voces que emergen en contextos de discriminación y opresión, por lo que da inicio, en sí mismo, a un proceso constructivo y ampliador de emancipación.

RESEÑAS

BIBLIOGRAFÍA

- Giddens, A. (2011). *La constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración* (2da ed.). Buenos Aires: Amorrortu.
- Pitch, T. (2010). Sexo y género de y en el derecho. El feminismo jurídico. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 435-459.

Péndulo político, experiencia mexicana: ¿izquierda o social democracia?

CLAUDIA RIVERA HERNÁNDEZ¹

El libro que nos reúne hoy, titulado *Péndulo político, experiencia mexicana: ¿izquierda o social democracia?*, escrito por Ricardo Monreal Ávila y publicado por la Miguel Ángel Porrúa en 2019, es sin duda un texto de consulta obligado para quienes somos estudiosos de los procesos políticos. El autor explica, con la fluidez que lo caracteriza, la experiencia de la izquierda en México y en el mundo, partiendo de la visión de la ciencia política clásica hasta el análisis de los autores contemporáneos, y contextualiza los movimientos de izquierda en los espacios internacional, regional y local, lo cual permite al lector de este libro apropiarse de un panorama claro del movimiento ideológico de la izquierda en México.

La lectura no tiene desperdicio pues, a manera de dialogo entre autores, Ricardo Monreal explica la importancia de la educación para el sistema democrático, confirmando que cuando existe un pueblo educado, se logran consensos para el bien común.

El autor también señala que la izquierda mexicana tiene el compromiso de implementar políticas de corte social que atiendan las necesidades de alimentación, educación, empleo, vivienda y superación de la pobreza, sin denostar el modelo democrático, pues es desde la democracia donde se puede impulsar el desarrollo de un país; de ahí la propuesta de una socialdemocracia para México, cuya implementación tiene dos grandes retos:

1. Construir un sistema de partidos eficiente y competitivo que permita transitar del neoliberalismo a un nuevo nacionalismo.
2. Implementar un gobierno funcional donde la administración pública y el poder legislativo sean eficientes tanto en el ejercicio del recurso público como en la aplicación de la norma.

¹ Profesora-investigadora en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Contacto: claudia.rivera@correo.buap.mx. <https://orcid.org/0000-0002-3927-9366>

RESEÑAS

El autor añade que el cambio de régimen requiere la erradicación de la moral capitalista para regresar a una visión social del ejercicio de gobierno, y explica que la cuarta transformación no está en contra de la prosperidad, pero sí se opone al empleo de esa prosperidad para oprimir al pueblo.

En concreto, la lectura de este documento me lleva a reflexionar que en un sistema democrático moderno se requiere la asociación entre ciudadanos, pues ésta es el mejor camino para lograr el bienestar colectivo. Aquellas naciones cuyos lazos sociales son sólidos han demostrado enfrentar con mejores resultados los riesgos naturales, físicos y económicos. Para ello, se requiere de una población educada que pueda distinguir que, cediendo un poco de los beneficios individuales, se gana mucho más en el bienestar colectivo y el orden social; por ello, deliberando sobre la ideología de izquierda propuesta en este libro, la cual advierte que el desarrollo económico en sí mismo no es suficiente para que una sociedad pueda desplegar sus capacidades, me pregunto si en el contexto actual los mexicanos hemos perdido lo más valioso que un ciudadano puede poseer: la libertad. Como ya lo afirmaba el premio nobel de economía en 1998, Amartya Sen, sin libertad no existe desarrollo. ¿Es posible que la social democracia pueda proveernos un contexto social libre de violencia, asaltos y asesinatos?

Finalmente, me cuestiono si los ciudadanos mexicanos estamos preparados para participar en un modelo de nación que requiere conciencia social y compromiso colectivo para poner las necesidades del otro antes de las propias.

Una revisión de conceptos y problemas sobre la corrupción*

A review of concepts and issues about corruption

ALICIA HERNÁNDEZ DE GANTE*

RESUMEN

El fenómeno de la corrupción es un tema vigente de estudio en organismos e instituciones de la comunidad internacional. En un primer acercamiento se entiende como el uso de poder, público o privado, para beneficios ajenos al destinado. Sin embargo, su complejidad exige análisis desde diferentes enfoques. El objetivo de este artículo es realizar una revisión documental de las conceptualizaciones y problemas sobre la corrupción que en la actualidad guían los trabajos desde la academia. La literatura revisada de algunas disciplinas de las ciencias sociales permite presentar un balance final.

Palabras clave: *corrupción, ciencias sociales, problemas, líneas de investigación.*

ABSTRACT

The phenomenon of corruption is a current topic of study in organizations and institutions of the international community. In a first approach, it is understood as the use of power, public or private, for benefits other than those intended. However, its complexity requires analysis from multiple approaches. The objective of this article is to carry out a documentary review of the conceptualizations and issues about corruption that currently guide work in academia. The revised literature of some disciplines of the social sciences allows to present a final balance.

Keywords: corruption, social sciences, problems, lines of investigation.

*Artículo de reflexión. Recibido el 30-09-2020 y aceptado el 28-02-2021.

** Profesora Investigadora en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Contacto: aliciahdegade@gmail.com.
ORCID: 0000-0001-7026-0726-0738

SUMARIO: 1. Nota introductoria / 2. Aproximaciones conceptuales / 2.1 Desde el derecho / 2.2 Desde la política / 2.3 Enfoques interdisciplinarios / 3. Problemas en torno a la corrupción / 3.1 El Estado y la norma / 3.2 Estudios desde la economía / 3.3 Problemas en la esfera pública y político-social / 3.4 El problema de la medición / 3.5 Problemas de corrupción y derechos humanos / 4. Balance final / 5. Fuentes de consulta / 6. Anexo.

1. NOTA INTRODUCTORIA

El problema de la corrupción toma sentido cuando esta forma ilícita de operar bajo intereses privados afecta el bienestar común que los Estados y sus gobiernos tienen la obligación de resguardar, incluso, más allá de los propios espacios estatales.

El fenómeno de la corrupción, al ser un conjunto de acciones que traspasan fronteras territoriales, ha presentado en las últimas tres décadas, ligado a la liberalización económica y predominio del mercado, una expansión acelerada en el mundo. La magnitud del problema sobre la corrupción, tangible y reconocido, ha obligado a Estados, gobiernos, legislaciones, organismos, agencias no gubernamentales y asociaciones civiles a generar diferentes instrumentos para detectarla, denunciarla y combatirla. A esos esfuerzos, también la ciencia y la academia han aportado valiosos estudios que dan cuenta desde diversas disciplinas de las implicaciones negativas de la corrupción para una sociedad con bienestar en un Estado de derecho democrático. Si bien, a nivel de instituciones, nacionales e internacionales, se han destinado recursos y ambiciosos programas anticorrupción, este trabajo se enfoca únicamente a las investigaciones desde espacios académicos-disciplinarios.

Este artículo tiene un único objetivo: realizar una revisión documental de las conceptualizaciones y problemas sobre la corrupción que en la actualidad guían los trabajos desde la academia en áreas disciplinarias de las ciencias sociales, en particular, derecho, ciencia política, economía, y de forma interdisciplinar, en proyectos y estudios que conjugan administración pública, comunicación, sociología, educación y derechos humanos, sumado a los estudios cuantitativos sustentados en la estadística. Los criterios para seleccionar los textos y autores, fueron, a juicio propio,

y después de revisar la literatura; en primer lugar, por su actualidad, y en segundo, por sus valiosas aportaciones al estudio de la corrupción. Ello, sin demeritar otras valiosas contribuciones, y dado, que esta revisión no tiene el carácter de manual, sino de coadyuvar al conocimiento del fenómeno de la corrupción, se limitó a los científicos sociales que se exponen en los apartados dos y tres.

En este sentido, el argumento central giró en revisar y poner a discusión el interés de los investigadores de las disciplinas mencionadas, sus últimas aportaciones, los problemas detectados y las líneas de investigación que están desarrollando en un contexto global en el que la corrupción está muy lejos de ser erradica, o al menos aminorada, especialmente en países con elevados índices de corrupción pública y privada, en pequeña o gran escala; para lo cual, primero, se sistematizó la información para conocer el sujeto de estudio: la corrupción, y posteriormente, sus problemas.

Esta investigación consta de cuatro apartados y un anexo. Posterior a esta nota introductoria, el segundo, busca responder la pregunta: ¿qué es la corrupción? La respuesta se aboca, y advierte que, a pesar del problema, no existen criterios definitorios unificados sobre qué es la corrupción. Por ello, este apartado se ha denominado “Aproximaciones conceptuales”. Diversos conceptos de corrupción surgen de enfoques disciplinarios, pero la complejidad del fenómeno impide reconocer definiciones acotadas puesto que cada área del conocimiento la caracteriza conforme su objeto y sujeto de estudio siendo conceptualizaciones operacionales acorde al área, disciplina y actividad que se quiera definir.

La tercera parte, “Problemas en torno a la corrupción”, se guía por la búsqueda de respuestas a la pregunta: ¿cuáles son los problemas relevantes que centran la agenda actual académica-investigativa en las ciencias sociales sobre el combate a la corrupción? Se rescatan y analizan aportaciones de científicos sociales, con los criterios señalados y las áreas referidas, publicados en algunos países del mundo, que a la par de la detección de problemas consecuencia de la corrupción, ponen en perspectiva líneas de investigación que dan cuenta de la importancia para contrarrestar sus efectos negativos. Se muestran análisis de problemas y de formulaciones teóricas, algunas con elaboración de instrumentos que buscan medir la corrupción. Adicionalmente, en el campo del conocimiento científico se

evidencia cómo el estudio de la corrupción se acrecienta con nuevas herramientas adquiriendo el fenómeno de la corrupción el estatus de tema – problema interdisciplinario con nuevas variables y dimensiones más complejas más allá de la forma común del beneficio personal o de terceros de la riqueza material.

En la última parte, se realiza un balance de lo expuesto tomando postura propia sobre el fenómeno de la corrupción con la finalidad sustancial de interpretar el nivel y profundidad de conclusiones a las que se ha llegado. Los hallazgos evidencian convergencias, divergencias, vacíos y avances del estudio del problema de la corrupción. En el anexo se presentan, solo como información, un listado de conductas vinculadas a actos de corrupción.

Los criterios metodológicos, acordes al objetivo, precisan que la investigación es de carácter documental vinculando analíticamente a la corrupción con conceptualizaciones, problemas, enfoques y líneas de investigación de disciplinas sociales, ello con el amparo de la hermenéutica que permite interpretar la información sistematizada y conclusiva; por lo que no tiene la finalidad de realizar estudios estadísticos. Asimismo, no se formula una hipótesis puesto que al ser un estudio descriptivo¹, considera el fenómeno estudiado y sus componentes, en una investigación cualitativa, y cuyos alcances, recaen solo en la revisión de la literatura con la perspectiva de análisis señalada supra.

Finalmente, se considera que esta investigación sobre la corrupción, se justifica desde la academia. Lo que se persigue es coadyuvar de forma permanente a la discusión en la agenda internacional sobre el tema de la corrupción, puesto que el fenómeno se acciona a través de redes transnacionales, problema que daña sensiblemente a los Estados de corte democrático en el mundo.

¹ Hernández Sampieri, Roberto, et al, Metodología de la investigación, 6ª. ed., México, MacGrawHill, 2014, p. 89.

2. APROXIMACIONES CONCEPTUALES

Es pertinente señalar que desde diversos espacios académicos se define la corrupción como inicialmente fue conceptualizada por Nye² refiriendo al funcionario público que se desvía de sus deberes por ganancias privadas, y que en tiempos recientes constituye una guía definitoria que maneja Transparencia Internacional y otras instancias internacionales: “Abuso del poder para beneficio propio.”³ En la figura 1 se indican algunos autores que han creado teoría a partir de la conceptualización inicial de Nye referida a la corrupción en el sector público.⁴ Sobre ella encontramos variantes, por ejemplo, Hussein, afirma que la corrupción “Implica el abuso o uso indebido de cargos públicos para beneficio egoísta y personal,”⁵ por su parte, Rose-Ackerman la define como el “mal uso del poder público para beneficio privado o político”⁶. Para Johnston, la corrupción es “el abuso de poder público para obtener ganancias privadas que amenazan el interés público”⁷. Ugarteche, en lo que define como la nueva corrupción, la caracteriza como el conjunto de acciones para “copar al Estado para sacar de él beneficios para actividades privadas sean empresariales

² Nye, Joseph, “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”, *The American Political Science Review*, vol. 61, núm. 2, 1967, pp. 417-427. Ver p. 419.

³ Transparencia Internacional, *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, Berlín, 2009 p. 14.

⁴ Cabe subrayar: para ampliar el conocimiento sobre el tema ver a Hodgson y Shuxia que analizan la tendencia de investigaciones hacia la corrupción pública realizando un recuento de autores que han seguido este enfoque desde diferentes disciplinas para explicar qué es la corrupción, reconociendo que, efectivamente, a partir de Nye, 1967 los estudios sobre la corrupción toman importancia con esos parámetros en menoscabo de estudios sobre la corrupción privada. Hodgson, Geoffrey, Jiang, Shuxia, “La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista”, *Revista Economía Institucional*, vol. 10, núm. 18, 2008, pp. 55-80

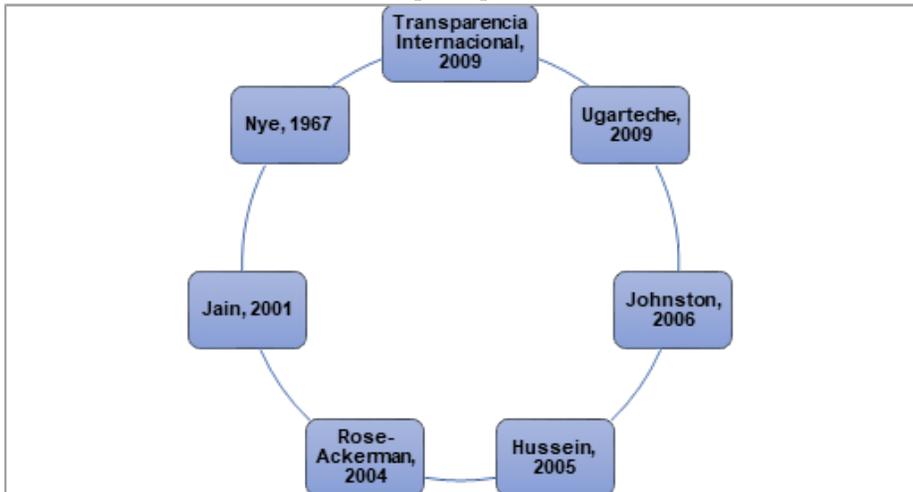
⁵ Hussein, Mustafa, *Combating Corruption in Malawi*, Institute for Security Studies, *African Security Review*, vol 14, núm 4, 2005. Disponible en: <https://oldsite.issafrica.org/topics/corruption-and-governance/01-dec-2005-combating-corruption-in-malawi-mustafa-hussein> [Traducción propia].

⁶ Rose-Ackerman, Susan, “Governance and Corruption”, Lomborg, Bjørn (ed.) *Global Crises, Global Solutions*, First Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 301-362. [Traducción propia]. Cita en p. 302.

⁷ Johnston, Michael, *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, p. 12. [Traducción propia].

o personales,⁸ o como el mismo Ugarteche reconoce de varios autores, la definición consensuada consiste en “el abuso de autoridad pública para obtener ventajas privadas.”⁹ Otros autores como Aidt y Jain lo confirman: “hay consenso en que la corrupción se refiere a actos en los que el poder del cargo público se usa para beneficio personal de una manera que contraviene las reglas del juego.”¹⁰

Figura 1
Corrupción pública¹¹



Fuente: elaboración propia conforme autores citados, *supra*.

⁸ Ugarteche, Oscar, “Para desprivatizar lo público”, en Sandoval Ballesteros, Irma Eréndira, *Corrupción y transparencia: Debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*, México, Siglo XXI Editores/UNAM, 2009, p. 75.

⁹ *Ibid.* p. 81.

¹⁰ Aidt, Toke S. “Economic Analysis of Corruption: A Survey”, *Economic Journal*, vol. 113, núm. 8, 2003; Jain, Arvind K. “Corruption: A Review”, *Journal of Economic Surveys*, vol. 15, núm. 1, 2001, p. 71; citados por: Hodgson, Geoffrey, Jiang, Shuxia, “La economía de la corrupción... op. cit.

¹¹ Se aclara que solo se citan algunos autores que se consideran relevantes en el tema. La corrupción tiene un largo historial de estudios, corrientes, disciplinas y autores. Junto a Hodgson y Jiang se reconoce la importancia de las investigaciones a partir de Nye en 1967. Ver en este trabajo nota de pie núm. 3.

2.1 DESDE EL DERECHO

En una lógica normativa, el derecho es la ciencia que se encarga de sancionar el fenómeno de la corrupción, independientemente de lo que impliquen las acciones ligadas a la corrupción y tipificadas en tal o cual sistema penal (ver anexo 1). Cárdenas¹² advierte que diseños institucionales débiles favorecen control de espacios de poder dentro del Estado, diseños jurídicos y tipos penales imperfectos que no protegen el interés general, y sí en cambio, al servidor público, así como la existencia de leyes de adquisiciones que propician corrupción institucionalizada, constituyéndose en raíces para la corrupción.

Precisando más, Garzón Valdés después de una revisión de autores y conceptos, afirma que la corrupción es “la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado.”¹³ Explica asimismo que la ganancia extraposicional, es decir, la ganancia externa crea conflicto y obliga a tratar de conciliar en la práctica el sistema normativo y el subsistema de corrupción creando lazos de complicidad entre los beneficiarios de la corrupción a través de del soborno y la extorsión.

Otras posturas desde el derecho como la de Morris reconoce la prevalencia de la corrupción como algo ordinario en las actividades de la vida pública estatal, de tal forma que considera que “[...] La corrupción constituye un mecanismo de supervivencia cotidiana como se suele señalar, pero también se convierte en una forma de salir adelante y explotar las debilidades del sistema para beneficio personal,”¹⁴ e incluso, con cierto

¹² Cárdenas, Jaime, «Causas de la corrupción y soluciones para en enfrentarla», Salazar, Pedro, Ibarra Palafox, Francisco Flores, Imer (coords.) *¿Cómo combatir la corrupción?*, 1ª reimpression, México, IJ-UNAM, 2018, pp. 223-230.

¹³ Garzón Valdés, Ernesto, “Acerca del concepto de la corrupción”, Carbonell, Miguel, Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, Derecho y corrupción*, México, Siglo XXI Editores, 2003, pp. 30-31.

¹⁴ Morris, Stephen D., “Mexico’s political culture: the unrul of law and corruption as a form of resistance”, *Mexican Law Review*, New Series vol. 3, núm. 2, pp. 327-342. Cita p. 335. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/mexican-law-review/>

daño que hace la corrupción en los procesos políticos democráticos. Con ello advierte que la corrupción se combate a través de la crítica inmanente dentro de la propia democracia refiriéndola a su doble naturaleza por los ideales democráticos que corroe.

Si bien, la democracia tiene entre sus principios la participación de la ciudadanía en la conformación de la política, en opinión de Casanova, los intereses privados se estrechan con los intereses públicos en una sociedad civil de cara al Estado que en el goce de sus derechos participativos de la vida pública puede verse dañada con actos de corrupción, de ahí que sea la democracia la más susceptible a la corrupción. Para Casanova, la corrupción consiste en “...la violación de una obligación cuyo fin es alcanzar un beneficio extraposicional ya sea para sí o para terceros,”¹⁹ obligación otorgada institucionalmente y cuyos actos desleales suponen conductas inmorales violentando principios democráticos de un Estado de derecho. Dentro de esta vertiente, otro autor que analiza la corrupción y reconoce que “las instituciones democráticas construyen mecanismos de transparencia y rendición de cuentas a distintos niveles, dificultando las redes de corrupción a largo plazo” es Ugarteche,²⁰ para él, el tejido de complicidades son consecuencia de la concentración de poder económico y político en pocos agentes.

Un estudio reciente de Monsiváis-Carrillo, corrobora que efectivamente, la corrupción “vulnera el carácter público y general de las reglas formales bajo las que opera la autoridad estatal en un régimen democrático,”²¹ siendo la legitimidad política la consecuencia más relevante. Paradójicamente, señala que no existe evidencias suficientes que demuestren que la existencia de corrupción o desconfianza en las instituciones en un régimen democrático signifiquen menor apoyo de los ciudadanos a la democracia como forma de gobierno.

¹⁹ Casanova Moreno, Ma. de la Sierra, *La corrupción política en democracia y la confianza*, Alcalá, Universidad de Alcalá, Departamento de Fundamentos de Derecho y Derecho Penal, 2009, p. 344.

²⁰ Ugarteche, Oscar, “Para desprivatizar lo público”, op. cit., p. 90.

²¹ Monsiváis-Carrillo, Alejandro, “Corrupción y legitimidad democrática en México”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 82, núm. 3 julio-septiembre, 2020, pp. 587-618. Cita en p. 590.

A contracorriente de otras posturas explicativas sobre la corrupción, toma relevancia la aportación de Sandoval. Conceptualiza la corrupción desde un aspecto estructural precisándola como: “forma específica de dominación social sustentada en un diferencial de poder estructural en la que predominan el abuso, la impunidad y la apropiación indebida de los recursos de la ciudadanía.”²² Abstrayendo su concepto, considera la corrupción como abuso de poder más impunidad menos participación ciudadana ($C = AP + I - PC$). Refiere que la corrupción es una forma específica de dominación social, más allá de los reduccionismos legalistas o normativos puesto que su fin último, sumado a la ganancia económica, radica también en obtener privilegios y poder ilegítimamente.

2.3 ENFOQUES INTERDISCIPLINARIOS

Más allá de los intentos de las disciplinas que hemos revisado, existen posturas interdisciplinarias²³ que buscan nuevos espacios de construcción teórica para analizar el fenómeno de la corrupción. Se muestra un resumen en la figura 2. Por la importancia y magnitud de los trabajos de investigación realizados se toman tres investigaciones.

²² Sandoval Ballesteros, Irma Eréndira, “Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 78, núm. 1, enero-marzo, 2016, pp. 119-152. Cita en p. 123. Sandoval realiza una crítica a los enfoques de la teoría de la modernización (Leys, 1993; Moran 2011) y las concepciones moralistas (Basave, 2011; Lomnitz, 2000), y de igual forma considera insuficiente los enfoques micro-organizacionales (Klitgard, 1998), normativos (Garzón Valdés, 1993, 2004; Kunicova, 2011; Malem, 2002) de economía política (Weyland, 1998; Rose-Ackerman, 2010), institucionales (Morris, 2010; Johnston, 2006; Kagarlitsky, 2002; Rose-Ackerman & Lagunes, 2015; Sharafutdinova, 2011; Lessig, 2013) y burocráticos (Brandt & Svendsen, 2013).

²³ “Lo interdisciplinario es una zona de producción de conocimientos, que presupone la consolidación del lenguaje disciplinario, capaz de articularse a la interdisciplina, no sustituyéndolo sino integrándolo en otro nivel de significaciones. El trabajo interdisciplinario no supone una yuxtaposición de datos, sino un nuevo momento de construcción teórica.” León Pardo, Ciro Hernando, “Los investigadores opinan”, en Hernández Sampieri, Roberto, *et al*, *Metodología de la investigación*, op. cit., p. 587. Por su parte la Real Academia Española, lo define como: “1. adj. Dicho de un estudio o de otra actividad: Que se realiza con la cooperación de varias disciplinas.”

Figura 2
Estudios interdisciplinarios sobre la corrupción



Fuente: elaboración propia conforme autores citados en esta investigación.

Una clasificación exhaustiva de este fenómeno que comprende varios enfoques disciplinarios la realiza Kurer.²⁴ Parte de un enfoque general de corrupción (de cosas u objetos), para después ir restringiendo el enfoque a las acciones individuales (en donde se hace hincapié en la persona-familia); a las organizaciones civiles (relación entre el sector público y privado); a la función pública (romper las normas de la administración pública); al uso de lo público para ganancias privadas (violación de obligaciones públicas provocando corrupción sistemática); a estándares de mal uso (establecidos en leyes, en el daño de lo público, en el daño a la democracia, la opinión pública); y a los estándares de opinión pública (donde se hacen comparaciones basadas en impresiones subjetivas).

La breve conceptualización de Kurer sobre la corrupción, “desviación de un estándar -físico, personal, social, político, cultural.”²⁵ se sujeta a un enfoque pragmático resultado de revisión de los estándares mencionados

²⁴ Kurer, Oskar, “Definitions of Corruption”, Heywood, Paul M., *Routledge Handbook of Political Corruption*, Nueva York, 2015. Disponible en: <https://www.routledgehandbooks.com/doi/10.4324/97811315739175.ch2> [Traducción propia].

²⁵ *Ibid.* p. 39. [Traducción propia]

que finalmente le llevan a reconocer que no existe una definición de corrupción aceptada de forma general, pero que, sin embargo, le permiten afirmar que la esencia de la corrupción es el mal uso de una función pública o la violación o de un deber público; es decir, en última instancia, aborda el entendimiento común de la corrupción como una violación de aquellas normas de gobierno que distribuyen derechos y obligaciones.

Prosiguiendo con el enfoque que explica la corrupción desde varias dimensiones, Rotberg analiza diversos conceptos de la corrupción en una minuciosa investigación de expertos en el tema. De forma sintética, exponemos: como desviación de los servidores públicos de las normas aceptadas para fines privados; como el cohecho que hacen terceros anteponiendo sus intereses a los de sus mandantes; como una situación de infidelidad a los intereses públicos; como una ausencia de moralidad; como problema de parcialidad y legitimidad; como un ataque a la democracia y su institucionalidad derivado de la desigualdad; y como el uso de la autoridad pública para generar rentas privadas que perjudican al interés general. La conclusión de Rotberg arriba a definir la corrupción, "... tanto un acto específico de carácter privado como personalmente enriquecedor por parte de alguien capaz de ofrecer acceso a los privilegios oficiales, así como un abuso más generalizado de la confianza pública: un desprecio de la necesidad del estado de ser imparcial y de ser visto como imparcial".²⁶

También destacan los análisis hechos por Campos y Pradhan que refieren la corrupción como el "uso de cargos públicos para obtener ganancias personales"²⁷ concepto que utilizan como referente para el análisis de diversos sectores sociales, como seguridad social, gestión financiera y el lavado de dinero. De hecho, todo el quehacer de la administración pública y los servicios que ofrece como transporte, agua y electricidad han sido sujetos de la corrupción, ésta señalada, como una pandemia social.

De lo expuesto hasta aquí, se desprende que la corrupción requiere de tratamiento interdisciplinar. Como bien lo señala Castañeda²⁸, los actos

²⁶ Rotberg, Robert I., *The Corruption Cure. How Citizens and Leaders Can Combat Graft*, New Jersey, Princeton University Press, 2017, p. 25, E Pub en aplicación Kobo, [Traducción propia].

²⁷ Campos, J. Edgardo, Pradhan, Sanjay, (eds.) *Las múltiples caras de la corrupción, Aspectos vulnerables por sectores*, Colombia, Banco Mundial, Mayol Ediciones, 2009.

²⁸ Castañeda Rodríguez, Víctor Mauricio, "Una investigación sobre la corrupción

de corrupción van más allá de las ganancias monetarias, el o los agentes corruptos consideran también el modo cómo la sociedad pueda juzgar, sumado a considerar la probabilidad de ser exhibido, introduciendo así, nuevas variables.

En este trabajo se coincide con Calderón y Castell que retoman varios elementos de los enfoques expuestos presentando una visión más completa de las implicaciones del fenómeno de la corrupción. Para analizarla plantean varias hipótesis que conducen a determinar que la corrupción sistémica del Estado es

... la toma decisiones políticas (ya sea en el gobierno, en la administración pública o en cualquiera de los mecanismos de gobernanza) por parte de cargos públicos, es decir, pagados por los contribuyentes, en beneficio de determinadas personas u organizaciones, contraviniendo la legalidad establecida y anteponiendo intereses privados al interés general, a cambio de una donación de valor, sea éste monetario o en capacidad de influencia en otros ámbitos de decisión, por ejemplo, financiero o geopolítico, ya sea por compraventa o por trueque.²⁹

En suma, y llegado al punto, no obstante, a pesar de los esfuerzos académicos e investigativos para definir y conceptualizar la corrupción, habrá que reconocer junto a Hodgson & Jiang, que en las definiciones predominantes existen limitaciones y sesgos ideológicos y teóricos. De forma puntual señalan que “la dimensión moral de la corrupción se disuelve en el cálculo hedonista del beneficio o la pérdida individual”³⁰; y, por otra parte, pasan por alto la corrupción no solo en el sector privado, sino la carencia de estudios que demuestren que los costos y beneficios de la corrupción no siempre se dirigen a lo privado. Las consecuencias corrosivas de la corrupción buscan y logran posiciones de poder en cualesquiera de las acciones humanas.

pública y sus determinantes”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año LXI, núm. 227, mayo-agosto, 2016, pp. 103-136.

²⁹ Calderón, Fernando, Castells, Manuel, *La nueva América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2019, p. 269.

³⁰ Hodgson, Geoffrey, Jiang, Shuxia, “La economía de la corrupción... op. cit., p. 56.

UNA REVISIÓN DE CONCEPTOS Y PROBLEMAS SOBRE LA CORRUPCIÓN

En los conceptos de corrupción expuestos desde las diversas disciplinas científicas, y aún en su interior, se identifican los avances teóricos y líneas de investigación que en muchos casos parten de una disciplina específica pero que enriquecen su análisis y estudio de forma interdisciplinaria. Esto conlleva a identificar los problemas más actuales sobre el fenómeno de la corrupción que están siendo sujetos de análisis desde la academia traspasando fronteras nacionales y disciplinarias, como se analiza en el siguiente apartado. Resta señalar que, si bien se ha conceptualizado el fenómeno de la corrupción de manera general, a ella se vinculan y dan muestra de su accionar una serie de conductas ilícitas que no son sujetos de análisis en este estudio pero que es pertinente señalarlas en el anexo 1 de este trabajo.

3. PROBLEMAS ENTORNO A LA CORRUPCIÓN

Al ser la corrupción un fenómeno que se que se origina, produce y reproduce en las actividades cotidianas del quehacer humano, es entendible que sea sujeto de estudio desde diferentes perspectivas científicas tomando relevancia, especialmente en las décadas del siglo XXI. En la tabla 1 se resumen algunas disciplinas de las ciencias sociales, así como expertos que han contribuido a identificar problemas, y por ende, a generar temas y líneas de investigación para contrarrestar el impacto negativo que produce. Como se aprecia, los trabajos de algunos autores van más allá de una disciplina específica en el entendido de que las exigencias de un problema de origen y despliegue complejo requiere de la construcción de nuevos conocimientos a partir de la interdisciplina investigativa.

3.1 EL ESTADO Y LA NORMA

Para Vázquez,³¹ uno de los problemas que están en la agenda casi permanente sobre la corrupción, es la exigencia de un Estado de derecho democrático que como marco ético jurídico se constituya en frenos institucionales para este complejo fenómeno. En este sentido, identifi-

³¹ Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia*, México, IJ-UNAM, 2019, particularmente ver pp. 209-216.

Tabla 1.
 Problemas contemporáneos sobre la corrupción.

Ciencias jurídicas	Debilidad del Estado democrático de derecho. Legislación actual en la materia. Aplicación del imperio de la ley. Independencia de poderes. Autonomía del poder judicial. Rendición de cuentas. Transparencia. Fiscalización. Control gubernamental. Sistema de responsabilidades. Corrupción endémica de funcionarios públicos. Falta de marcos ético-jurídicos. Marcos legales de garantías y derechos fundamentales. Acciones jurídicas de prevención.	Ciencias Económicas	Accountability. Sistema de adquisiciones. Recaudación de ingresos. Regulación de negocios nacionales, internacionales. Sistema financiero público (aduanas). Sector privado y rendición de cuentas. Procesos de privatización. Prevalencia del mercado. Fiscalización pública-privada. Liberalización de mercados. Redes económicas transnacionales. Impactos en PIB nacional-mundial.
Sandoval, 2016. Rotberg, 2017. Gutiérrez L., 2018. Vázquez, 2019. Fierro, 2019.		Mbonu, 2004. Rose-Ackerman, 2004. Hodgson & Jiang, 2008. Campos y Pradhan, 2009. Palacios, 2014. Sandoval, 2016. Calderón y Castells, 2019.	
Ciencias Políticas	Captura del Estado. Estabilidad política. Políticas públicas preventivas a gran escala. Evasión de responsabilidades públicas. Modelo económico-político neoliberal. Desestructuración institucional. Fortalecimiento de la gobernabilidad. Normatividad y democracia. Legitimidad política. Participación ciudadana. Derechos electorales. Concentración de poder. Distribución geo-electoral.	Otras disciplinas sociales	Uso de tecnologías de información y comunicación. Libertad de prensa. Redes globales transnacionales. Racionalidad instrumental. Tecnocracia. Corrupción macro y micro social. Corrupción sistémica. Niveles socioeducativos de las poblaciones. Estratificación social-poblacional. Protección de derechos humanos. Estudios cuantitativos y cualitativos sobre corrupción.
Tomasini, 2003. Rose-Ackerman, 2004. Ugarteche, 2009. Campos, Pradhan, y Recanatini, 2009. Castañeda, 2016. Sandoval, 2016. Pastrana, 2019. Calderón y Castells, 2019.		Estévez, 2005. Campos y Pradhan, 2009. Castañeda, 2016. Cetina, 2016. Rotberg, 2017. Gutiérrez S., 2018. Fabrè, 2018. Manchinelly, 2018. Sepúlveda, 2018. Pastrana, 2019. Peters, 2020.	

Fuente: elaboración propia conforme autores citados en esta investigación.

ca los procedimientos democráticos, el imperio de la ley y rendición de cuentas. Al afirmar que un gobierno de leyes posibilita desde lo jurídico, seguridad y certeza, cuando el ordenamiento jurídico se integra por normas discriminatorias, retroactivas, inestables, secretas y confusas, no solo atenta contra la libertad, sino que se pone al servicio de intereses oscuros e ilegítimos que favorecen la corrupción. La rendición de cuentas, la proyecta más allá de lo administrativo. Vázquez la refiere tanto a los actos del gobierno como a los servidores públicos guiados por una ética de responsabilidad con normas morales intersubjetivas válidas, imparciales y objetivas que resume en el principio de publicidad y acceso a la información.

En ideas semejantes, Gutiérrez,³² identifica como parte de los problemas a resolver: la transparencia como valor ético; la fiscalización y el control gubernamental; y el régimen de responsabilidades. Sobre este último tema, varios autores lo consideran un problema importante para el combate a la corrupción. Fierro³³, señala al sistema de responsabilidades como el mecanismo de protección del espacio público con base en una ética pública a través de sistemas que promuevan más que la persecución de los servidores públicos, la prevención, la transparencia y colaboración. Los resultados darían confianza a las instituciones del Estado y la ciudadanía. El Estado debe brindar seguridad en el desempeño de sus funciones, y también sancionar actos ilícitos y delitos con base en derechos y garantías de los sistemas normativos. Sin duda, elementos sustanciales para la contención de la corrupción en la esfera pública.

Efectivamente, el Estado tiene un papel fundamental para la efectividad en el control de la corrupción. Tomasini³⁴ considera que gran parte del problema radica en el tratamiento unilateral que se le ha dado. Las ac-

³² Gutiérrez Salazar, Miguel Ángel, “Tres líneas de análisis sobre el combate a la corrupción en México”, Salazar, Pedro, Ibarra Palafox, Francisco, Flores, B. Imer (coords.) ¿Cómo combatir la corrupción?, 1ª reimposición, México, IJ-UNAM, 2018, pp. 53-61.

³³ Fierro, Ferráez, Ana Elena, “Combatir la corrupción: ¿cómo volver a confiar en el estado?” en Márquez Gómez, Daniel, (coord.) *Derecho Administrativo*, México, UNAM, Colegio Nacional, 2019, pp. 49-61.

³⁴ Tomasini, Basols, Alejandro, “Reflexiones sobre la corrupción en México,” Ensayo, *Gaceta UNAM* septiembre de 2003. Filosofía Diversa, <http://www.filosoficas.unam.mx/~TOMASINI/FILO-DIV.HTML>

ciones se deben encaminar hacia tratamientos multifacéticos con estrategias que provengan de las esferas de poder del Estado dado que es un problema social y colectivo exigiendo para su combate acciones políticas a gran escala. Coincidiendo con la importancia del espíritu de la ley, refuerza la postura de su aplicación sin excepciones, la “ley tiene que valer para todos, porque cuando la ley no funciona de esa manera lo que impeera es su antípoda, esto es, la corrupción.”³⁵

De forma general, tanto en el derecho como en otras disciplinas, incluso en las conceptualizaciones sobre la corrupción, se realiza una diferenciación entre el ámbito privado y el público. Precisamente, Sandoval³⁶ detecta que ello constituye un problema relevante para el combate a la corrupción. Sus aportaciones sustentadas en su enfoque de corrupción estructural, pública y privada, y su teoría del doble fraude, económico-financiero y electoral-político, exigen la necesidad hacia el sector privado de ser sujeto de controles fiscales y rendición de cuentas. Abocarse únicamente al sector público, como ha sucedido con los enfoques macro organizacionales, normativo y de la economía política, aunado a la desatención de la captura del Estado por intereses económicos y corrupción institucionalizada por la estructura política, lo demuestra, han sido insuficientes. Sandoval afirma que los graves problemas de la corrupción surgen fuera del Estado y colindan con las subcontrataciones, subrogaciones y otras figuras asociadas a los organismos privados y público-privados cuyos resultados han sido opacidad en las responsabilidades públicas, ahora, en gran medida bajo control y ganancias del sector privado.

En esta misma perspectiva de análisis sobre los problemas de la corrupción, Hodgson & Jiang³⁷, objetan el sesgo de estudios hacia el sector público-estatal por cuatro razones: 1) se ignora la realidad en la esfera privada, citando grandes corporaciones a nivel mundial en un cúmulo de ilícitos; 2) algunas organizaciones y corporaciones en el mundo funcionan con financiamiento público-privado con capitales, incluso entre el 49 y 51% en uno u otro sector, en casos de corrupción se deben determinar responsabilidades; 3) existen instituciones y servicios que en algunos

³⁵ *Íbid.*, p. 21.

³⁶ Sandoval Ballesteros, Irma Eréndira, “Enfoque de la corrupción estructural... op.cit.

³⁷ Hodgson, Geoffrey, Jiang, Shuxia, “La economía de la corrupción... op. cit.

países son públicos mientras que en otros se han privatizado manteniendo intercambios comerciales y financieros, igualmente, en casos de corrupción, los ilícitos deben fincarse; 4) estudios sobre corrupción deben ser integrales puesto que su virulencia puede ir del sector público al privado y viceversa sin respetar fronteras sectoriales.

3.2 ESTUDIOS DESDE LA ECONOMÍA

En un enfoque opuesto a Sandoval analizado supra, pero con igual importancia para el análisis de la corrupción, es la reciente investigación de Calderón y Castells.³⁸ Para estos autores, el problema más sustancial se encuentra precisamente en el Estado y su modelo económico. Señalan que aún con los procesos globalizadores en redes multinacionales de producción, comercio, tecnología y finanzas el Estado ha sido núcleo estructurante y conector en circuitos internos y externos de la economía.

Ahora bien, si la corrupción no es un fenómeno nuevo, y está incrustada al interior de los Estados en diferentes niveles y circunstancias, Calderón y Castells precisan el origen del problema actual situándolo en las transformaciones económicas ligadas al neoliberalismo que llevaron al desmantelamiento del sector público. Parte de esas implicaciones han sido las privatizaciones en competencias, legales e ilegales, empresariales y personales que propiciaron inserción al dinamismo del mercado, redes globales y aumento de la riqueza, "...la desregulación y privatización de actividades fue la fuente de múltiples procesos de corrupción."³⁹

En explicaciones análogas sobre el origen del problema Mbonu, resultado de sus estudios sobre corrupción, advierte: la "liberalización de los mercados, los procesos de privatización de empresas públicas y de servicios públicos, sentaban las bases para nuevas figuras ilícitas de actos de corrupción..."⁴⁰ desencadenadas particularmente en la década de los años noventa del siglo pasado, y que pese a los esfuerzos de instancias internacionales, hoy son condiciones imperantes en el siglo XXI en la

³⁸ Calderón, Fernando, Castells, Manuel, *La nueva América Latina*, op. cit.

³⁹ *Ibid.*, p. 280.

⁴⁰ Mbonu, Christy, "La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales", Relatora Especial, ONU, E/CN.4/Sub.2/2004/23, 7 de julio de 2004.

mayoría de los países del mundo. Asimismo, reconoce que el problema de la corrupción debe ser combatido a nivel de la comunidad de Estados puesto que opera en redes transnacionales.⁴¹

En el mismo sentido, Ugarteche menciona que en los procesos de transición y modernización de los Estados la desestructuración institucional favorece el aumento de la corrupción a la par del incremento del ingreso nacional y de los fondos públicos. Ugarteche precisa además que “la introducción de reformas liberales desestructura de inicio la institucionalidad previa y abre espacio a mayor corrupción mientras la nueva institucionalidad se construye socialmente”⁴², es decir, los procesos de privatización económica favorecen actividades de corrupción. Su análisis concluye con la exigencia de que los ciudadanos deben tener garantizado el derecho de revisión del erario público para el control de la corrupción económica.

Un problema más, aunado a la relación economía-corrupción, se pone en evidencia con la investigación desarrollada por Palacios.⁴³ Afirma que la corrupción se constituye en un obstáculo para el aumento de los niveles del Producto Interno Bruto (PIB) de los países. Los efectos económicos negativos los resume en: a) la inversión social se reduce porque los recursos pertenecientes a lo público quedan en manos privadas; b) en algunos países la asignación pública de servicios incluye los costos de los probables sobornos; y c) falta de rigurosidad de los sistemas de justicia que castigan la corrupción y que merman recursos que podrían ser canalizados al gasto público de inversión social.

⁴¹ Este trabajo no tiene como uno de sus objetivos la revisión de instancias internacionales abocadas al estudio y combate a la corrupción. Se reconocen los esfuerzos de World Justice Project, Transparencia Internacional, Banco Mundial, entre otros, para enfrentar el problema de la corrupción, así mismo lo señalado por Fix-Fierro: “A mediados de los años noventa, varios organismos intergubernamentales – como la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU)- promovieron la elaboración, firma y ratificación de convenciones internacionales contra la corrupción, particularmente de tipo económico y comercial.” Fix-Fierro, Héctor, *Manual de sociología del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 179-180.

⁴² Ugarteche, Oscar, “Para desprivatizar lo público”, op. cit., p. 90

⁴³ Palacios Luna, Juan Manuel, “Efectos de la corrupción sobre el crecimiento económico. Un análisis empírico internacional”, *En Contexto*, núm. 2, enero – diciembre de 2014, pp. 109-126.

Por último, y no menos importante con una postura de reconocimiento por el análisis del impacto de la corrupción en las economías abiertas y la función estatal la representa, Rose-Ackerman. Sus investigaciones se enfocan a *accountability*, adquisiciones, recaudación de ingreso, regulación de negocios y vigilancia de corrupción en negocios internacionales. De los problemas que detecta solo señalamos la corrupción endémica de los Estados donde funcionarios públicos rediseñan programas y proyectos con altos beneficios privados, también lo que denomina captura del Estado en sociedades democráticas con economías de mercado abiertas en las que elites privadas influyen de forma importante en las políticas estatales para su beneficio.⁴⁴

3.3 PROBLEMAS EN LA ESFERA PÚBLICA Y POLÍTICO-SOCIAL

Una problematización crítica a las posturas estatal-jurídico-penal sobre la corrupción la presenta Fabrè.⁴⁵ Reconoce la complejidad del fenómeno y la capacidad para instalarse en las instituciones, sin embargo, indica que los estudios (teóricos, metodológicos y empíricos) se ha reducido a los enfoques jurídicos marcados por el paradigma positivista racionalizando y generalizando la corrupción como fenómeno macrosocial. Estos ejes explicativos dominantes pasan por alto los espacios del tejido social donde la corrupción se produce y reproduce: el entramado organizacional. Fabrè puntualiza que son las empresas, estructuras que facilitan “los procesos socializadores, racionalizadores y normalizadores”⁴⁶ de la corrupción. Las investigaciones a ese nivel permiten no solo articular condiciones de contexto, económicas, ideológicas, políticas y culturales en que se genera la corrupción, sino que constituyen las óptimas condiciones para incidir positivamente en acciones anticorrupción, más que en sus manifestaciones ya consumado el acto corrupto.

Si Fabrè se enfoca al análisis de la corrupción en los espacios organizacionales inmediatos de las acciones de los sujetos, un enfoque semejante

⁴⁴ Rose-Ackerman, Susan, “Governance and Corruption”... op. cit.

⁴⁵ Fabrè, Machado, Idalsis, *Reflexión crítica sobre las concepciones teóricas de la corrupción desde lo multidisciplinar*, Cuba, Centro de Estudios Comunitarios Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas, 2018.

⁴⁶ *Ibid.*, 60.

lo tiene Manchinelly⁴⁷, quien afirma que la mayoría de los estudios se enfocan a la macrocorrupción dejando a un lado los estudios de la corrupción a pequeña escala. Su trabajo demuestra que la corrupción es una acción estratificada que evalúa acorde a ejes observables de la acción dramática, el espacio, el tiempo y las emociones de los sujetos dependiendo de la posición social de los participantes en actos de corrupción, como ocurre en microempresarios y en trabajadores del sector informal, por lo tanto, su nivel de análisis sobre la corrupción es microsocia.

Un enfoque interdisciplinar hacia el combate de la corrupción es puesto en perspectiva en una obra colectiva recopilada por Campos y Pradhan.⁴⁸ Por sectores específicos concernientes a la vida pública en temas de salud, educación, transporte, agua, petróleo, y de manera más profunda el sistema financiero público (contratación, aduana, reintegros del IVA y lavado de dinero) se analizan bajo un marco de referencia que permite trazar una hoja de ruta en los niveles y subniveles de cada sector (cadena de valor) así como del flujo de procesos en los que se detectan cuáles serían los puntos susceptibles de corrupción en actividades bien definidas. Ante el grave problema de la corrupción su aportación la definen en tres líneas de investigación: fortalecimiento de la buena gobernabilidad, uso estratégico de las tecnologías de información y comunicación, y sustento del combate en redes globales. Los autores son claros al afirmar que “Aunque el cumplimiento de la ley (investigación, judicialización, enjuiciamiento, sanciones civiles y penales) es importante y necesario, el eje de todos estos instrumentos es básicamente la prevención.”⁴⁹

En este punto del trabajo investigado, sin menoscabo de las áreas especializadas, se perciben las dificultades de las investigaciones de los problemas sobre la corrupción si se pretende circunscribirla a una sola disciplina. A favor de los enfoques interdisciplinarios, se encuentra Es-

⁴⁷ Manchinelly, Daniel, “Notas en torno al análisis dramático de experiencias desiguales de corrupción a pequeña escala”, *Estudios Sociológicos*, vol. XXXVI, núm. 106, 2018, pp. 189-210.

⁴⁸ Campos, J. Edgardo, Pradhan, Sanjay (eds.), *Las múltiples caras de la corrupción... op. cit.*

⁴⁹ Campos, J. Edgardo, Pradhan, Sanjay y Recanatini, Francesca, “Conclusión: ¿qué sigue ahora?”, en Campos, J. Edgardo, Pradhan, Sanjay (eds.), *Las múltiples caras de la corrupción... op. cit.*, p. 449.

tévez,⁵⁰ que analiza la corrupción desde una perspectiva sistémica que va entre lo social, político y económico intentando mantener una visión general de la corrupción que tenga en cuenta al agente individual y la estructura social de la que forma parte. Los problemas que detecta, en lo que denomina la peor corrupción, la que se instala en la lógica del sistema afectando las esferas pública y social, son: la concentración del poder; las desigualdades sociales; la racionalidad instrumental; la tecnocracia y la razón individual.

En una línea semejante, Pastrana⁵¹, le da importancia a la corrupción política, donde instituciones, liderazgo político y participación ciudadana toman sentido, pero va más allá, al reconocer que en la esfera de la administración pública e institucional se deben implementar medidas ante los problemas de la corrupción, lo mismo en controles fuera y dentro del Estado, en la impartición de justicia, pero, sobre todo, impulsando el desarrollo del servicio civil profesional.

3.4 EL PROBLEMA DE LA MEDICIÓN

En esta perspectiva interdisciplinaria, las líneas de investigación que han tenido mayor presencia en los últimos años por su contribución al estudio de la corrupción han sido en el campo empírico que permite medir y cuantificar la corrupción.

Si bien, esta investigación no se enfoca a la medición de la corrupción y al debate sobre su percepción y medición directa, solo señala que abundan las contribuciones empíricas sobre los problemas de la corrupción. Al respecto y considerando la proliferación reciente de estudios cuantitativos, Cetina⁵² presenta una clasificación sobre las técnicas de medición

⁵⁰ Estévez, Alejandro, M. “Reflexiones teóricas sobre la corrupción: sus dimensiones política, económica y social”, *Revista Venezolana de Gerencia*, año 10, núm. 29, enero-marzo de 2005.

⁵¹ Se señala que estas propuestas de Pastrana son resultado de la revisión de varios autores que cita en su trabajo. Ver: Pastrana Valls, Alejandro, “Estudio sobre la corrupción en América Latina”, *Revista Mexicana de Opinión Pública*, año 14, núm. 27, enero-junio 2019, pp. 13-40.

⁵² Cetina, Camilo, “Corrupción: medición del problema y los problemas en su medición”, *Diálogos sobre la Transparencia - Policy Paper # 1*, Colombia, Secretaría de Transparencia, 2016.

de la corrupción concluyendo que sí es medible, observable y cuantificable. Identifica mediciones basadas en: a) encuestas/entrevistas de percepción; b) recolección de datos a partir de observación directa; c) chequeos cruzados; y d) estimación e inferencia estadísticas, a partir de variables que no necesariamente se diseñan para medir corrupción. Posterior a explicar y ejemplificar las técnicas de medición afirma que las herramientas para su combate deben diseñarse a través de políticas públicas que sean de la misma forma, medibles.

Analizamos por su relevancia solo a dos autores. El estudio de Castañeda presentado en 2016⁵³ identifica variables que se asocian de forma negativa con la corrupción; en primer término, las condiciones económicas, es decir, el nivel de ingreso, aunado al nivel y cobertura educativa, la distribución geo-electoral, la estabilidad política del país y el respeto a las leyes establecidas. Su investigación recopila datos de 150 países entre los años de 1995 y de 2010. Reconoce que las investigaciones sobre la incidencia real de la corrupción implican constantemente desafíos y dificultades en la medida que el problema es identificar qué tipo de determinantes pueden establecerse teniendo en cuenta las características particulares de los países y sus poblaciones. La factibilidad de ocurrencia de corrupción se intensifica cuando se conjugan exclusión con bajo desarrollo económico y social aunado a instituciones débiles. Su principal hallazgo radica en que altos niveles y cobertura educativa acotan la incidencia de la corrupción.

Un punto semejante respecto a la mayor presencia de la corrupción en países en desarrollo lo presenta Rotberg.⁵⁴ Su trabajo empírico, resultado de investigación en 35 países en 2017, conlleva un minucioso tratamiento que inicia identificando formas de corrupción, registro detallado de casos, trátase de fallidos, en riesgo y exitosos, y prácticas que favorecen políticas anticorrupción. Reconoce la importancia de legislación estricta y clara en la materia, así como la exigencia de independencia del poder judicial, la libertad de prensa y el uso de las tecnologías que transparentan acciones y trámites susceptibles. Sumado a la identificación de un plan anticorrupción sustentado en lecciones, métodos y las mejores prácticas

⁵³ Castañeda Rodríguez, Víctor Mauricio, "Una investigación sobre la corrupción... *op. cit.*

⁵⁴ Rotberg, Robert I., *The Corruption Cure...* *op. cit.*

de los países estudiados, sus hallazgos clave radican esencialmente en la solidez y legitimidad de un liderazgo decidido con firmes convicciones de voluntad política que arraigue cambios socioculturales de la ciudadanía. En un país, ambos, sociedad civil y liderazgo político son fundamentales en el combate a la corrupción.

3.5 PROBLEMAS DE CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Es de importancia señalar que las investigaciones más recientes, aun sin resultados palpables, son las relacionadas con la corrupción y su impacto en los derechos humanos, precisamente por los problemas de su cuantificación y por la separación que se percibe entre ambos, que al parecer se desarrollan en líneas paralelas.⁵⁵ Si la corrupción atenta contra los derechos civiles, políticos, sociales y culturales, impactando especialmente en grupos vulnerables, mermando recursos públicos destinados ex profeso, las respuestas desde las políticas públicas y la justicia criminal han estado lejos de ser satisfactorias.⁵⁶ Parte de los argumentos indican las dificultades para vincular y medir los daños, la falta de reformas y fortalecimiento de las instituciones procesales, inclusive, reconociendo la falta de marcos teóricos y el exceso de burocracia estatal, incentivando con ello, corrupción, impunidad y menoscabo de la confianza ciudadana en el Estado y sus instituciones.⁵⁷

No obstante, Peters⁵⁸ en una crítica desde el derecho, sostiene que existe un círculo de prejuicio entre corrupción y derechos humanos por-

⁵⁵ Sepúlveda Carmona, Magdalena, “Corrupción y derechos humanos ¿Por qué es relevante vincularlos?, ICRICT, 18 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://cpc.org.mx/?p=13794>

⁵⁶ Gutiérrez López, Orlando del Rosario, “La corrupción, como elemento generador de violaciones recurrentes a los derechos humanos de los grupos vulnerables en Latinoamérica”, en Bautista Jiménez, Juan Manuel, Mariscal Ureta, Karla Elizabeth (coords.) *Derechos humanos y nuevo orden mundial*, España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2019, pp. 197-210.

⁵⁷ Los estudios a gran escala los han realizado organismos internacionales debido a recursos financieros, humanos y logísticos. Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*, Washington, D. C., CIDH, OEA, diciembre 2019.

⁵⁸ Peters, Anne, “La corrupción como una violación de derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año VI, núm. 10, enero - junio, 2020, pp. 123-185.

que se afirma que los Estados con mayores índices de corrupción son aquellos con mayores deficiencias en materia de derechos humanos. Parte del problema radica en que “la corrupción menoscaba el disfrute de los derechos humanos y, al mismo tiempo, utilizan los derechos humanos como un marco normativo para combatir la corrupción.”⁵⁹ En su opinión, este enfoque es cerrado y duramente criticado por extralimitarse en sus alcances. Sin embargo, la oportunidad jurídica entre ambos recae en que a nivel internacional dada la magnitud del problema, no se requieren nuevas reglas sino una mejor implementación que contribuya a cerrar tal brecha. “El pleno reconocimiento de que la corrupción menoscaba el disfrute de los derechos humanos permite a órganos de supervisión de derechos humanos universales y no contenciosos abordar legítimamente la corrupción en detalle, sin excederse en su mandato.”⁶⁰

4. BALANCE FINAL

Derivado de los análisis conceptuales, disciplinarios, sus problemas y líneas de investigación se constata que el estudio sobre el fenómeno de la corrupción está presente en espacios académicos desplegando diversas posturas epistémicas y metodológicas desde las ciencias sociales.

Categorías esenciales en el ámbito de las ciencias políticas se integran a la diversidad de definiciones que dan cuenta sobre qué es la corrupción. Una sumamente estudiada es la democracia y sus procesos, de tal forma que abundan conceptos que expresamente señalan relaciones de poder, participación ciudadana, legitimidad política, así como los principios de la democracia, todos dañados cuando se presentan actos de corrupción. En consecuencia, de ahí derivan los problemas a resolver y las líneas de investigación para combatirla. Se habla de fomentar el poder democrático, de controlar los grupos de poder enquistados, de estructuras y sistemas que encaucen institucionalmente los flujos socio-políticos con base en la democracia. Así, la democracia se constituye en defensa para enfrentar la corrupción.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 123.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 176.

Desde las ciencias jurídicas las categorías que tienden a definir la corrupción se posicionan en el Estado de derecho y sus componentes como el imperio de la ley, la administración de justicia, y en general en las instituciones del Estado. Con ello, el énfasis en el combate a la corrupción se proyecta a través de vías institucionales que fortalezcan la administración pública, la transparencia, la publicidad y rendición de cuentas, las instituciones democráticas y la normatividad para los servidores públicos. Un gobierno de leyes que genere certeza jurídica y confianza en la ciudadanía.

En esta lógica, categorías propias de cada disciplina (economía, sociología, filosofía, etcétera) tendrán sus propios argumentos científicos tanto, para definir qué es la corrupción como, para detectar sus problemas, generar líneas de investigación y propuestas ya que se afirma que para combatir la corrupción primero hay que entenderla, definirla y acotarla en los espacios donde se produce y reproduce.

Se confirma que, en toda la literatura al respecto, desde cualquier disciplina no hay consenso. Se reconoce la complejidad del problema y la ausencia de lineamientos únicos para definirla. Contribuciones desde la academia, con bases sólidas, ponen en tela de juicio someras definiciones del fenómeno de la corrupción, algunas incluso, citadas en este artículo, particularmente aquellas referidas a la descripción general y externa de las características de la corrupción pretendiendo con ello generalizaciones.

No obstante, esta problemática no significa que no existan avances para su combate. La academia y las disciplinas desde estos espacios, sin duda alguna, mantiene el tema vigente con diferentes perspectivas coadyuvando a plantear alternativas al problema de la corrupción. Así, tienden no solo a definirla, también la clasifican conforme la corrupción se arraiga en áreas gubernamentales, ámbitos privados y espacios de la sociedad civil. Las investigaciones van más allá de un área disciplinar admitiendo por su complejidad, que el problema de la corrupción exige tratamientos epistemológicos y metodológicos interdisciplinarios para coadyuvar con propuestas y contrarrestar sus efectos corrosivos generando cuerpos teóricos que incidan y fortalezcan estructuras institucionales y sociales, siendo plausibles tales acciones.

Lo analizado deja al menos seis cuestiones claras abonando a la discusión sobre el fenómeno de la corrupción. La primera refiere, y al juzgar

por lo expuesto, que para algunos autores pasa desapercibido que la corrupción depende en gran medida de la normatividad y de lo tipificado como conductas y acciones corruptas en los códigos penales, es decir, depende de al menos dos factores condicionantes: los sistemas jurídicos de cada país y lo que consideran como actos ilícitos corruptos o vinculados a la corrupción. Esta podría ser una de las causas esenciales el porqué no es posible tener una definición única.

La segunda, precisa que si bien, la corrupción no es un fenómeno nuevo, su desbordamiento es propiciado a partir de la década de los años noventa con la implementación de nuevas formas de organización económico-políticas sustentadas en el neoliberalismo. Básicamente, en el sector público y la economía, los procesos de liberalización, desregulación y privatización permitieron a grupos de particulares obtener beneficios por vía legal o en acciones ligadas a la corrupción. Parte de las consecuencias explican la concentración de poder político y económico en pocas personas favoreciendo la corrupción. En paralelo se aprecia debilitamiento del Estado-nación, captura del Estado y corrupción sistémica estatal; surgiendo además instancias internacionales ex profeso para contrarrestar y combatir la corrupción.

Continuando, la tercera alude a la tendencia de clasificación. Al respecto, la clasificación pone de entrada y en tela de juicio sus atributos definitorios ya discutidos. La complejidad y los efectos corrosivos del fenómeno de la corrupción obligan a ubicarla en las estructuras y entramado social, público y privado. No obstante, la mayoría de las investigaciones se enfocan a la corrupción pública, visible y a gran escala, por supuesto sujeta a la penalización de las leyes y del escrutinio de la opinión pública. Existen pocos estudios sobre la corrupción a pequeña escala, aquella que se desenvuelve a nivel microsociedad, así como aquella que se gesta en sectores privados, incluso demandando la misma normativa de la corrupción pública.

La siguiente apunta a las cuestiones más corrosivas de la corrupción. Ello refiere a que a pesar de la identificación de espacios y procesos donde se origina e incrusta, la corrupción avanza. Parte de las explicaciones radican en que la corrupción utiliza las mismas normatividades e instituciones del Estado. Se vale del derecho, de los vacíos legales o de interpretaciones sesgadas de las leyes, es decir, el propio sistema normativo

permite y alienta la coexistencia de la corrupción. Lo mismo sucede con la democracia y sus procesos. La corrupción y sus agentes utilizan para su provecho las instituciones, la libertad, la igualdad, el bien común, y los principios y valores que sostienen la democracia. El desdoblamiento corrupto de las estructuras mencionadas impacta en un Estado de derecho democrático que ponen en cuestionamiento acciones que rayan entre lo legal y permitido y lo que está fuera de la ley.

En la quinta se resalta un problema evidente respecto al fenómeno de la corrupción. Los actos ligados a la corrupción precisamente por su carácter ilegal son secretos, ocultos y en múltiples circunstancias difíciles de detectar y de cuantificar. Existen dos posturas al parecer irreconciliables: aquellas que confían y miden el fenómeno a través de la percepción de numerosos actores, y aquellas que lo invalidan por subjetivo y defienden su medición por la observación y constatación directa. En ambas posturas saltan a la vista problemas teóricos y metodológicos, tanto en la veracidad de respuestas y apreciaciones, así como en la validez de aspectos técnicos de medición.

Finalmente, el estudio del tema-problema de la corrupción es inagotable de investigar. En esta revisión de la literatura queda claro que existen más divergencias que convergencias respecto a qué es la corrupción y a la prioridad de los problemas que hay que resolver. Entre los vacíos que se detectaron y quedan para futuras investigaciones, indican si realmente la corrupción se puede medir y cuantificar; si la corrupción por su intencionalidad es un problema de carácter ético o jurídico-normativo; dilucidar el porqué las políticas públicas anticorrupción escasamente han logrado sus objetivos; y si las soluciones a la magnitud del problema radican en preceptos más preventivos que sancionadores-penales. En suma, el fenómeno de la corrupción queda abierto a nuevas investigaciones que coadyuven a plantear más alternativas para aminorarla y erradicarla.

5. FUENTES DE CONSULTA

Aidt, Toke S. "Economic Analysis of Corruption: A Survey", *Economic Journal*, vol. 113, núm. 8, 2003.

Calderón, Fernando, Castells, Manuel, *La nueva América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2019.

- Campos, J. Edgardo, Pradhan, Sanjay (eds.), *Las múltiples caras de la corrupción. Aspectos vulnerables por sectores*, Colombia, Banco Mundial, Mayol Ediciones, 2009.
- Campos, J. Edgardo, Pradhan, Sanjay y Recanatini, Francesca, “Conclusión: ¿qué sigue ahora?”, en Campos, J. Edgardo, Pradhan, Sanjay (eds.), *Las múltiples caras de la corrupción. Aspectos vulnerables por sectores*, Colombia, Banco Mundial, Mayol Ediciones, 2009.
- Cárdenas, Jaime, “Causas de la corrupción y soluciones para en enfrentarla”, en Salazar, Pedro, Ibarra Palafox, Francisco Flores, Imer (coords.) *¿Cómo combatir la corrupción?*, 1ª reimpresión, México, IJ-UNAM, 2018, pp. 223-230.
- Casanova Moreno, Ma. de la Sierra, *La corrupción política en democracia y la confianza*, Alcalá, Universidad de Alcalá, Departamento de Fundamentos de Derecho y Derecho Penal, 2009.
- Castañeda Rodríguez, Víctor Mauricio, “Una investigación sobre la corrupción pública y sus determinantes”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año LXI, núm. 227, mayo-agosto, 2016, pp. 103-136.
- Cetina, Camilo, “Corrupción: medición del problema y los problemas en su medición”, *Diálogos sobre la Transparencia - Policy Paper # 1*, Colombia, Secretaría de Transparencia, 2016.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*, Washington, D. C., CIDH, OEA, diciembre 2019.
- Estévez, Alejandro, M. “Reflexiones teóricas sobre la corrupción: sus dimensiones política, económica y social”, *Revista Venezolana de Gerencia*, año 10, núm. 29, enero-marzo de 2005, pp. 1-70.
- Fabré, Machado, Idalsis, *Reflexión crítica sobre las concepciones teóricas de la corrupción desde lo multidisciplinar*, Cuba, Centro de Estudios Comunitarios Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas, 2018.
- Fierro, Ferráez, Ana Elena, “Combatir la corrupción: ¿cómo volver a confiar en el estado?”, en Márquez Gómez, Daniel, (coord.) *Derecho Administrativo*, México, UNAM, Colegio Nacional, 2019, pp. 49-61.
- Fix-Fierro, Héctor, *Manual de sociología del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.

- Garzón Valdés, Ernesto, “Acerca del concepto de la corrupción”, en Carbonell, Miguel, Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, Derecho y corrupción*, México, Siglo XXI Editores, 2003, pp. 30-31.
- Gutiérrez López, Orlando del Rosario, “La corrupción, como elemento generador de violaciones recurrentes a los derechos humanos de los grupos vulnerables en Latinoamérica”, en Bautista Jiménez, Juan Manuel, Mariscal Ureta, Karla Elizabeth (coords.) *Derechos humanos y nuevo orden mundial*, España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2019, pp. 197-210.
- Gutiérrez Salazar, Miguel Ángel, “Tres líneas de análisis sobre el combate a la corrupción en México”, en Salazar, Pedro, Ibarra Palafox, Francisco, Flores, B. Imer (coords.) *¿Cómo combatir la corrupción?*, 1ª reimpresión, México, IJ-UNAM, 2018, pp. 53-61.
- León Pardo, Ciro Hernando, “Los investigadores opinan”, en Hernández Sampieri, Roberto, *et al*, *Metodología de la investigación*, 6ª ed., México, McGrawHill, 2014.
- Hernández Sampieri, Roberto, *et al*, *Metodología de la investigación*, 6ª ed., México, MacGrawHill, 2014.
- Hodgson, Geoffrey, Jiang, Shuxia, “La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista”, *Revista Economía Institucional*, vol. 10, núm. 18, 2008, pp. 55-80.
- Hussein, Mustafa, “Combating Corruption in Malawi”, Institute for Security Studies, *African Security Review*, vol. 14, núm. 4, 2005. Disponible en: <https://oldsite.issafrica.org/topics/corruption-and-governance/01-dec-2005-combating-corruption-in-malawi-mustafa-hussein>.
- Jain, Arvind K. “Corruption: A Review”, *Journal of Economic Surveys*, vol. 15, núm. 1, 2001.
- Johnston, Michael, *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.
- Kurer, Oskar, “Definitions of Corruption”, Heywood, Paul M., *Routledge Handbook of Political Corruption*, Nueva York, 2015. Disponible en: <https://www.routledgehandbooks.com/doi/10.4324/9781315739175.ch2>.
- Manchinelly, Daniel, “Notas en torno al análisis dramaturgico de experiencias desiguales de corrupción a pequeña escala”, *Estudios Sociológicos*, vol. XXXVI, núm. 106, 2018, pp. 189-210.

- Mbonu, Christy, “La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales”, *Relatora Especial, ONU, E/CN.4/Sub.2/2004/23*, 7 de julio de 2004.
- Monsiváis-Carrillo, Alejandro, “Corrupción y legitimidad democrática en México”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 82, núm. 3 julio-septiembre, 2020, pp. 587-618.
- Morris, Stephen D., “Mexico’s political culture: the unruly of law and corruption as a form of resistance”, *Mexican Law Review*, New Series, vol. 3, núm. 2, 2011, pp. 327-342. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/mexican-law-review/article/view/7756/9731>.
- Nieto, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997.
- Nye, Joseph, “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”, *The American Political Science Review*, vol. 61, núm. 2, 1967, pp. 417-427.
- Palacios Luna, Juan Manuel, “Efectos de la corrupción sobre el crecimiento económico. Un análisis empírico internacional”, *En Contexto*, núm. 2, enero – diciembre de 2014, pp. 109-126.
- Pastrana Valls, Alejandro, “Estudio sobre la corrupción en América Latina”, *Revista Mexicana de Opinión Pública*, año 14, núm. 27, enero-junio 2019, pp. 13-40.
- Peters, Anne, “La corrupción como una violación de derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año VI, núm. 10, enero - junio, 2020, pp. 123-185.
- Rose-Ackerman, Susan, “Governance and Corruption”, Lomborg, Bjørn (ed.) *Global Crises, Global Solutions*, First Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 301-362.
- Rotberg, Robert I., *The Corruption Cure. How Citizens and Leaders Can Combat Graft*, New Jersey, Princeton University Press, 2017.
- Salazar, Pedro, Ibarra Palafox, Francisco Flores, Imer (coords.) *¿Cómo combatir la corrupción?*, 1ª reimpresión, México, IJ-UNAM, 2018.
- Sandoval Ballesteros, Irma Eréndira, “Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 78, núm. 1, enero-marzo, 2016, pp. 119-152.

UNA REVISIÓN DE CONCEPTOS Y PROBLEMAS SOBRE LA CORRUPCIÓN

- Sepúlveda Carmona, Magdalena, “Corrupción y derechos humanos ¿Por qué es relevante vincularlos?, ICRICT, 18 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://cpc.org.mx/?p=13794>
- Tomasini, Basols, Alejandro, “Reflexiones sobre la corrupción en México,” Ensayo, *Gaceta UNAM* septiembre de 2003. Filosofía Diversa. Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~tomasini/filo-div.html>
- Transparencia Internacional, *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, Berlín, 2009.
- Ugarteche, Oscar, “Para desprivatizar lo público”, en Sandoval Ballesteros, Irma Eréndira, *Corrupción y transparencia: Debatando las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*, México, Siglo XXI Editores/UNAM, 2009.
- Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia*, México, IJ-UNAM, 2019.
- Warren, E. Mark, “La democracia contra la corrupción”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 47, núm. 193, 2005, pp. 109-141.
- Zaid, Gabriel, *El poder corrompe*, México, Debate, 2019.

6. ANEXO

Anexo 1
Conductas ilícitas vinculadas a la corrupción

Término	Significado
Abuso de autoridad	Condicionamiento de la distribución de bienes o prestación de un servicio de un programa público para obtener una ventajas para sí mismo o para terceros.
Acceso a la información	Derecho de los ciudadanos de consultar datos e información clave en poder del gobierno o de cualquier organismo público.
Captura del Estado	Individuos, instituciones, empresas o grupos dentro o fuera de un país recurren a la corrupción para definir políticas, normas jurídicas y económicas en beneficio de sus intereses privados.
Cohecho	Se ofrece, solicita o prometer cualquier tipo de beneficio como condición para la realización u omisión de actos que competen a un cargo público.

Colusión	Acuerdo secreto entre partes, en el sector público y/o privado, para cometer actos con el fin de engañar o defraudar para obtener ventaja económica ilícitas.
Concusión	Abuso de un cargo y facultades para inducir a una persona o grupo a que le dé un bien o beneficio, para sí o para un tercero.
Conflicto de interés	Persona o la entidad en la que trabaja: gobierno, empresa, organización de la sociedad civil etc. y debe optar entre las responsabilidades de su puesto y sus propios intereses privados.
Enriquecimiento ilícito	Funcionario aprovecha el cargo para incrementar de manera ilícita su patrimonio, en una cuantía que no corresponde con sus ingresos declarados.
Extorsión	Utilizar directa o indirectamente, cualquier posición de poder para exigir injustificadamente a otros colaboración o dinero mediante amenazas coercitivas.
Fraude	Engañar en forma deliberada para obtener una ventaja indebida o ilícita: financiera, política o de otro tipo.
Lavado de dinero	Ocultar el origen, la titularidad o el destino de fondos obtenidos por medios ilícitos o fraudulentos, al incorporarlos a actividades económicas legítimas.
Malversación	Tomar para sí, utilizar o traficar de manera deshonesto e ilícita los fondos y bienes que le fueron confiados en una institución, organización o empresa para fines de enriquecimiento personal u otras actividades.
Nepotismo	Aprovechar un cargo oficial, su poder y autoridad para conceder empleo o favor a un familiar o amigo.
Peculado	Apropiarse o utilizar caudales, recursos y bienes que le hayan sido confiados en custodia por razón de su cargo para adquirir un beneficio para sí o para otro.
Rendición de cuentas	Personas, organismos y organizaciones públicos, privados y de la sociedad civil, tienen la responsabilidad del adecuado cumplimiento de sus funciones.
Revolving door	Refiere a personas que alternan entre cargos públicos y en empresas privadas, aprovechando el período durante el cual trabaja en el gobierno en beneficio de las compañías que anteriormente administraba.

UNA REVISIÓN DE CONCEPTOS Y PROBLEMAS SOBRE LA CORRUPCIÓN

Soborno	Ofrecimiento, promesa, entrega, aceptación o exigencia de un incentivo para realizar una acción ilícita, antiética y de abuso de confianza: obsequios, préstamos, comisiones, recompensas, ventajas en impuestos, servicios, etc. c.)
Trafico de influencias	Personas que invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe hace dar o promete para sí o un tercero, cualquier tipo de beneficio para interceder ante un funcionario en casos de tipo administrativo o judicial.

Fuente: elaboración propia con información de Transparencia Internacional, *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, Berlín, 2009 y de Arellano Gault, David, Hernández Galicia, Jesús F. *Corrupción y denuncia. La denuncia como instrumento social: sus retos*, Serie Cultura de la Rendición de Cuentas, núm. 14, México, Auditoría Superior de la Federación, 2016.