



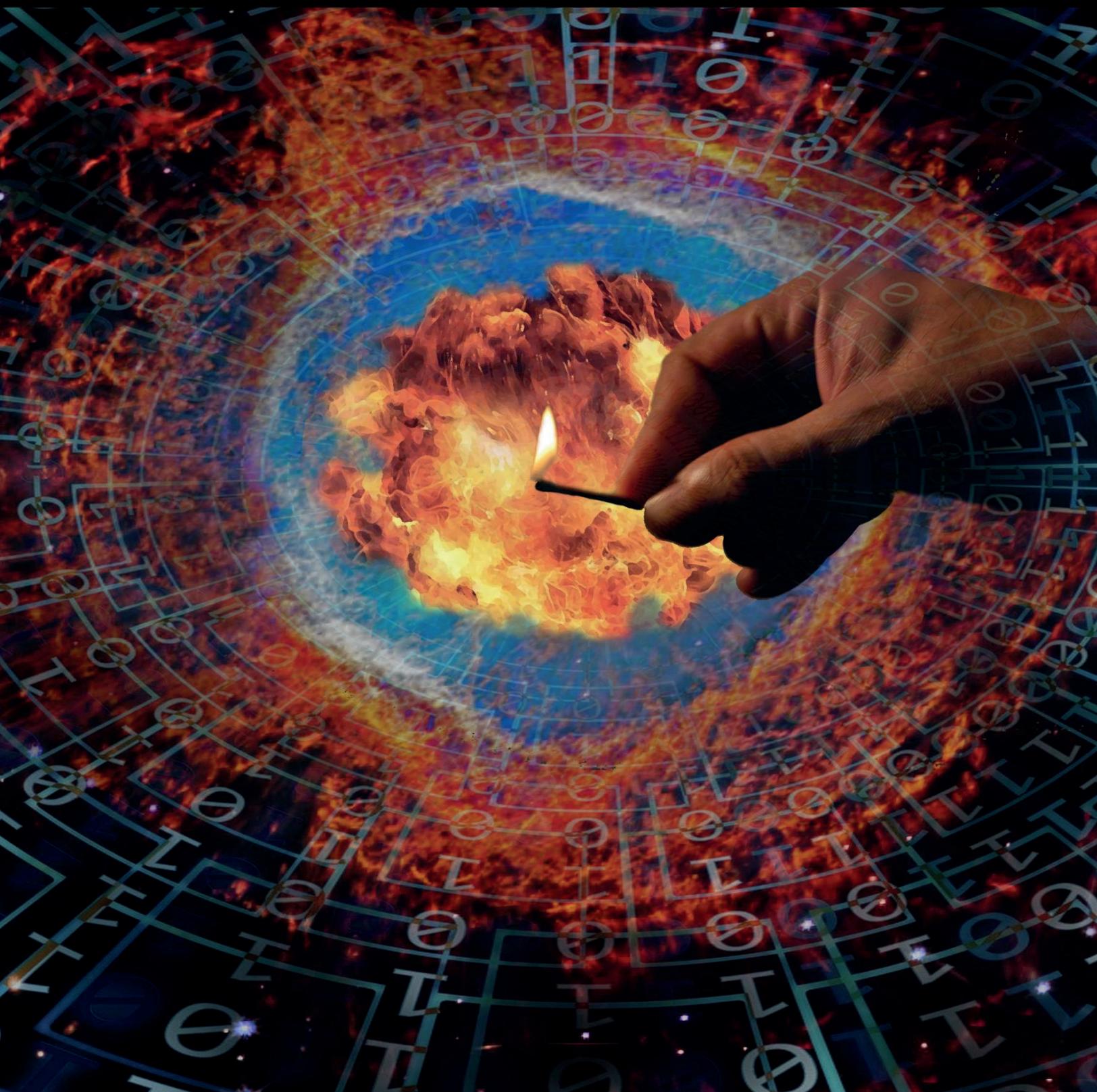
Desafíos Jurídicos

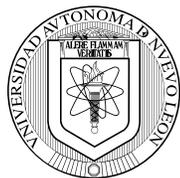
La Conjugación del Derecho



ISSN: 2954-453X

**JULIO-DICIEMBRE 2023. VOLUMEN III, NO.5.
PUBLICACIÓN SEMESTRAL**





UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

Sobre la revista

Desafíos Jurídicos Vol. 3, Núm. 5, Julio-Diciembre 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.



Equipo Editorial

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Paola Stephania Muñiz Lupian

COMITÉ EDITORIAL: Amalia Guillén Gaytán, Alberto Rojas Ríos, Alonso Martínez Arrieta, David Emmanuel Castillo Martínez, Gina Jaqueline Prado Carrera, Humberto Sierra Porto, José Luis Prado Maillard, Juan Ángel Salinas Garza, Julio Ortiz Gutiérrez, Lucio Pegoraro, Luis Bustos, Luis Ferney, Mario Alberto García Martínez, Martha León Alonso, Mercedes Iglesias Báez, Michael Gustavo Núñez Torres, Mohammad H. Badii Zabeh, Rafael Estrada Michel, Rodrigo Maldonado Corpus.

COMITÉ CONSULTIVO: Alicia Azzolini Bincas, Carlos Báez Silva, Carlos Ugo Santander, Dealmy Delgadillo Guzmán, Edson Jesús Quindés James, Eloísa Quintera, Félix Guadalupe Contreras Arguiropulos, Fernando Hernández Silva, Gabriela Carmona Ochoa, Héctor S. Maldonado Pérez, Helio Iván Ayala Moreno, Hugo José Regalado Jacob, Joaquín Merino, Juan Antonio Caballero Delgadillo, Livier Olivia Escamilla Galindo, Luis Gerardo Rodríguez Lozano, Miguel Ángel Rivera López, Nancy Nelly González Sanmiguel.

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “**Burning Metaverse**” ©2023



Índice

ARTÍCULOS

- 12-25** **Implicaciones legales del Metaverso, desde la visión del Derecho Digital y de las nuevas tecnologías**
Julio Nuñez Ponce (Universidad Nacional Mayor de San Marcos)
-
- 26-43** **La denuncia cibernética en redes sociales en respuesta a la violencia basada en género**
Patricia Reyes Olmedo (Universidad del Valparaíso) y Rafael Ríos Lambruschini (Universidad del Valparaíso)
-
- 44-57** **La propuesta comunitaria de ley de inteligencia artificial y el «invierno legislativo»**
Jorge Villalobos Portalés (Universidad de Málaga)
-
- 58-69** **La Seguridad Pública Mexicana**
José Zaragoza Huerta (UANL/FACDYC) e Idalia Patricia Espinosa Leal (Universidad de Hankuk de Estudios Extranjeros)
-
- 70-93** **Consentimiento informado en Emergencias Médicas: Una perspectiva de Derechos Humanos**
Andrea Rodríguez Zavala (UANL/FACDYC) y Brenda Judith Saucedo Villeda (UANL/FACDYC)
-
- 94-109** **Lectura actual de las facultades del Poder Ejecutivo en el Estado Veracruz**
David Quitano Díaz (Universidad Veracruzana)
-

RESEÑA DEL LIBRO

- 112-121** **Coordinación Parental: una respuesta a los divorcios conflictivos**
Antonio Filiberto Vega Pérez (Poder Judicial del Estado de Nuevo León) y Aram González Ramírez (Universidad Autónoma de Nuevo León)
-

CRITICA JURISPRUDENCIAL

- 124-137** **¿En qué sentido ponderan los tribunales españoles cuando resuelven conflictos entre derecho al honor y derecho a la libertad de información?**
Juan Antonio García Amado (SÍLEX Formación Jurídica)
-
- 140-151** **La Tutela efectiva como derecho humano protector contra las normas procesales obstaculizadoras al acceso de la jurisdicción, a la luz de lo resuelto por el tercer tribunal colegiado en materia civil del cuarto circuito al conocer del juicio de amparo directo**
Mario César Hernández Monrreal (Gobierno del Estado de Nuevo León)
-

CINE Y DERECHO

- 154-159** **La Dama de Oro**
Daniel Vázquez Azamar (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Presentación

Nuestra facultad es una pieza fundamental en la vida académica del Estado y una gran fuente de oportunidades para la difusión y publicación de trabajos multidisciplinarios. La revista “Desafíos Jurídicos” viene a fortalecer un espacio en el cual se observa el derecho a través de un prisma con diferentes disciplinas, cuando hablamos de derechos describimos cotidianidad y establecemos instituciones para nuestra vida en sociedad.

El derecho se va transformando para su estudio, desde una óptica purista la cual va migrando hacia una visión empírica en donde se observa cómo cobra vida en el quehacer cotidiano, y de este modo se va formando un rompecabezas para dar legalidad y legitimidad a nuestras instituciones. De esta forma, se deben tomar en cuenta los resultados alcanzados desde diferentes ideologías, pero con el mismo objetivo: sumar al conocimiento de la sociedad. En tiempos donde las personas se ven obligadas a ignorar muchas fuentes de información gracias al crecimiento masivo de información falsa, se necesita una fuente sana donde se pueda extraer información correcta. Esta revista tiene como objetivo ser esta fuente para el lector.

Además de proporcionar información interesante en el área de ciencias sociales, fomenta el diálogo, análisis y reflexión de los procesos sociales contemporáneos desde una perspectiva que incluya una visión crítica tanto académica como científica en aras de acrecentar el conocimiento. El diálogo es la forma más eficaz y eficiente de comunicación humana. Gracias al diálogo logramos plasmar lo que pensamos y sentimos sobre otras personas. El análisis es uno de los procesos cognitivos superiores, es parte de nuestro pensamiento, y gracias a él logramos llegar a conclusiones siguiendo un camino metódico y objetivo. La reflexión también forma parte de los procesos cognitivos superiores, y es uno de los niveles más profundos del pensamiento humano. Se podría decir que la habilidad de reflexionar ante lo sucedido es parte de lo que nos hace humanos. De la reflexión y el análisis nacen las ideas revolucionarias de las mentes más grandes de la historia de la humanidad, y eso es justo lo que “Desafíos Jurídicos” aspira generar en cada uno de sus lectores.

La revista está dividida en las siguientes partes: “Artículos”, “Críticas” y “Reseña”, con la finalidad de abordar diversos géneros de divulgación que amplíe los conocimientos de los profesionistas de la ciencia jurídica. En esta edición se incluye una sección especial: “Cine y Derecho”, con el objetivo de concientizar y enseñar en temas concretos llevados por su relevancia a la pantalla grande.



Agradecemos a los catedráticos que hacen este número posible, ya que sin su gran apoyo y arduo trabajo nada de esto estaría terminado. Esperamos que los artículos en este número enriquezcan la mente de cada uno de los lectores y que se logre generar una reflexión sobre el mundo que nos rodea.

Dr. Mario Alberto Garza Castillo
Director de la FACDYC



Editorial

La revista “Desafíos Jurídicos” tiene un enfoque multidisciplinario, dado que abarca una variedad muy amplia de temas importantes para nuestra sociedad. Con el objetivo de crear una revista completamente íntegra, se convergen tanto investigaciones de índole dogmática como empírico, y de este modo tomar en cuenta los resultados alcanzados desde diferentes ideologías, pero con el mismo objetivo: sumar al conocimiento de la sociedad. En la actualidad nos vemos obligados a ignorar muchas fuentes de información, derivado del crecimiento masivo de información falsa, y por ende, necesitamos tener fuentes confiables que sean un manantial donde se pueda extraer información correcta. Desafíos Jurídicos tiene como objetivo ser esa fuente para el lector.

Además de proporcionar información interesante en el área de ciencias sociales, fomenta el dialogo, análisis y reflexión de los procesos sociales contemporáneos desde una perspectiva que incluya una visión crítica tanto académica como científica en áreas de acrecentar el conocimiento. La revista está dividida en las siguientes partes: “Artículos”, “Críticas” y “Reseña”. En esta edición incluye una sección especial: “Cine y Derecho”, con el objetivo de apreciar las aportaciones y ventajas de visibilidad que se alcanza por dicho medio.

En nuestra primera sección de Artículos contamos con aquellos que abarcan diferentes áreas del derecho, contamos con un artículo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Implicaciones legales del Metaverso, desde la visión del Derecho Digital y de las nuevas tecnologías del Dr. Julio Núñez Ponce; de la Universidad de Valparaíso nos ofrece el artículo “La denuncia cibernética en redes sociales en respuesta a la violencia basada en género” de la Dra. Patricia Reyes Olmedo & Rafael Ríos Lambruschini, así como de la Universidad de Málaga “La propuesta comunitaria de ley de inteligencia artificial y el «invierno legislativo»” por el Dr. Jorge Villalobos Portalés.

Por nuestra Universidad en colaboración con la Universidad de Hankuk de Estudios Extranjeros, en Corea del Sur, contamos con el artículo “La Seguridad Pública Mexicana” por el Dr. José Zaragoza Huerta y la Dra. Idalia Patricia Espinoza leal, también por nuestra Universidad tenemos el artículo “Consentimiento informado en Emergencias Médicas: Una perspectiva de Derechos Humano” por Andrea Rodríguez Zavala y la Dra. Brenda Judith Saucedo Villeda. En la última participación de esta sección contamos con la colaboración de la Universidad Veracruzana con el artículo “Lectura actual de las facultades del Poder Ejecutivo en el Estado Veracruz” de la autoría del Dr. David Quitano Díaz.

El análisis es uno de los procesos cognitivos superiores, es parte de nuestro pensamiento, y gracias a él logramos llegar a conclusiones siguiendo un camino metódico y objetivo. La reflexión también forma parte de los procesos cognitivos superiores, y es uno de los niveles más profundos del pensamiento humano. Se podría decir que la habilidad de reflexionar ante lo sucedido es parte de lo que nos hace humanos. De la reflexión y el análisis nacen las ideas revolucionarias de las mentes más grandes de la historia de la humanidad, y eso es justo lo que “Desafíos Jurídicos” aspira generar en cada uno de sus lectores en la sección de Crítica que en este número tenemos el gran honor de contar con una aportación de Sílex Centro de Formación por parte de su director, el destacado jurista Dr. Juan Antonio García Amado, quien nos comparte una reflexión en torno al tema ¿En qué sentido ponderan los tribunales españoles cuando resuelven conflictos entre derecho al honor y derecho a la libertad de información?, también contamos con una crítica sobre “La Tutela efectiva como derecho humano protector contra las normas procesales obstaculizadoras al acceso de la jurisdicción, a la luz de lo resuelto por el tercer tribunal colegiado en materia civil del cuarto circuito al conocer del juicio de amparo directo” por el Dr. Mario César Hernández Monrreal.

“Desafíos Jurídicos” prioriza la difusión de publicación de carácter académico mediante la sección Reseña que en este número da una síntesis del libro “Coordinación Parental” a cargo del Juez Antonio Filiberto Vega Pérez, con la finalidad de contribuir a los investigadores sociales y profesionales interesados en las áreas del Derecho de Familia,

Por último en la sección Derecho y Cine se analiza el film “La Dama de Oro” por el Dr. Daniel Vázquez Azamar quien nos contextualiza el film, nos aporta datos de los personajes y actores, llevándonos por una breve sinopsis para al final dar su crítica la cual es muy enriquecedora y nos invita para ir a disfrutar dicha producción.

Espero que la lectura de la revista les brinde algo nuevo para su crecimiento y desarrollo, tanto en lo personal como en lo laboral. Mis mejores deseos.

Dr. David Emmanuel Castillo Martínez
Subdirector Académico FACDYC







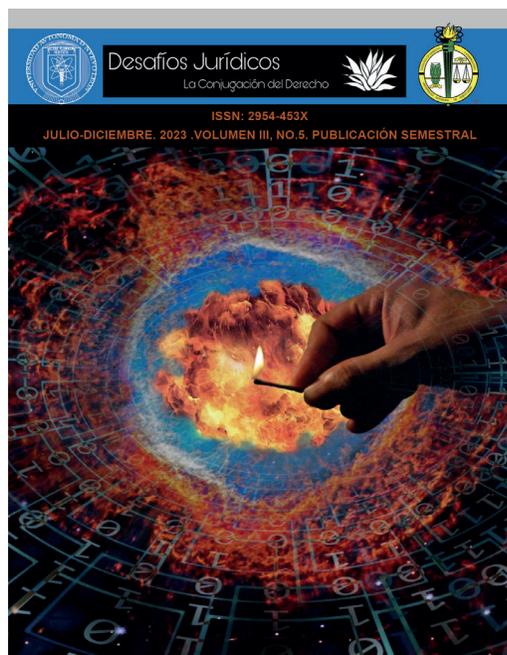
Fotografía: "Poder Virtual", Daniel Vázquez Azamar

Artículos

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Julio Nuñez Ponce (Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Perú)

Implicaciones legales del Metaverso, desde la visión del Derecho Digital y de las nuevas tecnologías. pp. 12-25. Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 5, Julio-Diciembre 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Paola Stephania Muñiz Lupian

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar "Burning Metaverse" © 2023

Implicaciones Legales del Metaverso, desde la Visión del Derecho digital y de las Nuevas Tecnologías

Legal implications of metaverse, from the perspective of digital law and new technologies

Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023

Por: Julio Nuñez Ponce*

* <https://orcid.org/0000-0002-1246-6524>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) Perú

Resumen. En el presente trabajo se describen y discuten distintos aspectos de implicaciones legales de Metaverso, tales como: Regulación jurídica peruana aplicable al metaverso, derecho de las personas y la identidad digital, actos jurídicos realizados por medios digitales, derecho de familia, propiedad, sucesiones, responsabilidad, derechos de autor, propiedad intelectual, implicancias penales, ley de delitos informáticos, contratos, smart contracts, criptomonedas, protección al consumidor, afectación tributaria, el teletrabajo, el sistema de transformación digital, la confianza digital, ley de gobierno digital, reflexiones jurídico digitales en torno al metaverso y finalmente, el futuro de metaverso.

Palabras clave: Metaverso, Derecho Digital, Criptomonedas y Regulación.

Abstract. In the present work, different aspects of the legal implications of Metaverso are described and discussed, such as: Peruvian legal regulation applicable to the Metaverse, personal rights and digital identity, legal acts carried out by digital means, family law, property, successions, responsibility, copyright, intellectual property, criminal implications, cybercrime law, contracts, smart contracts, cryptocurrencies, consumer protection, tax affectation, teleworking, the digital transformation system, digital trust, digital government law, digital legal reflections on the metaverse, and finally, the future of the metaverse.

Keywords: Metaverse, Digital Law, Cryptocurrency and Regulation

* Profesor de Legislación en Medios Digitales en la Escuela de Postgrado de la UPC. Profesor de Tesis I y del Taller de Herramientas de la Investigación en la Maestría de Ciencias Penales en la UNMSM. Tutor del Trabajo Final de Máster en la Maestría de Legaltech y Gestión Digital de la Abogacía, en la Universidad de Salamanca. Profesor del Taller de Ofimática en la Academia de la Magistratura del Perú.

INTRODUCCION

El desarrollo del metaverso implica riesgos que pueden afectar el normal desenvolvimiento de las personas, empresas, organizaciones y gobierno, porque la realidad virtual afecta derechos que requieran una la adecuación de la regulación existente y/o la formulación de regulación específica.

”El Metaverso se ha convertido en uno de los temas de mayor interés para la industria tecnológica, con ocasión de los usos potenciales y el grado de inmersión en ambientes digitales que permite la realidad virtual y aumentada” (Caballero Martínez, Jhon: 2022)

”El Metaverso puede definirse como una red permanente de mundos de realidad virtual con simulaciones inmersivas, en los que se interactúa con objetos, derechos y obligaciones que pueden experimentarse sincronizadamente por un número ilimitado de usuarios, que viven su propia experiencia de forma individual y en tiempo real” (Lopez, Javier: 2022). Esta definición nos plantea la necesidad de delimitar conceptos para comprender adecuadamente esta realidad virtual.

Entre los conceptos básicos relacionados con el Metaverso (Technolawgist: 2022), que consideramos necesario abordar en esta introducción, tenemos los siguientes:

Mundos Virtuales, es un tipo de tecnología creada por ordenador que hace que el usuario perciba que está en una realidad alternativa en tres dimensiones de texto, voz e imagen. Engloba diversos conceptos, desde los clásicos

videojuegos hasta entornos creados para la interacción social.

Realidad Virtual. Inmersión sensorial en un nuevo mundo mediante recreación tridimensional que causa la sensación de encontrarnos realmente dentro de él. Para lograr esta recreación se emplea tecnología digital de última generación que comprende software e interfaces sofisticados y gafas o cascos de realidad virtual.

Realidad aumentada. Implica la superposición de información ad visual, auditiva u otra información sensorial en el mundo para mejorar experiencias interactivas. Esta tecnología permite usar capas de elementos virtuales sobre imágenes virtuales. Posibilita experiencias interactivas al usuario.

Realidad Mixta. Tecnología que se mezcla la realidad virtual y la realidad aumentada.

Realidad extendida. Engloba la realidad virtual, la realidad aumentada y la realidad mixta.

Avatar. Posible manifestación visual y digital de nuestro propio yo físico y humano. Se trata de la extensión de la persona humana hacia una imagen replicada, con la particularidad de que, a diferencia de un retrato o de una fotografía, esa replica es animada. El avatar puede estar supeditada a la voluntad de la persona, pero cabe la posibilidad que el software que le sirva de base pueda otorgarle cierto grado de autonomía de la voluntad para actos que se realicen en la realidad virtual y en la realidad aumentada.

NFT (Non Fungible Token) Son un tipo de token criptográfico de una blockchain que representa un activo único. Estos pueden ser activos completamente digitales o versiones tokenizadas de activos del mundo real. La gran particularidad de estos tokens es que incorporan un identificador, de tal manera que cada unidad se convierte en única (Technolawgist: 2022)

En el presente trabajo desarrollaremos la visión jurídica digital, basándonos en el ordenamiento jurídico peruano. Vamos a reflexionar sobre el metaverso, los mundos virtuales, la realidad aumentada, la realidad mixta, los avatares y los NFT. Debemos tener en cuenta que: "La nueva tecnología enfrenta al Derecho con una realidad diferente y ello supone el nacimiento de nuevos problemas, que deben ser pensados de una manera diferente en términos jurídicos, con incluso repercusiones morales" (De Trazegnies, Fernando: 2018: 495). Este nuevo pensar digital en el ámbito jurídico nos posibilita aportar lineamientos y reflexiones que permitan dilucidar las implicancias legales del metaverso desde la visión del Derecho Digital y las Nuevas Tecnologías.

REGULACION JURIDICA PERUANA APLICABLE AL METAVERSO

Frente a los problemas legales que se originan en el metaverso, vamos a analizar desde el ordenamiento jurídico peruano, la regulación jurídica aplicable al metaverso.

Derecho de las Personas y la Identidad Digital.

"La identidad virtual se confirma de establecerse la correspondencia exacta entre un identifi-

cante real y un identificador virtual" (Ferreyros, Carlos et al: 2016: 549). El mundo virtual y la realidad mixta permiten que la persona actúe digitalmente proyectando su identidad digital y proporcionando sus datos personales.

Desde el punto de vista de la privacidad, el uso del metaverso puede ser muy intrusivo, ya que el conjunto de datos que se tratan en este entorno aumenta de forma exponencial. Cualquier entorno virtual está por diseño plenamente datificado y permite tratar un espectro más amplio de información relativa a actividades humanas. En particular, puede implicar nuevas categorías de datos con mayor granularidad y precisión. Sirva de ejemplo que la diversidad de datos biométricos recogidos aumenta a través de los interfaces neuronales, aunque lo más interesante es la información que se está buscando de estos datos biométricos" (AEPD: 2022). Lo que implica que la realidad virtual y aumentada posibilite que los datos personales sean usados en el metaverso y que sea necesario preservar los principios rectores de legalidad, consentimiento, finalidad, proporcionalidad, calidad de datos, seguridad y nivel de protección suficiente. Por otro lado, los derechos de información, acceso, rectificación, inclusión, cancelación, oposición, entre otros, también deben ser garantizados, lo que nos permite reflexionar sobre la necesidad de actuación de una Autoridad de Protección de Datos Personales en el metaverso.

Por otra parte, conforme la Ley de Gobierno Digital peruana: "La identidad digital es aquel conjunto de atributos que individualiza y permite identificar a una persona en entornos digitales. Los atributos de la identidad digital son

otorgados por distintas entidades de la Administración Pública que, en su conjunto, caracterizan al individuo”. En la realidad virtual y aumentada la identidad digital va a ser utilizada y los distintos atributos que esta comprende deberán ser identificados y autenticados. Lo que nos hace reflexionar sobre la importancia de aplicar parámetros seguros para la gestión de identidad en el metaverso. Asimismo, hay que plantearse además de la identidad digital de personas naturales y jurídicas, el uso del Blockchain y los NFT para la identificación digital de bienes, obras intelectuales e internet de las cosas.

Conforme el Reglamento de la Ley de Gobierno Digital, Decreto Supremo 029-2021-PCM, los principios específicos del Marco de Identidad Digital del Estado Peruano son:

Inclusión: Toda persona natural que tiene asignado un código único de identificación (CUI) o código de identificación extranjero (CUE) que necesite interactuar con las entidades de la Administración Pública tiene derecho a una identidad digital. Este código único de identificación deberá aplicarse también en los actos jurídicos y obligaciones que se generen en el metaverso.

Identificador único: Toda persona natural que acceda a un servicio digital provisto por una entidad de la Administración Pública utiliza su respectivo identificador único que le permite distinguirse de otros. En el metaverso la persona también utilizará un identificador único que permitirá a avatar proyectar la personalidad jurídica de su titular.

No discriminación: No se niega validez, ni efectos jurídicos, ni fuerza ejecutoria a la ve-

rificación de identidad de una persona natural realizada a través de los servicios de autenticación establecidos en el Marco de Identidad Digital del Estado Peruano por la sola razón de que se presta en forma electrónica. Los sistemas de gestión de identidad digital en el metaverso no deberán ser discriminados y su validez jurídica deberá ser reconocida.

Equivalencia funcional de la verificación de la identidad: Cuando se requiera la verificación de la identidad de una persona natural, ese requisito se da por cumplido si se utiliza los servicios de autenticación establecidos en el Marco de Identidad Digital del Estado Peruano. Tratándose de la identidad digital en el metaverso las técnicas de identificación y autenticación tendrán en el principio de equivalencia funcional, uno de los fundamentos para su reconocimiento y aceptación. Habrá que plantearse la solución a la problemática de cómo requerir la suficiente identificación para cada tipo de interacción que suponga la celebración de actos jurídicos, obligaciones y contratos.

Actos Jurídicos realizados por medios digitales en el Metaverso.

Conforme el artículo 141 del Código Civil Peruano la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por las personas.

Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas rei-

teradas en la historia de vida que revelan su existencia.

No puede considerarse que exista manifestación tacita cuando la ley exige manifestación expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

El metaverso es un mundo virtual en el que se pueden celebrar múltiples actos jurídicos, de personas y avatares identificados, que realizan transacciones tanto virtuales como reales, en tiempo real y con valores económicos reales o virtuales.

Conforme el Código Civil el acto jurídico puede ser realizado mediante representante. Cabe la discusión si el avatar puede ser representante de una persona natural o una persona jurídica en el mundo virtual del metaverso, para realizar actos jurídicos, debe tenerse en cuenta que el representante debe desempeñar directamente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución. Otra discusión entonces será podrá un avatar sustituir a otra avatar en la representación de un acto jurídico en el metaverso.

Otro de los temas que nos planteamos es la interpretación de los actos jurídicos realizados por las personas en la vida real y por su avatar en el mundo virtual. Conforme el Código Civil peruano el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe. Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto. Pero ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la manifestación de voluntad en el mundo virtual del metaverso? ¿Puede

hablarse de la buena fe en el metaverso? ¿Se puede decir que la manifestación de voluntad del avatar coincide con la voluntad de la persona a que representa? Son preguntas que requieren respuestas acordes con la realidad virtual y la realidad aumentada. Una persona sale a trabajar y se pone directamente las gafas de realidad virtual para asistir a una reunión con varias personas de los equipos internacionales. Los actos jurídicos que se realizan en estas reuniones virtuales deberán cumplir con los requisitos de validez del acto jurídico que son la plena capacidad de ejercicio, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Derecho de Familia, Propiedad, Sucesiones, Responsabilidad y el Metaverso.

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por los futuros cónyuges y formalizada con sujeción a la ley. Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia. Con respecto al metaverso, cabe preguntarse si los avatares de uno de los cónyuges tienen deberes de fidelidad y asistencia al avatar del otro cónyuge.

El régimen patrimonial comprende tanto los bienes que los cónyuges tenían antes de entrar aquel en vigor como los adquiridos por cualquier título durante su vigencia. La problemática a plantearnos es cuál es el régimen patrimonial de los bienes adquiridos por los cónyuges en el metaverso, usando realidad virtual y aumentada.

Conforme el artículo 295 del Código Civil Peruano antes del matrimonio, los futuros cón-

yuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Los bienes que se adquieran en el metaverso podrán ser bienes sociales o propios según sea el caso.

Conforme el artículo 300 del Código Civil cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligado a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas. Con relación al metaverso los bienes adquiridos y rentas obtenidas en el mundo virtual también están sujetas a esta obligación.

Conforme el artículo 923 del Código Civil la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. Cabe reflexionar si las propiedades adquiridas en el metaverso pueden ser usadas y disfrutadas tanto en el mundo real como en el mundo virtual. Con respecto a la disposición y reivindicación del bien nos preguntamos sobre las formalidades que serían necesarias para garantizar su seguridad jurídica en la realidad virtual y en la realidad aumentada.

Otro de los temas a tratar es la herencia digital y si los bienes y rentas generados en el metaverso también forman parte de la masa hereditaria.

Conforme el artículo 696 del Código Civil las formalidades esenciales del testamento otorgado por escritura pública:

Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y

dos testigos hábiles. El notario está obligado a verificar la identidad del testador y los testigos a través del documento de identidad y los medios de identificación biométrica establecidos por el RENIEC. Cualquiera de los testigos puede actuar como testigo a ruego del testador o testigo de identidad.

Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona de discapacidad, como el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera.

Que el notario escriba el testamento de su puno y letra o a través de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar, en su registro de escrituras públicas, pudiendo insertar, de ser el caso, las disposiciones escritas que le sean entregadas por el testador.

Conforme el artículo 924 del Código Civil, aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se le restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por danos y perjuicios.

Los derechos de autor, propiedad intelectual y el Metaverso.

”Los bienes que se comercian en estos mundos virtuales no existen en la realidad, ni siquiera constituyen ideas que una vez difundidas sean fácilmente reproducibles. Nos encontramos ante representaciones virtuales que solo están a nivel de la estructura del software de estos metaversos. Es decir, los

acuerdos en el interior de estos mundos dependen únicamente de la propia existencia del software que los materializa. Por tanto, es crítica la necesidad de mantener el software o el avatar activo, lo que significa en la práctica proteger este patrimonio virtual y la capacidad para realizar transacciones” (Rodríguez, Antonio: 2009:262).

La protección de los derechos de autor de las obras originales en el Metaverso debe realizarse respetando las normas vigentes sobre la materia, resguardando los derechos morales y patrimoniales.

Implicancias Penales, Ley de Delitos Informáticos, Convenio de Budapest y el Metaverso. La Ley peruana de Delitos Informáticos 30096 tiene por objeto prevenir y sancionar las conductas ilícitas que afectan los sistemas y datos y otros bienes jurídicos de relevancia penal, cometidas mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación con la finalidad de garantizar la lucha eficaz contra la ciberdelincuencia.

El Convenio de Budapest es un acuerdo internacional para combatir el crimen organizado transnacional, específicamente los delitos informáticos, cuyo objetivo es establecer una legislación penal y procedimientos comunes entre sus Estados Partes. En el año 2019 el gobierno peruano ratificó por Decreto Supremo 010-2019-RE el Convenio de Ciberdelincuencia, a través de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, y se estableció su vigencia para el Perú el 1 de diciembre de 2019.

En el Metaverso la comisión de delitos informáticos implicara el respeto al ordenamiento

jurídico penal, protegiendo bienes jurídicos, estableciendo acciones antijurídicas y fomentando conductas típicas que permitan una lucha eficaz contra la ciberdelincuencia y una efectiva cooperación internacional en esta materia.

Contratos, Smarts Contracts, criptomonedas en el Metaverso.

”El desarrollo de la Internet ha permitido multiplicar en forma exponencial la celebración de contratos en la vida moderna, y si bien los conceptos principales de la contratación clásica siguen vigentes, como la existencia de la manifestación de voluntad, vicios de la voluntad, la aceptación, entre otros, la utilización de la internet y los correos electrónicos ha generado que algunos conceptos vinculados a la celebración de los contratos utilizando estas nuevas tecnologías si hayan entrado en crisis, en vista que se cuestiona sus alcances. (Gallo, Javier 2013, 105).

En el Metaverso se fortalecerá el uso de los contratos digitales, especialmente los smart contract y se generalizará el uso de las criptomonedas.

Protección al Consumidor y el Metaverso.

”La información (contenida en la oferta) debe ser veraz (conforme la verdad, sin que medie una exageración que pueda no ser advertida por el consumidor); oportuna (en el momento que el consumidor lo requiere para formar su voluntad; en ese sentido, la información debe brindarse antes de la experiencia de consumo, a fin que el consumidor efectúe una de-

cisión acorde con su interés); suficiente (ello implica que la información debe referirse a lo necesario e indispensable para que el consumidor pueda asumir una decisión conforme el propósito práctico perseguido: la causa del contrato), y fácilmente accesible ...” (Beltrán, Jorge. 2013: 48).

El Derecho del consumo se encuentra en una encrucijada la que debe dar respuesta a nuevas realidades surgidas de la era digital como el Metaverso, que son fruto directo de la evolución que ha experimentado el comercio electrónico. El protagonista de esta revolución son los adprosumers o consumidores 2.0. Los prosumidores no se limitan a adquirir un bien o servicio, sino que requieren una experiencia positiva de compra. Esta se concreta, en primer lugar, en reclamar información y transparencia, elemento que deriva de los controles de incorporación, contenido y transparencia que le asisten como consumidor. Asimismo, el consumidor 2.0 busca asesoramiento, atención personalizada y una determinada relación calidad-precio. Este último elemento, sin embargo, queda excluido del control de abusividad, pues solamente admite un control indirecto mediante un test circunstancial, relativo a la equivalencia de las prestaciones. (Argelech Comelles, Cristina: 2022: 5).

La Ley 31537, modifica el artículo 47 del Código de Protección y Defensa del Consumidor estableciendo que en el caso de contratación por vía electrónica o bajo cualquier sistema de atención automatizada asistida por inteligencia artificial o asistente digital, el proveedor es responsable de acreditar que la información fue puesta oportunamente a disposición del consumidor y que este aceptó los términos

contratados. Aplicado a los contratos que se celebren en el Metaverso el proveedor es responsable de acreditar que el derecho de información se ejerció y que hubo aceptación válida.

Afectación tributaria de los sistemas digitales en el Metaverso.

Para efectos del Impuesto a la Renta, se entiende por servicio digital a todo servicio que se pone a disposición del usuario a través de Internet o de cualquier adaptación o aplicación de los protocolos, plataformas o de la tecnología utilizada por internet o cualquier otra red a través de la que se presten servicios equivalentes mediante accesos en línea y que se caracteriza por ser esencialmente automático y no ser viable en ausencia de la tecnología de la información. Para efectos del Reglamento, las referencias a página de Internet, proveedor de internet, operador de internet o Internet comprenden tanto a Internet como cualquier otra red pública o privada. (Art. 4-A, Reglamento de la Ley de Impuesto a la Renta).

El metaverso, al ser un mercado virtual y una especie de foro donde las personas a través de sus avatares podrán reunirse para socializar, jugar, aprender, entretenerse, intercambiar bienes y servicios, generará constantes transacciones económicas que, aunque se llevan a cabo en espacios virtuales, se traducirán en ingresos en el mundo real en forma de criptomonedas. En consecuencia, resulta interesante preguntarse si las autoridades fiscales locales y nacionales alrededor del mundo pueden ejercer su autoridad y exigir el pago de tributos respecto de transacciones que ocurren en un escenario como el meta-

verso, el cual carece de fronteras de cualquier tipo. (Villa López, Pedro et al, 2022: 147)

Esta problemática jurídico digital tributaria además de la afectación de los servicios digitales por el impuesto a la renta, tiene incidencia directa en las actividades relacionadas con el Metaverso.

El Teletrabajo y el Metaverso.

Conforme la Ley 31572, el teletrabajo se caracteriza por el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado “teletrabajador”, en la empresa con la que mantiene vínculo laboral a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales, se ejerce a su vez el control y la supervisión de labores. Con respecto al Metaverso en el ámbito laboral están los siguientes: que derechos laborales serán aplicables en este entorno digital que incluyen las vacaciones, el descanso pre y postnatal, la compensación por tiempo de servicios, la celebración de contratos de trabajo, el pago de la remuneración en el Metaverso, la afiliación sindical, el ejercicio del derecho de huelga, entre otros.

Ley de Gobierno Digital y el Metaverso.

Conforme la Ley, el Gobierno Digital es el uso estratégico de las tecnologías digitales y datos en la administración pública para la creación de valor público. La materia de Gobierno Digital comprende los ámbitos de tecnologías digitales, identidad digital, interoperabilidad, servicios digitales, datos, seguridad digital y arquitectura digital, las cuales se relacionan entre sí con la finalidad de mejorar la presta-

ción de servicios centrados en los ciudadanos, la gestión interna de las entidades de la Administración Pública y la relación entre estas en la prestación interadministrativa de servicios públicos de manera segura para fortalecer la confianza y satisfacer las necesidades de los ciudadanos y personas en general en el entorno digital, orientando la transformación digital del Estado.

Con respecto al Metaverso, cabe plantearse cuál va a ser el rol del Estado en este ámbito virtual, que servicios digitales pueden prestarse centrados en el ciudadano digital que interactúa en este entorno digital. Para lo cual la creación de valor público en los ámbitos de seguridad, educación, salud, gestión de servicios públicos va a ser trascendental para que haya un orden jurídico donde el Estado garantice los derechos y obligaciones de los ciudadanos. Al respecto cabe preguntarse cuál es el ámbito de la soberanía de los Estados en el metaverso. Si es posible el ejercicio del *ius imperium* de los Estados en el Metaverso. También cabe reflexionar en cómo aplicar el principio de razonabilidad, legalidad, debido procedimiento, imparcialidad, celeridad, veracidad y buena fe procedimental en el Metaverso.

El Sistema de Transformación Digital, la Confianza Digital y el Metaverso.

La transformación digital es el proceso continuo, estratégico y de cambio cultural que se sustenta en el uso intensivo de las tecnologías digitales, sistematización y análisis de datos para generar efectos económicos y sociales y de valor para las personas.



Confianza digital es el estado que emerge como resultado de cuan veraces, predecibles, éticas, proactivas, transparentes, seguras, inclusivas y confiables son las interacciones digitales que se generan entre personas, empresas, entidades públicas, o cosas en el entorno digital, con el propósito de impulsar el desarrollo de la economía digital y la transformación digital y tiene como ámbitos la protección de datos personales, la ética, la transparencia, la seguridad digital y la protección del consumidor en el entorno digital.

En el Metaverso la transformación digital y la confianza digital deben estar presentes y coadyuvar al establecimiento de un ordenamiento jurídico que garantice el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos digitales y garantice la seguridad jurídica de los actos, obligaciones, contratos que se efectúen en este entorno digital.

Otros temas de Derecho Digital y el Metaverso.

En el dictado del curso de Legislación de Medios Digitales el debate jurídico con mis alumnos. Cuando tratamos el tema del Metaverso surgen distintos temas vinculados al Derecho Digital, que además de los mencionados son de objeto de reflexión jurídica, entre los cuales se incluyen los siguientes: la existencia de leyes en el metaverso, el proceso de formación legislativa en el metaverso, cual es limite a la soberanía de los Estados en el Metaversos, cómo se protegen los derechos fundamentales en el Metaverso, como se persiguen los delitos informáticos en el metaverso, entre otros.

REFLEXIONES JURIDICO DIGITALES EN TORNO AL METAVERSO

¿Hacia dónde vamos?

Como consecuencia del desarrollo del metaverso y de la problemática jurídica origina en el mundo digital y en la realidad virtual y aumentada, los profesionales del derecho, ya sean abogados, jueces, árbitros, conciliadores, notarios deben estar debidamente preparados. En las facultades de derecho de estudiarse, analizarse y discutirse el tema en forma multidisciplinaria.

¿Cuál es el aporte del Derecho Digital y de las Nuevas Tecnologías a la Regulación Jurídica del Metaverso?

Todo este panorama tecnológico y científico del Metaverso plantea una encomiable oportunidad a la investigación jurídica, para la resolución de las diversas adaptaciones legales cuya atención es necesaria. Los principales retos jurídicos que plantea el Metaverso son la transmisión de la propiedad, la protección de datos, su privacidad y la ciberseguridad, la responsabilidad civil, junto con la consecución de un tratamiento legal específico que permita que no se cuestione esta realidad jurídica a modo de Derecho-ficción. Estaremos también pendientes de la evolución legal del tratamiento de los abusos en el Metaverso, así como la adaptación de la interpretación de las normas en este contexto por parte de los tribunales. (Argelich Comelles, Cristina. 2022: 15).

La investigación jurídica en temas relacionados al Metaverso requieren para una adecuada profundización, de la visión sistémica coherente e integral del Derecho Digital y de las Nuevas Tecnologías, por lo cual en eventos

académicos debe profundizarse se sobre esta materia. La nueva generación de abogados tiene la oportunidad de incursionar en el análisis jurídico y proponer soluciones legales que permitan que la seguridad jurídica y la justicia digital estén presentes en forma adecuada en el Metaverso.

CONCLUSIONES

Rol y oportunidades de la Comunidad Jurídica de FIADI, para la Regulación Jurídica del Metaverso.

En FIADI la visión jurídico digital permite fortalecer la investigación y el debate jurídico en torno al Metaverso. La Vicepresidencia de Investigación e Innovación tiene entre sus funciones buscar recursos de investigación y convocatorias internacionales donde FIADI participe, en este sentido el tema del Metaverso es uno de los que debiera ser priorizado.

Por otro lado, la Vicepresidencia de Relaciones Institucionales, Recursos Económicos y Transparencia tiene entre sus funciones potenciar las relaciones estratégicas con otros agentes e instituciones de relevancia. En materia de Metaverso la interrelación con otras instituciones y empresas que participen en este entorno digital será prioritario.

Igualmente, la Vicepresidencia de Formación y Desarrollo del Capital Humano tiene entre sus funciones la creación de ofertas de formación e-learning colaborando con entidades, en este sentido el tema del Metaverso abre una variedad de posibilidades de aprendizaje digital sobre esta temática.

4.2 El Metaverso es una Nueva realidad, donde los Mundos Virtuales, la superposición de información ad visual, auditiva u otra información sensorial en el mundo para mejorar experiencias interactivas, posibilitan experiencias interactivas al usuario que originan diversas implicancias jurídicas, como las tratadas en la presente ponencia.

4.3 La Visión sistémica del Derecho Digital y Nuevas Tecnologías incluye temas diversos como : Derecho de las Personas y la Identidad Digital; Actos Jurídicos realizados por medios digitales en el Metaverso; Derecho de Familia, Propiedad, Sucesiones, Responsabilidad; los derechos de autor, propiedad intelectual ; Contratos, Smart Contracts, criptomonedas; protección al consumidor; delitos informáticos, gobierno digital, entre otros, que constituyen una temática a profundizar en la investigación jurídico digital que debe ser promovida en la actividad académica y profesional.

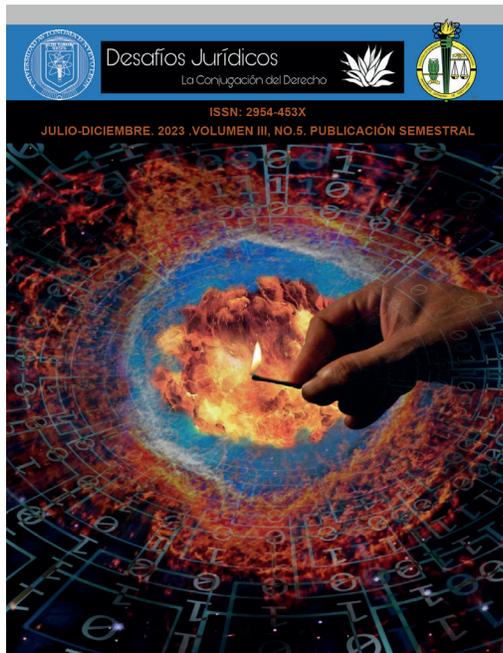
TRABAJOS CITADOS

- Argelich Comelles, Cristina (2022). "El Derecho Civil ante el Metaverso: hacia un Metalaw europeo y sus remedios en el Multiverso". En Revista "Derecho Digital e Innovación" Numero 12 Abril-Junio 2022. Metaverso y Derecho. Ed. La Ley. Wolters Kluwer. Madrid, España.
- AEPD-Agencia Española de Protección de Datos (2022). "Metaverso y Privacidad". Madrid, 14 de Junio de 2022. Blog. En: <http://www.aepd.es>
- Beltrán, Jorge (2013). "La oferta al público a través de Internet". En Libro "El Derecho de Contratos y la Nuevas Tecnologías". Ed. ECB Ediciones. Lima, Perú.
- Caballero Martínez, Jhon (2022). El Régimen Jurídico del Metaverso. Blog del Departamento de Derecho Informático de la Universidad Externado de Colombia. 11 de Marzo de

2022. <http://www.derechoinformatico.uexternado.edu.co>
- De Trazegnies, Fernando (2018). "El Derecho frente a los desafíos que plantea la ciencia y la tecnología moderna". En Libro de Homenaje al doctor Carlos Torres y Torres Lara. Ed. El Buho EIRL, Lima, Perú.
- Ferreyros, Carlos et al (2016). "Derechos de Personas e Informática: Identidad Digital" Ed. Grijley. Lima, Perú.
- Gallo, Javier (2013). "Los conflictos generados en la determinación de la conclusión del contrato mediante el uso de internet y correos electrónicos". En Libro "El Derecho de Contratos y la Nuevas Tecnologías". Ed. ECB Ediciones. Lima, Perú.
- LOPEZ, Javier (2022). "Metaverso y Derechos Digitales". En Revista Byte. 18 de Enero de 2022. En <https://revistabyte.es/legalidad-tic/metaverso-y-derechos-digitales/>
- Rodríguez, Antonio (2009). "Hazas de Suerte, Panopticos y Avatares, Propiedad, Intimidad y Contratos en la Web 2.0". En Libro "El impacto de las Innovaciones Tecnológicas en el Derecho Privado" Ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima, Perú.
- TECHNOLAWGIST (2022). "10 Conceptos Básicos para entender el Metaverso". Sección Transformación Digital 15 de Febrero de 2022. En: <http://www.technolawgist.com>
- Villa López, Pedro et al (2022). "Metaverso: Perspectivas Jurídicas de la Nueva Realidad (Virtual)" Ed. Universidad Estatal de Bogotá, Colombia. Enero-Junio 2022. Páginas 147-172.







Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Patricia Reyes Olmedo (Universidad de Valparaíso, Chile) y **Rafael Ríos Lambruschini** (Universidad de Valparaíso, Chile)

La denuncia cibernética en redes sociales en respuesta a la violencia basada en género. pp. 26-43. Fecha de publicación en línea: 31 de julio 2023.

Publicado en Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 5, Julio-Diciembre 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Paola Stephania Muñiz Lupian

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar "Burning Metaverse" © 2023

La denuncia cibernética en redes sociales en respuesta a la violencia basada en género

Cybercomplaint in the social media as a response to gender-based violence

Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023

Por: Patricia Reyes Olmedo*

Rafael Ríos Lambruschini**

* <https://orcid.org/0000-0003-2841-6596>

Universidad de Valparaíso, Chile

** Universidad de Valparaíso, Chile

Resumen. El artículo analiza el fenómeno jurídico social de la denuncia cibernética, conocida también como “funa” o “escrache” en el contexto latinoamericano, especialmente aquella que tiene lugar en el contexto de los movimientos feministas en respuesta o como forma de lucha contra la violencia patriarcal. Desde lo social se reconoce como parte de lo que se ha denominado el ciberfeminismo, una acción política y práctica destinada a repolitizar las tecnologías de información y comunicaciones con enfoque de género. Desde lo jurídico, se revisan sus implicancias jurídicas, desde el punto de vista de los derechos de las partes involucradas, y las consecuencias que acarrea este actuar extraprocesal.

Palabras clave: Denuncia Cibernética, Autotutela, Escrache, Funa y Ciberfeminismo.

Abstract. The article analyzes the social legal phenomenon of cybercomplaint, “funa” or “escrache” in the Latin America, especially that takes place in the context of feminist movements in response to patriarchal violence. From the social point of view, it is recognized as part of what has been called cyberfeminism, a political and practical action used to repoliticize information and communication technologies with a gender approach. From the legal point of view, its legal implications are reviewed, from the point of view of the rights of the parties involved, and the consequences of this extra procedural action.

Keywords: Cybercomplaint, Self-help, Escrache, Funa and Cyberfeminism.

* Experta en Derecho y Tecnologías, Derecho de la Información y Derecho Parlamentario.

Diseñadora legal y organizacional de proyectos exitosos de transformación digital de servicios públicos en Chile y consultora nacional e internacional en temas de gobierno abierto, gobierno electrónico, técnica legislativa, gestión de información pública y transparencia.



I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho que la sociedad de redes produjo y sigue produciendo una transformación total en la forma de ser y existir de cada individuo o colectivo social. Las tecnologías y las redes sociales modificaron profundamente las maneras de informarnos, comunicarnos y vincularnos con otros. Es en este contexto que desde hace un tiempo ha venido tomando considerable importancia dentro de la sociedad la denuncia cibernética, denominada también como “escrache” o “funa” en el contexto latinoamericano, conducta que en algunos lugares se ha normalizado en las relaciones interpersonales que los individuos mantienen en sus entornos virtuales.

Esta denuncia, que para algunos es un mecanismo de autotutela prohibido en un Estado de Derecho¹, no siempre se concibe como tal, pues ha sido utilizado eficazmente para denunciar agresiones de distintas consideraciones, ya sean físicas o psicológicas, producto de actos de violencia patriarcal en contra de personas que son parte de la comunidad de diversidades y disidencias sexo genéricas, justificando su uso, por quien toma la decisión de denunciar a través de este medio, en el hecho de considerar insuficiente, inadecuada o inoportuna la respuesta del sistema de administración de justicia a través de los mecanismos tradicionales.

1 Para el profesor Eduardo Couture es “la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias”. Representa el imperio de la “ley del más fuerte” en que resulta triunfador no siempre quien tiene efectivamente la razón pero sí siempre quien cuenta con los medios coercitivos para imponer sus decisiones.

Podemos señalar además que la conducta que analizamos toma mayor fuerza y se justifica de manera más extensiva por parte del movimiento feminista que ha visto fortalecido su accionar durante la última década, pues las connotaciones de los hechos denunciados en estos casos versan en su mayoría sobre conductas que atentan contra la indemnidad sexual de las mujeres, abarcando desde microviolencias, pasando por el acoso sexual hasta llegar incluso a violencias extremas. A juicio de algunas (Bonavita, Presman, & Camacho, 2020), lo anterior se enmarca dentro de lo que se denomina ciberfeminismo, propuesta teórica práctica, que habilita las nuevas tecnologías y la conectividad en la red, para que las mujeres y sexualidades no hegemónicas puedan hacer frente a las violencias y desigualdades en el ámbito virtual.

Recordemos al respecto que el primer acto viral que adquirió connotación mundial, a partir de una denuncia utilizando los medios de comunicación digital y las redes sociales, surgió en octubre de 2017, con el movimiento “*me too*” que denunció la agresión y el acoso sexual de un productor de cine y ejecutivo estadounidense (Sahuquillo & Mars, 2017). La frase, utilizada durante mucho tiempo en este sentido por una activista social americana (Milano, 2017)², fue popularizada por las líderes del movimiento animando a las mujeres a tuitear sus experiencias para demostrar la naturaleza extendida de este comportamiento misógino inapropiado.

En Chile, la denuncia cibernética, denominada “*funa*”, no está regulada de forma especí-

2

fica en nuestro ordenamiento jurídico, tanto para validarla ni como para sancionarla, sin embargo, es preciso señalar que sí existen los mecanismos jurídicos, respecto de quien es objeto de la denuncia pues a su respecto y para efecto de defensa, se pueden configurar los delitos de injuria (Código Penal de Chile, Artículos 416-420)³ o calumnia (Código Penal de Chile, Artículos 412-415), especialmente recogidos en la legislación penal chilena.

Como consecuencia, resulta dable en nuestra opinión, analizar si la denuncia cibernética constituye un mecanismo de autotutela y por tanto debe ser prohibida, o si por el contrario, como defiende el ciberfeminismo, es un recurso legítimo para poder sancionar socialmente a quienes ejecutan violencias patriarcales, exponiendo los nombres y las situaciones concretas de dicha violencia, en uso del derecho fundamental de libertad de expresión de los individuos en una sociedad democrática de derechos, y justificado además en la ineficacia de los mecanismos tradicionales de justicia para lograr el cese, sanción y reparación correspondiente.

II. LA DENUNCIA CIBERNÉTICA EN LAS REDES SOCIALES EN RESPUESTA A LA VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO EN CHILE

Como hemos adelantado, la semilla de la problemática que analizamos se ubica en el seno de la cuarta revolución industrial que atraviesa nuestra sociedad de redes, más concretamente, en la completa y extendida digitalización de las comunicaciones, que ha permitido

en las últimas décadas y, sobre todo, de los últimos años, la posibilidad de comunicarnos, relacionarnos e interactuar con otras personas en cualquier momento y a cualquier parte del mundo donde se encuentre. Tal es la relevancia que estos medios adquieren que los Estados han comenzado a considerar el acceso universal a la conectividad digital y a las tecnologías de información y comunicación, como un derecho fundamental del cual debería gozar cada persona en la sociedad (Propuesta Constitución Política de la República de Chile).

Esta verdadera revolución digital, que ha dado origen a diferentes problemáticas en el ámbito jurídico, también constituye la raíz del objeto de este análisis, la denuncia cibernética o “funa”, como se le llama en Chile, y que hoy forma parte de una realidad que toma mayor impulso y desarrollo en el movimiento feminista que se potencia a nivel nacional, desde marzo del año 2018, reivindicando su lucha por la igualdad de género y su manifestación en contra de la violencia patriarcal.

Para efectos de este análisis, estamos frente a una denuncia cibernética cuando se produce la exposición de la conducta de una persona o un grupo de personas, utilizando las tecnologías y los medios digitales, especial pero no exclusivamente, a través de las redes sociales, como son por ejemplo, Instagram, Twitter o Facebook.

Por otra parte, entenderemos la violencia basada en género como el fenómeno de carácter estructural, social, político y relacional, que constituye una violación a los derechos humanos y afecta principalmente a las mujeres,

3

no excluyendo a personas con identidades de género diversas. Esta violencia rompe el derecho a la vida, la dignidad, la integridad física y moral, la igualdad, la seguridad, la libertad, la autonomía y el respeto (Jaramillo & Canaval, 2020).

Orígenes y desarrollo de la “Funa” en Chile

Es necesario traer a colación que la denuncia cibernética en Chile es más conocida por el término “funa” y su origen etimológico proviene del mapudungun, lengua del pueblo originario mapuche, que significa “podrido”.

Ahora bien, la utilización de este concepto se extendió a fines del siglo pasado, tras la detención del dictador Augusto Pinochet en Londres, en octubre de 1998, en que manifestantes a favor de los Derechos Humanos comenzaron a reunirse por el llamado de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y a partir de estos encuentros y por inspiración del trabajo de la agrupación argentina de familiares de detenidos desaparecidos “HIJOS” (Hijos por la Identidad, Justicia y contra el Olvido y el Silencio), en Chile se fundó la organización “Acción, Verdad y Justicia (HIJOS Chile)”. Ellos comenzaron a compartir historias de la violencia ejercida por la dictadura en espacios públicos, invitando a transeúntes a compartir las suyas, a fin de poner nombres a las cifras de personas fallecidas y hechas desaparecer. Además de estos testimonios, la asociación comenzó a recibir notas anónimas con nombres, direcciones y lugares de trabajo de quienes participaron en los actos de vulneración de Derechos Humanos de aquella época. La primera de estas manifes-

taciones, que como hemos dicho se denominó “funa”, se realizó el primero de octubre de 1999 en un centro médico privado de Santiago de Chile, donde acusaron públicamente a un médico cardiólogo y ex agente de la Central Nacional de Informaciones (CNI), de facilitar herramientas químicas para su administración en personas detenidas, para su tortura y posterior desaparición (Schmeisser, 2019).

Si bien la “funa” inició como un acto físico en distintas partes del territorio, la modernización de las comunicaciones ha generado a lo largo de los años que este fenómeno político, social y jurídico haya evolucionado, de tal forma que hoy en día se utilicen, para los tales efectos, las masificadas tecnologías de información y comunicaciones y por tanto se constituye en un acto virtual.

Como señalamos, la denuncia cibernética en Chile tuvo su mayor *peak* en el año 2018, como consecuencia de las movilizaciones de los movimientos feministas, y sobre todo se focalizó en establecimientos escolares y universitarios, y por supuesto, en las redes sociales de las y los estudiantes de estos mismos recintos. Durante ese año y debido al objeto de la lucha que se viralizó de manera universal, la mayoría de las denuncias que encontramos en las redes versaban respecto de violencia machista, desde física hasta verbal, e incluyendo, además, muchas denuncias respecto de violencia sexual. A pesar de que esta viralización de la denuncia cibernética haya encontrado su punto más alto en ese año, debemos aclarar que ha existido desde que hemos tenido acceso a la masificación de las tecnologías y por sobre todo a las redes sociales, por ejemplo, como ha pasado en

denuncias en Facebook u otras redes sociales abiertas por estafas o incumplimiento de condiciones en la venta de bienes o denunciar a establecimientos comerciales por malos tratos o servicios.

En la actualidad, si bien ha bajado la intensidad de este último tipo de denuncias, siguen existiendo como método de exposición de algunos tipos de conductas y de, incluso en algunos casos, delitos como abusos y violaciones sexuales.

III. LA DENUNCIA CIBERNÉTICA EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Como ya advertimos, el fenómeno social y digital de la denuncia cibernética no es algo que exista sólo en Chile, sino que, más bien, es una conducta que tiene lugar en muchas latitudes. Existen denuncias cibernéticas en varios países, no obstante tienen un nombre distintivo en cada parte del mundo, así como en Chile le llamamos “*funa*”, en Argentina, España, Venezuela, Uruguay, Paraguay y Colombia le dicen “*escrache*” y en Perú, con una connotación simbólica, su versión se le nombró *roche* y sus activistas firmaban como «El roche».

A continuación, se revisan los antecedentes y regulación de algunos países latinoamericanos.

A. Argentina

Argentina es primer país de habla hispana en el que se hizo conocida esta conducta con el término “*escrache*”, a partir de su uso, como indicáramos antes, en la década de los años

noventa, por la organización argentina Hijos e Hijas por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio (HIJOS) para referir al señalamiento o denuncia de personas implicadas en la violación de los derechos humanos durante la dictadura militar (Manso, 2019)

Si bien existieron denuncias virtuales a lo largo de los años posteriores, fue la denuncia de la actriz Thelma Fardín la que desató una ola de este tipo de exposiciones (Roffo, 2018)⁴. La actriz reprodujo durante una conferencia de prensa un video en el que relata su historia con el hashtag #*MiráComoNosPonemos*, que se convirtió en tendencia en las redes sociales (Obrera, 2018). Los medios calificaron este hecho como el “*#MeToo Argentino*” y en los días posteriores, aumentaron no sólo los escraches en redes sociales, sino las consultas a las líneas de atención a las víctimas de violencias género y de abuso sexual infantil, hecho que había ocurrido ya en el año 2015, luego de la marcha organizada por el colectivo Ni Una Menos.

Debemos hacer presente, que, muy similar a las repercusiones jurídicas que tiene en Chile, en Argentina quien es víctima de algún tipo de *escrache* tiene la posibilidad de acceder a una indemnización de perjuicios en sede civil, y a accionar en sede penal mediante una querrela por injurias (Código Penal de Argentina, Artículo 110) y calumnias (Código Penal de Argentina, Artículo 109). Es así como un Tribunal de Entre Ríos (provincia de Argentina), acogió una querrela por injurias y calumnias por expresiones publicadas en redes sociales, deducida por un hombre que fue acusado

por dicho medio de malversar fondos públicos (Exp. No. 8536, 2022). El Tribunal señaló en la resolución que, *“resulta insoslayable que la publicación y difusión de este tipo de contenidos en las redes sociales tiene un impacto y repercusión social muy importante, de modo que se debe desalentar la difusión de ideas que sindicquen como responsable de un delito penal sin contar con las pruebas que así lo confirmen, máxime cuando el estado de inocencia es también una garantía constitucional* (Exp. No. 8536)”. De lo anterior se podría desprender que una exposición de este tipo fundamentada en pruebas que confirmen el hecho difundido podría ser justificada.

B. Colombia

Colombia también ha acuñado el término “escrache” para referirse a las denuncias cibernéticas y del mismo modo esas conductas se masificaron producto de los movimientos feministas en ese país. Sin embargo, a diferencia de otros países, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido en sus fallos la importancia del ciberactivismo feminista, aplicando una perspectiva de género y resaltando el valor e impacto de la libertad de expresión en dichos casos al sobreponerla por sobre el derecho a la honra.

Al respecto la Corte ha señalado que, *“la publicación por redes sociales e internet de denuncias sobre discriminación y acoso sexual tiene la potencialidad de generar graves afectaciones a la honra, buen nombre, seguridad, presunción de inocencia e intimidación de quienes son acusados públicamente, las cuales son, en muchas ocasiones, irreparables. Sin embargo, los riesgos de afectación y la difi-*

cultad de reparación de las violaciones que se causan al acusado en aquellos casos en los que se demuestra la falsedad de las acusaciones, no implican que las mujeres, periodistas y usuarios de redes sociales tengan prohibido publicar y divulgar denuncias veraces e imparciales hasta que no exista condena judicial en firme en contra del presunto agresor. En criterio de la Sala, imponer una carga de esta naturaleza a las presuntas víctimas de abuso y acoso, a los periodistas y a los usuarios de las redes sociales que denuncian estos actos resultaría desproporcionado, inhibiría el ejercicio de la libertad de expresión e información por medios digitales, invisibilizaría las denuncias de las mujeres y profundizaría la discriminación de género” (Fallo T-275/21 Colombia Sala 5a. en revisión , 2021).

C. México

En México, luego de la Primavera Violeta (Llamada así la marcha histórica y una de las mayores manifestaciones contra las violencias machistas que tuvo lugar en México el día 24 de abril de 2016) estalló una serie de testimonios de mujeres sobre su primera experiencia de acoso sexual y dichas narraciones inundaron las redes sociales. Nuevamente vemos como punto central del desarrollo de este tipo de denuncias la lucha feminista de la última década. Posteriormente, entre los años 2017 y 2018, y en paralelo a Chile, comenzaron a aumentar considerablemente las denuncias mediante redes sociales en universidades mexicanas, lo que conllevó, al igual que en muchas otras casas universitarias, a paralizaciones y manifestaciones dentro de los establecimientos.

Sumado a lo anterior, hay que mencionar que la REDNES “Red No Están Solas” (González, 2019), que tiene como objetivo a la lucha a favor de los derechos de las mujeres y su reivindicación, es la organización que también ha ayudado a que la denuncia cibernética tenga cabida dentro de la sociedad mexicana, debido a que sus protestas se articulan, en la actualidad, en base a los escraches.

D. Venezuela

En Venezuela, también se utiliza el concepto de “escrache”, sin embargo, a diferencia de los otros países, aquí es el Gobierno nacional el que promueve medidas contra las denuncias cibernéticas, encontrando en la página oficial de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones del Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e Información del Gobierno Bolivariano de Venezuela estas medidas que se pueden llevar a cabo para prevenir o reprimir este tipo de denuncias, respondiendo la pregunta de ¿Qué hacer si eres víctima del escrache virtual?. Este país es el único que se ha manifestado de forma indirecta, pero de manera orgánica en contra de las denuncias virtuales, también llamadas “escraches”.

IV. LA DENUNCIA CIBERNÉTICA COMO HERRAMIENTA DEL CIBERFEMINISMO

Como hemos visto en la experiencia de los diferentes países analizados, los movimientos feministas han generado acciones y discursos que repolitizan las tecnologías de información y comunicaciones. A través de los que se ha denominado el ciberfeminismo, Zafra (Netianas. N (h) acer mujer en Internet , 2015) destaca que no solo se empieza a habitar, hacer

y tejer sino y sobretodo, cabe la posibilidad de empezar a deshacer y destejer el género y la red también, desde afuera de las mismas redes. Una de las grandes posibilidades que permite la virtualidad es la asociaciones de mujeres o agrupaciones feministas que han posibilitado el acceso y la proximidad a otras mujeres con los mismos intereses o las mismas situaciones de vida y han fomentado encuentros y militancias virtuales que, en ocasiones, se convierten en acciones concretas fuera del ciberespacio.

En el caso que exponemos, estas utilizan los escraches o funas como una forma de resistencia y lucha contra la violencia patriarcal, las redes sociales han permitido a estas redes de mujeres o redes feministas nuevas maneras de protestar, no solo nuevos formatos sino también nuevos discursos, recogiendo incluso las microviolencias, aquellas que no tenían espacio de expresión oficial ante policías o tribunales y que quedaban reducidas a la intimidad de la víctimas. Según Bonavitta, la denuncia cibernética ha venido a desafiar al miedo, al temor, a la culpa y a permitir la liberación. Las víctimas se expresan y en ese decir encuentran la posibilidad de recuperar su poder, el poder entendido en términos colectivos y no individuales exclusivamente.

Contrariamente a lo que se pudiera creer, desde una visión patriarcal, la posibilidad que se les ofrece a través de la denuncia cibernética, de manifestar su vivencia y de ser apoyadas por otras, ha hecho a las mujeres cobrar fuerza, recuperar su dignidad y lograr encauzar en la mayoría de los casos positivamente su enojo hacia el victimario, generando redes de apoyo, de sororidad y de acompañamiento

entre ellas, que incluso en algunos casos han permitido la persecución penal y condena de los victimarios.

Lo anterior debe ser entendido en el contexto de una sociedad en la que las instituciones a quienes corresponde la tarea, no solo no acompañan a las víctimas de violencia de género, sino que las revictimizan y las exponen a las decisiones de una justicia patriarcal.

En el ámbito feminista al menos, y como mecanismo del ciberfeminismo, la funa o el escrache son efectivos en el marco de un Estado que no se responsabiliza por sus víctimas, pues omite o no concreta políticas públicas con perspectiva de género, incluso encubre a los violentos. Se trata en consecuencia de una especie de acción colectiva, pues repercute en otras mujeres y situaciones y permite posicionar y fortalecer un discurso capaz de provocar un rechazo social efectivo frente a las conductas machistas y violentas.

V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE PODRÍA ACARREAR LA DENUNCIA CIBERNÉTICA EN CHILE

La denuncia cibernética, como anunciamos, no está regulada en ninguna norma del ordenamiento jurídico chileno, sólo de forma indirecta como parte de las consecuencias que podría acarrear determinados hechos, muy precisos en sus requisitos, referidos a imputar a alguien una determinada conducta.

No obstante lo anterior, la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones se han pronunciado al respecto, fijando, salvo algunas mínimas excepciones, un criterio uniforme ante las “funas”. La Tercera Sala Constitucional de la

Corte Suprema ha fallado, confirmando sentencias de las Cortes de Apelaciones a nivel nacional, señalando que la libertad de expresión es un derecho que tiene límites y que estos tipos de actos vulneran el derecho a la honra, ordenando eliminar el contenido difamatorio de las redes sociales.

Asimismo lo han determinado las Cortes de Apelaciones al indicar, la Corte de Apelaciones de Santiago, *“que el comportamiento llevado a cabo por los recurridos en cuanto imputa a los actores un actuar inadecuado y eventualmente contrario a derecho y deciden conforme a ello darlo a conocer públicamente constituye un acto arbitrario e ilegal. Es además arbitrario, por cuanto, la recurrida se aparta de un comportamiento racional dentro de una sociedad en la que existe un estado de derecho en que nada impide a quien se ve afectado, en el ejercicio de sus derechos, acudir a los tribunales de justicia en resguardo de los mismos como se había hecho en un inicio y solicitar las medidas tendientes a obtener el cumplimiento de lo resuelto por la judicatura (Acción de Protección de Rol -2020, de fecha 26 de julio de 2021.)”*, añadiendo también en el mismo considerando que, *“no pueden [...] ejercer una autotutela en una situación que la ley no se los permite y que afecta las garantías constitucionales de los actores, como son el derecho a su honra que se ve afectado con la denostación que se realizó y el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, pues los recurridos por sí juzgan y sanciona el comportamiento de los recurrentes, por lo que el recurso de protección debe ser acogido y brindar la cautela que resguarde los derechos constitucionales amagados (Acción de Protección de Rol -2020, de fecha 26 de julio de*

2021.)”. La Corte de Apelaciones de Rancagua por su parte, ha señalado que *“si bien el resguardo de la libertad de expresión resulta indispensable para el desarrollo de una sociedad democrática, lo cierto es que su ejercicio no tiene un carácter absoluto sino que reconoce como límites el respeto de otros derechos en términos tales que estos últimos no resulten afectados en su esencia, que es lo que ocurre en este caso, mediante las expresiones contenidas en las publicaciones que se reprochan, en cuanto, además de imputársele la comisión de un delito grave, no se le otorga la posibilidad de controvertir tales afirmaciones, afectándose así su honra y dignidad (Acción de Protección de Rol -2020, de fecha 26 de julio de 2021.)”*.

Podemos concluir de lo anterior que, el criterio al que adhieren los Tribunales Superiores de Justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones), es decir, el repudio de la *funa*, se basa, básicamente, en preferir o favorecer el derecho a la honra y la dignidad por sobre el derecho a la libre expresión que tienen las personas, aun cuando, y al parecer, este tipo de denuncias estén debidamente fundamentadas, argumentando con ello que, para una correcta resolución de conflictos existen procedimientos pertinentes y que, por lo demás, la autotutela en nuestro ordenamiento jurídico no es una vía válida de resolución de controversias.

Además de las consecuencias que pueden nacer del primer estadio de la denuncia cibernética, es decir, las consecuencias psicosociales, como la revictimización o victimización secundaria de la presunta víctima de la conducta expuesta, y en contraposición, el posi-

ble escarmiento y rechazo social que puede causar en la vida de la persona que está siendo expuesta por este hecho o hechos en particular, encontramos un segundo estadio que hace referencia a las consecuencias jurídicas que puede conllevar esta acción, en razón de que en principio la *“funa”* o *“escrache”* está sujeto a posibles repercusiones jurisdiccionales. Si bien, como anticipamos, la denuncia cibernética no está regulada de forma expresa dentro del ordenamiento jurídico chileno, sí encontramos regulaciones jurídicas respecto de las conductas involucradas, por una parte la persona que es objeto de esta *“funa”* o *“escrache”* goza de las siguientes prerrogativas, amparado directamente con el derecho de defensa regulado en el artículo 19 N° 3 inciso segundo de la Constitución Política de la República:

- a. Querrela por injurias y/o calumnias, en sede penal, que corresponden a la denuncia de alguna ofensa o acción grave que genere un daño en la honra o descrédito público, o la denuncia de un delito falso.
- b. Acción de protección, ante Corte de Apelaciones, regulada en el artículo 20 de la actual Constitución de la República de Chile, amparándose en la protección de los derechos fundamentales regulados en el artículo 19 de la misma Carta Magna.
- c. Demanda por indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, en sede civil, artículos 2314 y siguientes del Código Civil Chileno. Se basa en la idea que todo daño debe ser indemnizado, y en estos casos podría tener cabida el daño moral. Esta

institución no es tan recurrente como las dos anteriores.

d. Denuncia, en sede administrativa, por conductas en que estén involucrados funcionarios públicos, o integrantes de establecimientos educacionales, por ejemplo. En este caso, y a decisión de la autoridad administrativa, se podrá dar inicio a procedimiento sumarial.

A continuación, revisaremos las dos primeras alternativas.

A. Injurias y/o calumnias

La injuria es toda expresión declarada o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, este delito se basa en la intención de quebrantar la posición en relación con el resto de los individuos en la sociedad (Código Penal de Chile, Artículos 416-420., 1874). La calumnia por su parte es uno de los tipos penales contra el honor que se comete cuando se imputa a otra persona un delito a sabiendas de que la acusación realizada es falsa (Codigo Penal de Chile, 1874), esta acción delictual en particular trata de imputaciones de conductas penales que pueden perseguirse de oficio, es decir, sin el requerimiento de una persona.

Es necesario aclarar que ambas figuras son de acción privada, es decir, no pueden ser perseguidas de oficio por los poderes públicos, sino que es necesaria la intervención de la persona afectada como actora principal de la acción y como parte en el proceso judicial.

En este acápite en particular revisaremos los artículos del Código Penal atinentes al aná-

lisis, es decir, los artículos 413, 417 y 418 del Código Penal, que señalan:

“Art. 413: La calumnia propagada por escrito y con publicidad será castigada:

1. *Con las penas de reclusión menor en su grado medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando se imputare un crimen.*
2. *Con las de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se imputare un simple delito.”*

“Art. 417: Son injurias graves:

1. *La imputación de un crimen o simple delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio.*
2. *La imputación de un crimen o simple delito penado o prescrito.*
3. *La de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado.*
4. *Las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.*
5. *Las que racionalmente merezcan la calificación de graves atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.”*

“Art. 418: Las injurias graves hechas por escrito y con publicidad, serán castigadas con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

No concurriendo aquellas circunstancias, las penas serán reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.”

Del tenor de estas disposiciones, aquella persona que toma la decisión de exponer una situación por la que pasó y no cuenta con las pruebas o argumentos suficientes para fundar dicha declaración estará expuesta a que la “persona afectada” por tal publicación pueda accionar en su contra fundamentando que se le está vulnerando el honor o se le está imputando de un hecho que no es verídico. En este caso estaremos frente a una calumnia, por ejemplo, cuando una persona imputa falsamente a otra el hecho de haberle violado o abusado sexualmente, esto porque se le está imputando un delito que puede perseguirse de oficio. Por otra parte, estaremos frente a una injuria cuando esta imputación sea, por ejemplo, respecto de una situación de acoso sexual, esto porque, en primer lugar, el acoso sexual genérico no es una conducta tipificada por el ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, porque estaría atentando contra el honor de la persona objeto de la publicación, en caso de ser una denuncia sin fundamentos. No obstante, lo anterior, el inciso primero del artículo 415 del código penal chileno regula una eximente de responsabilidad en caso de que se probare el hecho que se le hubiere imputado:

“Art. 415: El acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado.

La sentencia en que se declare la calumnia, si el ofendido lo pidiere, se publicará por una vez a costa del calumniante en los periódicos que aquél designare, no excediendo de tres.”

De lo que podríamos inferir que, si la denuncia cibernética está propiamente fundada y argumentada, en el caso de la calumnia, es

decir, que lo que se impute sea un delito que pueda perseguirse de oficio, no debería existir, en principio, ningún obstáculo para poder realizarla, eximiendo a la persona que realiza la publicación de responsabilidad penal en cuanto al tipo de calumnias. En esta materia resulta relevante el artículo 431 del Código Penal, que dispone que la acción de calumnia o injuria prescribe en un año, contado desde que el ofendido tuvo o pudo racionalmente tener conocimiento de la ofensa.

B. Acción de Protección

La acción de protección es aquella que la Constitución Política de la República concede a todas las personas que como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufran privación, perturbación o amenaza a sus derechos y garantías constitucionales (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN)). Esta acción se interpone en las Cortes de Apelaciones y puede tener como consecuencia eliminar el acto de exposición en cuestión. Este es, por regla general, un proceso más ágil que el proceso en sede penal, ya que no evalúa si la acusación es cierta o no, o las motivaciones que existen detrás de las publicaciones. En cualquiera de los casos, el plazo que tiene la persona para interponer esta acción es de 30 días corridos una vez ocurrida la vulneración, o mientras siga publicada.

La discusión en torno a la colisión de derechos fundamentales en materia de “funa” o “escrache” ha sido uno de los temas más controvertidos en los últimos años, y es que, nos encontramos con dos derechos fundamentales en la palestra. Por una parte, está el derecho de la persona que realiza la denuncia cibernética,

es decir, el derecho a la libertad de opinión y de expresión, que incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión (Constitución Política de la República de Chile, 11 agosto 1980), y por la otra, tenemos el derecho de la persona que es objeto de dicha cibernética, es decir, el derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales (Constitución Política de la República de Chile, Artículo 19 N°. 4 inciso 1°, 11 de agosto de 1980).

Al respecto, en el año 2021, la Corte Suprema confirmó la sentencia dictada por la Corte de Rancagua, que acogió el recurso de protección por “funas” a través de redes sociales, y ordenó a las recurridas eliminar todo contenido publicado en deshonra o descrédito de la recurrente en redes sociales, y, además, abstenerse de realizar publicaciones de la misma índole de las ya señalada (Corte Suprema de Chile (CS). Confirma Sentencia de Rol N° 3492-2021 de fecha 12 de mayo de 2021. Causa Rol N° 38424-2021 de fecha 17 de junio de 2021.). Lo anterior constata una de las posturas que ha tomado la jurisprudencia nacional en Chile, es decir, la protección del derecho a la honra, sobreponiendo dicho derecho por sobre el derecho a la libre expresión que tiene la persona que expone los hechos de forma pública.

No obstante lo anterior, recientemente la misma Corte Suprema confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que desestimó la acción de protección interpuesta

por un particular que denunció ser objeto de “funas”, al ser acusado de violador, a través de la red social Instagram. La Corte de Apelaciones de Santiago señaló en su fallo que “[...] *baste para rechazar la acción deducida el hecho que la publicación a que alude la parte recurrente es una privada, esto es, a la que no tiene acceso cualquier persona, sino solo aquéllas autorizadas por la dueña de la cuenta de Instagram, de modo que, en esta colisión entre el derecho a la honra y la libertad de expresión, en este caso concreto debe primar la segunda, puesto que no son de público conocimiento los dichos de la parte recurrida [...]*”(Corte Suprema de Chile (CS). Confirma Sentencia de Rol N° 39988-2021 de fecha 29 de junio de 2022. Causa Rol N° 32886-2022 de fecha 29 de julio de 2022.).” Por lo que, de lo anterior desprendemos que no existiría una vulneración grave a los derechos de una persona si la denuncia cibernética se realiza en una red social de carácter privado y, con esto, primaría el derecho a la libertad de expresión considerando que la información en estos perfiles no es de público acceso.

En consecuencia, el derecho fundamental de protección a la honra y la vida privada se vería vulnerado sí, y sólo sí, se realiza en una red social pública y de libre acceso, por lo que, y respecto de la colisión de derechos fundamentales en los casos de “funas” o “escraches”, no podría ponerse en tela de juicio la vulneración de dicho derecho si estas publicaciones se realizan en redes sociales privadas, caso en el que el derecho a la libre expresión prevalecería ante la honra de la persona objeto de esta denuncia cibernética,. Por último, se debe considerar que, si la persona propietaria del perfil en redes sociales tiene su cuenta

privada, quienes pudiesen interactuar con la publicación no podrían compartirla, al menos, desde el perfil de la autora o el autor de dicha denuncia en cuestión.

De lo anterior, colegimos que la jurisprudencia está conteste en el criterio de considerar que una “funa” por red social no puede ser considerada legítima defensa, debido a que es un mecanismo de autotutela prohibido por el legislador (Corte de Apelaciones de Santiago. Acción de Protección de Rol N° 63746-2020, de fecha 25 de septiembre de 2019), sin embargo, nada se ha dicho respecto de otra eximente de responsabilidad, es este caso exculpante, que ha estado en la palestra desde que entró en vigencia la reforma penal que, de algún modo, integró la perspectiva de género en algunos parágrafos del ordenamiento jurídico penal chileno, y es que la Ley N° 20.480 de diciembre de 2010, además de tipificar la figura del femicidio y regular otras modificaciones, introdujo en el artículo 10 N° 11 del Código penal chileno una nueva forma de estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal.

En el año 2012 se absolvió a una mujer que estaba siendo juzgada por parricidio en circunstancias en que había vivido violencia intrafamiliar durante 18 años de su vida, argumentado que se encontraba en un estado de necesidad debido a que estaba siendo víctima de un peligro permanente por encontrarse en una situación de vulnerabilidad respecto de las agresiones que vivía junto con su hijo (Villegas & Sandrini, 214)

Entonces, sabemos que los delitos suceden de una forma, pero pueden tener un efecto

prolongado en el tiempo, y podemos tomar esto en diversos sentidos. Por una parte, y respecto del efecto psicológico que causa esta conducta en la presunta víctima, sabemos que hay quienes se han tardado meses, e incluso años, en confesar que han sido víctimas de agresiones físicas, psíquicas o sexuales. Pero, por otro lado, el efecto prolongado de algunos delitos puede referirse a delitos reiterados en el tiempo, de los cuales, y por diversas razones, las víctimas no pueden escapar.

Ahora bien, ¿por qué traemos este tema en particular a colación? Y ¿qué relación tiene con nuestro trabajo de investigación?

Hay conductas o delitos de los que puede estar siendo víctima una persona que se estén difiriendo y prolongando en el tiempo, ya sea por conductas tipificadas contra la indemnidad sexual, contra la salud u otras. También existen casos, por ejemplo, en los que la víctima ha denunciado actos y se encuentran, por ejemplo, con órdenes de alejamiento, pero que, sin embargo, se rompen dichas medidas. La pregunta a continuación es ¿podría tener cabida esta causal regulada en los eximentes de responsabilidad respecto de las conductas típicas en las cuales podría recaer la denuncia cibernética? Para responder esto, tenemos, en primer lugar, que identificar en qué casos podría aplicarse y, en segundo lugar, analizar los requisitos de procedencia de la causal en cuestión.

Debemos tener en cuenta que, según lo analizado bajo la lógica del supuesto de calumnias y la regla del artículo 415 del Código Penal, este tipo penal quedaría fuera de este análisis.

sis toda vez que, según lo señalado en dicho artículo, si se prueba que el hecho imputado, perseguible de oficio, es tal, la persona que incurre en este tipo de la supuesta calumnia quedaría libre de todo castigo, por lo que no cabría aplicar la regla del artículo 10 N° 11 del mismo cuerpo normativo. No obstante, en el caso del tipo penal de injurias no cabe la regla del señalado artículo 415, por lo que esta exculpante sí podría tener cabida si hablamos solo de injurias.

En consecuencia, si consideramos que tendría cabida en el supuesto de injurias, debemos ahora ceñirnos a lo señalado en el artículo 417 del Código Penal, que indica: “*Son injurias graves: 1. La imputación de un crimen o simple delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio.*”, es decir, aquellos delitos de acción particular o de acción pública previa acción particular. Dentro de estos delitos encontramos las lesiones menos graves, las lesiones falta y el delito de amenazas, además de otras conductas que no están tipificadas propiamente tal como delitos, como el acoso, que podrían tener lugar en esta teoría. Luego, los requisitos de procedencia del estado de necesidad exculpante son cuatro: el primero es el mal actual o inminente, el segundo es que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo y, en tercer lugar, que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita, y por último, que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.

Por tanto, si nos ponemos en el supuesto hipotético de una persona que está sufriendo de una agresión o un acoso reiterado, y ya habiendo hecho denuncias correspondientes, esta persona decide denunciar este hecho de forma pública y mediante redes sociales a su agresor o agresora, encontramos el mal inminente fundado en el temor de que puede volver a pasar en cualquier momento, el hecho de que no existiría otro medio practicable y menos perjudicial que las redes sociales, y comparándolo con el caso que mencionamos en un principio de esta sección, podríamos confirmar que la denuncia cibernética es, en la mayoría de los casos, menos perjudicial que, por ejemplo, un arma para defenderse. Por supuesto que el mal causado sería sustancialmente inferior a la agresión física, y, por último, la función que cumple el cuarto requisito es la de aclarar que la eximente no procederá cuando el mal haya sido intencionalmente originado por quien actúa necesariamente o cuando, por su oficio o cargo, tenga la obligación de exponerse al peligro (Castillo, 216), es decir que la presunta víctima y persona que imputa públicamente el hecho no haya causado la situación en particular, requisito que también se cumpliría en el supuesto.

Cabe destacar que, si bien, esta norma modificatoria nace con el objetivo de integrar, de alguna forma, la perspectiva de género en el área penal del ordenamiento jurídico chileno, mediante la Ley N° 20.480, que modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio, esta causal en particular no es aplicable sólo para aquellas personas del género femenino,

sino que es aplicable a todas las personas por igual.

VI. CONCLUSIONES

La “funa” o “escrache” no es un fenómeno jurídico social nuevo, sin embargo, en la sociedad de redes ha evolucionado respecto de los medios y discursos utilizados, las tecnologías de información y comunicaciones la han puesto al alcance de todas las personas a lo largo de todo el mundo.

Quienes utilizan este mecanismo deben tener en cuenta, como se ha manifestado por parte de algunos tribunales, que dicha denuncia debe estar debidamente justificada y ser utilizada como *ultima ratio*. También se debe tener en cuenta que la imputación cibernética puede ocasionar diversas consecuencias para las partes involucradas, dentro de las cuales, además de la revictimización, encontramos procesos judiciales iniciados por la persona afectada por la denuncia, siendo los más comunes en la práctica del ordenamiento jurídico chileno, la querrela por injurias y/o calumnias y la acción constitucional de protección.

Podemos destacar también que la denuncia cibernética que nace como respuesta a violencia de género, manifestación de lo que se ha denominado el ciberfeminismo, no necesariamente constituye un enjuiciamiento propiamente tal, sino que muchas veces busca dar a conocer e informar la propia realidad de la persona que toma la decisión de exponer los hechos por los que ha pasado. En este sentido, la virtualidad se ha convertido en un territorio de disputas en el cual las feministas exploran las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la comunicación y la información para la lucha contra la

violencia de género. Las mujeres como sujetos políticos buscan a través de ellas sus propios mecanismos de acción para intentar combatir los machismos y sus violencias, que colabore también en desenmascarar la falta de justicia que existe debido a un sistema creado por y para la protección de hombres heterosexuales cis-género, donde normalmente el juzgamiento carece de perspectiva de género, pero si tiene mucha discriminación, invisibilización o revictimización hacia los grupos de la sociedad que se encuentran vulnerados por la violencia patriarcal.

Es interesante en este sentido, la aplicación por parte de algunos tribunales de la perspectiva de género en la resolución de conflictos originados en las denuncias virtuales de estas conductas. Entendemos que este es el camino a seguir.

TRABAJOS CITADOS

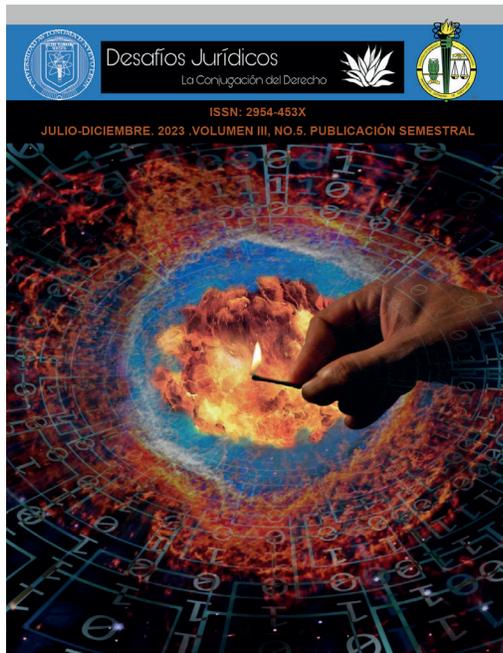
Doctrina y otros

- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). Recurso de Protección. <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/recurso-de-proteccion>.
- Bonavitta, Paola, Presman, Clara, & Camacho Becerra, Jeli. (2020). Ciberfeminismo. Viejas luchas, nuevas estrategias: el escrache virtual como herramienta de acción y resistencia. *Anagramas -Rumbos y sentidos de la comunicación-*, 18(36), 159-180. <https://doi.org/10.22395/angr.v18n36a9>
- Castillo, Juan Pablo (2016). “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”. *Política criminal*, 11(22). Págs. 340-367.
- Couture, Eduardo (1989). “Estudios de Derecho Procesal Civil”. Tomo I, *La Constitución y el Proceso Civil*, 3ª Ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

- Gobierno Bolivariano de Venezuela. “¿Qué hacer si eres víctima de escrache?”, <http://www.conatel.gob.ve/que-hacer-si-eres-victima-del-escrache-virtual/>.
- González, Gema (2019). “Escraches en redes feministas universitarias: una estrategia contra la violencia de género hacia las mujeres”. *Comunicación y Medios*, (40). págs. 170-182.
- Sahuquillo, María; MARS, Ana (2017). *El País*, “Yo también y la revolución de las mujeres”. Disponible en https://elpais.com/internacional/2017/12/23/actualidad/1514057371_076739.html
- Jaramillo, Cruz; CARNAVAL, Gladys (2020). “Violencia de género: Un análisis evolutivo del concepto”. *Univ. Salud*. 2020;22(2). Pág. 183.
- Manso, Noelia (2019). *Escraches en redes sociales: nociones de (in) justicia en torno a las denuncias sobre violencias de género*. XIII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- Milano, Alyssa. [@Alyssa_milano]. (15 de octubre de 2017). If you've been sexually harassed or assaulted write 'me too' as a reply to this tweet [tweet] https://twitter.com/alyssa_milano/status/919659438700670976?lang=es
- Prensa Obrera. publicado el 11 de diciembre de 2018. “La denuncia de Thelma Fardin // Conferencia de prensa de Actrices Argentinas”. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=7W6jwnyrZ7U>.
- ROFFO, Julieta (2018). *Clarín*, “#MeToo argentino; Thelma Fardin: los laberintos del patriarcado y los límites del escrache”. Disponible en https://www.clarin.com/sociedad/thelma-fardin-laberintos-patriarcado-limites-escrache_0_BQH99LB1a.html
- Schmeisser, Carol (2019). “La Funa: Aspectos Históricos, Jurídicos y Sociales”. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Pág. 6.
- Villegas, Myrna; SANDRINI, Renata (2014). *Estado de necesidad defensivo y mujeres homicidas*. Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 16. Santiago. Págs. 61-84.
- Zafra, R. (2015). *Netianas, N(h) hacer mujer en Internet*. Lengua de Trapo.
- Jurisprudencia**
- Argentina. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (Sala Civil y Comercial). Considerando e.2.- de Expte. N° 8536 de 12 de abril de 2022.
- Colombia. Corte Constitucional (la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional). Fallo T-275/21 de 18 de agosto de 2021
- Corte de Apelaciones de Santiago. Acción de Protección de Rol N° 96162-2020, de fecha 26 de julio de 2021.
- Corte de Apelaciones de Rancagua. Acción de Protección en Rol N° 3492-2021, de fecha 12 de mayo de 2021.
- Corte de Apelaciones de Santiago. Acción de Protección de Rol N° 63746-2020, de fecha 25 de septiembre de 2019.
- Corte Suprema de Chile (CS). Confirma Sentencia de Rol N° 3492-2021 de fecha 12 de mayo de 2021. Causa Rol N° 38424-2021 de fecha 17 de junio de 2021.
- Corte Suprema de Chile (CS). Confirma Sentencia de Rol N° 39988-2021 de fecha 29 de junio de 2022. Causa Rol N° 32886-2022 de fecha 29 de julio de 2022.
- Legislación**
- Código Penal de Argentina. 30 de abril de 1922. Argentina. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.
- Código Penal de Chile (CP). 12 de noviembre de 1874. Chile. <https://bcn.cl/2ypxz>.
- Constitución Política de la República (CPR). 11 de agosto de 1980. Chile. <https://bcn.cl/2f6sk>.
- Propuesta Constitución Política de la República de Chile (PCPR). 4 de julio de 2022. Chile. <https://www.chileconvention.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>.







Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Jorge Villalobos Portalés (Universidad de Málaga, España)

La propuesta comunitaria de ley de inteligencia artificial y el «invierno legislativo». pp.44-57. Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 5, Julio-Diciembre 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina,

Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

94

ejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Paola Stephania Muñiz Lupian

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “**Burning Metaverse**” © 2023

La propuesta comunitaria de ley de inteligencia artificial y el «invierno legislativo»

The community proposal of law of artificial intelligence and the «legislative winter»

Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023

Por: Jorge Villalobos Portalés*

* <https://orcid.org/0000-0002-9148-9678>

Universidad de Málaga, España

Resumen. En estas últimas décadas, la evolución de la inteligencia artificial ha sido estratosférica, frenética. Sin embargo, la regulación y protección en cuanto a los riesgos que atañe no ha podido desarrollarse a un nivel parejo (por prácticas obviadas). Por tanto, una Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial como la llevada a cabo por la Unión Europea resulta de una relevancia sin paliativos. Es más, si bien el texto nace con el afán de prevenir y proteger los peligros en cuanto a los sistemas de inteligencia artificial de última generación, también contiene otros posibles usos muy útiles en campos como el de la Defensa de la Competencia. Con todo esto, análogamente existen desventajas en ella. Esta Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial puede significar un desincentivo económico para los proveedores de tales programas o, aún peor, un freno en la inversión a niveles donde se encuentre en un invierno, es decir, que se produzca un «invierno legislativo».

Palabras clave: Regulación, Inteligencia Artificial, Comunidad

Abstract. In recent decades, the evolution of artificial intelligence has been stratospheric, frenetic. However, regulation and protection in terms of the risks involved has not been able to develop at an even level (due to practical truisms). Therefore, an Artificial Intelligence Bill such as the one proposed by the European Union is of unmitigated relevance. What is more, although the text was created with the aim of preventing and protecting the dangers of the latest generation of artificial intelligence systems, it also contains other possible uses that are very useful in fields such as the Defence of Competition. However, there are also disadvantages to it. This Artificial Intelligence Bill may mean an economic disincentive for the providers of such

* Asociación de Críticos y Escritores de Andalucía ACE, Centro cultural Generación del 27, Círculo Literario Napolitano, Diputación de Málaga, Editorial Hiperión, IES Pedro Jiménez Montoya de Baza, Sociedad Protectora de Animales y Plantas, Universidad Antonio de Nebrija, Universidad de Córdoba, Universidad de Málaga

programmes or, even worse, a brake on investment to levels where it is in a winter, i.e. a “legislative winter”.

Keywords: Regulation, Artificial Intelligence, Community

1. INTRODUCCIÓN

1.1. EXPLICACIÓN BREVE

La actualidad siempre acecha. Resulta inexorable para el Derecho conseguir estar al mismo nivel en su regulación que el de los avances en nuevas tecnologías. Sin embargo, no por ello deja de ser menos loable la intención de ofrecer marcos normativos para el seguro funcionamiento del mercado. Análogamente, en determinadas propuestas a veces se ofrecen más posibilidades de las que propiamente recoge el mismo texto. Es en este sentido lo que se plantea en este trabajo: las posibles implicaciones para la Defensa de la Competencia en el uso como instrumento normativo de la Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial (en adelante, la PLIA), del 21 de abril de 2021 de la UE, discutida en los meses de octubre y noviembre y la cual se reformó en sus artículos 8 hasta el 15, en enero de 2022. Entre sus implicaciones y uso, por ejemplo, imposibilitaría la existencia de sistemas de IA que pudieran realizar conductas prohibidas¹.

¹ Sobre el uso de IA o algoritmos en prácticas prohibidas, véase Robles Martín-Laborda, A. (2018). “Cuando el cartelista es un robot: colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios”, *Actas de derecho industrial y derechos de autor*, Tomo 38, pp. 77-103. Olmedo Peralta, E. (2021), “El reto de adaptar el derecho de la competencia a la lógica

1.2. SÍNTESIS DE LA ESTRUCTURA DE LA PROPUESTA DE LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE LA UE (PLIA), DEL 21 DE ABRIL DE 2021

La PLIA se divide, tras un preámbulo bastante pormenorizado, en 12 Títulos con un total de 85 artículos y las “Fichas” finales. Respectivamente, los distintos Títulos se separan en capítulos. Al final del documento, se aportan los distintos modelos de “Fichas”. Además de la Propuesta y de manera separada, se encuentra el documento de los respectivos Anexos a los cuales se va refiriendo a lo largo del cuerpo normativo. Estos son un total de 9. En cuanto al texto de la PLIA, un análisis sintetizado sobre las

de la economía de los datos”, en *La aplicación del derecho de la competencia en la economía de los datos*, dir. Olmedo Peralta, Editorial Aranzadi, Cizur Menor; Pastrana Espárraga, M. (2021), “Los precios personalizados como práctica anti-competitiva de discriminación mediante el uso de algoritmos”, en *El sistema jurídico ante la digitalización: estudios de derecho privado*, dir. Paniagua Zurera, Tirant lo Blanch, Valencia; Pastrana Espárraga, M. (2021), “Algoritmos, big data e inteligencia artificial: nuevos desafíos en el derecho de la competencia”, en *La aplicación del derecho de la competencia en la economía de los datos*, dir. Olmedo Peralta, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.

diversas partes en las cuales se divide sería el siguiente:

Ámbito de aplicación y definiciones (Título I): en el Título I se encuentran tanto el objeto (art. 1), el ámbito (art. 2), donde sí afecta en materia de comercio electrónico y excluye, aunque no figure como tal en el artículo 2, toda la materia referida a vehículos autónomos y responsabilidad civil. El motivo reside en la coherencia de la PLIA con el resto de normativas en cuanto a los sistemas de IA de alto riesgo relacionados con productos cubiertos por legislación de antiguo enfoque (aviones, automóviles...), sin embargo, sí afecta a lo referido en comercio electrónico (como podría ser en el caso de publicidad) y a la IA en el servicio público, donde busca la coherencia en materia de servicios, en especial los de intermediación (art. 2) por parte de la Directiva de comercio electrónico 2000/31/CE y, de mayor actualidad, la DSA. Otro aspecto interesante reside en las definiciones del artículo 3 de los sistemas de IA, donde alude al Anexo I, el cual encierra un *numerus clausus* de los sistemas de IA que entiende (y entenderá) la PLIA como tal. El motivo se entrelaza con el hecho del artículo 4, relacionado con la reforma de este Anexo I en concreto, pues así se facilita la posibilidad de reformar, ampliar, reducir o reescribir ese Anexo I sin necesidad de tocar el texto de la PLIA. El hecho de tal necesidad se debe por la naturaleza tan cambiante como es la de los sistemas de IA, pues el desarrollo es tan vertiginoso que, en caso contrario, el presente documento se vería expuesto a continuas reformas que esta vía del artículo 4 agiliza y descarga de la PLIA.

Prácticas de Inteligencia Artificial prohibidas (Título II): el enfoque de la PLIA se divide según los riesgos que distingue por los usos de la IA, siendo estos tres: inaceptable; alto; bajo o mínimo. Las prácticas que se prohíben parten tanto por la consideración de ser contrarias a los propios valores de la UE en materia de Derechos fundamentales, por ejemplo, como así las prácticas que en concreto son susceptibles de manipular a las personas con técnicas subliminales que o bien trascienden su consciencia o bien puedan tanto aprovecharse de grupos vulnerables (por ejemplo, discapacitados o menores) como producirles daños de índole físico o psicológico (tanto a ellos mismos como a terceros). A esto se le debe sumar lo ya comprendido por la legislación referida en protección de datos, consumidores y servicios digitales. También queda prohibida la calificación social con fines generales por las autoridades públicas a través de sistemas de IA. Como última prohibición se encuentra los sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real (salvo algunas limitadas excepciones) en el espacio público o de acceso al mismo con el fin de aplicar la ley.

Sistemas de alto riesgo (Título III): se ocupa de aquellos sistemas de IA que suponen un alto riesgo tanto para la salud, la seguridad como los derechos fundamentales. Su autorización queda sujeta dentro del mercado europeo al cumplimiento de los requisitos legales recogidos en el capítulo 2 y a una evaluación *ex ante* de conformidad. En cuanto al capítulo 1, se recogen las normas de clasificación que se enlazan con el Anexo III. Ese anexo recoge un *numerus clausus* de sistemas de IA que se consideran probados sus riesgos de antemano o que cuya probabilidad es indiciariamente

asumible que lo sea. Al igual que en el ejemplo anterior, el uso de este anexo cumple la finalidad de permitir su modificación o ampliación de manera ágil y pragmática. En el capítulo 3 se recogen las obligaciones en cuanto a los proveedores de este tipo de sistemas de IA. El capítulo 4 atañe al marco de los organismos en cuanto a su evaluación y el capítulo 5 recoge los procedimientos de tales evaluaciones. El fin de estos capítulos en cuanto a la evaluación de conformidad consiste en minimizar la carga a la que puedan verse sometidos los distintos organismos como operadores económicos. Es interesante este interés en la reducción de tal carga, pues esta aumentará con el tiempo y, sobre todo, *ex post* de aplicarse y cumplirse tales mecanismos. Serán los propios productos los que demanden nuevos criterios hoy imperceptibles.

Obligaciones de transparencia para determinados sistemas de IA (Título IV): se centra en los sistemas más limitados en los riesgos que pueden producir y los cuales resultan sobre todo en determinadas técnicas de manipulación. Por ejemplo, en materia de manipulación de imágenes, vídeos o análogos (interesante en materia de *Fake news* o el caso del vídeo manipulado de la última campaña de Obama). Se deberá informar a quien interactúe con el sistema de IA que lo está haciendo. Se pretende prevenir cualquier técnica de manipulación de la conciencia o emociones del usuario.

Medidas en favor de la innovación (Título V): este título resulta tan escueto de explicar como de cristalino resulta su propio título: consiste en medidas a favor de la innovación en materia de sistemas de IA. El motivo de este título nace de la fundamentada preocupación

y temor en el sector privado de que la PLIA acabe por desincentivar más que por promover el desarrollo. Es más, una de las intenciones es precisamente la reducción de la carga normativa a la que se ven sometidas, en especial, tanto las empresas emergentes (como pueden ser startups) y las pymes.

Gobernanza y aplicación (Título VI, VII y VIII): dividido en estos tres títulos, el VI se ocupa de los sistemas de gobernanza de ámbito nacional y a escala de la Unión Europea. En este sentido, se establece “el Comité” que consiste en un Comité Europeo de Inteligencia Artificial compuesto tanto por la Comisión como por representantes de los Estados miembros. En el ámbito nacional, corresponde a los Estados la asignación de las autoridades competentes y la selección de una autoridad encargada de supervisar el cumplimiento del Reglamento de la Propuesta. Dicha supervisión en la esfera comunitaria corre a cargo del Supervisor Europeo de Protección de Datos. El Título VII se centra en el seguimiento y en establecer una base de datos gestionada por la Comisión y que recoja aquellos sistemas de IA que vulneren derechos fundamentales. Es más, para que tales sistemas puedan entrar en el mercado, los proveedores de los mismos están obligados a registrarlos. Por último y en relación a este aspecto, es justo el Título VIII el que recoge las obligaciones pertinentes de los proveedores de aportar la información necesaria y del seguimiento. Tanto la investigación y el control dentro del mercado de tales obligaciones y del cumplimiento de los requisitos se llevarán a cabo por las autoridades de vigilancia del mercado conforme al Reglamento (UE) 2019/1020 sobre vigilancia del mercado.

Códigos de conducta (Título IX): este título se ocupa de crear un marco que estimule a los proveedores de sistemas que no resulten de alto riesgo a la inclusión de los mismos criterios obligatorios recogidos en el Título III sobre los sistemas de alto riesgo de manera voluntaria en sus sistemas, ofreciendo así una mayor seguridad y compromiso.

Disposiciones finales (Títulos X, XI y XII): el Título X se ocupa en apuntalar la importancia de las obligaciones de las partes en lo que atañe a la confidencialidad de la información y de los datos, exhortando a su respeto y a normas en relación al intercambio de información que se deba al Reglamento propuesto. Esto va parejo a la relación de sanciones con la finalidad de garantizar la efectividad de la Propuesta. El Título XI trata sobre el ejercicio de competencias en delegación y ejecución para la aplicación uniforme de la Propuesta a través de los poderes que se les reconoce a la Comisión para ello (ejemplo es en materia de modificación de los Anexos I al VIII). Por último, el Título XII hace hincapié sobre el Anexo III y el imperativo de la evaluación regular y actualización del mismo a través tanto de informes como de exámenes. Cabe destacar que se dedica un periodo transitorio que permita cierto margen a las partes afectadas a partir de la fecha inicial de la aplicación del Reglamento que se recoge en la Propuesta.

2. POSIBLE USO DE LA PLIA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y SUS IMPLICACIONES

2.1 USO DE LA PLIA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Desde las no poco polémicas *Data Service Act* (DSA, en adelante) y *Data Market Act* (DMA, en adelante), dentro del avance legislativo que lleva a cabo la UE se encuentra la PLIA, gran avance dentro de la UE que la posiciona como pionera en la regulación de la Inteligencia Artificial (IA, en adelante). A colación de dicha Propuesta, también se encuentran todavía más avances como son la Normativa de algoritmos de China de agosto de 2021 y la de septiembre de 2021. Estados Unidos tampoco se ha quedado atrás en estos dos últimos años. ¿Está siendo, entonces, una tendencia legislativa? ¿Qué efectos puede tener sobre el mercado? ¿Puede generar un desincentivo o hasta una parálisis en su inversión? ¿Se podría estar ante un «invierno legislativo»? Con esto, la PLIA destaca, entre otros motivos, por un elemento que ofrece su exhaustiva lectura: contiene elementos que pueden ser utilizados para la Defensa de la Competencia o que pueden influir en él.

Desde la CNMC y su reciente acuerdo con la análoga italiana el 27 de octubre de 2021, se acuerda en su artículo II la coordinación en materia comunitaria. Por tanto, en aras de dicha aplicación dentro de España, ya pionera al propiciar la creación de la Agencia Estatal Española conforme a la PLIA en lo referido a la Gobernanza, siendo la primera en realizarlo, puede que se ofrezca la posibilidad de transmitir dichas implicaciones y usos a otros Estados miembros. Entonces, ¿cuál sería dicha aplicación tan reiterada? ¿Y sus implicaciones? Ya desde la CNMC, ya desde las Autoridades (por ejemplo, la *Autoritat Catalana* está usando programas de *Machine Learning*), ya desde la Agencia Estatal Española que se cree (la cual va a constar de un presu-

puesto de 5 millones de euros) o cualesquiera que colaboren entre ellas (u otros Estados miembros): consiste en utilizar los principios que exige la PLIA como filtros de control sobre los sistemas de IA en aras de la Defensa de la Competencia. Esto se debería hacer sobre 3 pilares.

Primer pilar, sobre la **auditoría** de los sistemas de IA para crear filtros. Que estos puedan detectar cuáles sistemas de IA pueden producir conductas prohibidas, cuáles no, cuáles podrían ser potenciales y, en caso de que un sistema auditado cambie hacia conductas prohibidas, prevenirlo. En caso de detectarse, tener como evidencia las auditorías de que el sistema de IA permitido se ha desvirtuado. Desde la PLIA se exige una doble auditoría: en primer lugar, desde el propio proveedor de dicho sistema; en segundo lugar, permite que las autoridades públicas y las Agencias Estatales (u órganos responsables del cumplimiento de la PLIA) auditen dichos sistemas y el registro desde la más absoluta confidencialidad. Sin embargo, ¿no puede esto afectar a los secretos empresariales? ¿Qué sucede a nivel de sanciones entre el revelamiento de dichos secretos, por ejemplo, y ser proveedor de un sistema de IA que no cumpla? ¿Puede resultar más barato «irse de la lengua» que ser diligente en este nuevo *compliance* de IA? Como afirma Susana Campuzano, directora de la Unidad de Inteligencia Económica (UIE, en adelante) sobre la controversia en materia de algoritmos e IA, resulta necesaria la posibilidad de auditar dichos programas de IA (Campuzano Fernández & Vega Vicente, 202). Se podría decir que se vuelve casi imperioso, ¿por qué? Por los grandes dilemas que producen los sistemas de IA de última generación, ejemplos de ello son la «caja ne-

gra» y los «sesgos algorítmicos». Desde los ya bien conocidos sistemas de *Machine Learning* o aprendizaje automático, más transparentes, se ha evolucionado a sistemas totalmente opacos y prácticamente incognoscibles hasta para el propio programador. Se trata de sistemas de *Deep Learning* o aprendizaje profundo con redes neuronales, redes convolucionales y hasta de nombres tan pintorescos como las «Transformers». Por tanto, nos encontramos con un primer principio necesario de los sistemas de IA: que puedan ser auditables, esto es, un *principio de trazabilidad o auditoría*.

Segundo pilar, la exigencia del **principio de transparencia algorítmica**. Sobre los sistemas de IA que repercuten en conductas prohibidas, resalta la problemática de la imposibilidad del «ojo humano» para detectar las intenciones de un algoritmo en sí y, más si cabe, cuando resulta ser un sistema de IA opaco. La solución que se ofrece en la PLIA se recoge en la exigencia del *principio de transparencia algorítmica*, esto es, que todo sistema de IA deber ser totalmente transparente, trazable y auditable, de manera que no exista margen de opacidad en el sistema de IA. Entonces, ¿qué sucede con aquellas IAs (es IA) que, por naturaleza computacional, son actualmente opacas? Si bien de manera explícita la PLIA prohíbe aquellos sistemas de IA que realicen determinadas conductas conforme al artículo 5, es en la lectura del texto normativo donde se recoge una prohibición a las IAs que no cumplan con dicho principio. En otras palabras, la PLIA es muy excluyente.

Tercer pilar, la **Gobernanza** por parte de las autoridades públicas y las Agencias Estatales. Este pilar es el que sirve de mayor nexo para

la Defensa de la Competencia. En concreto, consiste en la dotación de los medios e instrumentos necesarios para que desde las instituciones se haga cumplir con la PLIA. Entonces, si se hace una lectura de la PLIA desde la Defensa de la Competencia, es factible aplicar los principios anteriores para que no haya IAs que puedan realizar conductas prohibidas. Primero, porque los principios anteriores excluyen sistemas de IA opacos. Obliga a la doble auditoría de la IA. Además, la exigencia de una transparencia continua por si fuera necesario auditar de nuevo en caso de detectar que un proveedor de sistemas de IA autorizado estuviera ofreciendo después un sistema de IA sospechoso (García García, 2022).

2.2. MÉTODO, BENEFICIOS Y DESVENTAJAS DE SU APLICACIÓN

Su *aplicación* consistiría en que ante la imposibilidad de las autoridades públicas para conocer sobre qué sistemas de IA cumplen en cuanto a las normativas de Defensa de la Competencia, cuáles no están ejecutando conductas prohibidas o, en caso de hacerlo, cómo dilucidar cuándo el proveedor o los usuarios eran conscientes de tal conducta o no, se tendría esta herramienta. Primero, filtra a modo de *compliance* los sistemas de IA que pudieran ser potencialmente problemáticos, quedando excluidos aquellos que fuesen precisos. Segundo, ofrece aquellas herramientas de auditoría que tanto precisan las autoridades para una mayor prevención sobre proveedores de sistemas de IA que concurran en conductas prohibidas. Tercero, al abarcar el marco europeo, dificulta todavía más que se pueda trasladar a otro Estado miembro aquel proveedor de un sistema de IA inadecuado.

Los principales *beneficios* serían los siguientes. Serviría para exhortar con la doble auditoría el máximo cumplimiento normativo de la PLIA y, así, de la transparencia algorítmica y de no incurrir en conductas prohibidas. Segundo, al quedar prohibidos determinados tipos de IA, así como su registro, se cerca el mercado (y el ámbito de detección) a unos tipos específicos de IA y, con ello, toda IA que pudiera infringir en un futuro próximo se encuentra previamente descartada, imposibilitándose su uso.

Las principales *desventajas* serían las siguientes. Entronca la cuestión de si resulta un exceso de regulación y control en el mercado y los agentes que intervienen. Supone una implícita invitación a trasladarse fuera de la UE e intentar proveer desde el extranjero con el mismo sistema de IA, aunque cierto es que la PLIA impide tal cuestión, sin embargo, no prevé si se ofrece dicho servicio a una empresa intermedia y, desde ella, se ejecuta un papel interlocutor. En otras palabras, si el problema supone que un proveedor en la UE ofrezca tal sistema de IA, llamemos a este proveedor A, basta con crear otra empresa con otro sistema de IA que sí cumpla la normativa, siendo proveedor B (aunque sea en la práctica de tapadera), y que sea a esta a la cual se asigne el servicio concreto, aunque lo realice después con la empresa originaria. Entonces, usuario dentro de la UE contrata al proveedor B que está fuera de la UE, pero sí cumple con la PLIA. Luego, el proveedor B contrata al proveedor A para que realice dicho servicio con su sistema de IA. Como la PLIA no exige (ni puede exigir) que, en caso de contratarse a un proveedor extranjero, este deba además de cumplir con la PLIA, exigir a otra empresa

extranjera que no interactúa en el mercado comunitario ni ofrece servicio allí, a que cumpla con la PLIA. En pocas palabras, existen vías para que se puedan en determinados casos esquivar los cumplimientos de la PLIA (Ebers, Hoch, Rosenkranz, Ruschemeier, & Streinrötter, 2021).

3. IMPLICACIONES PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA PLIA: DESINCENTIVO Y UN POSIBLE «INVIERNO LEGISLATIVO»

3.1. EL DESINCENTIVO

Una de las principales implicaciones que supone la PLIA consiste en el plausible desincentivo, sobre todo, para las pequeñas y medianas empresas que quieran participar en dicho sector. Se ha explicado con anterioridad cómo un proveedor de sistemas de IA podría sortear la aplicación de la PLIA. En primer lugar, porque el exhaustivo control supone un exhaustivo coste de recursos en el cumplimiento normativo pertinente respecto de la PLIA. Luego, por el hecho de que dicha normativa en materia de sanciones parece haberse proyectado más sobre las grandes empresas en vez del conjunto de agentes en el mercado. ¿Qué startup mediana puede asumir una sanción millonaria si su sistema de IA resulta ser no del todo transparente conforme la PLIA? ¿Y a qué precio, entonces, si no el de los secretos empresariales?

Sobre los secretos empresariales podemos encontrar su protección en la PLIA en el artículo 70, referido a la confidencialidad. En este artículo se exhorta al respeto de los secretos empresariales. Además, el artículo 72,

que trata lo referido a las sanciones y multas, se reflejan con valores entre un máximo de 500.000 euros en caso de incumplir las prácticas prohibidas de los artículos 5 o 10 y un máximo de 250.000 euros para los demás casos. La revelación instada a su protección se encuentra en el 72.5. Este apartado recapitula de nuevo la salvaguarda de los secretos empresariales (entraría en las de este segundo caso), por un valor de la sanción de 250.000 euros. ¿Se podría decir que estas sanciones, sus horquillas de máximos y mínimos, son suficientes o contundentes? Basta, en verdad, compararlos con el artículo 71. Este artículo agrupa las multas para aquellos sistemas de IA que incumplan con los requisitos y prácticas prohibidas del artículo 5, así como lo referido en el artículo 10. En tal escenario, las sanciones al proveedor de dicho sistema de IA llegan a oscilar valores de hasta 30.000.000 de euros (o el 6% del volumen de negocio total anual), así como la sanción administrativa, con un valor de hasta 20.000.000 de euros (o el 4%) o, en el mínimo y mejor de las situaciones, si fuese por información inexacta, engañosa o incompleta, los valores oscilan hasta un máximo de 10.000.000 de euros (o el 2%).

¿Qué conclusiones se pueden sacar (obtener o tomar en cuenta) viendo dicha valoración? Haciendo un pequeño cálculo, se puede apreciar que la diferencia entre la sanción por revelación de secretos empresariales (que sería de 250.000 euros) frente a la sanción mínima por la aportación de información engañosa, inexacta o incompleta (que sería de 10.000.000 euros, esto es, 10 millones) es del 2,5 %. Esto significa que la revelación del secreto empresarial equivale al 2,5% de la sanción por una aportación de información

engañoso, inexacta o incompleta. En otras palabras, resulta hasta cuarenta veces «más barato» revelar un secreto empresarial que aportar una información engañosa, inexacta o incompleta. Se necesitaría revelar cuarenta secretos empresariales sobre algoritmos e IA en un sector como el de proveedor de sistemas de IA para superar el valor de la sanción mínima que le podría imponer a uno de esos 40 proveedores por información incompleta, engañosa o inexacta. Y si fuéramos al valor máximo, sería de hasta 120 veces, esto es, 120 secretos empresariales (que, en la práctica, podría equivaler a todo el sector). Con esto, resulta cristalino que “somos proclives a una transparencia extendida que mantiene el interés general como principal foco de atención y que, en el marco de la ley, prevalece sobre cualquier otra lógica. En definitiva, se trata de dotar al sistema de transparencia algorítmica de una base inquebrantable que permita el control de un sistema que en ocasiones puede resultar demasiado manipulable” (Vestri, 2021). Este interés general o público se plasma desde el Título V, artículo 54, donde como “medida de apoyo a la innovación” se ofrecen “espacios de prueba”, pero siempre sometidos en aras del interés público.

Dicho desincentivo (que no es menor, si cabe) se ve potenciado cuando la PLIA propone la prohibición de determinados tipos de sistemas de IA, bien por las prohibiciones explícitas del artículo 5, bien por la prohibición implícita que suponen los principios de trazabilidad o auditoría y el de transparencia algorítmica. Esto refleja una tendencia que se plasma también en los tribunales. Buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal de la Haya de 1^a Instancia, el 5 de febrero de 2020 (Haya, 2022),

donde se prohibió el uso del programa de IA SyRI por la opacidad que se veía plasmado en el propio sistema de IA². Análogamente, en Estados Unidos ha habido varios casos, como el de *COMPAS* en 2018. Por tanto, se puede entrever que estamos ante una tendencia que, lejos de minorar, crece en el contexto internacional.

3.2. POSIBLE «INVIERNO LEGISLATIVO»

Enlazando con la pregunta del punto anterior: ahora, invierno legislativo. Esta es una de las cuestiones que se puede plantear en la actualidad. Con ello, cabe resaltar tanto la PLIA como otras normativas de igual importancia que se plantean en dicha línea y tendencia proteccionista (por no decir prohibicionista). En China, por ejemplo, sobre IA de última generación, se destacan dos normas. La prime-

2 Sobre esta cuestión, véase: Azuaje Pirela, M., & Finol González, D. (2020), “Transparencia algorítmica y la Propiedad Intelectual”, *op. cit.*, pp. 111-146; Cotino Hueso, L. (2020), “«SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020”, *La Ley Privacidad*(4); Lazcoz Moratinos, G., & Castillo Parrilla, J. A. (2020), “Valoración algorítmica ante los derechos humanos y el Reglamento General de Protección de datos: el caso SyRI”, *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, 9(1), pp. 207-225; Oubiña Barbolla, S. (2021), “Límites a la utilización de algoritmos en el sector público: reflexiones a propósito del caso SyRI”, en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, dir. Barona Vilar, Tirant lo Blanch, Valencia; Vecinday, L. (2020), “Sistemas de información y prácticas de vigilancia en la protección social: controversias, tensiones y desafíos para el Trabajo Social”, *Revista Plaza Pública*(23), pp. 58-75.

ra de ellas, las “Normas éticas para una inteligencia artificial de nueva generación, 25 de septiembre de 2021” (China, 2021). Por otro lado, el “Reglamento sobre la recomendación y gestión de algoritmos de servicios de información de Internet del 27 de agosto de 2021 (China C. A., 2021)”. La relevancia de dicha tendencia se ha enfocado en el marco ético o axiológico de la norma. En tal sentido, la PLIA tampoco ha estado exenta de crítica (Asencio, 2021). Ejemplo de ello, la crítica de José Manuel Muñoz Vela, quien comenta que no se encuentran regulados en su integridad, siendo una carencia de las principales, pues “se limita a regular con detalle algunos de estos principios y normas, pero exclusivamente exigible a los sistemas considerados conforme al mismo de alto riesgo y no al resto” (Muñoz Vela, 2021). Sobre esto, comenta Muñoz Vela que no se escapa a algunos de los planteamientos a otros textos como es el de la Comunicación de la Comisión Europea bajo el título «Inteligencia Artificial para Europa» de 25 de abril de 2018, pero sí queda claro que el sistema de IA se asocia al concepto de autonomía (Muñoz Vela, 2021) (ahora bien, lo hace para lo bueno y lo malo). La UE se sitúa entre las primeras posiciones en regulación de IA (Torres Jarrin, 2021), sí, ¿a qué precio? ¿Cómo se aplica a proveedores de sistemas de IA anteriores a la PLIA y que, ahora, no cumplan con ella por, por ejemplo, la trazabilidad o la transparencia algorítmica porque sean del tipo *Deep Learning*? (Morte Ferrer, 2021)

En la evolución histórica del desarrollo de la IA, las etapas donde son nulas la inversión y el progreso en sistemas más avanzados, esto es, queda estancado el sector y hasta paralizado, se denominan *inviernos*. Normalmente,

dichos inviernos han acontecido por la falta de inversión o por un techo tecnológico, es decir, tecnológicamente no se puede avanzar más en dicho contexto (serán otros avances, como la invención, popularización y democratización del internet las que ofrezcan nuevas oportunidades). Sin embargo, puede que esta vez se produzca uno desde la propia legislación. ¿Necesario quizá?

Se puede definir **invierno legislativo** como el freno en inversión y desarrollo tecnológico de nuevos sistemas de IA debido a las exigencias, protecciones, restricciones y prohibiciones impuestas por una o más normativas. En este caso, se suma que las nuevas normas que se han ido aprobando (pocas aún, eso sí) se están haciendo con un afán de protección, prohibición y control que exhortan (u hostigan) a la generación de trabas y sanciones sobre aquellos sistemas no deseados. En otras palabras, se está forzando así a entrar en esta nueva década en un invierno legislativo. Si finalmente se afianzará dicha tendencia y, con ello, pasaremos de unas «primeras nevadas» de aviso a la estación total, queda todavía por ver. Sin embargo, pueden ya los proveedores de sistemas de IA con la PLIA «ir abrigándose».

4. CONCLUSIONES

Tal y como se ha expuesto a lo largo del trabajo, se ha transcurrido primero por cuál es la estructura en una síntesis esquematizada de su articulado, en especial, para así contextualizar al lector sobre la PLIA de cara una mejor comprensión de las reflexiones. Por otro lado, se hace hincapié en una novedad: puede ser un elemento normativo, una herramienta jurí-

dica para la Defensa de la Competencia que ya se ha puntualizado por algún cargo de relevancia como es el de la directora de la UIE. Con este, desde este trabajo se expresa la posibilidad de que una norma cuya naturaleza o el origen por el cual se redactó no era en sí orientado para la Defensa de la Competencia, cómo sí resulta de utilidad para ello. Desde ahí, se analiza diversas implicaciones que va a tener en la Defensa de la Competencia, destacando tanto sus ventajas como sus inconvenientes. Así, se destacan dos de las principales implicaciones que ofrece: los desincentivos cristalinos, nítidos, para los proveedores de sistemas de IA, donde las sanciones hablan por sí solas. Por otro lado, como dicho afán de protección (o prohibición) podrá cubrir a la UE y algún proveedor(le falta la s) extranjero actuando en la UE, pero no el resto del planeta. Con ello, es ahí donde entra otro gran ejemplo de regulación en una misma tónica: China. Si la mayoría de países regula en la misma intención, el desincentivo se va extendiendo o va cercando a aquellas empresas que quieren apostar y arriesgar en el desarrollo de nuevos programas de IA de última generación o, incluso, para corregir sus defectos graves como son la caja negra o los sesgos algorítmicos. En este sentido, también culmina en otra implicación bastante factible: que se abandone la inversión y el desarrollo, esto es, un nuevo invierno. Esta vez, eso sí, desde la legislación: un «invierno legislativo». Para ello, primero se ha contextualizado en los distintos tipos de IA y sus características para una mejor noción de cuáles sistemas son los que se ven en peligro de extinción. ¿Es esto positivo? Cabe destacar que los últimos avances en medicina han sido gracias y de manera exclusiva a dichos programas,

planteándose hasta si el próximo Nobel de medicina podría ganarlo una IA, le cambiaría a y si lo obtiene suprimiendo lo del parentesis (¿Y si una inteligencia artificial obtiene el Nobel de Medicina?, 2021). Entonces, queda abierto al debate hasta qué punto son mejores los beneficios que produce imponer un invierno legislativo por los riesgos asumibles en el caso contrario y, con ello, los beneficios que quizá se puedan perder o debamos renunciar con ello.

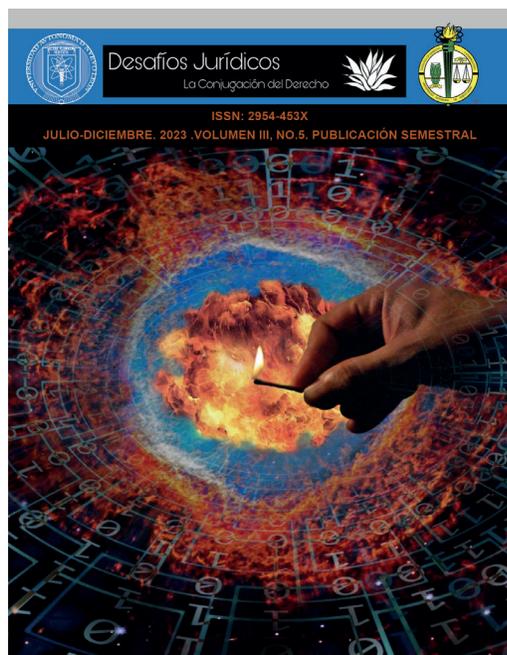
TRABAJOS CITADOS

- Azuaje Pirela, M., & Finol González, D. (2020), "Transparencia algorítmica y la Propiedad Intelectual y Industrial: tensiones y soluciones", *Revista Propiedad Inmaterial(30)*, pp. 111-146.
- Campuzano Fernández, S., & Vega Vicente, P. (2021), "Riesgos y oportunidades de la inteligencia artificial desde la perspectiva de la competencia. Un análisis desde la CNMC", *Boletín Económico De ICE*, (3137). Disponible en: <https://doi.org/10.32796/bice.2021.3137.7259>
- Coeckelbergh, M. (2021), *Ética de la Inteligencia Artificial*, Cátedra, Madrid.
- Corvalán J. G. (2017), "La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea", *LA LEY*, pp. 2-5.
- Cotino Hueso, L. (2020), "«SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020", *La Ley Privacidad(4)*. Obtenido de https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSb-F1CTEAAmMDSwNjM7Wy1KLizPw8WyMDIwMDEyN-zkEBmWqVLfnJIZUGqbUIRaSoApoQJizQAAAA=WKE#-DT0000309036_NOTA1
- De Miguel Asensio, P. A. (2021), "Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial", *La ley Unión Europea(92)*, pp. 1-8.

- Diéguez, A. (2017), *Transhumanismo. La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, Herder Editorial, Barcelona.
- Diéguez, A. (2021), *Cuerpos inadecuados*, Herder Editorial, Barcelona.
- Ebers, M., Hoch, V. R., Rosenkranz, F., Ruschemeier, H., & Steinrötter, B. (2021), "The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)", *J MDPI*, 4(4), pp. 589-603.
- Ewa Harasimiuk, D. & Braun, T. (2021), *Regulating Artificial Intelligence. Binary Ethics and Law*, Routledge, New York.
- García García, S. (2022), "Una aproximación a la futura regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea", *Revista de Estudios Europeos*, (79), pp. 304-323.
- Grandhi, N. M. (2020), "¿Puede la Inteligencia Artificial ser un sujeto de Derecho?", *Simposio Argentino de Informática y Derecho (Jaiio)*, pp. 54-61.
- Lazcoz Moratinos, G., & Castillo Parrilla, J. A. (2020), "Valoración algorítmica ante los derechos humanos y el Reglamento General de Protección de datos: el caso SyRI", *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, 9(1), pp. 207-225
- McCarthy, J. (2007), "What is Artificial Intelligence?", *Computer Science Department of Stanford University*, pp. 1-15.
- Morte Ferrer, R. (2021), "Valoraciones éticas para una inteligencia artificial adecuada a la privacidad", *Arbor*, 197(802), a628, pp. 1-30. Disponible en: <https://doi.org/10.3989/arbor.2021.802006>
- Muñoz Vela, J. M. (2021), *Cuestiones éticas de la Inteligencia Artificial y repercusiones jurídicas. De lo dispositivo a lo imperativo*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Olmedo Peralta, E. (2021), "El reto de adaptar el derecho de la competencia a la lógica de la economía de los datos", en *La aplicación del derecho de la competencia en la economía de los datos*, dir. Olmedo Peralta, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- Oubiña Barbolla, S. (2021), "Límites a la utilización de algoritmos en el sector público: reflexiones a propósito del caso SyRI", en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, dir. Barona Vilar, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Pastrana Espárraga, M. (2021), "Los precios personalizados como práctica anticompetitiva de discriminación mediante el uso de algoritmos", en *El sistema jurídico ante la digitalización: estudios de derecho privado*, dir. Paniagua Zurera, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Pastrana Espárraga, M. (2021), "Algoritmos, big data e inteligencia artificial: nuevos desafíos en el derecho de la competencia", en *La aplicación del derecho de la competencia en la economía de los datos*, dir. Olmedo Peralta, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- Robles Martín-Laborda, A. (2018). "Cuando el cartelista es un robot: colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios", *Actas de derecho industrial y derechos de autor*, Tomo 38, pp. 77-103.
- Rouhiainen L. (2018), *Inteligencia Artificial. 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*, Alienta, Barcelona.
- Russell, S. & Norvig, P. (2009), *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, New Jersey, 3ª ed.
- Sadin, É. (2020), *La Inteligencia Artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical*, Caja Negra Editora, Buenos Aires.
- Torres Jarrín, M. (2021), "La UE & la gobernanza ética de la inteligencia artificial: Inteligencia artificial & diplomacia", *Cuadernos salmantinos de filosofía*, 48, pp. 213-234.
- Vecinday, L. (2020), "Sistemas de información y prácticas de vigilancia en la protección social: controversias, tensiones y desafíos para el Trabajo Social", *Revista Plaza Pública*(23), pp. 58-75.
- Vestri, G. (2021), "La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica: una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa", *Revista Aragonesa de Administración Pública*(56), pp. 368-398.







Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

José Zaragoza Huerta (Universidad Autónoma de Nuevo León, México) e **Idalia Patricia Espinosa Leal** (Universidad de Hankuk de Estudios Extranjeros, Corea del Sur)

La Seguridad Pública Mexicana. pp. 58-69. Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 5, Julio-Diciembre 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Paola Stephania Muñiz Lupian

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar "Burning Metaverse" © 2023

La Seguridad Pública Mexicana

The Mexican Public Security

Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023

Por: Jose Zaragoza Huerta* e
Idalia Patricia Espinosa Leal**

* <https://orcid.org/0000-0001-7526-9272>

Universidad Autónoma de Nuevo León, México

** <https://orcid.org/0000-0003-0003-3294>

Universidad de Hankuk de Estudios Extranjeros, Corea del Sur

Resumen. En el presente artículo se expone de forma sintética las diferentes etapas que han recorrido la seguridad y la justicia en México, puesto que estos principios jurídicos son necesarios para que el Estado garantice la paz social. Mediante la reforma Constitucional del 2008 en seguridad y justicia se procura el bienestar común y la solidaridad, ya que en esta reforma se impulsó una justicia distinta, alternativa y restaurativa; asimismo, se fortaleció el Sistema de Seguridad Nacional. Adicionalmente, con la reforma Constitucional de 2011, se consolidó el Sistema de Seguridad y Justicia con una visión garantista, debido a la proyección del respeto de los Derechos Humanos de los intervinientes en el conflicto criminal. Posteriormente, con el Plan Nacional de Paz y Seguridad 2018-2024, se plantean cuatro ejes para brindar mayor seguridad y justicia a la nación, a saber: estrategias anticorrupción, combate al delito con la Guardia Nacional, fortalecimiento de las Policías municipales y estatales, y fortalecimiento del Sistema de Justicia Cívica.

Palabras clave: Reforma constitucional, Justicia penal, Seguridad pública, Guardia Nacional y Modelo policial.

Abstract. This article summarizes the different stages that security and justice have gone through in Mexico, since these legal principles are necessary for the State to guarantee social

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, España. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Docente e Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

** Doctora en Derecho © por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Profesora Asistente en la Universidad de Hankuk de Estudios Extranjeros, Campus Seúl, Corea del Sur.



peace. Through the 2008 Constitutional reform in security and justice, the common welfare and solidarity are sought, since in this reform a different, alternative and restorative justice was promoted; likewise, the National Security System was strengthened. Additionally, with the Constitutional reform of 2011, the Security and Justice System was consolidated with a guarantee vision, due to the projection of respect for the Human Rights of those involved in the criminal conflict. Subsequently, with the National Plan for Peace and Security 2018-2024, four axes are proposed to provide greater security and justice to the nation, namely: anti-corruption strategies, fighting crime with the National Guard, strengthening the municipal and state Police, and strengthening the civic justice system.

Key words: Constitutional Reform, Criminal Justice, Public Security, National Guard, Police Model.

1. INTRODUCCIÓN

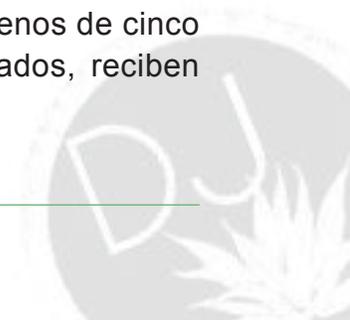
En México, asistimos a un cambio en la resolución de los conflictos sociales que no tiene parangón; esto como consecuencia de un desfase en los ámbitos de seguridad, así como de la justicia; derroteros donde imperaba la incredibilidad social (Barona, 2011), generada por modelos que no respondían adecuadamente a las expectativas, ni necesidades de los individuos (Zher, 2010; 2013).

Sería hasta el año 2008, que se realiza una reforma constitucional, que transformaría radicalmente la seguridad y la justicia. Y si bien, en algunos Estados de la República mexicana, ya se ofertaban incipientes experiencias respecto de la transición que debería darse en el país (Prado, 2014). Precisamente, es hasta el año 2008 que, a nivel federal se replantean: fines, instituciones, procedimientos e incluso, se introdujeron instrumentos de operatividad de los modelos de seguridad y justicia tendentes a paliar los efectos nocivos en ese momento (Rossell, 2016) y mejorar la situación imperante

hasta el día de hoy, pero con grandes retos hasta el año 2024.

2. EL DIRECCIONAMIENTO CONSTITUCIONAL EN SEGURIDAD Y JUSTICIA MEXICANA

La reforma constitucional federal del año 2008, denominada: “Del Sistema Mexicano de Seguridad y Justicia”, respondió a la humanización, mediante la introducción de institutos que garantizan la continuidad del pensamiento humanista, ilustrado (García, 1997) y a la democratización institucional; con esta reforma el estado mexicano se integra al proceso de transformación donde se reafirma el ingreso a la vida cultural democrática tolerante, ideológica y políticamente plural, (García, 2006, p. 89). Todo ello como resultado del “evidente” fracaso del sistema penal nacional (Moreno, 2006), situación corroborada hasta ese momento con datos estadísticos; así, por ejemplo, menos de cinco delitos de cada cien denunciados, reciben sentencia en México.



Ahora bien, resulta más preocupante el hecho que, actualmente, existe una gran desconfianza por parte de la ciudadanía con respecto a las autoridades, ello debido a la intromisión de los grupos delincuenciales en el aparato de justicia estatal (Cámara de Diputados, 2008, p. 1). Dos son los principios o virtudes, que desde la óptica de la Teoría General del Estado Constitucional y en criterio de Rawls (1979): “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales” (p. 19), que se potencia con la reforma: La seguridad y la justicia (Habermas, 2001, pp. 124 y ss.). Ambos interactúan como instrumentos con los cuales el Estado mexicano procura proporcionar a cada uno lo suyo (Núñez, 2006a, pp. 96-97), armonizando seguridad y libertad.

Además, no podemos olvidarnos de otros principios que vienen a completar dicha pretensión Estatal, aludimos al bienestar común y la solidaridad (Aguilera y Espino, 2006, pp.1-29); lo que permite que el ciudadano se configure como destino de las instituciones jurídico-políticas del Estado Mexicano (Núñez, 2006a, p. 95).

Con la reforma constitucional, en lo relativo a la justicia (Ruiz, 1999), “pareciera” que, en primera instancia, el Estado mexicano se aleja de aquella justicia retributiva (Neuman, 2005, p. 8) y pretendiera impulsar una justicia que, no obstante su terminología (Wilde y Gaibrois, 1994, p. 1), distinta (Pásara, 2004), alternativa (Sarre, Manrique, y Morey, 2008; Maier, 2008) y/o restaurativa (Kemelmajer, 2004), privilegia el diálogo, y su esencia la encontramos en el derecho anglosajón con la denominada *alternative dispute resolution*; misma que demanda estar impregnada de humanismo (García,

1997, p. 399), legalidad (Bacigalupo, 1986, p. 21) y racionalidad (Habermas, 1987, pp. 161 y ss.; Vázquez, 2007, p. 46) entre las partes intervinientes.

Y, por cuanto aconteció al rubro de la seguridad, la reforma constitucional destacó, el fortalecimiento del Sistema de Seguridad Nacional, asumido como otra prioridad para el Estado; dicha necesidad surgió como consecuencia de las demandas ciudadanas frente al incremento de la delincuencia común como la delincuencia organizada, en el país (Cámara de Diputados, 2008, p. 5).

Precisamente, ante la ausencia de una eficaz política preventiva de *lato sensu*, es decir, de políticas públicas estatales que se ocuparan de manera integral en las necesidades de los diversos sectores sociales (González-Aréchiga, 2006) y ante el fracaso de la prevención general que da contenido a alguna finalidad de la pena, y ante el poco efecto disuasivo que tiene la reacción estatal a través de la creación de tipos penales o bien, del aumento de la penalidad, sería una buena opción instrumentar mecanismos efectivos para privilegiar la protección de los bienes jurídicos relevantes (Espinosa y Zaragoza, 2016, p. 71-88), para fortalecer las vías que hacen frente a la delincuencia común, a la delincuencia organizada y a la consecuente inseguridad. Precisamente, con la reforma constitucional del 2008, se retomó lo señalado lustros atrás, donde se indicaba, por ejemplo, en la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de sentenciados, donde se preveía en los artículos 4 y 5 lo siguiente: Art. 4: “Para el adecuado funcionamiento del sistema penitenciario, en la designación del personal directivo,

administrativo, técnico y de custodia de las instituciones de internamiento se considerará la vocación, aptitudes, preparación académica y antecedentes personales de los candidatos. Art. 5: “Los miembros del personal penitenciario quedan sujetos a la obligación de seguir, antes de la asunción de su cargo y durante el desempeño de éste, los cursos de formación y de actualización que se establezcan, así como de aprobar los exámenes de selección y permanencia que se implanten. Para ello, en los convenios se determinará la participación que en este punto habrá de tener el servicio de selección y formación de personal, dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública”; partiendo del ejemplo, se indicaba profesionalizar a los diversos cuerpos de seguridad en sus tres niveles (Barba 2016, p. 47-59), de cara a una certificación, y depurar las instituciones de seguridad, teniendo como eje rector de las funciones la “coordinación policial”, para ello se establecieron bases de datos que serían compartidos entre los tres niveles de gobierno que incluyeran todo tipo de datos relativos con la actividad criminal y su prevención.

Así, pues, con la reforma, coordinar las acciones de los diversos cuerpos e instituciones policiales, se constitucionaliza y, se establece la *vacatio legis* para la instrumentalización del Sistema Nacional de Seguridad Pública (Cámara de Diputados. 2008, p. 5.), todo con el único objetivo de salvaguardar a la sociedad mexicana.

3. LOS DERECHOS HUMANOS CONSTITUCIONALIZADOS

Con el transcurso de los años, se llevaría a cabo la reforma constitucional federal del año

2011, relativa a: Los Derechos Humanos y sus Garantías, con lo cual, entendemos que se consolidó un sistema de seguridad y justicia, “garantista” (González, 2014, p. 369) que, inicialmente, empodera el respeto a los derechos humanos de las partes conflictuadas, reflejado en el cumplimiento de los principios de legalidad, presunción de inocencia y debido proceso. Para ello, se establecieron directrices de resolución de estos problemas, consagradas en la Carta Magna mexicana (artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21).

Lo importante aquí, es establecer que asistimos a un nuevo paradigma de solución de conflictos sociales, donde el Estado, las autoridades y, las partes, responsablemente (Domingo, 2008, p. 2), se inmiscuyen en la solución (Baratta, 2004, p. 325); con ello, el incipiente modelo de justicia se distancia de aquel modelo inoperante, que motivó su cambio (Cámara De Diputados, 2008, p. 5).

Cabe poner de relieve el hecho que, por cuanto atiende al sistema de justicia en México, en ese momento histórico y, que hoy se encuentra vigente en todo el país, a criterio nuestro, es un modelo que oscila entre la retribución y la restauración; es decir, que, si bien es cierto que, la Carta Magna mexicana privilegia que los conflictos penales sean resueltos vía la justicia alternativa, cuyo fundamento se localiza en el artículo 17, párrafo cuarto; donde esta justicia alternativa tiene como objetivo: reparar el daño causado, empoderar a las víctimas, otorgándoles una voz, alentar a los infractores a asumir la responsabilidad de su delito y tomar medidas para cambiar (Colins, 2015, p. 5) y con posterioridad, por vía secundaria, se introdujeron otras formas de solucionar los

conflictos penales, instrumentados en el Código Nacional de Procedimientos penales, en la Ley Nacional de Mecanismos de Solución de Controversias y en la Ley Nacional de Ejecución Penal; quedando la posibilidad de acudir, en atención al principio de ultima ratio penal, al juicio oral penal, para delitos de medio y alto impacto social (Silva, 2001, p. 166), ahí donde el *ius puniendi* estatal oscila entre la retribución, prueba de ello son los CEFERESOS, (De Tavira, 1995) y la restauración, con fundamento en el artículo 18 constitucional.

Respecto de la Seguridad Pública, la aludida reforma impactó en el irrestricto respeto a los derechos humanos de las personas; esto es, conciliar la complicada interlocución entre la seguridad y las libertades ciudadanas; el irrestricto respeto a los bienes jurídicos relevantes de protección de los ciudadanos a través de una actuación respetuosa, por parte de los operadores de la seguridad pública, centrada en el principio de legalidad. Así que, la interacción derechos humanos y función policial puede centrarse en el principio de profesionalismo de los elementos policiacos.

Lo mencionado demandaría una coordinación de poderes del Estado, así como de los tres niveles de gobierno, lo que impactaría paulatinamente, en la percepción ciudadana; siendo importante en este tema el papel que desarrolla el Sistema Nacional de Seguridad Pública, ya que, es quien sienta las bases de coordinación y distribución de competencias, en materia de seguridad pública, entre la Federación, los Estados y municipios, bajo la directriz del Consejo Nacional de Seguridad Pública.

4. LA VISIÓN DE LA CUARTA T. EN LA SEGURIDAD

Iniciada la andadura de un nuevo modelo de seguridad y justicia en México desde el año 2008, y posteriormente con la llegada a la Presidencia de la República del C. Andrés Manuel López Obrador, se presentaba como una hoja de ruta, una estrategia de trabajo orientada a fin de recuperar la Paz.

El presente Plan encontraba su génesis, en la visión ilustrada del Pacto Social, donde el ciudadano espera una protección individual por parte de las autoridades del Estado. Así, la seguridad, es supeditada a dos ejes torales: Erradicar la corrupción y reactivar la procuración de justicia; y el tema de la seguridad: Seguridad pública, seguridad nacional y paz; que dan contenido a una nueva visión de las instituciones de seguridad y la justicia.

En lo atinente a la seguridad, se prevé que: “La seguridad de la gente es un factor esencial del bienestar y la razón primordial de la existencia del poder público: el pacto básico entre éste y la población consiste en que la segunda delega su seguridad en autoridades constituidas, las cuales adquieren el compromiso de garantizar la vida, la integridad física y el patrimonio de los individuos. Para ello están dotadas de facultades e instrumentos como leyes y reglamentos, organismos de procuración e impartición de justicia y el uso exclusivo de la fuerza pública. Cuando las instituciones son incapaces de utilizar adecuadamente tales potestades y herramientas y fallan en su responsabilidad de preservar la vida, la integridad y la propiedad de las personas y las poblaciones, entra en crisis su primera razón

de ser, se debilita el acuerdo que articula las instituciones a la sociedad, se degrada la calidad de vida y se pone en peligro la existencia misma del Estado” (López, 2018).

Ante lo mencionado, surge la necesidad de formular nuevos paradigmas de seguridad nacional, interior y pública que permitan sustentar estrategias de recuperación de la paz, restablecimiento de la seguridad pública, prevención del delito, procuración e impartición de justicia, restablecimiento del estado de derecho y reinserción de infractores. En definitiva, grandes retos.

Precisamente, para hacer realidad estos propósitos y cumplir con la justa exigencia social de vivir en un país pacífico, seguro, sujeto al imperio de la legalidad y arbitrado por la justicia, se ha elaborado este Plan Nacional de Paz y Seguridad 2018-2024 en el que se enuncia un paradigma de seguridad pública radicalmente distinto al que ha sido aplicado en los sexenios anteriores (Secretaría de Gobernación, 2019b). En la Carta Magna mexicana, en el artículo 21, señala que: “La seguridad pública es una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social, de conformidad con lo previsto en la Constitución y en las leyes en la materia. La seguridad pública comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que la Constitución señala. La actuación de las instituciones de

seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución”.

5. GUARDIA NACIONAL

Con la llegada del nuevo gobierno a la Presidencia de la República, liderado por el C. ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR, se crea la Guardia Nacional. Y como todo proyecto de reciente creación, tuvo que pasar por una serie de procesos que incumbieron a los actores de la vida nacional, política, económica, social y académica (Olvera, 2019).

Para la consecución del Proyecto, fue determinante contar con una Estrategia Nacional de Seguridad Pública del Gobierno de la República (Secretaría de Gobernación, 2019b), la que daba noticia de la creación de una institución con funciones de seguridad pública integrada por elementos de fuerzas armadas: La Guardia Nacional. En el número ocho de la Estrategia, se lee como sigue: “Ahora tenemos la gran oportunidad de retomar las fortalezas de las instituciones militares como su disciplina, formación, servicio de carrera, espíritu de cuerpo, para fortalecer la Guardia Nacional. Así mismo, podremos aprovechar los recursos humanos, materiales e infraestructura que pueden aportar las fuerzas armadas en favor de la seguridad del país, siempre conforme las condiciones, requisitos y restricciones que el constituyente permanente ha señalado en el contexto de la reforma constitucional. Este esfuerzo debe ir encaminado bajo una doctrina policial de carácter civil, y es el camino que debemos seguir con la finalidad de que la Guardia

Nacional sea un símbolo de confianza entre los ciudadanos de nuestra gran nación”. En este sentido, el día 23 de mayo del año 2019, se expide la Ley de la Guardia Nacional, dando lugar al nacimiento de una institución, y a su Reglamento, el día 29 del mes de junio del mismo año.

A nuestro análisis, entendemos que estos nuevos paradigmas de actuación de los agentes garantes de la seguridad pública del país (aludiendo a la Guardia Nacional), vienen a revolucionar la visión castrense para ampliarse a roles policiales. Y, en este contexto, se diseña una nueva institución que inicia su andadura dando respuesta a la exigencia social (López, 2018, p. 17), donde se privilegia el estrechamiento de los lazos entre las fuerzas militares y la sociedad; sin que ello implique abandonar sus misiones constitucionales hasta ese momento.

Con la creación de la Guardia Nacional, se potencia la protección de la paz pública, la preservación de la vida, la libertad y los bienes de las personas. En este sentido, el artículo 4 de la mencionada Ley establece: “La Guardia Nacional es una institución de seguridad pública, de carácter civil, disciplinada y profesional, adscrita como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría”. Y, en su artículo 5, se indica: “El objeto de la Guardia Nacional es realizar la función de seguridad pública a cargo de la Federación y, en su caso, conforme a los convenios que para tal efecto se celebren, colaborar temporalmente en las tareas de seguridad pública que corresponden a las entidades federativas o municipios”.

6. EL SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA Y SU IMPACTO EN LA PROFESIONALIZACIÓN DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES DEL PAIS.

A la par que en México se realizan las reformas estructurales en los temas de justicia, también se continúan realizando los relativos a la seguridad pública. Y si bien, día a día se consolida la institución de la Guardia Nacional, al tiempo se atiende a las instituciones policiales en aras de potenciar su profesionalización y, eficiencia operativa, aunque “uno de los problemas fundamentales de todas las policías, es lo restringido de los estados de fuerza en el país, ya que la gran mayoría de las entidades y municipios no tienen el estado de fuerza necesario para cubrir adecuadamente los turnos y los sectores de vigilancia en sus ciudades y regiones. Aumentar el estado de fuerza tiene diferentes restricciones, que van desde el método de reclutamiento, el costo de los exámenes de control y confianza, el costo de la academia, las becas para los reclutas, la tasa de reprobación y la elevada rotación del personal en las diferentes policías” (Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, 2021, p. 39).

En esta línea argumental, se instrumentalizan entes que atienden las exigencias de las instituciones policiales; uno de estos es: El Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, que cuenta con autonomía técnica, de gestión y presupuestal, cuyo propósito es ejecutar y dar seguimiento a los acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Pública, instancia superior de coordinación y

de definición de las políticas públicas en materia de seguridad pública; por lo tanto, es el órgano operativo, el eje de coordinación entre las instancias federales, estatales y municipales responsables de la función de salvaguardar la integridad de las personas, la seguridad ciudadana, así como de preservar el orden y la paz públicos; esto es así porque durante los últimos años el problema de la seguridad pública se ha convertido en la principal preocupación de los mexicanos. El incremento en la incidencia delictiva en general, la tasa de homicidios por cada cien mil habitantes y el aumento de los delitos patrimoniales, han dañado la percepción que tienen los ciudadanos sobre la seguridad en sus ciudades, colonias y comunidades, dañando a su vez la convivencia cotidiana.

Nuevamente, para hacer frente al problema que se mantiene de la criminalidad, en los últimos años se aprobaron cambios legales con el fin de aumentar penas y crear nuevos tipos penales, se reformó el sistema procesal penal y se legisló en ámbitos como el de justicia para adolescentes, sistema penitenciario, delincuencia organizada o coordinación en materia de seguridad pública. Sin embargo, repetir las mismas estrategias aplicadas en administraciones anteriores, podría agravar la de por sí delicada situación en muchos Estados y ciudades del país. Frente a ello, la política de paz y seguridad del Gobierno de México gira en torno a cuatro grandes ejes: a) Una sólida estrategia anticorrupción, acompañada de políticas de desarrollo social y económico que fortalezcan el tejido social; b) La creación de la Guardia Nacional que busca combatir los delitos más graves y al mismo tiempo ser subsidiaria con los gobiernos estatales y

municipales, considerando las limitaciones en los estados de fuerza con los que cuentan; c) El fortalecimiento de las policías estatales y municipales para que paulatinamente asuman a plenitud sus funciones y facultades y se articulen con el Ministerio Público para la investigación y persecución de los delitos; y d) El desarrollo de un sólido sistema de justicia cívica y programas de trabajo a favor de la comunidad que prevenga el delito en sus etapas más tempranas (Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, 2021, p. 5)

A continuación nos enfocamos en exponer el nuevo paradigma de la función policial en sus diferentes niveles de gobierno, así como su interacción con los órganos de la administración y procuración de la justicia; asimismo el quehacer policial desplegando acciones en el modelo de justicia cívica.

7. UN MODELO NACIONAL DE POLICÍA.

El Modelo Nacional de Policía tiene por objetivo el fortalecimiento de las policías municipales y estatales, así como la articulación efectiva entre dichos cuerpos con la Guardia Nacional y las Procuradurías o fiscalías generales para reducir la incidencia delictiva, fortalecer la investigación criminal, mejorar la percepción de seguridad e incrementar la confianza en las instituciones policiales. Así, pues, el Modelo Nacional de Policía, considera que la articulación de las policías y la Guardia Nacional debe basarse en un esquema subsidiario que parte de los municipios, en primer lugar, de los municipios y zonas urbanas que tienen más de 100 mil habitantes o que cuentan con una policía municipal sólida y con

un Estado de Fuerza y equipamiento suficiente para mantener la seguridad en su territorio. En caso de que la policía municipal no pueda llevar a cabo cabalmente sus tareas, las policías estatales podrán llevar a cabo esa tarea en los municipios que no puedan sostener la función y finalmente la Guardia Nacional, en los casos donde ni los municipios, ni el estado puedan darle cobertura y eficacia a la seguridad pública entonces actuará para mantener la seguridad (Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, 2021, p. 58)

No tenemos duda del rol protagónico que tendrán las policías, en estos nuevos derroteros. Sin embargo, la realidad pondrá a prueba, este gran reto. No podemos obviar temas como el presupuestal, leyes que no están soportadas con presupuestos se tornan en letra muerta. Precisamente, se requerirá de un reclutamiento de un estado de fuerza con un perfil *ad hoc*, donde haya una programación operacional y, claro, a nuestro criterio, otros tópicos no menos importantes como son, el cumplimiento de la profesionalización prevista en la constitución federal, la carrera policial, la certificación de los procesos policiales y, las instituciones de enseñanza académica policial que garanticen el acceso a los grados académicos; pero más aún, sometan a los policías a un proceso educativo de mejora continua.

La Justicia Cívica es una institución de reciente creación, la cual trata problemas de conflictos comunitarios y faltas administrativas, desde un enfoque en la prevención de la violencia y de la restitución de los derechos humanos, en este sentido los participantes o involucrados en un conflicto son vistos como poten-

ciales agentes de cambio en su comunidad y para ellos mismos. Los presuntos infractores son trasladados a los juzgados cívicos, donde en audiencia pública el juez dictamina el caso y determina si las faltas administrativas existentes no representan un riesgo mayor, donde se aplican acciones educativas o de restitución del daño; y en caso de detectar infractores con perfil de riesgo mayor de daño, se canalizan a programas de atención especializadas que ofrezca el municipio, estado u organizaciones civiles; este modelo tiene fines preventivos del delito.

8. CONCLUSIÓN

Tanto la reforma constitucional del año 2008 como la del 2011, indudablemente han fortalecido el Sistema de Justicia mexicano, sin embargo, los grandes cambios que representan todo un reto son los cuatro ejes que conforman el Plan Nacional de Paz y Seguridad 2018-2024, porque comprenden la creación e implementación de nuevas instituciones y legislaciones de aplicación a nivel municipal, estatal y federal, (Guardia Nacional, Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de seguridad, Policías especializadas, Sistema de Justicia Cívica, entre otros), y para que funcionen con eficacia se requiere, más allá, de la coordinación de voluntades políticas, es necesario el cumplimiento de las obligaciones institucionales, gubernamentales, académicas y, claro está, ciudadana.

Todos, actuando bajo una misma visión, la consecución de la seguridad y la justicia nacional que tanto anhelamos.

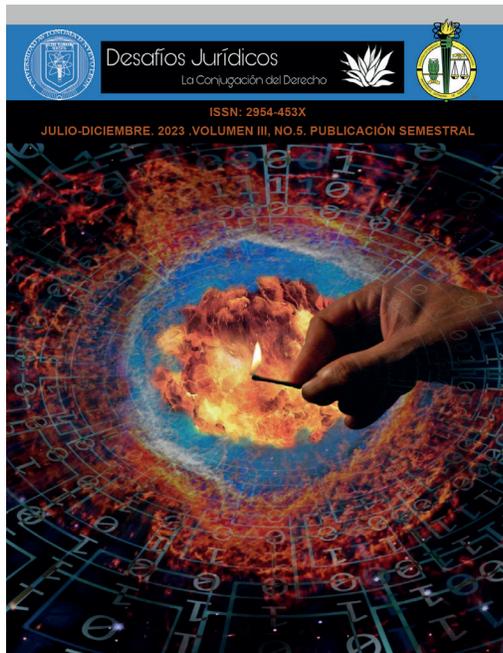


TRABAJOS CITADOS

- Aguilera, R. E., Espino, D. R. (2006). Fundamento, naturaleza y garantías jurídicas de los derechos sociales ante la crisis del Estado social. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (10), 1-29.
- Bacigalupo, E. (1986). La función del concepto de norma en la dogmática penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (11), 61-74.
- Baratta, A. (2004). *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.
- Barba, R. (2016). La función de la policía especializada (¿científica?) a la luz del sistema penal acusatorio. En M. Núñez (Ed.), *Derechos Humanos, seguridad pública y constitución*, (pp. 47-60). México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Barona, S. (2011). *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Cámara de Diputados. LX Legislatura. (2008). *Reforma constitucional de Seguridad y Justicia*. Recuperado de http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/hcd/lx/refcons_segjus_gc.pdf
- Colins, J. (2015). *Restorative justice and the judiciary. Information pack*. U. K.: Restorative Justice Council.
- De Tavira, J. P. (1995). ¿Por qué Almoloya?: Análisis de un proyecto penitenciario. México: Diana.
- Domingo, V. (2008). Justicia restaurativa y mediación penal. *Lex Nova*, (23), 2.
- Espinosa, I. P. y Zaragoza, J. (2016). El derecho fundamental a la Administración pública en México, como instrumento atenuante del fenómeno de la corrupción. En T. Rendón y J. Fernández (Ed.), *El combate a la corrupción desde la perspectiva del Derecho Administrativo* (71-88). México: Universidad de Guanajuato.
- García, M. A. (2006). Diagnóstico del proceso penal mexicano. En S. García, O. Islas y L. Vargas (Ed.), *La reforma a la justicia penal* (pp. 67-122). México: UNAM.
- García, C. (1997). Una nota acerca del origen de la prisión. En C. GARCÍA (Ed.), *Historia de la prisión. Teorías economicistas, crítica* (pp. 399-415). España: Edisofer.
- González-Aréchiga, B. (2006). *Políticas públicas para el crecimiento y la consolidación democrática 2006-2012. Propuestas para la gobernabilidad, el federalismo, el empleo con estabilidad la igualdad de oportunidad*. México: Editorial del Tecnológico de Monterrey.
- González, L. (2014). Implicaciones de la Reforma Constitucional de junio de 2011 para el derecho y el sistema penal en México. En S. García, O. Islas y M. Peláez (Ed.), *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal* (pp. 367-397). D.F., México: UNAM e Instituto de Formación Profesional de la PGJ del D.F.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa I y II*. M. Jiménez (Trad.). Barcelona, España: Taurus.
- Habermas, J. (2001). *Facticidad y validez*. M. Jiménez (Trad.). Madrid, España: Trotta.
- Kemelmajer, A. (2004). *Justicia restaurativa*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- López, A. M. (2018). *PLAN NACIONAL DE PAZ Y SEGURIDAD 2018-2024*. Recuperado de https://lopezobrador.org.mx/wp-content/uploads/2018/11/PLAN-DE-PAZ-Y-SEGURIDAD_ANEXO.pdf
- Maier, J. (2008). Estado democrático de derecho, Derecho penal y procedimiento penal. En C. García, A. Cuerda, M. Martínez, R. Alcácer y M. Valle (Ed.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T. II (pp. 23-89). Madrid, España: Tecnos.
- Moreno, M. (2006). Principio de ultima ratio o expansión del Derecho Pena. En S. GARCÍA, O. ISLAS y L. A. VARGAS (Ed.), *La reforma de la Justicia penal. Quintas jornadas sobre justicia penal* (pp. 305-340). México: UNAM.
- Neuman, E. (2005). *La mediación penal y la justicia restaurativa*. México: Porrúa.
- Núñez, M. (2006a). *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución: el paradigma de Venezuela y España*. México: Porrúa.
- Núñez, M. (2006b). Nuevas tendencias en el Derecho Constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado. En P. Torres (Ed.), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho* (pp. 135-169). México: Limusa.

- Olvera, B. I. (2019). *Ley de la Guardia Nacional y su Reglamento 2019*. México: Tirant Lo Blanch.
- Pásara, L. (Ed.) (2004). *En busca de una justicia distinta* (2ª edición). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Prado, J. L. (Ed.) (2014). *Oralidad. Un cambio de paradigma en la justicia mexicana*. México: Porrúa.
- Rawls, J. (1979). *Teoría de la Justicia*. González, M. D. (Trad.). Madrid, España: Fondo de Cultura Económica.
- Rosell, J. (2016). La transición del modelo procesal inquisitivo al acusatorio adversarial. En M. NÚÑEZ (Ed.), *Derechos humanos, seguridad y Constitución* (pp. 139-164). México: INACIPE.
- Ruiz, E. (1999). La mediación penal, *Eguzkilore*, (13), 311.
- Sarre, M., Manrique, G. y Morey, J. (2008). *ABC del nuevo sistema de justicia penal en México*, 2ª ed. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Secretaría de Gobernación. (2019a). *Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional el 26 de marzo de 2019*. Recuperado de https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5555126&fecha=26/03/2019
- Secretaría de Gobernación. (2019b). *Decreto por el que se aprueba la Estrategia Nacional de Seguridad Pública del Gobierno de la Republica*. Recuperado de https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5560463&fecha=16/05/2019
- Secretaria de Seguridad y Protección Ciudadana. (2021). *Modelo Nacional de Policía y Justicia Cívica, Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública*. Recuperado de https://www.dof.gob.mx/2021/SSPC/SEGURIDADyPC_260121.pdf
- Silva, J. M. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales* (2ª edición). Madrid, España: Civitas.
- Vázquez, E. (2007). El poder del imaginario y lo simbólico en la determinación de las ideas de justicia, autoridad y soberanía. *Conocimiento y Cultura Jurídica*, año 1, (2), 2ª Época.
- Wilde, Z. D. y Gaibrois, L. M. (1994). *Qué es la mediación*. Argentina: Abeledo-Perrot.
- Zher, H. (2010). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Pennsylvania, United States of America: Good Books.
- Zher, H. y Gohar, A. (2013). *The Little book of restorative justice*, Pennsylvania, United States of America: Good Books, Intercourse.





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Andrea Rodríguez Zavala (Universidad Autónoma de Nuevo León, México) y **Brenda Judith Saucedo Villeda** (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)

Consentimiento Informado en Emergencias Médicas: Una perspectiva de Derechos Humanos.. pp. 70-93. Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafiosjuridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 5, Julio-Diciembre 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X,

ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Paola Stephania Muñiz Lupian

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “**Burning Metaverse**” © 2023

Consentimiento Informado en Emergencias Médicas: Una perspectiva de Derechos Humanos.

Informed Consent in Medical Emergencies: A Human Rights perspective

Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023

Por: Andrea Rodríguez Zavala* y
Brenda Judith Saucedá Villeda **

* <https://orcid.org/0000-0003-3614-7875>

Universidad Autónoma de Nuevo León, México

** Universidad Autónoma de Nuevo León, México

Resumen. El consentimiento informado, es una de las figuras más importantes de la relación médico-paciente, donde convergen diversos fenómenos en torno al documento por medio del cual se realiza la manifestación de voluntad para conceder o no la autorización requerida. En la praxis se presentan situaciones de emergencias médicas, existiendo factores que impiden otorgar de manera plena el consentimiento informado. El presente trabajo se realiza con una metodología descriptiva y analítica, con sustento bibliográfico, doctrina jurisprudencial y normativa nacional e internacional, partiendo del análisis de la perspectiva de derechos humanos, para profundizar en el desarrollo de los alcances e implicaciones del consentimiento informado desde el contexto de una emergencia médica.

Palabras clave: Consentimiento Informado, Derechos Humanos, Médico, Paciente y Emergencia Médica.

Abstract. The informed consent is one of the most important figures of the doctor-patient relationship where they converge various phenomena around the document whereby the ma-

* Abogada egresada de la Universidad de Monterrey. Maestría en Derecho con Orientación en Amparo por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Especialista en Migración Internacional por parte del Colegio de la Frontera Norte. Áreas de Investigación: Migración y Derechos Humanos. andrea.rodriguez.zavala@gmail.com

** Doctora en Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Maestra en Derecho Fiscal. Licenciada en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL Profesora-investigadora adscrita al Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica (CITEJYC), Colaboradora del Cuerpo Académico Derecho Procesal. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. correo: judith_sauceda@hotmail.com. Código ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3614-7875>.

nifestation of will is carried out to grant or not said consent. In practice, situations of medical emergencies arise, there are factors that prevent fully granting informed consent. The present work is carried out with a descriptive and analytical methodology with bibliographic support, jurisprudential doctrine, and national and international regulations starting from the analysis of the human rights perspective to deepen the development of the scope and implications of informed consent from the context of a medical emergency.

Keywords: Informed Consent, Human Rights, Doctor, Patient, Medical Emergency.

INTRODUCCIÓN

La relación médico-paciente, ha evolucionado conforme al paso del tiempo, transitando por diversas fases en la historia moderna, desde los inicios del siglo XX, luego la segunda guerra mundial, y por último, de manera más reciente, a través de la construcción de la figura del expediente clínico, siendo uno de sus elementos el consentimiento informado. Como base de esta figura tan relevante, podemos considerar las discusiones sostenidas al respecto durante los Juicios de Núremberg, culminando con la creación del primer Código de Ética Médica en 1947. En este documento ético-normativo se acentuó como elemento esencial 'la voluntariedad' en la participación de cualquier sujeto en ensayos e investigaciones científicas, es decir, el consentimiento libre y bajo información es absolutamente esencial (Cancino, 2019, p. 6).

Las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial exigieron de un nuevo orden mental para reflexionar, con nuevos elementos, los problemas sin precedente en la humanidad que se habían motivado o generado antes, durante y después de ese conflicto y eso es

lo que se refleja en los Códigos, Declaraciones, Tratados que en las siguientes décadas regularían el trabajo de investigación científica-técnica y su aplicación en la humanidad contemporánea (Cancino, 2019, pp. 8-9).

Después de la Segunda Guerra Mundial, surgió un trágico acontecimiento en varios países, debido al consumo de la Talidomía, por lo que, considerando los antecedentes ya descritos, es que se adoptan las recomendaciones para guiar a los médicos en la investigación biomédica en personas, de 1964, por la Asociación Médica Mundial, hoy conocida como la Declaración de Helsinki (Cancino, 2019, p. 10). Así, se empezó a perfilar el concepto del consentimiento informado haciéndolo cada vez más claro, preciso y eficiente para garantizar el derecho que las personas tienen a decidir sobre su cuerpo, su vida, su futuro; lamentablemente, una vez más los abusos, las tragedias y la indignación se han manifestado (Cancino, 2019, p. 14).

El consentimiento informado hoy por hoy juega un rol importante, trascendencia de que esté bien documentado sobre las implicaciones que giran en torno a su firma en contexto

de emergencia médica, desde la perspectiva de los derechos humanos, donde al momento de pasar por algún tipo de presión en torno a la urgencia de firmar dicho documento, involucrándose diversos derechos del paciente, comenzando con el principio de voluntad, el cual no ha desaparecido sino que sigue siendo la base del derecho moderno en diversas materias, pero esa autonomía está ya considerablemente debilitada pues se imponen limitaciones a la libertad (Borja, 2009, p. 122), y por último la figura del consentimiento desde una perspectiva de una teoría de las obligaciones, consistente “en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior” (Borja, 2009, p. 121) llegando como cauce final al consentimiento informado.

El consentimiento informado, “es una de las aportaciones más importantes de la ciencia jurídica a la medicina el cual se conceptualiza como un derecho humano fundamental; es decir, es la mejor expresión del derecho a la libertad personal, en lo pertinente a la propia persona, a la propia vida y en consecuencia de la disposición sobre el cuerpo propio; por consiguiente se debe de entender por tanto que es consecuencia necesaria de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia” (Alonso-Que et al., 2015, pp. 172-177).

La problemática principal del consentimiento informado consiste en el umbral de presión que tiene el paciente, quien con el afán de ser intervenido de urgencia, desconoce del todo las implicaciones y los alcances que tie-

ne la operación a la cual será sometido en un momento determinado. Se debe de tener en cuenta que el consentimiento informado tiene como gran problemática el factor tiempo para tomar una decisión a conciencia en torno a la salud del paciente; pero además de ese factor, otro inconveniente es que ese consentimiento está sesgado, alternándose en esencia lo relacionado a la NOM-012-SSA3-2012; de ahí la trascendencia del presente documento.

El presente documento se dividirá en los siguientes segmentos. En un primer apartado, se evaluará lo relacionado a los antecedentes del consentimiento informado, cuál es su historia y cómo esta historia es relevante para analizar esta figura con perspectiva de derechos humanos; en un segundo momento, la construcción del marco normativo del consentimiento informado, que analizaremos en el presente documento; luego examinaremos la figura en cuestión en contexto de emergencias médicas cuyo reto es evidente; y por último, abordaremos lo relacionado a las conclusiones que se proponen para que el consentimiento informado sea más eficiente.

ANTECEDENTES

Para conceptualizar la figura del consentimiento informado, debemos sectorizar los datos oportunos. En un primer plano, entender cómo evoluciona el consentimiento informado desde la óptica conceptual bajo los elementos de la voluntad, la libertad, el principio de autonomía, el consentimiento para llegar al cauce final, del consentimiento informado; y en una segunda vertiente, tener en cuenta su evolución histórica.

En lo relacionado a la primer arista mencionada, debemos tomar como base que el consentimiento informado parte de un primer momento, desde la conceptualización de la voluntad, entendida esta “como figura que no ha desaparecido sino que sigue siendo la base del derecho moderno en diversas materias, pero esa autonomía está ya considerablemente debilitada pues se imponen limitaciones a la libertad” (Alonso-Que et al., 2015, p. 122); en un siguiente elemento debemos de tener en cuenta la figura de la libertad, en un tercer elemento, debemos remitirnos al principio de autonomía para llegar al cauce final del consentimiento informado.

Conforme a la teoría de las obligaciones, el consentimiento es “el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos” (Alonso-Que et al., 2015, p. 122). Asimismo, con relación a la libertad, “esta se encuentra definida en buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

En relación al principio de autonomía “*puede ser vista como una manifestación de la identidad individual y la integridad las cuales se fundamentan en creencias y valores personales*” (Cancino, 2019, p. 31). Si en un momento determinado a una persona “se le puede hacer responsable por las acciones realizadas bajo coerción o siguiendo órdenes de otra, entonces, la libertad no es necesaria para que exista la autonomía; es decir, aquí jugaría un rol fundamental lo relacionado al dilema me-

dante el cual se debe de tener en cuenta la responsabilidad que tiene una persona que actúa en situación de coerción o bajo condiciones de presión a la orden de otros” (Cancino, 2019, p. 31).

El principio de autonomía se relaciona con la capacidad de decisión de una persona. Dicha capacidad de decisión es definida como la condición en la cual la persona es “*legalmente competente*” para ejercer su voluntad. Es decir, poseer una serie de aptitudes psicológicas (cognitivas, volitivas y afectivas) que le permiten conocer, valorar y gestionar adecuadamente la información sobre una situación, tomar una decisión y expresarla.

Este hecho implica que el individuo pueda tomar decisiones en muy diversas situaciones de su vida. No obstante, puede decirse que la determinación de la capacidad de decisiones de las personas que reciben atención médica es aún, uno de los aspectos del todo no resueltos en el proceso del consentimiento informado (Cancino, 2019, p. 32).

La autonomía apela a la libertad de elección del paciente o usuario, esto es, a su capacidad de deliberar y decidir por un curso de acción entre una gama adecuada de opciones valiosas, donde el ejercicio de la autonomía tiene lugar en un proceso comunicativo, entre los profesionales asistenciales y el paciente, que está sujeto esencialmente a tres requisitos: información, voluntariedad y capacidad (CONAMED, 2016, p. 26).

En conclusión, con relación a este principio, debemos de partir de la base en todo momento que la autonomía es la capacidad de una

persona para determinar libremente su pensamiento y conducta (derecho de autodeterminación). La autonomía requiere capacidad para tomar decisiones y habilidad para poner en práctica sus elecciones. Ahora bien, en el ámbito jurídico filosófico, este principio bioético encuentra su correspondiente en el principio de autonomía de la voluntad, que atribuye a las personas un ámbito de libertad dentro del cual pueden regular sus propios intereses.

La autonomía de la voluntad, es enteramente aplicable al consentimiento informado; ya que los autores del acto jurídico tienen la libertad de aceptar o rechazar su celebración y definir sin presiones y con la información suficiente, el contenido y alcances (Vázquez y Ramírez, 2017).

Enseguida abordaremos a mayor profundidad la conceptualización del consentimiento informado, para tener claridad de los alcances que en un momento determinado pueden girar en torno al mismo.

El consentimiento informado debe de entenderse bajo una primera vertiente como el acto de “decisión libre y voluntaria realizado por una persona competente, por el cual acepta las acciones diagnósticas o terapéuticas” (Cancino, 2019, p. 32) sugeridas por sus médicos, fundado en la comprensión de la información revelada respecto de los riesgos y beneficios que le pueden ocasionar.

El consentimiento informado se sustenta en el principio de autonomía del paciente, considerando para su existencia tres requisitos básicos necesarios para que sea válido: libertad de decisión, explicación suficiente y compe-

tencia para decidir (Alonso-Que et al., 2015). La figura del consentimiento, se encuentra íntimamente relacionada con la información (Alonso-Que et al., 2015), pues la persona que se encuentra sometida a un tratamiento médico, deberá de ser informada de su estado de salud de manera clara, completa, veraz, oportuna y calificada, así como las alternativas de tratamiento, sus beneficios y riesgos previsibles, que sean razonables conforme a la práctica médica; para así, la persona que se encuentre en tal situación, pueda adoptar una decisión racional y consciente (Alonso-Que et al., 2015).

Por lo antes expuesto, para que el consentimiento informado cumpla con los cánones que tiene bajo su propia esencia, debe de cumplir con cuatro condiciones: inteligibilidad, veracidad, honestidad y corrección (CONAMED, 2016, p. 10); la inteligibilidad se refiere al uso de un lenguaje comprensible, evitando las ambigüedades e imprecisiones a fin de que los otros puedan entender el mensaje emitido (CONAMED, 2016, p. 10); el criterio de veracidad, conlleva que se utilicen argumentos que sean considerados verdaderos en el estado de conocimiento vigente (CONAMED, 2016, p. 10).

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta que el consentimiento informado, representa un principio de comunicación y clarificación, misma que cumple con diversas funciones importantes en el contexto de la relación clínica entre los enfermos o usuarios y los profesionales de la salud e instituciones (CONAMED, 2016, p. 13). Desde otra perspectiva, el consentimiento informado representa el principal instrumento jurídico y ético para hacer efecti-

va la protección del derecho a la salud (Alonso-Que et al., 2015), sin embargo, se debe tener en cuenta que más que un formato o un contrato, el consentimiento informado es un proceso clínico de comunicación continua, en el que el médico y el paciente, enfermo o usuario, tienen la disposición recíproca para hacer ejecutable el derecho de una persona a decidir aceptar o no un procedimiento médico (Alonso-Que et al., 2015).

Resulta importante destacar que el proceso de consentimiento informado, se constituye en una práctica que regula la autoridad teórica del médico, promoviendo una actitud más honesta y abierta, para evitar que se cometan abusos en torno a la integridad del paciente y que le permita a éste conservar su capacidad deliberativa (Alonso-Que et al., 2015). Así, en la valoración del consentimiento informado debe primar la teoría de protección al débil jurídico, a fin de reducir la asimetría de información existente en la relación médico-paciente y contribuir a eliminar la desigualdad existente entre los miembros de una sociedad (Alonso-Que et al., 2015).

Según la CONAMED (2016), el consentimiento informado, representa un principio de comunicación que cumple con diversas funciones importantes en el contexto de la relación clínica entre los enfermos o usuarios y los profesionales de la salud e instituciones. En ese contexto, no debemos de olvidar lo mencionado por Alonso, Canales y Rodríguez (2015) quienes enfatizan que el consentimiento informado representa el principal instrumento jurídico y ético para hacer efectivo el derecho a la salud; es así que, el consentimiento informado consiste en la práctica que regula la autoridad

teórica del médico, promoviendo ante todo y lo más importante, una actitud más honesta que busca evitar que se comenten abusos en torno a la integridad del paciente, permitiéndole a la vez, conservar su capacidad de decisión.

Lo importante es hacer del consentimiento informado un instrumento para la realización de un principio esencial: que la persona sea dueña efectiva de su destino, como corresponde a su dignidad, y que esta información sea auténtica y humana, en el sentido de acompañarla con el calor apropiado a algo tan trascendente como son las decisiones en las que puede estar afectada la vida, la integridad corporal o la salud física o psíquica (Alonso-Que et al., 2015).

Ahora bien, tras haber llegado al concepto del consentimiento informado, debemos tener en cuenta, la evolución de la figura del consentimiento informado desde la perspectiva histórica, misma que se expone a continuación.

El origen del concepto de consentimiento nos remonta a la idea de 'consentimiento informado' discutida durante los Juicios de Núremberg, culminando con la creación del primer Código de Ética Médica en 1947 (Cancino, 2019, p. 6). En dicho documento, se acentuó como elemento esencial 'la voluntariedad' en la participación de cualquier sujeto en ensayos e investigaciones científicas, desprendiéndose que el consentimiento libre y bajo información es absolutamente esencial. Por esta razón, en la actualidad el 'consentimiento informado' en el área de la salud se ha identificado, sin ser limitativo, al ámbito de la atención hospitalaria e investigación médico-científica en seres humanos (Cancino, 2019, p. 6).

El documento mencionado en el párrafo anterior, parte de las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, donde se exigió un nuevo orden mental para reflexionar, con nuevos elementos, los problemas sin precedente en la humanidad que se habían motivado o generado antes, durante y después de ese conflicto y eso es lo que se refleja en los Códigos, Declaraciones, Tratados que en las siguientes décadas regularían el trabajo de investigación científica-técnica y su aplicación en la humanidad contemporánea (Cancino, 2019, pp. 8-9).

Así tenemos que, aunque esta conceptualización proviene desde principios del siglo XX, su mayor ahondamiento conceptual, deviene tras lo que sucede en la Segunda Guerra Mundial, un hecho histórico que marcó hito en diversos rubros de la historia de la humanidad.

El Código de Núremberg fue publicado el 20 de agosto de 1947, resultado del juicio del mismo nombre en donde se hicieron evidentes las mortales violaciones a los derechos de integridad y vida de la población judía bajo experimentación médica nazi, durante el período conocido como el holocausto. En ese texto se plantearon las primeras pautas obligatorias sobre la autonomía de la voluntad en la investigación clínica con seres humanos, así como cuestiones muy iniciales de seguridad de los pacientes en la atención clínica (Cancino, 2019, pp. 9-10).

Por su parte, la Declaración de Helsinki siempre ha sido entendida no sólo como un documento internacional para los médicos, sino también como expresión de continuidad de la moral universalista de los derechos humanos originada en el Código de Núremberg y la

Declaración Universal de Derechos Humanos (Cancino, 2019, p. 13). El consentimiento informado, tuvo que verse así, en la finalidad de ser preciso y eficiente para garantizar el derecho que las personas tienen a decidir sobre su cuerpo, su vida, su futuro, dado a que, lamentablemente, una vez más los abusos, las tragedias y la indignación se han manifestado (Cancino, 2019, p. 14).

A continuación estudiaremos lo relacionado al marco normativo que gira en torno al consentimiento informado desde una perspectiva constitucional, así como desde la óptica de la legislación aplicable a nivel nacional.

MARCO NORMATIVO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Es de alta trascendencia, tener un marco normativo que busque salvaguardar los derechos de las personas involucradas en los procedimientos de toda índole. Partiendo de la base ya mencionada, en el presente apartado, abordaremos lo concerniente al andamiaje de normas que en relación al tema nos dejará ver la importancia de tener una normatividad en torno al consentimiento informado.

Así en el artículo 1º Constitucional (1917) se colige:

Artículo 1o. 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 ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los

casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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

Por su lado, el precepto 4º Constitucional (1917) prevé:

Artículo 4o.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

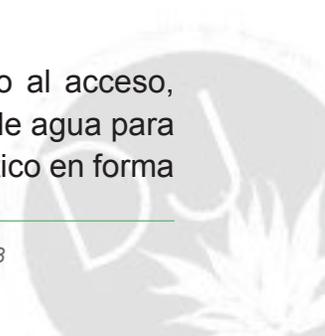
Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma



suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

En todas 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. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa.

La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia.

El Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la ley. Para recibir esta prestación tendrán prioridad las y los menores de dieciocho años, las y los indígenas y las y los afroamericanos hasta la edad de sesenta y cuatro años y las personas que se encuentren en condición de pobreza.

Las personas mayores de sesenta y ocho años tienen derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la ley.

En el caso de las y los indígenas y las y los afroamericanos esta prestación se otorgará a partir de los sesenta y cinco años de edad.

El Estado establecerá un sistema de becas para las y los estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública, con prioridad a las y los pertenecientes a las familias que se encuentren en condición de pobreza, para garantizar con equidad el derecho a la educación.

Toda persona tiene derecho a la movilidad en condiciones de seguridad vial, accesibilidad, eficiencia, sostenibilidad, calidad, inclusión e igualdad.

El Estado promoverá el desarrollo integral de las personas jóvenes, a través de políticas públicas con enfoque multidisciplinario, que propicien su inclusión en el ámbito político, social, económico y cultural del país. La ley establecerá la concurrencia de la Federación, entidades federativas, Municipios y demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, para esos efectos.

Del contenido de estos dos artículos constitucionales, se desprende que el derecho a la salud surge como un derecho fundamental para las personas, entendiéndose más allá no sólo del estado de bienestar físico, sino también integrado el psicológico y social (Cancino, 2019, p. 19). Tal argumento lo sostiene el criterio jurisprudencial con número de registro 2007938 que es del tenor siguiente:

SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO.

El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refieren a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 del citado Pacto, se impone al Estado Mexicano, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de ca-

rácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado (2014).

La Organización Mundial de la Salud, por su parte, a conceptualizado al consentimiento informado como el proceso donde la persona decide, libre de cualquier forma de coacción o influencia indebida, el participar en una investigación después de haber recibido información relevante para tomar la decisión. Esta definición empodera tanto a las personas que participen en investigación, como a aquellas que en algún momento se convierten en pacientes (Cancino, 2019, p. 20).

Entonces, si bien históricamente la conceptualización del consentimiento informado se asumía en términos de los documentos firmados por las y los participantes en los cuales se plasman el propósito, los beneficios y riesgos del estudio, así como la información necesaria para que las personas realicen una decisión informada y voluntaria sobre su participación en un proyecto de investigación clínica, o bien en algún tratamiento médico (Cancino, 2019, p. 21). El consentimiento en el rubro de la salud, consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios manifestada con posterioridad a la recepción de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo, tal y como se menciona en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos I.V. vs Bolivia de 2016

(Cancino, 2019, pp. 21-22), el cual abordaremos más adelante.

Resaltemos de lo anterior que para la Organización Mundial de la Salud, el consentimiento informado se conceptualiza cómo el proceso mediante el cual la persona decide de manera libre desde participar en una investigación, pasando por una intervención quirúrgica de cualquier índole, es decir, dicho concepto lo que busca en todo momento, es empoderar a la persona que se llegue en un dado caso a someter a cualquier intervención quirúrgica y con mayor énfasis si dicha intervención requiere una atención urgente.

El consentimiento en el ámbito de la salud, se encuentra indivisible e interdependientemente relacionado con otros derechos humanos (como la capacidad jurídica, la vida, la integridad personal, la libertad personal, la vida privada, la honra y la dignidad, la autonomía personal, el acceso a la información, el derecho a fundar una familia); pero también, es de fundamental importancia no perder de vista que su contenido se centra autónomamente en el derecho a la salud, tal y como lo establece el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Cancino, 2019, p. 22). Bajo el criterio argumentativo que debemos de tener en cuenta, mediante el cual el paciente tiene el derecho a ser informado en el ámbito de la atención a la salud; el parte médico tiene la obligación profesional de la salud, en la prestación de los servicios de atención, mismo que incluye el de estar informado o no, además, sobre el carácter personalísimo de la información (Cancino, 2019, p. 22).

Asimismo, manteniendo la misma línea de análisis, el consentimiento debe ser libre, debe ser brindado de manera autónoma, voluntaria, desprovisto de presiones de cualquier tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o inexactitud de información. No puede reputarse como un consentimiento libre, cuando el propio profesional de la salud induzca deliberadamente o encauce a la persona a otorgar el consentimiento en un determinado sentido, ni tampoco puede considerarse libre cuando ha sido derivado de incentivos inapropiados (Cancino, 2019, p. 28).

El consentimiento informado más que en la teoría del contrato, encuentra su fundamento en el respeto por la dignidad y la libertad de las personas, con lo que quedan en buena medida desvirtuados los postulados que sólo ven en el consentimiento una exigencia importada desde el derecho hacia el trabajo clínico (CONAMED, 2016, p. 23), en donde para que ese consentimiento sea válido jurídicamente, se requiere que sea libre, consciente y ausente de error, violencia o dolo (CONAMED, 2016, p. 23).

Cabe destacar bajo una óptica meramente histórica, que la figura del consentimiento informado fue utilizada por primera vez en 1957 en el caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, en el que se consideró equivalente a ocultamiento de hechos necesarios para la formación de un consentimiento razonado en relación con el tratamiento propuesto, el que un radiólogo no informara, en forma adecuada, a una paciente sobre las posibles complicaciones y riesgos secundarios de una cirugía. El caso no discute la existencia o no de consentimiento, sino si el paciente lo ha pres-

tado con conocimiento suficiente, incluyendo el deber de informar de manera adecuada como una obligación del médico con el paciente (CONAMED, 2016, p. 25).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *I.V. vs. Bolivia*, dejó ver que el consentimiento informado del paciente es una condición sine qua non para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En otras palabras, el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona (Caso *I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 2016).

Tras lo antes expuesto, es buen momento para sacar a colación lo que establece el artículo 77 bis 37 fracción IX de la Ley del Seguro Social (1995):

Artículo 77 bis 37.- Los beneficiarios tendrán los siguientes derechos:

IX. Otorgar o no su consentimiento válidamente informado y a rechazar tratamientos o procedimientos;

Concatenando lo anterior, con lo que se menciona en torno al consentimiento informado en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, y lo que se entiende por urgencia, a la luz del artículo 72 de esta normatividad:

Artículo 72.- Se entiende por urgencia, todo problema médico-quirúrgico agudo,

que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata (Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, 1986).

Luego, resulta de alta trascendencia precisar que, el artículo 76 de la norma en cuestión, determina:

Artículo 76.- El ingreso de usuarios a los hospitales será voluntario, cuando este sea solicitado por escrito por el propio usuario y exista previamente indicación al respecto por parte del médico tratante. A este respecto se aplicará lo dispuesto por el artículo 80 de este Reglamento para el otorgamiento del consentimiento informado (Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, 1986).

El citado artículo 80 del reglamento en comento dice:

Artículo 80.- En todo hospital y siempre que el estado del paciente lo permita, deberá recabarse a su ingreso autorización escrita y firmada para practicarle, con fines de diagnóstico terapéuticos, los procedimientos médico quirúrgicos necesarios de acuerdo al padecimiento de que se trate, debiendo informarle claramente el tipo de documento que se le presenta para su firma.

Esta autorización inicial no excluye la necesidad de recabar después la correspondiente a cada procedimiento que entrañe un alto riesgo para el paciente

(Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, 1986).

Al respecto, el artículo 77 de la normatividad que se analiza, en contexto de mayor urgencia, donde el paciente ni siquiera puede firmar algún consentimiento informado, reza:

Artículo 77.- Será involuntario el ingreso a los hospitales, cuando por encontrarse el usuario impedido para solicitarlo por sí mismo, por incapacidad transitoria o permanente, sea solicitado por un familiar, tutor, representante legal u otra persona que en caso de urgencia solicite el servicio y siempre que exista previamente indicación al respecto por parte del médico tratante. A este respecto se aplicará lo dispuesto por el artículo 81 de este Reglamento para el otorgamiento del consentimiento informado (Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, 1986).

Y por último, el artículo 81 contempla que:

ARTICULO 81.- En caso de urgencia o cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, el documento a que se refiere el artículo anterior, será suscrito por el familiar más cercano en vínculo que le acompañe, o en su caso, por su tutor o representante legal, una vez informado del carácter de la autorización.

Cuando no sea posible obtener la autorización por incapacidad del paciente y

ausencia de las personas a que se refiere el párrafo que antecede, los médicos autorizados del hospital de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de por lo menos dos de ellos, llevarán a cabo el procedimiento terapéutico que el caso requiera, dejando constancia por escrito, en el expediente clínico (Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, 1986).

Ahora, la NOM-004-SSA3-2012 referente al expediente clínico, ratifica la importancia de que la autoridad sanitaria, garantice la libre manifestación de la voluntad del paciente de ser o no atendido a través de procedimientos clínicos o quirúrgicos, para lo cual, el personal de salud debe recabar su consentimiento, previa información y explicación de los riesgos posibles y beneficios esperados (NORMA Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico, 2012). En el punto 4.2 en lo inherente a las cartas de consentimiento informado, a los documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal o familiar más cercano en vínculo, mediante los cuales se acepta un procedimiento médico o quirúrgico con fines diagnósticos, terapéuticos, rehabilitatorios, paliativos o de investigación, una vez que se ha recibido información de los riesgos y beneficios esperados para el paciente (NORMA Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico, 2012).

En materia federal existen diversos criterios que nos otorgan claridad por cuanto a lo mencionado en el presente documento:

CONSENTIMIENTO INFORMADO. DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PACIENTES.

El consentimiento informado es consecuencia necesaria o explicitación de derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, el cual consiste en el derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos. En tal sentido, para que se pueda intervenir al paciente, es necesario que se le den a conocer las características del procedimiento médico, así como los riesgos que implica tal intervención. A través de éste el paciente asume los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a la intervención autorizada; pero no excluye la responsabilidad médica cuando exista una actuación negligente de los médicos o instituciones de salud involucrados (2012).

PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA. CONTENIDO DEL DEBER DE INFORMAR AL PACIENTE EN MATERIA MÉDICO-SANITARIA.

De la Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, se infiere que el profesionista médico tiene una obligación de aportar al paciente todos los elementos necesarios para que éste tome una decisión libre e informada sobre su tratamiento o ausencia del mismo. En ese sentido, ante la insuficiencia de regulación normativa sobre este supuesto, esta Primera Sala de la Suprema Corte

de Justicia de la Nación entiende que el otorgamiento de información para cumplir con el deber de informar consiste, como mínimo y dependiendo de cada caso concreto, en el estado de salud del paciente, el diagnóstico de su padecimiento, el tratamiento o intervenciones necesarias para tratar el mismo y sus alternativas, así como los riesgos inherentes y los efectos que puedan tener tales tratamientos o intervenciones; de ahí que el contenido que debe satisfacer este derecho no es inmutable, sino que se actualiza supuesto a supuesto. Por su parte, el sujeto de tal deber es, por regla general, el médico responsable del paciente y, en particular, aquellos profesionistas médicos que ejecuten un acto médico concreto (proceso asistencial, técnica o procedimiento invasivo, interconsulta, etcétera) que pueda incidir en la esfera de derechos del paciente. El destinatario de esta información debe ser el propio paciente o las personas unidas al mismo por vínculos familiares, de hecho o legales que jurídicamente puedan tomar una decisión sobre su atención médica. Adicionalmente, debe destacarse que el deber de informar no se agota en una etapa en específico ni su cumplimiento se actualiza siguiendo ciertos pasos previamente identificados. Dependerá de cada caso concreto y de su contexto fáctico, teniendo como premisa fundamental que la información deberá ser continuada, verdadera, comprensible, explícita, proporcionada al momento en que el médico lo considere viable, previo a cualquier tratamiento o intervención y su otorgamiento podrá ser

oral o escrito. El grado y temporalidad del otorgamiento de la información dependerán de la capacidad del paciente, los deseos de información del mismo (no se le puede obligar a recibir la información si no es su voluntad; es decir, si rechazó su conocimiento de manera expresa), el nivel de riesgo y la concurrencia de un estado de urgencia. Asimismo, tal como sucede con el consentimiento informado, un supuesto de excepción de este derecho a ser informado tiene lugar cuando los sucesos fácticos no permiten una demora ante la posibilidad de que se origine un daño grave o irreversible al paciente (2016).

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MATERIA MÉDICO-SANITARIA. SUS FINALIDADES Y SUPUESTOS NORMATIVOS DE SU EXCEPCIÓN.

Derivado de lo resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 93/2011, puede afirmarse que el consentimiento informado en materia médico-sanitaria cumple una doble finalidad: por un lado, constituye la autorización de una persona para someterse a procedimientos o tratamientos médicos que pueden incidir en su integridad física, salud, vida o libertad de conciencia y, por otro lado, es una forma de cumplimiento por parte de los médicos del deber de informar al paciente sobre el diagnóstico, tratamiento y/o procedimiento médico, así como de las implicaciones, efectos o consecuencias que pudiera traer a su salud, integridad física o vida. Consecuen-

temente, como lo prevén los artículos 50 de la Ley General de Salud y 80 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, este consentimiento deberá recabarse al ingreso al hospital de una persona a fin de poder practicarle los procedimientos médico-quirúrgicos para su debida atención como usuario de ese servicio de salud, así como previamente a cada procedimiento que entrañe un alto riesgo para el paciente. No obstante, la propia normativa reglamentaria permite a su vez casos de excepción a esta regla general de la aquiescencia en cada caso que entrañe un alto riesgo para el paciente. Dicha excepción consiste en que cuando concorra un caso de urgencia o el paciente se encuentre en un estado de incapacidad transitoria o permanente y tampoco sea posible que su familiar más cercano, tutor o representante autorice los tratamientos o procedimientos médico-quirúrgicos necesarios, los médicos de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de dos de ellos, realizarán el tratamiento o procedimiento que se requiera, dejando constancia por escrito en el expediente clínico de dicho actuar, de conformidad con el artículo 81 del reglamento citado. Ahora, si bien esta norma no establece claramente cuáles son los momentos en que se actualiza la denominada “ausencia” de los familiares, tutores o representantes o la concurrencia de un caso urgente, de una interpretación sistemática y teleológica de su contenido, se advierte que su ámbito de aplicación requiere, en primer lugar, que cuando el pacien-

te se encuentre en un estado de incapacidad y las circunstancias fácticas lo permitan, deberá recabarse de manera forzosa la autorización para el respectivo tratamiento o procedimiento por parte de su familiar más cercano, tutor o representante; sin embargo, cuando tales personas no se encuentren en el hospital y/o el tratamiento o procedimiento del padecimiento del paciente sea de un carácter urgente (estado de necesidad) que, si se aguarda la aludida autorización, conllevaría a una afectación grave o irreversible a la integridad física, salud o vida del paciente, entonces dicho tratamiento o procedimiento podrá efectuarse bajo el acuerdo de dos médicos (en el caso de que físicamente existan en ese lugar, pues hay servicios de salud en el país donde no están asignados dos de ellos) y ante su más estricta responsabilidad, con el condicionamiento de que se asiente la valoración del caso y toda la información pertinente en el expediente clínico (2016).

De lo expuesto en los criterios jurisprudenciales transcritos, así como en el presente marco normativo, logramos vislumbrar en cierta medida el cómo se podrían defender los derechos de las personas que se encuentren en un estado de emergencia, garantizándolos a través de la vía preponderantemente jurisdiccional.

A continuación, entraremos al rubro del consentimiento informado desde la óptica de los derechos humanos, haciendo énfasis en pacientes en contexto de emergencia médica.

PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Haremos este análisis bajo dos aristas; la primera de ellas girará en torno a lo que se menciona en el Sistema Universal de las Naciones Unidas a la luz de diversas relatorías; en cuanto a la segunda, consiste en estudiar lo relacionado al consentimiento informado desde la óptica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con relación al Sistema Universal de Naciones Unidas, la relatoría especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, en su Reporte Temático 20 (Relatoría especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, 2019), menciona con relación al consentimiento informado desde la perspectiva de los derechos de la mujer, que el tratamiento médico relacionado con los servicios de salud reproductiva y el parto, es un derecho humano fundamental, donde la International Federation of Gynecology and Obstetrics, reconoce que la obtención del consentimiento informado es una obligación, aun cuando pueda ser difícil y llevar tiempo.

Es importante tener en cuenta que el consentimiento de la mujer a todas las intervenciones se obtiene en cuanto la paciente entra en el hospital, momento en que se le pide que firme diversos formularios; pero esos formularios son en realidad una renuncia al consentimiento informado y una cesión del control al equipo médico (Relatoría especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, 2019).

Por ello, resulta importante enfatizar que, en el contexto que se ha mencionado previamente, el cual en un momento determinado aplicaría como una emergencia médica *per se*, derivado de que otros formularios de consentimiento, relativos a procedimientos como la anestesia epidural y la cesárea, se suelen presentar a la mujer durante el propio alumbramiento, a veces incluso durante las contracciones, lo que hace que a la mujer le resulte difícil comprender la información contenida en el formulario o realizar las preguntas pertinentes; al tenor del informe en cuestión, los formularios de consentimiento se utilizan a menudo en sustitución del proceso real de consentimiento informado (Relatoría especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, 2019).

Así es, con relación al derecho de la mujer en contexto de parto, corresponde a una cuestión evidente de emergencia médica, donde la propia emergencia médica *perenne*, impide de una u otra manera que la madre pueda dar su consentimiento a cabalidad en cuanto a las implicaciones y alcances que pudieran llegar a surgir en el alumbramiento.

Al respecto, la relatoría especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en su reporte temático 24, contempla que el consentimiento informado requiere que se den a conocer los beneficios asociados, los riesgos y las alternativas de un procedimiento médico (Relatoría especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 2013); y por su parte el reporte temático 4 de la relatoría en cuestión, afirma que el consentimiento informado

entraña una decisión voluntaria y suficientemente fundamentada y sirve para promover la autonomía, la libre determinación, la integridad física y el bienestar de la persona. Abarca el derecho a aceptar, rechazar o elegir un tratamiento médico alternativo (Relatoría especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 2018).

Manteniendo el mismo orden de ideas, el Reporte temático 20 de la misma relatoría, profundiza en torno a la figura del consentimiento informado mencionando diversas prerrogativas a tener en consideración, entre ellas, que el consentimiento informado requiere varios elementos de derechos humanos que son indivisibles e interdependientes y están interrelacionados. Además del derecho a la salud, están el derecho a la autonomía, el derecho a la no discriminación, el derecho a no ser objeto de experimentos no consentidos, la seguridad y la dignidad de la persona humana, el reconocimiento ante la ley, la libertad de pensamiento y expresión, y la libertad reproductiva. La autonomía, la integridad física y el bienestar de la persona, son esenciales en el ámbito del derecho a la salud. En él se consideran la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de la información en materia de salud como elementos fundamentales de ese derecho, que se define como “derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud (Relatoría especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 2011)”.

El Reporte temático 24 afirma que el consentimiento informado invoca algunos elementos

de los derechos humanos que son indivisibles, interdependientes e interrelacionados. Entre ellos, además del derecho a la salud, el derecho a la libre determinación, el derecho a la no discriminación, el derecho de toda persona a no ser sometida a experimentos sin su libre consentimiento, la seguridad y la dignidad de la persona humana, el reconocimiento ante la ley, la libertad de pensamiento y expresión y la libre determinación. La salvaguarda de la capacidad de la persona para ejercer el consentimiento informado en las cuestiones relacionadas con la salud y su protección contra los abusos (incluidos los que se relacionan con prácticas tradicionales) son fundamentales para la protección de estos derechos (Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental , 2009).

En este sentido debemos de tener en consideración que el consentimiento informado no es la mera aceptación de una intervención médica, sino una decisión voluntaria y suficientemente informada que protege el derecho del paciente a participar en la adopción de las decisiones médicas y atribuye a los proveedores de servicios de salud, deberes y obligaciones conexos. Sus justificaciones normativas éticas y jurídicas, dimanar del hecho de que promueve la autonomía, la libre determinación, la integridad física y el bienestar del paciente (Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental , 2009).

Dicho esto, a continuación se expondrán los argumentos esgrimidos mediante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mismas que gira en torno a la salvaguarda de las personas que se encuen-

tran en contexto de emergencia médica y que imprescindiblemente tienen que firmar algún consentimiento informado para que en un momento determinado, puedan ser intervenidos.

Desde la óptica de la Corte Interamericana el consentimiento informado consiste “en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo; es decir, es el resultado de un proceso en el cual deben cumplirse los siguientes elementos para que sea considerado válido, a saber que sea previo, libre, pleno e informado; y en donde se tiene que salvaguardar cuando menos que al paciente se le informe sobre i) la evaluación del diagnóstico; ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; v) las consecuencias de los tratamientos, y vi) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento” (Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas, 2021).

El consentimiento informado del paciente es una condición sine qua non para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su au-

tonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En otras palabras, el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona (Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas, 2021).

Lo antes expuesto lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso I.V vs Bolivia; la Corte afirma que, si el consentimiento previo, libre, pleno e informado es un requisito ineludible para que una esterilización no sea contraria a los parámetros internacionales, debe también existir la posibilidad de reclamar ante las autoridades correspondientes en aquellos casos en que el médico no haya cumplido con este requisito ético y legal de la práctica médica, a fin de establecer las responsabilidades correspondientes y acceder a una indemnización. Dichas medidas deben incluir, la disponibilidad y el acceso a recursos administrativos y jurisdiccionales para presentar reclamos en caso en que no se haya obtenido el consentimiento previo, libre, pleno e informado y el derecho a que dichos reclamos sean examinados sin demora y de forma imparcial. Sostener lo contrario conduciría a negar el efecto útil de la regla del consentimiento informado (Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2016).

Vemos pues, que la Corte nota que el reconocimiento del consentimiento informado como expresión de la autonomía de las personas en el ámbito de la salud, ha significado en la práctica de la medicina un cambio de paradigma en la relación médico-paciente, ya que

el modelo de toma de decisiones informadas y libres pasó a centrarse en un proceso participativo con el paciente y ya no en el modelo paternalista en donde el médico, por ser el experto profesional en la materia, era quien decidía lo más conveniente para la persona que debía someterse a un tratamiento en particular. El paciente se encuentra, desde esta perspectiva, empoderado y colabora con el médico como el actor principal en cuanto a las decisiones (Caso *I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 2016).

Entonces, el consentimiento informado es la decisión positiva de someterse a un acto médico, derivada de un proceso de decisión o elección previo, libre e informado, el cual constituye un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médico-paciente, por medio del cual el paciente participa activamente en la toma de la decisión, alejándose con ello de la visión paternalista de la medicina, centrándose más bien, en la autonomía individual; todos estos elementos se encuentran interrelacionados, ya que no podrá haber un consentimiento libre y pleno si no ha sido adoptado luego de obtener y entender un cúmulo de información integral (Caso *I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 2016).

CONCLUSIONES

Como puntos principales, debemos de tener en consideración que actualmente no existe un consenso sobre cómo debe establecerse el consentimiento, pero es de destacar que la doctrina y la jurisprudencia internacional en materia de bioética y de protección del dere-

cho a la salud, consideran y se inclinan, con firmeza, a que preferiblemente dicho consentimiento debe constar por escrito.

Además, aún y cuando un consentimiento conste por escrito, en tanto no se cumplan los elementos esenciales, como son: previo, libre, pleno, informado y personal, dicho consentimiento no podrá ser considerado válido.

En aquellas situaciones de urgencia o emergencia, esta particularidad deberá constar en un documento en el que se establezca la excepción al consentimiento, tal y como lo ha mencionado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *I.V vs Bolivia* de 2016.

Asimismo, resulta importante tener en consideración que, como acción comunicativa empática, revela que la relación de los médicos con sus pacientes, no puede reducirse a un estrecho marco de competencias técnicas y deberes normativos, sino que debe asumir actitudes afectivas que aporten a la relación una mayor calidad humana frente a la fría imparcialidad e indiferencia de algunos profesionales de la salud hacia la vulnerabilidad del enfermo, como lo ha sostenido la CONAMED, agregando que se debe tener en cuenta que el consentimiento informado es, por consiguiente, no sólo un derecho fundamental del paciente, sino también una exigencia ética y legal para el médico.

La CONAMED igualmente sostiene que es innegable que el consentimiento informado es un procedimiento gradual y debe ser explicado en forma amplia y básicamente verbal, aun cuando la ley exija su forma escrita para determinados supuestos.

Y finalmente, señala que este documento que deberá presentarse al enfermo con suficiente antelación, con el objeto de que pueda reflexionar tranquilamente al respecto, no puede ni debe sustituir a la información que logre el entendimiento mutuo, que es sin duda alguna, lo más relevante para el paciente.

TRABAJOS CITADOS

- Alonso-Que, H., Aja-Canales, J., Castillo-Urbe, L., y Rodríguez-Delgado, N. (2015). *El consentimiento informado en la actualidad, su evolución y el punto de vista del experto jurídico* (14 ed.). México: Anales de Radiología. Retrieved 23 de mayo de 2023.
- Borja, M. (2009). *Teoría General de las Obligaciones* (21 ed.). (E. Porrúa, Ed.) México. Retrieved 23 de mayo de 2023.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (5 de febrero de 1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Retrieved 25 de mayo de 2023, from Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (14 de mayo de 1986). *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica*. Retrieved 25 de mayo de 2023, from Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGS_MPSAM_170718.pdf
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (21 de diciembre de 1995). *Ley del Seguro Social*. Retrieved 25 de mayo de 2023, from Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSS.pdf>
- Cancino, G. (2019). *Consentimiento informado Enseñanza Transversal en Bioética y Bioderecho: Cuaderno de Casos*. (I. d. UNAM, Ed.) México. Retrieved 23 de mayo de 2023.
- CONAMED. (2016). *Consentimiento válidamente informado México*. (S. d. Salud, Ed.) Retrieved 23 de mayo de 2023, from Secretaría de Salud.
- Consentimiento Informado en Materia Médico-Sanitaria. Sus Finalidades y Supuestos Normativos de su Excepción., Amparo directo 51/2013 (Primera Sala julio de 2016). Retrieved 25 de mayo de 2023, from <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012107>
- Consentimiento Informado. Derecho Fundamental de los Pacientes, Contradicción de tesis 93/2011 (Primera Sala agosto de 2012). Retrieved 25 de mayo de 2023, from <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2001271>
- Convención Americana de Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Retrieved 23 de mayo de 2023, from <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- Corte IDH. (30 de 11 de 2016). *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Retrieved 23 de mayo de 2023, from Corte IDH : https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf
- Corte IDH. (30 de noviembre de 2016). *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Retrieved 23 de mayo de 2023, from Corte IDH: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf
- Corte IDH. (26 de mayo de 2021). *Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Retrieved 23 de mayo de 2023, from Corte IDH: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf
- Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. (2009). Retrieved 23 de mayo de 2023, from Organización de las Naciones Unidas: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4aa770872>
- Diario Oficial de la Federación. (2012). *NORMA Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico*. Retrieved 23 de mayo de 2023, from Diario Oficial de la Federación: http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5272787
- Organización de las Naciones Unidas. (2011). *Relatoría especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Retrieved 23 de mayo de 2023, from Organización de las Naciones

Unidas: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-37_sp.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (2013). *Relatoría especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Retrieved 23 de mayo de 2023, from Organización de las Naciones Unidas: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/450/90/PDF/N0945090.pdf?OpenElement>

Organización de las Naciones Unidas. (2018). *Relatoría especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Retrieved 23 de mayo de 2023, from Organización de las Naciones Unidas: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/101/45/PDF/G1810145.pdf?OpenElement>

Organización de las Naciones Unidas. (2019). *Relatoría especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*. Retrieved 23 de mayo de 2023, from Organización de las Naciones Unidas: <https://undocs.org/es/A/74/137>

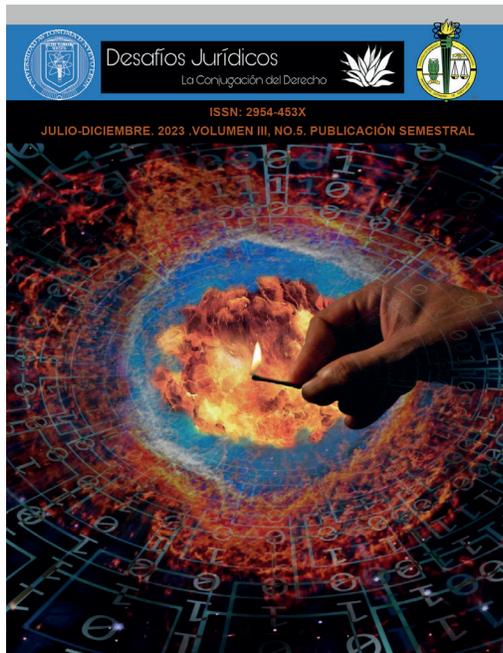
Prestación de Servicios de Atención Médica. Contenido del deber de Informar al Paciente en Materia Médico-Sanitaria, Amparo directo 51/2013 (Primera Sala 09 de septiembre de 2016). Retrieved 25 de mayo de 2023, from <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012509>

Salud. Derecho al nivel más alto posible. Éste puede comprender obligaciones inmediatas, como de cumplimiento progresivo, Amparo en revisión 378/2014 (Segunda Sala 14 de noviembre de 2014). Retrieved 25 de mayo de 2023, from <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007938>

Vázquez, A., y Ramírez, E. (Julio-Septiembre de 2017). Consentimiento informado. ¿Requisito legal o ético? *Revista Cirujano General*, 39, 175-182. Retrieved 23 de mayo de 2023.







Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

David Quitano Díaz (Universidad Veracruzana, México)

Lectura actual de las facultades del poder ejecutivo en el Estado Veracruz. pp. 92-107. Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 5, Julio-Diciembre 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina,

Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Paola Stephania Muñiz Lupian

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar "Burning Metaverse" © 2023

Lectura actual de las facultades del poder ejecutivo en el Estado Veracruz

Current reading of the powers of the executive branch in the State of Veracruz

Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023

Por: David Quitano Díaz*

* Universidad Veracruzana, México

Resumen. El aspecto material del derecho público en todos sus órdenes de gobierno regula con sus debidas dimensiones la estructura fundamental del Estado, las funciones de sus órganos y las relaciones de estos con sus particulares. De esa manera analizar la evolución del derecho constitucional veracruzano nos permite una lectura adecuada a las problemáticas de nuestra época. En lo particular, al poder ejecutivo en un régimen presidencialista toma una preeminencia porque en él radica el carácter directivo de la administración pública y la planeación. Dicho hilo conductor se sostiene cuando en la presente investigación abordamos el tema bajo el siguiente orden, comenzamos con una introducción sobre los retos del derecho local, en lo subsecuente damos tratamiento al gobierno republicano y el sistema federal mexicano, avanzando por la evolución histórica del Derecho Constitucional Veracruzano los cambios que sean han producido en las diversas constituciones y a las facultades y/o atribuciones del poder ejecutivo, cerrando con una serie de conclusiones.

Palabras clave: Administración pública, Derecho constitucional, Régimen, Derecho público y Derecho comparado.

Abstract. The material aspect of public law in all its orders of government, regulates with its due dimensions the fundamental structure of the State, the functions of its organs and their relations with its individuals. In this way, analyzing the evolution of Veracruz constitutional law allows us to read the problems of our time adequately. In particular, the executive power in a

* Dr. en Gobierno y Administración Pública, Doctorado en Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana (UV) Profesor Investigador en El Colegio de Veracruz. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores(SIN) Catedrático de la Universidad Veracruzana(UV); email: dquitano11@gmail.com.



presidential regime takes precedence because it is the directive nature of public administration and planning. This common thread is sustained when in the present investigation we approach the subject in the following order, we begin with an introduction on the challenges of local law, in what follows we give treatment to the republican government and the Mexican federal system, advancing through the historical evolution of Law Constitutional for Veracruz the changes that have been produced in the various constitutions and in the powers and / or attributions of the executive power, closing with a series of conclusions.

Keywords: Public administration, Constitutional law, Regime, Public law, Comparative law.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación tiene como objeto analizar la evolución del poder ejecutivo en las constituciones políticas de Veracruz derivado de la consideración de que los estudiosos del derecho en México cuentan con un déficit particular respecto al estudio del derecho local. Sin embargo, en la década de 1990 y principios del año 2000, el cambio de siglo trajo aparejado una discusión que se presentaba superada, acerca de los alcances y límites que tiene un modelo federal como producto de la reforma constitucional general frente a la posibilidad de los entes federativos de organizarse en el ámbito interno. Esta nueva sinfonía histórica, llevó precisamente a que el Estado de Veracruz-Llave en el mismo año 2000 se reformara la constitución, pasando de 141 artículos y 7 transitorios de la constitución de 1917 a 84, y el mismo número de transitorios para el año 2000. Pese a ello, sigue resultando paradójico que el derecho de las entidades federativas (casi ausente) y por tanto su estudio sigue siendo revisado para análisis desde una perspectiva de naturaleza unitaria, que termina privilegiando según Gregorio Alberto Pérez Mata (2011) una interpretación que ha

favorecido en muchos sentidos la instauración de lo que algunos autores conciben como un centralismo disfrazado de federalismo.

El dilema es ¿Cómo romper con tal inercia?; si bien, como veremos más adelante la Constitución Política del Estado de Veracruz y la propia Constitución Federal respeta la soberanía de la entidad y de las entidades federativas en su conjunto, hay elementos como el Pacto de Solidaridad Fiscal que centralizan la toma de decisiones como se encuentra establecido en el artículo 117 de la constitución federal. Para hallar mejores acuerdos, es insoslayable debatir el contenido del derecho local, con la aspiración de fecundar una visión renovada del derecho local y en específico para el tema que nos ocupa del poder ejecutivo en el estado de Veracruz. Con ello, se aspira aportar a la reflexión que abonen a las soluciones de problemas que resultado de la configuración del poder público de las entidades federativas. Realizando una revisión sobre el tratamiento del tema podemos precisar que el derecho local requiere esfuerzos. El estudio jurídico de los estados, resulta necesario para construir un sistema jurídico que resulte pleno y coherente (Pérez, 2011, p.8). Ya

que la construcción de instituciones sólidas en el ámbito local se enfrenta así a problemas de funcionalidad en el diseño constitucional de nuestro federalismo.

I. EL GOBIERNO REPUBLICANO

En este sistema de gobierno la autoridad no reside en un solo individuo sino en la totalidad del pueblo; (la idea de clase política, fracción de la sociedad, y que sea titular del poder no tiene actualidad y ningún pueblo de civilización occidental sustenta este principio si no es en corta dosis, y como residuo de antecedentes históricos, tal Inglaterra) tiene por característica la libertad. De aquí que todos se preocupan por los asuntos del gobierno, que miran como propios, lo que da el nombre al sistema: cosa pública. Las decisiones fundamentales no son universales sino se encuentran determinadas por la historia y la realidad socio-política de cada comunidad. La garantía de gobierno republicano es reconstructiva porque va a edificar de nuevo lo que se ha destruido, va a cincelar y a reorganizar a la entidad federativa en la única forma admisible y permitida por la ley cúspide del orden jurídico: la Constitución (Carpizo, 1996; p.91).

Cabe dejar asentado que los diversos tipos de gobierno que enumeraba la ciencia política clásica: monarquía, aristocracia y democracia. Pero en la actualidad el elemento republicano se ha introducido de tal manera que aún allí donde ha quedado en pie la monarquía, tiene el gobierno tan poco del tipo monárquico clásico que algún escritor nos habla de la república coronada de Inglaterra. Ya antes hicimos notar la desaparición de la aristocracia; de suerte que como carácter del Estado

moderno queda el elemento republicano. Tiene como principios fundamentales el que ya vimos expuesto por el artículo 39 de la Constitución: que las autoridades reciben su poder del pueblo y para beneficio de éste, otro que aun cuando no reducido a la fórmula de un artículo, está como una savia en todo nuestro organismo político: que las funciones públicas son temporales; este principio recibe una excepción en muchos gobiernos republicanos en cuanto a las funciones judiciales, para las que se reputa que la duración por la vida del funcionario es una garantía de imparcialidad y rectitud y finalmente la responsabilidad de los funcionarios por los actos que ejecuten en el desempeño de sus cargos. Así es que el origen del poder en el pueblo, la responsabilidad de los funcionarios y la temporalidad de los cargos son la base del sistema republicano. (Cossío, 2015; pp-294).

El mismo autor, menciona que por falta de educación política en el pueblo y en los mismos gobernantes, desentiéndanse aquél de intervenir en la integración del Estado por medio de sus funciones electorales y Suprema Corte de Justicia de la Nación procuran las segundas imponer su voluntad ya sea abiertamente ya valiéndose del mecanismo legal; y aunque las Constituciones establecen el sistema republicano, en la realidad, con facilidad se desarrolla en México una cierta forma de gobierno personal cuya causa primera nos parece encontrar en una tendencia a involucrar los problemas del gobierno en una personalidad que es la de mayor relieve en la vida política y que naturalmente, como jefe de un partido, tiene un criterio preponderante. Este fenómeno al que se ha llamado denigrantemente caudillismo o caciquismo, es una resul-

tante de fuerzas sociales, como es la necesidad de la cohesión del Gobierno, la que no se puede obtener de otro modo a causa de la indisciplina interna de los grupos políticos; también la esfera de acción de éstos contribuye a ese efecto porque ha estado generalmente limitada a formarse con elementos de burocracia, los cuales cuando mucho cuentan alguna vez con apoyo en la opinión pública en una forma inorgánica y deficiente, no como partido nacional organizado.

II. SISTEMA FEDERAL MEXICANO

El sistema federal mexicano, su estructura jurídica y los factores económicos y políticos que lo configuran en este país. El federalismo es uno de los factores importantes de nuestro sistema jurídica político, y sus relaciones con las ramas del poder, así con instituciones como los partidos políticos, grupos de presión entre otros, determinan el funcionamiento del gobierno (Carpizo, 1996, p. 81). Una buena parte de los estudios sobre federal mexicano se concretan a la historia del mismo. Este aspecto histórico es importante, ya que la cuestión federal fue el problema vertebral de México de 1823 a 1856, y fue el pensamiento federal el que inició el movimiento social de 1913 que culminó con la promulgación de 1917. La historia, las necesidades y la realidad, han conformado un sistema federal mexicano, que trata de ser instrumento útil en el México actual y elemento de equilibrio, a veces de muralla, a las corrientes centralizadoras que todos los países del mundo, en la segunda mitad del siglo XXI, confrontan y que en el siglo XXI están resurgiendo, que son las mismas que operan en nuestro país. El régimen federal en México es uno de los pilares

de todo orden jurídico, es parte esencial de nuestro sistema, sigue siendo una idea-fuerza que identificamos como el principio de libertad.

La naturaleza jurídica del Estado federal mexicano se encuentra establecida en los artículos 40 y 41 de la ley suprema del país. Según el artículo 40 el sistema federal en México es una decisión fundamental del orden jurídico mexicano, es una de sus columnas, es parte de la esencia de la organización política. El Estado federal, afirma ese artículo, está compuesto de *“Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de la ley fundamental”*.

La Constitución marca en los artículos 40 y 115 que existe, por esencia identidad y coincidencia de decisiones fundamentales entre la federación y las entidades federativas. Según los preceptos citados, el estado federal mexicano posee los siguientes principios:

1. Existe una división de la soberanía entre la federación y las entidades federativas, estas últimas son instancias decisorias suprema dentro de sus competencias (40).
2. Entre la federación y las entidades federativas existe coincidencia de decisiones fundamentales (40 y 115).
3. Las entidades federativas se dan libremente su propia constitución en la que organizan la estructura del gobierno, pero contravenir el pacto federal inscrito en la Constitución general, que es la unidad del Estado federal (artículo 41).
4. Existe una clara y diáfana división de competencias entre la federación y las entidades federativas: todo que no esté ex-

presamente atribuido a la federación es competencia de las entidades federativas (artículo 124).

El poder del estado federal, único en sí, que es la unidad del orden jurídico está plasmado en la Constitución, y se divide en dos campos, se descentraliza, se descompone en dos órdenes delegados de igual jerarquía: el federal y el de las entidades federativas. Las entidades federativas, como hemos asentado, de acuerdo con el artículo 40 de la constitución son autónomas, principio que implica la facultad de otorgarse y reformas su propia ley fundamental la que según el artículo 41, no puede contravenir a la carta magna de carácter general. La propia constitución federal señala una serie de principios, en el artículo 115, que los estados miembros deben respetar:

- a) Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular
- b) Teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre.

De igual manera la propia carta magna artículo 116 menciona como se dividirá el poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio:

- a) En Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo.
- b) Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

I. Los gobernadores de los Estados no podrán durar en su encargo más de seis años. La elección de los gobernadores de los Estados y de las Legislaturas Locales será directa y en los términos que dispongan las leyes electorales respectivas.

c) Los gobernadores de los Estados, cuyo origen sea la elección popular, ordinaria o extraordinaria, en ningún caso y por ningún motivo podrán volver a ocupar ese cargo, ni aun con el carácter de interinos, provisionales, sustitutos o encargados del despacho.

d) Nunca podrán ser electos para el período inmediato: a) El gobernador sustituto constitucional, o el designado para concluir el período en caso de falta absoluta del constitucional, aun cuando tenga distinta denominación; b) El gobernador interino, el provisional o el ciudadano que, bajo cualquier denominación, supla las faltas temporales del gobernador, siempre que desempeñe el cargo los dos últimos años del periodo.

e) Sólo podrá ser gobernador constitucional de un Estado un ciudadano mexicano por nacimiento y nativo de él, o con residencia efectiva no menor de cinco años inmediatamente anteriores al día de los comicios, y tener 30 años cumplidos el día de la elección, o menos, si así lo establece la Constitución Política de la Entidad Federativa.

Esto es muy interesante, porque como menciona Báez y Cienfuegos (2010), un estado nacional cuyo sistema normativo contemple diferentes tipos de constituciones, pero que sólo garantice la plena vigencia de algunas de

ellas no puede ser considerado, sin duda, un auténtico Estado constitucional de Derecho. Éste requiere que todas las normas fundamentales, en sus diferentes ámbitos de validez, se respeten, se observen, se acaten, se obedezcan a cabalidad.

III. EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL VERACRUZANO

El Estado Libre y Soberano de Veracruz ha tenido cuatro Constituciones de corte federal, a saber: la de 1825, 1857, 1917 y 2000. Mas debe señalarse que en muchas ocasiones los congresos, que adquirieron el carácter de constituyentes, se contradijeron respecto a dicho carácter, toda vez que invocaban el concepto de reforma a la Constitución, tomando como base para ello artículos relativos a modificaciones constitucionales. Por ello, se puede aseverar que los diputados veracruzanos, en la mayoría de las ocasiones, modificaron su texto constitucional; pero sólo en cuatro ocasiones crearon una nueva Constitución. Fidel Herrera Beltrán opina de manera parcialmente distinta, pues asevera que Veracruz ha tenido cinco Constituciones: 1825, 1858, 1871, 1917 y 2000. Y el texto Textos Históricos de la Constitución Política de Veracruz 1825-2000¹, elaborado por la Secretaría de Gobierno de Veracruz exponen que son 7 las constituciones que ha tenido la entidad: 1825, 1857, 1871, 1873, 1902, 1917, y 2000.

El Poder Ejecutivo estaba a cargo de un gobernador, y se establecía la figura del vicegobernador, que entraría en funciones en el

caso de que el titular del Poder Ejecutivo fuera removido, le afectara alguna enfermedad grave o falleciera. Estas autoridades duraban en su cargo cuatro años, y quedaba terminantemente prohibida la reelección, pero tan sólo para el periodo inmediato siguiente. El mismo documento señalaba las funciones del gobernador; destaca el cuidado que debía mantener de que se administrara pronta y cumplidamente la justicia por los tribunales del estado (artículo 59, fracción VII), lo que es, a su vez, evidencia de la estrecha relación que existía en esa época entre los poderes, lo cual resulta excepcional en un país presidencialista (Salazar Andreu, 2019).

Entre las prohibiciones expresas para el poder ejecutivo sobresalen el privar a alguien de su libertad o sus propiedades, así como impedir las elecciones para el Congreso local. El inicio del siglo XXI trajo para México la pluralidad y la democracia y, como consecuencia, nuevas relaciones entre la Federación y las entidades federativas. En ese sentido, los retos son muchos y muy difíciles de enfrentar; entre ellos, los relacionados con la transformación de instituciones, que siempre son requeridos cuando se transita de un gobierno de partido único a gobiernos divididos. Una de las ventajas que se vislumbran con la nueva correlación de fuerzas políticas, estriba en que los Estados valoran su régimen interior a plenitud y en lugar de ser actores pasivos en las reformas constitucionales, comenzaron a convertirse en entidades protagónicas de desarrollo institucional, tal como lo han sido en la historia política de nuestro país. Es posible afirmar que dicho despegue lo motivó la nueva Constitución del Estado de Veracruz publicada el 14 de enero de 2000.

1 <https://www.segobver.gob.mx/juridico/pdf/TEXTOSHISTORICOSCONST.pdf> (Recuperado el 22 de mayo de 2020)

La novedad consistió en que se reformó integralmente la Constitución que fuera aprobada el 16 de septiembre de 1917, sistematizando su contenido, y enriqueciéndolo, ya que de los originales 141 artículos que tuvo hasta 1999, se ordenó con un contenido de 84 artículos, que plasmaron un mayor contenido al de la constitución original.

Pero la reforma constitucional de Veracruz no consistió únicamente en un adelgazamiento de su articulado, ni tampoco fue la primera reforma constitucional integral que ha habido en los Estados; sino que su mérito radica en que fue una reforma de fondo que innovó y promovió el control constitucional interno de las entidades federativas, largamente olvidado durante el siglo XX, entre otros avances dignos de tomar en consideración (Oropeza, 2010; P.9). El mismo autor Oropeza, (2010) menciona que para el año 2000, la única constitución que importaba cuidar y proteger era la federal, como si México fuera un país unitario. Los Estados y sus constituciones sólo eran objeto de reforma para replicar las reformas de la Constitución federal y no para consagrar instituciones propias del régimen interior y, por lo tanto, no había un mecanismo propio de protección de la constitucionalidad, ni para tutelar los derechos de los veracruzanos, ni para resolver las competencias de sus propias autoridades, por lo que para impugnar cualquier inconstitucionalidad de leyes y/o actos, se acudía a los tribunales federales, con procedimientos federales y aplicando sólo la Constitución federal; por lo tanto, la soberanía del Estado depositada en la Constitución estatal poco importaba.

En la historia del Estado se ha preferido aprobar pocas, aunque sustanciales, reformas a la Constitución. En la primera Constitución de Veracruz, expedida en 1825, se aprobaron cinco reformas durante los años de 1831 a 1847. En esta época funcionó un Senado en la Legislatura del Estado y el Poder Judicial se depositó en una sola persona. El Senado local fue clausurado el 10 de febrero de 1847 y el Ministro de Justicia, titular del Poder Judicial, desapareció el 12 de octubre de 1848, cuando se depositó el Tribunal Superior de Justicia en cuatro Magistrados y un Ministro Fiscal. Desde 1825 hasta 1977, las reformas constitucionales se harían por la aprobación de dos legislaturas consecutivas. El gobernador fue elegido popularmente, de manera directa, en 1858; así como los Magistrados y Jueces del Poder Judicial. La Constitución de 1871 amplió el número de artículos de 75 a 144. Durante la vigencia de esta Constitución se adoptó como nombre oficial del Estado el de Veracruz–Llave. El Estado ha tenido una amplia tradición de incorporar a los residentes dentro de la sociedad veracruzana. Desde 1825, todo residente, nacional o extranjero, que cumpliera con los requisitos de ley podría votar en las elecciones estatales. La Constitución de 1871 siguió otorgando voto activo y pasivo a los residentes por un año en el Estado, tanto extranjeros como nacionales. Esta Constitución creó la figura de presidente de la Legislatura como cabeza del Poder Legislativo; sin embargo, el 10 de octubre de 1873 fue suprimida.



Cuadro 1. Devenir histórico de las Constituciones de Veracruz y las Facultades del Ejecutivo.

Constitución	Extensión	Facultades del poder ejecutivo
1825	84 artículos	Residirá (Art. 51) Facultades (Art. 59) Prohibiciones (Art. 60)
1857	75 artículos	Residirá (Art. 40) Facultades (Art. 50) Prohibiciones (51)
1871	144 artículos y 2 transitorios	Residirá (Art.75) Facultades (Art. 77) Prohibiciones (Art. 78)
1873	146 artículos	Residirá (Art.80) Facultades (Art. 82) Prohibiciones (Art. 83)
1902	146 1 transitorio	Residirá (Art. 80) Facultades (Art. 82) Prohibiciones (Art. 83)
1917	141 y 7 transitorios	Residirá (Art. 83) Facultades (Art. 87) Prohibiciones (Art.88)
2000	84 y 5 transitorios	Residirá (Art 42 y 43) Facultades/Atribuciones (Art. 49) Ausencias o faltas temporales (Art. 48) Administración pública (Art. 50)

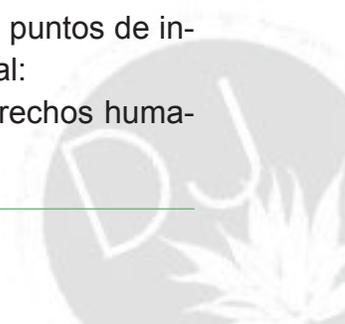
Fuente: Elaboración propia con las Cartas Constitucionales

En el Digesto constitucional Mexicana Oropeza (2017) menciona que en la reforma aprobada el 3 de febrero de 2000, la Constitución fue reformada en su totalidad, revisando todos y cada uno de sus preceptos, por lo que sus 141 artículos fueron reducidos a 84, número que resulta simplificado frente a las demás Constituciones estatales, y aun la federal. No obstante, ninguno de sus principios, sosteni-

dos desde 1917, fueron cambiados, aunque se les agregaron muchos otros, tal como se describe en este texto.

Las tendencias actuales del constitucionalismo han mostrado los siguientes puntos de interés en la reforma constitucional:

1. Ampliación y garantía de derechos humanos en el ámbito estatal;



2. Incremento de los mecanismos de control y colaboración entre los Poderes del Estado;
3. Replanteamiento de la representación política ante el Congreso del Estado;
4. Reforma judicial para una eficiente administración de justicia;
5. Mejoramiento del sistema de responsabilidad política de los servidores públicos del Estado, y. Establecimiento de medios para el control interno de la Constitución del Estado.

Muchos de estos puntos fueron recogidos en la iniciativa del Poder Ejecutivo presentada el 13 de septiembre de 1999 ante el Congreso del Estado. No fue sino hasta el 14 de enero de 2000 cuando tomó relevancia social. Y así como acertadamente menciona Fix-Zamudio (2006) las innovaciones establecidas por la Constitución del Estado de Veracruz, fueron seguidas por otras Entidades Federativas, que de esta manera establecieron una tendencia hacia el establecimiento de garantías constitucionales de carácter local, que ha tenido un desarrollo acelerado a partir del inicio de este siglo XXI.

V. PODER EJECUTIVO VERACRUZANO

Típicamente el poder ejecutivo en todos los órdenes de gobierno es el agente efectivo de la administración pública, es decir la punta más alta de cuerpo directivo de esta organización, política, jurídica y económica. La administración pública se refiere a todas las acciones económicas, sociales y políticas involucradas en la actuación del gobierno. Las distintas funciones que realiza el gobierno son “administradas” de modo similar a como lo

harían agentes privados, aunque ciertamente existen peculiaridades en el caso del gobierno que lo diferencian del sector privado. La administración pública, como disciplina, estudia todos los procesos que están referidos a las acciones del Estado (Ayala, 1997; p.104).

Como pudimos observar en el cuadro 1 del apartado anterior la evolución de las diversas constituciones de Veracruz han sido consecuencia de las diversas corrientes liberales de nuestra historia. Pero para el año de 1999 principalmente de marzo a abril de ese año se realizaron en nuestra geografía 9 foros que desencadenaron con la confección de una nueva constitución política, dicha iniciativa reafirma el principio clásico de la división de poderes, centrado en la equilibrada, republicana y respetuosa colaboración entre los tres Poderes del Estado. De esta manera, promueve el fortalecimiento de los poderes Legislativo y Judicial e introduce limitantes al Ejecutivo, a través del perfeccionamiento de varias instituciones que conduzcan a una dinámica de interacción entre dichos Poderes.

Consecuentemente, como expone el documento “TEXTOS HISTÓRICOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE VERACRUZ 1825-2000”, qué para la constitución de 2000 se suprimen facultades al Ejecutivo como, por ejemplo, la figura del refrendo; se incluye al Gobernador como sujeto de juicio político; expresamente se elimina cualquier posibilidad de que éste pueda ejercer veto suspensivo sobre las resoluciones que el Poder Legislativo adopte en su calidad de integrante del Constituyente Permanente federal o estatal; y, por cuanto al proceso legislativo ordinario se faculta al Congreso, en la hipótesis de que no

lo hiciera el Ejecutivo a ordenar directamente la publicación de las leyes o decretos aprobados, cuyos plazos y formalidades se hubieren cumplido. Al mismo tiempo, resaltan las nuevas atribuciones otorgadas a los Poderes Legislativo y Judicial, que ensanchan sus respectivas competencias y ámbitos de acción. En adición a los tradicionales Poderes reconocidos por la Constitución bajo el rubro de “organismos autónomos de Estado” se ubican instituciones que actualmente están reconocidas en las constituciones federal y locales, que cumplen funciones de carácter estatal y gozan de autonomía frente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, como son los organismos o Institutos Electorales, la Comisiones de Derechos Humanos o, en el orden federal, el recientemente creado Órgano de Fiscalización Superior.

Dicha iniciativa en términos administrativos, genera un reconocimiento y ampliación de la pluralidad política en la cual se enfatiza la admisión e impulso de nuevas formas de participación de los ciudadanos, en aras a que la pluralidad política –producto de las libertades de los individuos y la expresión más acabada de la democracia moderna- sea el medio por el cual las instituciones se enriquezcan para beneficio del propio Estado y sus habitantes. Sin embargo, en términos de responsabilidad ejecutiva a diferencias de las 7 constituciones anteriores la de 2000 en el artículo 50 recarga de mayores responsabilidades al Poder Ejecutivo, toda vez que, para el despacho de los asuntos de su competencia, tendrá las dependencias centralizadas y entidades paraestatales que señale la ley, con las atribuciones y organización que ésta determine. Menciona de igual forma que ley orgánica de la admi-

nistración pública estatal establece las bases generales de creación de las entidades de la administración pública descentralizada y la intervención del Ejecutivo en su operación; así como las relaciones entre dichas entidades y el Ejecutivo, o entre aquéllas y los órganos de la administración pública centralizada.

De igual forma la constitución vigente en puntualmente en los Artículos 76, 77, 78 y 79, yuxtaponen al Gobernador del Estado como sujeto de Juicio Político. También, se amplía el catálogo de servidores públicos susceptibles de ser sujetos de juicio político o de declaración de procedencia, así como el procedimiento a seguir en particular el Artículo 42 expone que El Poder Ejecutivo se deposita en un solo individuo, denominado: Gobernador del Estado. Artículo 43 para ser Gobernador del Estado se requiere: I. Ser veracruzano en pleno ejercicio de sus derechos; II. Contar con residencia efectiva en la Entidad de cinco años inmediatos anteriores al día de la elección; III. Tener por lo menos treinta años cumplidos al día de la elección; IV. No ser servidor público del Estado o de la Federación en ejercicio de autoridad. Este requisito no se exigirá al Gobernador interino ni al sustituto; V. No ser militar en servicio activo o con mando de fuerzas; VI. No pertenecer al estado eclesiástico, ni ser ministro de algún culto religioso, a menos que se separe de su ministerio conforme a lo establecido por la Constitución Federal y la ley de la materia; y No tener antecedentes penales por la comisión de delitos realizados con dolo, exceptuando aquellos en los que se hayan concedido los beneficios de conmutación o suspensión condicional de la sanción. En el Artículo 44, el Gobernador del Estado durará

en su cargo seis años y comenzará a ejercer sus funciones el primero de diciembre siguiente a la fecha de su elección. El cargo de Gobernador del Estado es decir el jefe del ejecutivo estatal, sólo es renunciable por causa grave, que calificará el Congreso del Estado. Cuando la falta de Gobernador ocurriese en los cuatro últimos años del período respectivo, si el Congreso se encontrase en sesiones, elegirá al Gobernador sustituto que deberá concluir el período; el Gobernador provisional podrá ser elegido por el Congreso como sustituto. El ciudadano que hubiere sido designado Gobernador provisional para convocar a elecciones, en el caso de falta de Gobernador, en los dos primeros años del período respectivo, no podrá ser electo en las elecciones que se celebren con motivo de la falta de Gobernador, para cubrir a la cual fue designado. El Gobernador sustituto, el interino, el provisional o el ciudadano, que bajo cualquier denominación hubiere sido designado Gobernador, para concluir el período en caso de falta absoluta del Constitucional o que supla las faltas temporales de éste, no podrá ser electo para el período inmediato siempre que desempeñe el cargo los dos últimos años del período. A diferencia de las constituciones anteriores la ley vigente en el artículo 48, es específica en casos de ausencia o faltas temporales del Gobernador del Estado, se observarán las disposiciones siguientes:

I. Podrá ausentarse hasta por diez días naturales, sin necesidad de dar aviso al Congreso, quedando encargado del despacho el Secretario de Gobierno;

II. Si la ausencia excediere de diez días, pero no de treinta, el Gobernador deberá dar aviso al Congreso o, en los recesos de éste, a la Diputación Permanente, en cuyo caso quedará encargado del despacho el Secretario de Gobierno;

III. Si la ausencia es mayor de treinta días naturales, el Gobernador deberá obtener la licencia correspondiente del Congreso o, en los recesos de éste, de la Diputación Permanente, quienes designarán, según el caso, un Gobernador Interino para que funcione durante el tiempo que dure dicha ausencia;

IV. Si la falta, de temporal se convirtiere en absoluta, se procederá como lo dispone el artículo 47; y V. Nunca se concederá al Ejecutivo licencia con el carácter de indefinida, ni tampoco por un tiempo mayor de noventa días naturales.

De esa forma el poder ejecutivo para poder alcanzar las metas de su gobierno el Artículo 49 mediante 27 párrafos entre los que destacan las siguientes atribuciones:

I. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes federales, los tratados internacionales, esta Constitución y las leyes que de ella emanen;

II. Promulgar, publicar y ejecutar las leyes, decretos o reformas constitucionales aprobados por el Congreso;

III. Expedir los reglamentos necesarios para la ejecución y cumplimiento de las leyes y decretos aprobados por el Congreso;

IV. Velar por la conservación del orden, tranquilidad y seguridad del Estado, disponiendo al efecto de las corporaciones policiales estatales, y de las municipales en aquellos casos que juzgue como de fuerza mayor o alteración grave del orden público; así como impedir los abusos de la fuerza pública a su cargo en contra de los ciudadanos, haciendo efectiva la responsabilidad en que aquélla incurriera;

V. Promover y fomentar, por todos los medios posibles, la educación pública, la protección a la salud y procurar el progreso y bienestar social en el Estado;

VI. Presentar al Congreso del Estado, durante el mes de diciembre de cada año, el presupuesto de egresos del año siguiente, proponiendo los ingresos necesarios para cubrirlos;

VII. Realizar las gestiones necesarias ante el Gobierno Federal a fin de que las transferencias de recursos que se le otorguen al Estado sean proporcionales y acordes a su densidad poblacional y extensión territorial, a efecto de lograr la equidad en la distribución de las mismas;

VIII. Cuidar de que los fondos públicos estén bien asegurados, y que su recaudación y distribución se hagan con arreglo a la ley;

IX. Solicitar a la Diputación Permanente que convoque al Congreso a sesiones extraordinarias, expresando el objeto de ellas;

X. Planear y conducir el desarrollo integral del Estado en la esfera de su competencia; establecer los procedimientos de consulta popular para formular, instrumentar, ejecutar, controlar y evaluar el Plan Veracruzano de Desarrollo y los programas que de éste se deriven;

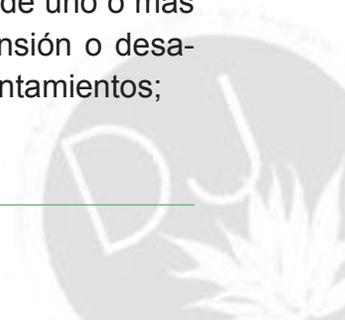
XI. Convocar, en los términos que establezcan esta Constitución y la ley, a referendo o plebiscito, cuyos resultados serán obligatorios para las autoridades del Estado;

XII. Disponer en caso de alteración del orden o peligro público, con autorización del Congreso o, en su caso, de la Diputación Permanente, con la aprobación de las dos terceras partes del total de los diputados, las medidas extraordinarias que fueren necesarias para hacer frente a la situación;

XIII. Hacer cumplir los fallos y sentencias de los tribunales y prestar a éstos el auxilio que necesiten para el ejercicio expedito de sus funciones;

XIV. Nombrar y remover libremente a los servidores públicos de la administración pública, cuyo nombramiento o remoción no estén determinados en otra forma por esta Constitución y por las leyes;

XV. Proponer al Congreso la suspensión o revocación del mandato de uno o más ediles, así como la suspensión o desaparición de uno o más ayuntamientos;



XVI. Vigilar que los recursos naturales sean utilizados en forma racional, estableciendo en la esfera de su competencia políticas adecuadas y las normas tendientes a su cuidado, preservación y óptimo aprovechamiento;

XVII. Celebrar, en su calidad de representante del Gobierno del Estado y con observancia de lo dispuesto en la ley, convenios y contratos en los diversos ramos de la administración pública, con los gobiernos federal, estatales o municipales, así como con entidades descentralizadas de estos niveles de gobierno y personas físicas o morales de carácter público o privado;

XVIII. Representar al Estado, para efectos de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 105 de la Constitución Federal; XIX. Convenir con los municipios, previo acuerdo de sus respectivos ayuntamientos, para que el Estado se haga cargo de alguna o algunas de las funciones relacionadas con la administración y recaudación de los impuestos, derechos, aprovechamientos, participaciones, contribuciones o cualquier otro tipo de ingresos fiscales que deban recibir los municipios; o para la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos que deban suministrar los ayuntamientos; y convenir para que éstos se hagan cargo de alguna o algunas de las funciones, o de la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos que correspondan al Estado;

XX. Conceder el indulto a los reos sentenciados por los tribunales del Estado,

conforme a la ley;

XXI. Presentar ante el Congreso del Estado, el 15 de noviembre de cada año, un informe escrito acerca del estado que guarda la administración pública;

XXII. Comprometer el crédito del Estado, previa autorización del Congreso, en los términos de esta Constitución y la ley; y XXIII. Las demás que la Constitución Federal, esta Constitución, las leyes federales y las del Estado le otorguen

Este esquema de facultades y atribuciones encuentra guía de navegación, Ordenamiento jurídico que tiene por objeto precisar las bases de organización y funcionamiento de una institución me las leyes orgánicas mismas que se caracterizan principalmente por ser necesarias, desde el punto de vista constitucional, para regular algún aspecto de la vida social y suelen ser vistas como un puente intermedio entre las leyes ordinarias y la Constitución para el correcto funcionamiento de las instituciones del Estado. Según Kelsen (1986), las Leyes Orgánicas son inferiores en rango a la Constitución, pero superiores a las ordinarias. En ese orden de ideas, el Poder ejecutivo cuenta con la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, media ella, y a través de 58 artículos y VI capítulos el ejecutivo del estatal dispone con las herramientas de gestión para desplegar su andar para alcanzar objetivos y metas.

Artículo 1. La presente Ley es de observancia general para la Administración Pública del Estado de Veracruz-Llave y tiene por objeto establecer las bases de

la organización y funcionamiento de las dependencias centralizadas y entidades paraestatales en que se divide.

Artículo 2. Las Secretarías del Despacho, la Procuraduría General de Justicia, la Contraloría General y la Coordinación General de Comunicación Social integran la Administración Pública Centralizada.

Artículo 3. Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, los fideicomisos, las comisiones, los comités, los consejos, las juntas y demás organismos auxiliares integran la Administración Pública Paraestatal.

Artículo 4. La Administración Pública del Estado deberá conducir sus actividades conforme a las políticas, prioridades y restricciones que, para el logro de los objetivos y metas del Plan Veracruzano de Desarrollo y programas de gobierno, establezca el Gobernador del Estado directamente o a través de sus dependencias y entidades, las que se sujetarán a la planeación estatal y presupuestación, bajo criterios de racionalidad y disciplina fiscal, así como a la contabilidad, evaluación, información periódica, auditoría interna y control de gestión que dispongan las leyes de la materia.

Artículo 5. Las dependencias y entidades de la Administración Pública se organizarán internamente en órganos jerárquicamente subordinados y estarán obligadas a coordinar entre sí sus actividades y a proporcionarse mutua ayuda, cooperación y asesoría.

El uso correcto de las anteriores facultades tiene su sección también de compromiso con el ejercicio de sus deberes, LEY DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE, en que criba de forma puntual que se deben establecer los principios y obligaciones que rigen la actuación de los servidores públicos; al tiempo de señalar los sujetos de responsabilidad en el servicio público; así como la implantación de las faltas administrativas graves y no graves de los servidores públicos, las sanciones aplicables a las mismas, así como los procedimientos para su aplicación y las facultades de las autoridades competentes para tal efecto. Las mencionadas determinaciones permiten definir las sanciones por la comisión de faltas de particulares, así como los procedimientos para su aplicación y las facultades de las autoridades competentes para tal efecto. El espíritu de los tiempos y las encarnizadas luchas de corte político siempre marcarán la pauta de cómo y cuándo utilizaran las herramientas que de manera de autorregulación nos presentan las leyes a fin de priorizar la unión y los equilibrios, mismo que son muy sanos en un esquema democrático donde la percepción legitima el accionar del ejecutivo.

VI. CONCLUSIONES

Como comentarios finales podemos destacar, que típicamente dentro un sistema federal hay dos fuentes de poder (autoridad) que se coordinan en un ordenamiento legal supremo: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que significa la organización central de todos los estados (por su propio derecho y obligación) y la organización consti-

tucional local, que deriva y es facultada por la misma organización central. Ahora bien, el poder ejecutivo del estado de Veracruz como la mayoría de las entidades federativas han navegado por un proceso muy parecido a las facultades del ejecutivo federal, sin embargo, el centralismo presupuestario de la federación no se puede comparar con el del ejecutivo en las entidades federativas, limitando a estas últimas para alcanzar mucho de sus objetivos y metas.

Con lo hasta aquí estudiado nos permite señalar que en el estado de Veracruz el diseño constitucional resulta adecuado y de avanzada con respecto a las facultades del ejecutivo, sin embargo, la ausencia de un verdadero régimen fiscal de redistribución como proporción de las participaciones trae aparejado que ante el surgimiento de una controversia, de las establecidas en el texto constitucional, los actores involucrados prefieran la gestión de programas o ejercicios administrativos, de carácter federal.

TRABAJOS CITADOS

- Báez, C (2011). “El funcionamiento de la justicia constitucional de los estados. El caso de la Controversia constitucional en Veracruz” en González Oropeza y Cienfuegos David (coord.), Estudios de derecho constitucional local. Editorial Laguna.
- Carpizo, J. (1996). “Estudios constitucionales”. México. Porrúa.
- Cienfuegos, Manuel. (2018) “La corrupción como piedra de toque electoral” en Camacho, César y Cienfuegos, David (coord.), Constitucionalismo contemporáneo: Derecho, política y justicia, México, Editorial Laguna.
- Cossío, J. (2015). “Apuntes para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano de Paulino Machorro Narváez”.

- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Fix Zamudio, H. (2006). “EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO. REFLEXIONES COMPARATIVAS”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional ISSN 1138-4824, núm. 10, Madrid.
- González Oropeza, M. (2010). “La constitución estudio introductorio y selección documental de Manuel González Oropeza a diez años de la reforma integral veracruzana”. México. Poder Judicial de la Federación.
- González Oropeza, M. (2017). “Digesto constitucional mexicano: historia constitucional de la nación”. Primera edición. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Herrera Beltrán, Fidel. (2011). Los derechos fundamentales del pueblo de Veracruz a través de su historia. Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. Conceptualización, comentarios e historia, México, Gobierno del estado de Veracruz. Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- Kelsen, H. (1986). “Teoría Pura del Derecho”. Traductor. Roberto J. Vernengo. 5ª ed. Traducción de la segunda edición en alemán. Ed. UNAM, México,
- Pérez, G. (2011). “Presentación” en González Oropeza y Cienfuegos David (coord.), Estudios de derecho constitucional local. Editorial Laguna.

Legisgrafía

- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos
- Constitución Política del estado libre y soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave
- Ley orgánica del poder ejecutivo del estado de Veracruz de Ignacio de la Llave
- Ley de responsabilidades administrativas para el estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.

Fuentes electrónicas

- <https://www.segobver.gob.mx/juridico/pdf/TEXTOSHISTORICOSCONST.pdf> (Recuperado el 22 de mayo de 2020)





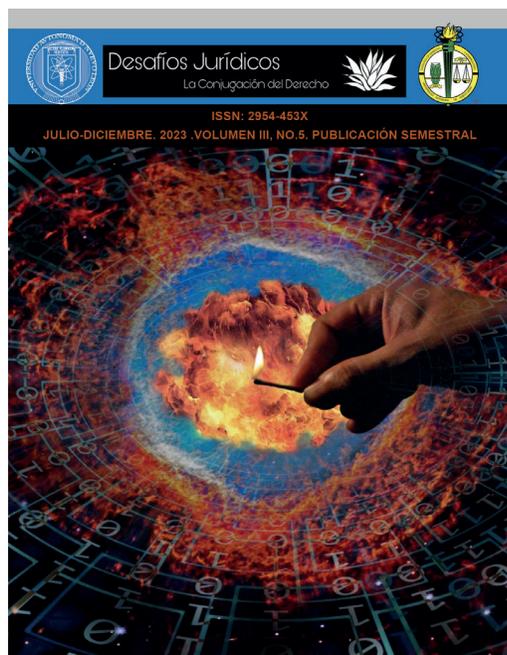
Fotografía: "Ajedrez Familiar", Daniel Vázquez Azamar

Reseña

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Antonio Filiberto Vega Pérez (Poder Judicial del Estado de Nuevo León) y **Aram González Ramírez** (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Coordinación Parental: una respuesta a los divorcios conflictivos. pp. 112-121. Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 5, Julio-Diciembre 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Paola Stephania Muñiz Lupian

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “**Burning Metaverse**” © 2023

Coordinación Parental: Una respuesta a los divorcios conflictivos

(Eric García-López, Luz Stella Rodríguez-Mesa, Ismael Eduardo Pérez-García)

Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023

Por: Antonio Filiberto Vega Pérez* y
Aram González Ramírez**

* <https://orcid.org/0009-0007-3679-5318>

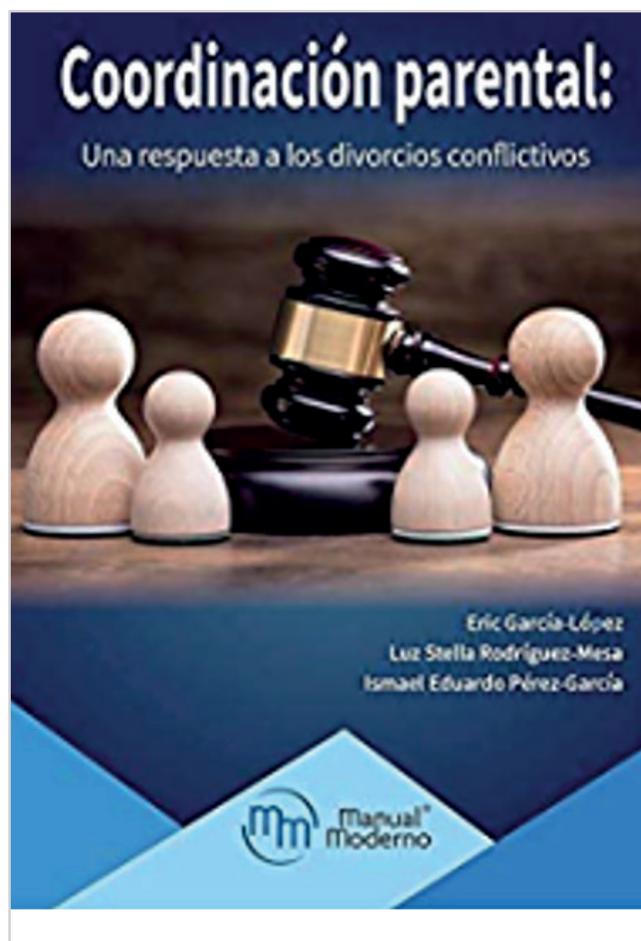
Poder Judicial del Estado de Nuevo León

** Universidad Autónoma de Nuevo León

Obra publicada en el año 2019, total de 109 páginas, por la editorial Manual Moderno, con sede en Ciudad de México y presencia en Bogotá, Colombia, redactada en idioma español, y registro ISBN Impreso: 9789588993539.

En la misma, sus autores realizan un detallado análisis de la figura *Coordinación Parental* así como de la Psicología Jurídica, y como por sus beneficios así como el éxito de su implementación en países como Canadá, puede y debe ser vista como una vía adicional a la mediación y conciliación, para la solución de los conflictos relacionados con la separación y/o divorcio de las parejas para el contexto latinoamericano, con la aclaración de que ello debe ser siempre desde las características, necesidades y particularidades de cada país o región.

Los autores nos hacen ver la importancia y eficacia que tiene y que puede tener a futu-



* Poder Judicial del Estado de Nuevo León

** Universidad Autónoma de Nuevo León

ro, la aplicación de la Coordinación Parental, así como la Psicología Jurídica y la terapia de integración a los juicios derivados del divorcio y sus consecuencias, tanto para identificar las problemáticas existentes entre las parejas que se separan, como para establecer vías de solución o tratamiento de las mismas, a fin de mejorar la vida de las partes, y en particular la de los niños, niñas y adolescentes descendientes de las mismas.

Esta temática resulta importantísima para la Psicología como para el Derecho, dada su relación con el desarrollo de la familia y la sociedad; y resulta congruente no sólo al contexto latinoamericano, sino también al mundial, ya que el fenómeno analizado se presenta en la gran mayoría de países del mundo.

Siendo a temática de actualidad, dado el incremento notorio de divorcios y de los juicios relacionados con sus consecuencias, así como la conflictividad de dichos procesos jurisdiccionales y las afectaciones que tanto los divorcios como los procesos jurisdiccionales ocasionan a los padres como a sus hijos.

El primero de los autores, **Eric García-López**, es Doctor en Psicología Clínica, Legal y Forense, graduado con mención honorífica en la Universidad Complutense de Madrid; que además cuenta con Post Doctorado en Evolución y Cognición Humana por CONACYT-EvoCog-IFISC; y además cuenta con Doctorando en Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas por la Universidad Nacional Autónoma de México; Máster en Derechos y Necesidades de la Infancia y la Adolescencia por UNICEF-España y la Universidad Autónoma de Madrid; siendo autor y coautor de múltiples artículos y libros.

Por su parte, la coautora **Luz Stella Rodríguez Mesa** es Psicóloga Jurídica, con Máster en Criminología aplicada, así como en Dirección de operaciones y calidad. Es coautora de más de 15 artículos científicos y coautora de 9 libros, además de ser miembro del Comité Científico Editorial de la Revista Institucional de la Auditoría General de la República de Colombia; así como asesora de la mesa directiva del Concejo de Bogotá, e Investigadora principal en el Laboratorio de Psicología Jurídica de la Universidad Nacional de Colombia.

El autor **Ismael Eduardo Pérez-García** es Psicólogo Jurídico y Forense acreditado por el Colegio de Psicólogos de Madrid y la Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense; y además responsable de las áreas de Psicología Jurídica y Forense, y del Tráfico y de la Seguridad del Colegio Oficial de Psicología de Santa Cruz de Tenerife.

La obra en análisis se encuentra dividida en cinco partes: introducción, tres capítulos, y consideraciones finales; redactada de manera clara y sencilla y con términos precisos, dado que los autores consideran que la misma puede ser una lectura adecuada para padres e hijos, y no sólo para los estudiosos de la psicología y el derecho.

En la **INTRODUCCIÓN** nos proporcionan un breve y conciso, pero muy sustancioso iris del desarrollo de la obra y su objetivo, patentizar que la coordinación parental busca velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se ven inmersos en los procesos de separación y divorcio de sus progenitores, en particular en los que se torna conflictivos, y

como la Psicología Jurídica puede ser fundamental en ello.

Posteriormente, en el primer capítulo denominado **COORDINACIÓN PARENTAL: PROPUESTA PARA UNA RUTA DE IMPLEMENTACIÓN EN AMÉRICA LATINA**, los autores nos llevan de la mano introduciéndonos al concepto de la Coordinación Parental desde las definiciones dadas por la American Psychological Association y la Association of Family and Conciliation Courts, en las que se ve a esta figura como un proceso de solución de conflictos *no adversarial*, ordenado por un juez, con el objetivo de resolver rápida y eficazmente los conflictos que surgen en las separaciones y divorcios, para, entre otras cosas proteger el interés superior de la infancia. Método que nos señalan se sirve de psicología, la mediación, la justicia terapéutica y el derecho, y en particular, de la psicología jurídica -estudio científico del comportamiento humano en los ámbitos del derecho-, y que colabora con la justicia para que sea más eficaz y eficiente, ya que afirman, tiene diversas funciones como son la *orientación y asesoría psicojurídica*, que consiste en brindar información sobre los mecanismos jurídicos y psicológicos, que impacte positivamente las decisiones de las personas, disminuyendo las creencias erróneas de las mismas; así también la *evaluación psicojurídica*, que busca orientar las resoluciones del sistema de justicia, y *fase investigación* en la que se busca un acercamiento desde la academia a la realidad.

Los autores señalan que la implementación de la coordinación parental, se debe realizar en 4 pasos: **fase inicial**: en la que el coor-

dinador parental construye una relación de confianza con los padres, buscando evaluar desde todos los ángulos posibles, para establecer objetivos realistas, centrados en los hijos y su bienestar; **fase de implementación y mantenimiento**: en la que se ajustan e implementan los objetivos, buscando celebrar reuniones en las que se incluyan a los niños, niñas y adolescentes, ya que su inclusión les es benéfica, pues les permite exponer sus puntos de vista y que estos sean comprendidos por sus progenitores, e incluidos en los objetivos trazados en la fase inicial.

Dicha intervención debe realizarse con precaución, dado que puede generar efectos negativos, como el miedo a la reacción de sus progenitores, variación en sus versiones, así como, dada la facilidad de su manipulación y sugestión, sean objeto de alienación parental.

Y si existen avances y progreso de los padres, se implementa la **fase de mantenimiento**, durante la cual se busca mantener los logros y mejorar cada vez; y así llegar a la **fase de conclusión o terminación**, que ocurre cuando ya no se requiere del servicio del Coordinador Parental.

Los autores nos indican que en el proceso se puede dar situaciones que ameriten la remisión de las partes a otros especialistas que se considere más apropiado (psicopatología, psiquiatría, pediatría u orientación escolar, etcétera); ello aunado a que existirán ocasiones en que los padres no colaboraran, llegando a un punto muerto. Todas estas situaciones deben informarse a la autoridad judicial, a fin de que la misma tenga una retroalimentación.

Por ello afirman que es necesaria dicha implementación, y la obligatoriedad, dada la necesidad de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por la posible existencia de psicopatologías en los padres y carencia de estrategias para afrontar la separación y duelos; aunado a que a veces en las separaciones hay muy altos grados de conflicto, que no permiten toma de decisiones que los disminuyan; por lo que el nombramiento de un coordinador parental debe ser realizado por un juez, dándole acceso a todos los documentos del caso, permitiéndole ajustar los objetivos o el plan de trabajo, con un debido proceso evaluativo, y la firma de un contrato de trabajo, esto a fin de que se conozcan las expectativas de los involucrados, informando al juez para su aprobación y ajustes necesarios.

Así, los autores plantean que el coordinador parental debe ser un experimentado profesional, con amplio conocimiento del derecho de familia, desarrollo infantil y del sistema familiar, resolución de conflictos, y que a su vez haga parte de grupos interdisciplinarios –abogados, psicólogos, trabajadores sociales, pediatras, psiquiatras, mediadores- que le permitan desmarañar los conflictos de las partes. Para la implementación de la coordinación parental, los autores plantean una debida sensibilización de importancia y necesidad de la misma, ello a través de conferencias, congresos, acciones de lobby jurídico, etcétera; ello seguido de planes piloto con la colaboración de los ministerios de justicia, universidades, colegios especializados, juzgados de familia, tribunales y cortes; para después realizar una difusión de los resultados del proyecto piloto, a través de nuevamente, conferencias, con-

gresos, simposios, clases y cátedras especializadas, etcétera.

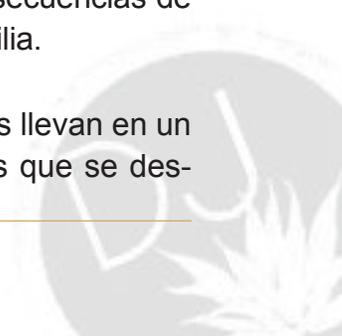
Es importantísimo que las universidades y facultades formulen planes académicos que permitan la certificación profesional de los coordinadores parentales; y finalmente crear legislación, que regule la coordinación parental y permita a los coordinadores laborar tanto en el ámbito público como en el privado.

Los autores nos señalan que en los retos para la implementación de la coordinación parental, es que debe ser reconocida por los tribunales de justicia como una herramienta que les permitirá conocer adecuadamente el entorno de las familias y reconducir sus sentencias, y lograr que la sociedad lo identifiquen como una oportunidad positiva para lograr aminorar los conflictos derivados de una separación y divorcio.

Y finalmente, que es indispensable desarrollar pruebas psicométricas escalas y protocolos adaptados a la población latinoamericana, para evaluación objetiva de sus miembros, fortaleciendo los puentes de comunicación entre la psicología jurídica, forense y la terapia de integración.

En el segundo capítulo de la obra, denominado **FRENTE A LOS CONFLICTOS MUY CONTENCIOSOS DERIVADOS DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO, LA COORDINACIÓN PARENTAL**, se aborda el divorcio y separación de las parejas así como las consecuencias de ello para los miembros de la familia.

En este apartado los autores nos llevan en un recorrido por estadísticas de las que se des-



prende un aumento considerable de divorcios con respecto a los matrimonios que se llevan a cabo; para adentrarnos en el proceso de la separación y su impacto en los descendientes, así como el surgimiento de conflictos que finalizan judicializados, que afectan a las partes, tanto en el estado anímico como financieramente.

Seguido a ello, nos exponen una serie de conductas de las parejas que elevan la conflictividad de los procesos de separación, así como a través de la terapia familiar y la mediación los tribunales buscan gestionar las problemáticas familiares, pero como se vuelven ineficaces ante separaciones que se vuelven muy conflictivas.

Aquí apelan a la idoneidad de la coordinación parental para estos casos, pero que para ello es necesario que participen profesionales de alto nivel, en particular en psicología jurídica, terapia de pareja, de duelo, etcétera; reiterando que debe ser obligatoria y ordenada por un juez.

Seguido de ello, nos presentan el panorama actual de la coordinación parental en España, indicándonos que se encuentra en estado *gestacional*, habiendo llegado a partir del año 2000, dada la necesidad de atender las necesidades de los menores inmersos en las actitudes conflictivas de sus padres, a fin de responder expectativas contrapuestas de las familias y los operadores jurídicos.

Nos indican como se ha dado la evolución de la coordinación en España, y como han contado con apoyo en asesoría por parte de Canadá en la implementación de dicho proceso,

entendiéndose en España al mismo como un sistema no adversarial de solución de conflictos centrado en el mejor interés de los menores, sostenida mayormente en la jurisprudencia dada la ausencia de legislación específica. Es importante destacar, como lo hacen los autores, que se llega a la coordinación parental a través de una sentencia judicial, en la que se establecen las reglas para su operación y selección del coordinador; y que de la aplicación de esta vía, está generando beneficios importantes para los menores, en autoconfianza, y en los padres en ahorro emocional y económico.

Ejemplifican ello con estudio de un caso, en el que indican la conflictividad alta del mismo, y judicialización de seis años, en la que la intervención del modelo de coordinación parental dio un resultado positivo, logrando el cumplimiento de las sentencias judiciales y gran satisfacción y agradecimiento a la coordinación parental.

A continuación realizan los autores un análisis de la coordinación parental desde la evidencia científica, ello a partir del estudio de un trabajo de Parada y Fariña de 2018, búsquedas en redes y referencias bibliográficas de lo que obtuvieron datos importantes que validan su eficacia, pero que dado el pequeño tamaño de la muestra encontrada y su localización geográfica no es representativa ni concluyente.

En lo relacionado al tercer capítulo **ALGUNAS ALTERACIONES PSICOPATOLÓGICAS RELACIONADAS CON LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO**, los autores nos adentran a las psicopatologías que suelen padecer quienes enfrentan un proceso de sepa-

ración y divorcio, es decir los *sufrimientos y dolores del alma y de la mente*.

En este apartado se centran en identificar las alteraciones clínicas que padecen las personas que sufren el proceso de una separación o divorcio, y como afectan sus conductas y los daños que pueden ocasionar a sus hijos; precisando que la mayoría de las personas logran sobreponerse a estos *dolores* al paso de los años, sin embargo un porcentaje no logra hacerlo y no pueden adaptarse a sus nuevas circunstancias.

Haciendo uso de las estadísticas de las Organización de las Naciones Unidas, logran evidenciar una tendencia mundial de disminución de los matrimonios, y que en varios países el número de divorcios va en aumento; precisando el fenómeno que ocurre en México que es similar a Europa, de ascenso pronunciado de divorcios y caída de matrimonios, apoyándose para tal conclusión en las estadísticas del Inegi y su Encuesta Nacional de Ocupación. Los autores son enfáticos en resaltar que el fenómeno del divorcio es complejo, y que debe ser abordado de manera interdisciplinaria, y que debe considerarse a la coordinación parental como una respuesta a este fenómeno y sus complejidades, sobre todo en cuanto hace a las necesidades y derechos de los menores, que puede ser utilizada o empleada con éxito en centros de trabajo, de justicia como en el área académica.

Además, puntualizan con claridad que existe una importante área de oportunidad en las comunicaciones y tránsitos entre la psicología y la administración pública, los cuales serían particularmente beneficiosos entre la psicología

jurídica y la psicopatología y el derecho, pro que no se han tendido los puentes suficientes para ello.

En este punto dejan en claro que la oferta académica de posgrado existente a nivel nacional es baja, de apenas 33 programas de posgrados de los 2,394 programas de posgrado de calidad existentes, son con relación a la Psicología y ninguno de ellos relacionado con la Psicología Jurídica o psicopatología forense, con lo cual no parece existir posibilidad de alcanzar los conocimientos necesarios sobre la importancia de la psicología jurídica en el derecho familiar.

Mientras que, indican, a ello debe agregarse la poca participación de la población en la educación superior, lo que según los números y porcentajes que presentan, es desalentador, pues sólo el 1% de la población estudiara un posgrado; lo que sin duda impacta en la coordinación parental y la necesidad de una educación especializada de sus operadores.

A continuación los autores nos presentan un catálogo de las alteraciones relacionadas con el divorcio, pero de países desarrollados, que en el caso de México y países de Latinoamérica es deficiente, y que se explica por la carencia de investigación científica de alta calidad, sobre todo en las áreas de psicología jurídica, neurociencia y la psicopatología forense.

Son de notarse que los porcentajes de población a nivel mundial que padecen alguna psicopatología y consumo de drogas es alto, del 20% aproximadamente, y en México el porcentaje es de aproximadamente 10%, y del 2.78% para trastornos depresivos, y que

el manejo de estos datos son de importancia para los operadores de la Coordinación Parental, pero que deben tomarse con cautela.

Los autores nos señalan que en el contexto anglosajón hay numerosos estudios sobre la relación entre los divorcios y las psicopatologías, detectando que la salud física y mental de los hijos de las parejas que atraviesan un divorcio, también sufren alteraciones significativas como depresión y ansiedad, sentimientos de abandono, ira, rechazo entre otros, y si el divorcio es en edades tempranas, hay probabilidades de que sufran algún trastorno emocional en la edad adulta.

Estos estudios, señalan, también revelan que las madres casadas sufren menos estrés y ansiedad que las madres solteras o divorciadas, así como que quienes pasan por un proceso de separación pueden presentar riesgos de salud, por ejemplo tasa de mortalidad mayor. En Latinoamérica hay muy pocos estudios enfocados a estos temas, lo que, señalan los autores, evidencia la urgencia de implementar mecanismos que permitan atender de forma oportuna los divorcios y prevenir las alteraciones clínicas derivadas del mismo.

Los autores, al analizar el programa español “Ruptura de pareja, no de familia”, encontraron que es capaz de eliminar y minimizar los efectos negativos que produce la separación tanto en los menores como en sus progenitores, disminuyendo el conflicto en la relación parental, y la judicialización; programa que refieren, puede adaptarse al contexto de cada país, y sumarse a programas de coordinación parental, aprovechando la psicología jurídica y la justicia terapéutica, que son en

la actualidad de muy alta importancia para la los tribunales de justicia, ya que esta ciencia y herramienta pueden ayudar a resolver problemáticas graves derivadas de los divorcios. Resaltan la importancia de que los Poderes Judiciales hayan iniciado ya con direcciones de psicología para apoyo judicial, como lo es el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, los cuales piensan deben evolucionar a Institutos de Psicología Jurídica y Forense, pues de esa manera serían espacios vinculados a las universidades e instituciones dedicadas a la investigación, y así hacer más eficaces convenios de colaboración, impulsando de esta manera la coordinación parental.

En las **CONSIDERACIONES FINALES**, los autores señalan que es clara la evidencia de que el divorcio y la separación de una pareja genera en ellos como en sus hijos, sentimientos y alteraciones que tienen efectos inmediatos como a largo plazo, inclusive daños en la salud mental que requieren la atención institucional; pero reconocen que la coordinación parental no es una panacea a dichos problemas, pero que si resulta una herramienta valiosa y vía adecuada para la solución de los conflictos de las partes.

APRECIACIÓN DEL LECTOR

La obra Coordinación Parental: Una respuesta a los Divorcios Conflictivos, me parece visibiliza de forma especial una problemática existente que cada día crece más, el aumento de divorcios y la judicialización innecesaria de sus consecuencias, encontrando cada vez más conflictividad elevada entre las parejas que se separan; y como ello absorbe una gran

cantidad de recursos y tiempo de las instituciones judiciales y de las herramientas de que disponen para tratar de solucionar dichas diferencias.

Considero que en la obra se aportan datos y estudios relevantes que comprueban sus afirmaciones de manera contundente, evidenciando las consecuencias para los involucrados, en especial los menores, y sobre todo las de índole de largo plazo, que se manifiestan en la edad adulta.

Pero el esfuerzo de los autores va también a proponer una vía a través de la cual las personas pueden plantear y resolver sus diferencias, con el apoyo de especialistas y de herramientas como la psicología jurídica y la terapia de integración familiar, que por su naturaleza son capaces de ayudar en gran medida no solo a la solución de los conflictos entre las partes, sino a sobrellevar y superar las consecuencias de los mismos, sobre todo a los menores a través de un adecuado acompañamiento.

Comparto su sentir y afán, y me es evidente que la labor jurisdiccional requiere cada vez más de apoyo de otras ciencias, y de trabajar en conjunto con ellas a fin de solucionar más eficazmente las problemáticas sociales, en particular en el área del derecho familiar, y considero que el medio para ello que se plantea en este libro es adecuado para tal fin, por los beneficios y posibilidades que plantea.

Considero que debe ser analizada la posibilidad de que los centros de convivencia que muchos poderes judiciales ya han desarrollado puedan servir de base sólida para la im-

plementación de la coordinación parental, ya que en dichos centros ya se realizan labores de terapia de integración familiar, así como evaluaciones indispensables para la toma de decisiones judiciales.

La presente obra estimo es muy recomendable, no solo para los especialistas en psicología, sino también en el derecho, y más si figuran como operadores jurídicos institucionales, y que en conjunto a otras obras de la casa editorial Manual Moderno, como lo es *La capacidad y coordinación parental en la custodia de los menores* resultan sumamente valiosas en el quehacer jurisdiccional.

Antonio Filiberto Vega Pérez

Maestro en Derecho Mercantil

Doctorando de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León









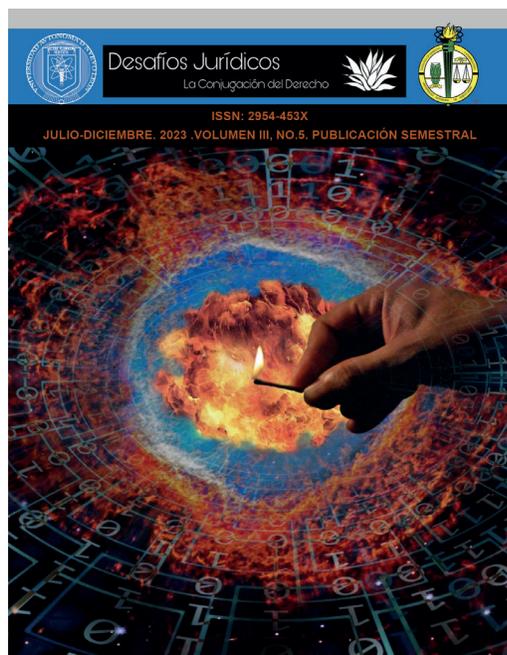
Fotografía: "Ponderación", Daniel Vázquez Azamar

Crítica Invitada

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Juan Antonio García Amado (SÍLEX Formación Jurídica)

¿En qué sentido ponderan los tribunales españoles cuando resuelven conflictos entre derecho al honor y derecho a la libertad de información? pp. 124-137. Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Paola Stephania Muñiz Lupian

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar "Burning Metaverse" © 2023

¿En qué sentido ponderan los tribunales españoles cuando resuelven conflictos entre derecho al honor y derecho a la libertad de información?

Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023

Por: Juan Antonio García Amado*

* SÍLEX Formación Jurídica

PLANTEAMIENTO. REGLAS DEL MONTÓN

Lo que hacen los tribunales españoles en ese tipo de conflictos es explicado en reiteradísima jurisprudencia. Veamos un ejemplo de tantos. En la sentencia 334/2022 de la Sala Civil del Tribunal Supremo, fundamento sexto, leemos:

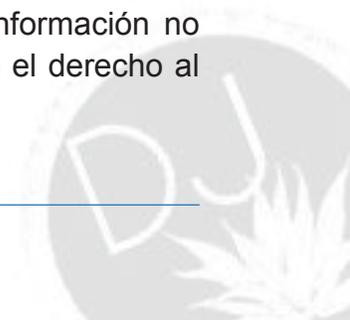
Con arreglo a la doctrina jurisprudencial de esta sala, cuando entran en conflicto el derecho al honor y la libertad de información, la prevalencia que en abstracto corresponde a la segunda solo puede justificarse en el caso concreto mediante un juicio de ponderación ajustado a las circunstancias del caso en el que ha de estarse a la concurrencia de los siguientes tres presupuestos: (i) interés público informativo, es decir, que se trate de informaciones sobre asuntos de interés general, sea por la materia a la que aluda la noticia, o por razón de las personas afectadas; (ii) veracidad de la información, entendida como diligencia

en la averiguación de los hechos, (iii) y proporcionalidad, en el sentido de que en la comunicación de las informaciones se prescinda de insultos o de expresiones o frases inequívocamente injuriosas o vejatorias, y por tanto, innecesarias a este propósito, para cuya valoración debe estarse al contexto.

Es doctrina plenamente asentada por el Tribunal Constitucional en abundantísimas sentencias.

De lo que se está tratando es de si, conforme también a la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, una información constituye o no intromisión ilegítima en el derecho al honor de un sujeto.

Lo que así se ha venido estableciendo jurisprudencialmente es que una información no supone intromisión ilegítima en el derecho al honor si:



- (i) Hay un interés público general en el contenido de la información.
- (ii) Esa información es veraz.
- (iii) Al informar no se pone, respecto del sujeto afectado, una carga expresiva negativa que vaya más allá de lo necesario para dar cuenta de los hechos.

Si esas son las tres condiciones que se exigen, hay que concluir que la ausencia de cualquiera de ellas determina que haya intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Tenemos la estructura perfectamente condicional de una norma de lo más común, con su antecedente y su consecuente: **si una información tiene interés público general, es veraz y no contiene expresiones innecesariamente negativas sobre el sujeto al que se menciona, entonces esa información no es intromisión ilegítima en el derecho al honor.**

Con esa regla se hace un razonamiento interpretativo-subsuntivo perfectamente ortodoxo, típico. Exactamente igual que con una que dijera, por ejemplo, que los que tengan rentas superiores a cincuenta mil euros, tengan menos de sesenta años y no estén jubilados estarán obligados a hacer la declaración del impuesto sobre la renta.

Téngase en cuenta que la mencionada regla funciona sin excepción en la jurisprudencia española, en el sentido de que esas son las condiciones, puestas por el Tribunal Constitucional en desarrollo combinado de las normas de los artículos 18 y 20 de la Constitución, para que una información no se pueda tener por vulneradora del derecho al honor. No es

que, al ver las circunstancias y particularidades de cada caso, la jurisprudencia ponga y quite condiciones, sino que esas son las que uniformemente se aplican, talmente como si estuvieran escritas en la Constitución misma. Y no es que a se tomen las tres como variables con mayor o menor peso, sino que sólo se valora si concurren o no concurren, con todo lo que de discrecional inevitablemente haya en esa valoración judicial. Si concurren, no hay intromisión ilegítima en el derecho al honor, sino ejercicio legítimo de la libertad de expresión. No se trata de que la afectación negativa del honor sea menor que la afectación positiva de la libertad de expresión y que haya que pesar lo uno y lo otro, sino de que se ha establecido jurisprudencialmente una clara regla aplicable a esos casos.

En cualquier asunto de este tipo **lo que hacen los tribunales es, pues, valorar si esas tres condiciones legitimadoras de la información concurren.** Se trata de una actividad valorativa porque no supone meras comprobaciones fácticas, como cuando se constata si el que realiza cierta acción tiene cierta edad o domicilio en determinado lugar. Estamos más bien en esos supuestos, tan habituales, en que las condiciones jurídicamente exigidas abocan en primer lugar a la interpretación de los términos, para concretarlos de manera que puedan ser aplicados en el caso respectivo. Es valorativa esa labor de concreción del sentido de “interés público”, “veracidad” o componente negativo de la expresión y es valorativa también la aplicación al caso concreto. Por ejemplo, una vez que se ha precisado interpretativamente todo lo posible qué hace veraz una información, habrá que ver si esas características que se

estipulan como definatorias de la veracidad se dan o no en el caso, y esto tampoco es una simple comprobación derivada de una sencilla observación sensorial.

¿Es eso ponderar? Sí lo es si empleamos como equivalentes los términos ponderar y valorar. Se pondera o se valora ahí del mismo modo en que lo hace el juez penal que interpreta qué significa “alevosía” en el artículo 139.1 del Código Penal y que luego ve si lo que en los hechos del caso se ha dado cuadra o no con esa caracterización interpretativa de las propiedades de la alevosía.

Una comparación, de entre tantas posibles. Veamos la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto, también llamado enriquecimiento sin causa. La jurisprudencia española viene aplicando los requisitos que bien resume la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 31 de marzo de 1992, en su fundamento tercero:

La reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor, representado por un «damnum emergens» o por un «lucrum cesans»; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento, y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

Este del enriquecimiento injusto es señalado en la doctrina civil como un principio de creación jurisprudencial para colmar una laguna en el sistema. Así lo explica, entre tantas,

la sentencia de 110/2006 del Tribunal Supremo, Sala Civil, fundamento tercero:

Además de no responder al concepto, tampoco el presente caso cumple un presupuesto del principio del enriquecimiento injusto, que es la subsidiariedad, en el sentido de que se aplica al caso cuando no hay norma legal -por ejemplo la que regula un contrato- que lo contemple y así lo han declarado, entre otras, las sentencias de 18 de diciembre de 1996 y, rotundamente, la de 19 de febrero de 1999. Lo que significa que si la ley prevé una determinada acción, como la derivada de un contrato, no puede alegarse este principio general.

De nuevo tenemos una regla jurisprudencialmente sentada en uso del carácter complementario que la jurisprudencia tiene en nuestro sistema. Esa regla podemos similarmente formularla así: **si ha habido un aumento del patrimonio de una persona, un correlativo empobrecimiento del otro, si no hay causa legal para ese enriquecimiento y si no hay ninguna ley que justifique que el beneficiado se quede con el importe del enriquecimiento, entonces hay enriquecimiento injusto (con las consecuencias subsiguientes).**

¿Acaso no es la misma estructura de regla?
¿Acaso alguien diría que aquí estamos ante un ejercicio de ponderación que obligue a algo así como a comparar los pesos de las razones de uno para enriquecerse y las del otro para recuperar lo que perdió? No, no hay nada de eso ni en uno ni en otro caso. Hay reglas jurisprudencialmente sentadas que no se aplican mecánicamente, sino con el

inexorable margen valorativo que el iuspositivismo siempre ha señalado como definitorio de la actividad judicial y compatible con el sometimiento del juez al Derecho positivo.

Hagamos una comparación más, volviendo al campo constitucional. Recordemos el artículo 18.2 de la Constitución:

El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

En esta ocasión es el propio texto constitucional el que pone tres condiciones, aquí no concurrentes, sino alternativas, que, si se cumplen, hacen constitucionalmente lícita la práctica de registros domiciliarios. Una vez más, tendrá por vía interpretativa y valorativamente que interpretarse, caso a caso, cuándo hay o no hay o cómo puede o debe expresarse el consentimiento del titular, por ejemplo, o qué delito es flagrante y cuál no merece ese calificativo, pero **eso no es ponderar un principio contra otro para ver cuál pesa más, sino ejercicio ordinario del margen acotado de discrecionalidad interpretativa de los tribunales.**

A efectos prácticos nada esencial cambia si lo que los tribunales aplican es una regla así legal o constitucionalmente sentada o una regla puesta por la propia jurisprudencia, y más cuando es vinculante la jurisprudencia en cuestión y no es jurisprudencia *contra legem* sino complementaria de la legalidad.

Son normas que tienen todo el carácter de las reglas y que los tribunales aplican como re-

glas, incluido el Tribunal Constitucional español, aunque le guste decir que pondera para homologarse con la doctrina mediterránea o del Mar del Norte.

LO QUE SÍ ES PONDERAR, SEGÚN EL IUSMORALISMO PRINCIPIALISTA

Eso no es ponderar en el sentido de la teoría jurídica principialista, representada al respecto con la máxima autoridad por Robert Alexy. Repito, lo que de valoración hay en todos los pasos de creación de tales normas y de aplicación de las mismas, interpretación mediante, podemos llamarlo ponderación si así preferimos, pero, sea con el nombre que sea, estaremos reconociendo que **se trata de un razonamiento discrecional que opta entre decisiones compatibles con la regla aplicable**, pero que no está jurídicamente legitimado para vulnerarla. Insisto, la ponderación alexiana es cosa bien diferente, puesto que es una herramienta dispuesta para justificar también las decisiones *contra legem* y porque pretende que no es ejercicio de discrecionalidad, sino cálculo objetivo de pesos tendente a dar con la única respuesta correcta en Derecho para el caso, incluso cuando tal respuesta es opuesta a toda norma de Derecho positivo que venga al caso.

El núcleo de la ponderación alexiana es el test de proporcionalidad en sentido estricto, que podemos explicar así: Cuando de resultados de una conducta que supone afectación positiva de un derecho fundamental del actor o de un principio constitucional de otro tipo (como son los relativos a bienes colectivos, como interés general, v.gr.), se produce una afectación negativa o algún grado de daño para un derecho

de otro sujeto o para un principio constitucional de otro tipo, aquella conducta **es constitucionalmente legítima si lo que pierde el derecho o principio negativamente afectado es menos o igual que lo que gana el derecho o principio positivamente afectado.**

Ahora en las palabras de Robert Alexy, cuando en relación con lo que llama el principio de proporcionalidad en sentido estricto sintetiza la que denomina 'ley de la ponderación':

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro

(R. Alexy, "Las normas de derecho fundamental y los derechos fundamentales", en R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima, Palestra, 2019, p. 82).

La mecánica de comparación circunstancial del peso de cada derecho o principio concurrente la explica Alexy así:

La ley de la ponderación que se acaba de presentar muestra que la ponderación puede dividirse en tres subetapas. Una primera etapa consiste en la determinación del grado de insatisfacción o afectación de uno de los principios. Se puede hablar en este punto de la intensidad de la intervención en P_j , que puede formularse como IP_j . Más adelante la referencia implícita a las circunstancias del caso que se decidirá (C) deberá hacerse explícita. En un segundo paso se debe determinar la importancia de la satisfacción del principio que se contrapone. En

este punto, se debe hablar de la importancia de la intervención en P_i que justifica el principio P_j , lo que se debe formular como WP_j . En un tercer paso, se debe determinar la relación de prelación condicional que estipula la ley de la colisión. Esto se puede describir como la esencia de la ponderación.

R. Alexy, "La ponderación en la aplicación del Derecho", en Alexy, *Ensayos*, p. 96.

Más claramente, de nuevo con Alexy. Dice que la **ley de la ponderación** o 'fórmula' de la ponderación funciona así:

Esta fórmula permite reconocer que la ponderación está compuesta por tres pasos. En el primer paso se debe determinar el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Esto es, cuando se trata de la dimensión de defensa de los derechos fundamentales, dicho grado de no satisfacción corresponde a la intensidad de la intervención. En un segundo paso debe definirse la importancia de la satisfacción del principio que se contrapone al primero. Finalmente, en un tercer paso, se debe definir si la importancia de la satisfacción del principio que se contrapone justifica la afectación o la no satisfacción del otro"

R. Alexy, *El derecho constitucional y el derecho infraconstitucional -La jurisdicción constitucional y las jurisdicciones especializadas*, en Alexy, *Ensayos*, p. 130.

Lo que pesa son las razones que en cada caso sostienen cada principio o derecho concurrente. Refiriéndose al caso *Titanic*, que tanto usa como muestra, dice Alexy:

*“Lo decisivo en esta decisión se encuentra en las determinaciones del grado de la afectación de los derechos que están en juego. Las ponderaciones consisten esencialmente en estas gradaciones. La ley de la ponderación lo expresa mediante la exigencia de que **las razones que justifican la intervención deben pesar tanto más, cuanto más intensa sea la intervención**. Si se parte de las gradaciones del Tribunal Constitucional Federal, debe concluirse que, en el caso expuesto, la libertad de expresión, debido a su restricción grave, en comparación con una afectación más leve del derecho al buen nombre, fundamenta el juicio conforme al cual es inadmisibles imponer una sanción a causa del uso del apelativo de ‘asesino nato’. Bajo estas condiciones, en el sentido de la ley de colisión antes expuesta, dicha libertad prevalece sobre al derecho al buen nombre. Por el contrario, **la afectación muy grave del derecho al buen nombre fundamenta la imposición de la sanción cuando se trata del uso del apelativo de ‘tullido’**. Bajo estas condiciones, este derecho prevalece sobre la libertad de expresión.*

R. Alexy, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en Alexy, *Ensayos*, p. 75.

LO QUE HACEN REALMENTE LOS TRIBUNALES, AUNQUE LO LLAMEN PONDERAR

No es eso lo que hace el Tribunal Constitucional español cuando dice que pondera entre libertad de información y derecho al honor.

No compara, ni en abstracto ni caso a caso y según las circunstancias de cada uno, cuán de intensa es la afectación negativa del derecho al honor y cuánta es la intensidad de la afectación positiva del derecho de libertad de información, sino que aplica la regla mencionada según una lógica binaria completamente acorde con los esquemas del razonamiento interpretativo-subsuntivo:

Si se dan las circunstancias a, b y c que con carácter general y abstracto en el antecedente de la regla se describen, entonces no hay vulneración del derecho al honor.

Si no se da alguna de esas circunstancias, entonces sí hay vulneración del derecho al honor.

Sencillamente así.

Ya sabemos que las condiciones que configuran el antecedente de la regla son: interés público de la información, veracidad y no empleo de expresiones innecesariamente negativas o afrentosas.

Veamos esto tomando como muestra la sentencia 852/2021 de la Sala Civil del Tribunal Supremo. Se trataba de decidir si vulneraba el derecho al honor una información que la persona demandada había publicado en la red social Facebook y que decía así, tal como la recoge la propia sentencia:

El próximo 17 de junio de 2019 Margarita declarará como INVESTIGADA ante el juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 2 de Nules por presuntos delitos de Prevaricación y Tráfico de in-

fluencias en el nombramiento del Inspector de Policía <<A dedo>> el 3 de mayo de 2017 por Decreto de la Alcaldía cuando no había siquiera plaza de inspector legalmente ofertada ¡¡¡ Con galones y sueldo y complementos de inspector y acta de <<toma de posesión>> como funcionario del Grupo A2 cuando solo era Oficial del Grupo C1. Por si fuera poco, aprovechando que la Secretaria titular -yo- había sido operada por urgencia, prepararon las bases de la Plaza para que el susodicho pasara a ocuparla <<en propiedad>> por <<concurso oposición>> preparado para él solo. El propio inspector en declaración ante el juzgado reconoció que las bases con el temario y las condiciones de las pruebas las hizo él mismo desde su ordenador. Y también el mismo eligió <<su Tribunal calificador>>.

El juzgado de primera instancia había fallado que sí había vulneración del derecho al honor, ya que en el texto se vertían expresiones tendientes a desprestigiar al demandante y se le atribuían declaraciones que no había hecho, lo cual contradecía la exigencia de veracidad. Hubo recurso de apelación y la segunda instancia ratificó la condena a indemnizar por intromisión ilegítima en el derecho al honor, aduciendo que eran innecesarios los términos despectivos y ofensivos utilizados, se aprecia intención de desprestigiar y se atribuyen al afectado expresiones que no había empleado. Se interpone recurso de casación y, en esta sentencia de la que nos ocupamos ahora, el Tribunal Supremo da la razón a la demandada y concluye que no hubo atentado contra el derecho al honor. ¿Cómo lo argumenta? Con las siguientes razones:

(i) El interés general que tiene la información en cuestión:

“Nos encontramos ante un asunto de interés general, relativo al concurso de una plaza de inspector de la policía local de un ayuntamiento, así como a la existencia de un procedimiento penal incoado por tales hechos, por presunto delito de prevaricación y tráfico de influencias, en el que figura como investigada la alcaldesa de Almafara”. “Por otra parte, la información se refiere a personas que cuentan con un perfil público, como es la denunciada y el demandante, en su condición de funcionario, que desempeña un cargo de relevancia, como es el de inspector jefe de la policía local”.

Estamos ante una valoración del Tribunal en cuanto a si se cumple o no la primera de las condiciones de la regla que conocemos, la del interés público de la información. Valora que sí hay tal interés y justifica esa valoración con los dos argumentos relacionados que acabamos de ver: la existencia de un procedimiento penal en marcha y el perfil público de los aludidos en la información.

(ii) No se usan expresiones peyorativas innecesarias por relación a lo que se quiere informar porque tiene interés público:

“La demandada transmite unos hechos, que no se acompañan de connotaciones peyorativas que sobrepasen los límites de la libertad de información, con vulneración del principio de proporcionalidad”.

Atención a ese “principio de proporcionalidad”, sobre el que de inmediato volveré.

Lo no adecuado o “desproporcionado” de las afirmaciones que sobre el afectado la información contenía se sigue justificando así:

“La circunstancia de que se señale que se hizo el nombramiento <<a dedo>>, en el sentido de tratarse de una designación discrecional y directa, con carácter provisional, por decreto de la alcaldía, el día siguiente en el que, por otra resolución de la misma clase, se aprobase la creación de la plaza de inspector de la policía local del ayuntamiento, tampoco encierra expresiones indiscutiblemente injuriosas o innecesarias a la finalidad de la información que se pretende transmitir, la cual se halla constitucionalmente amparada”.

Estamos ante una valoración del Tribunal en cuanto a si se cumple o no la tercera de las condiciones de la regla que conocemos, la de que no se contenga en la información una carga expresiva negativa que vaya más allá de lo necesario para dar cuenta de los hechos. Valora que no hay tal carga y justifica esa valoración del modo que acabamos de observar.

LA APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD

Pero se menciona el **principio de proporcionalidad**. Esto puede llamar a engaño, pero es evidente que **no se juega aquí con el principio de proporcionalidad en el sentido en que lo usa Alexy**. La condición tercera que

pone la regla que conocemos es la de que no si se emplean expresiones innecesariamente ofensivas hay vulneración del derecho al honor, de lo que se infiere que, en cuanto a esta condición, no existe tal vulneración si no son así las expresiones cuestionadas. Eso fuerza a un juicio comparativo entre el objeto de la información y los términos que se usan para darla. Si un periodista informa de que un hombre se cayó al río y se ahogó y de que el informe de la autopsia se desprende que llevaba una alta tasa de alcohol en sangre cuando se produjo el accidente, la condición se cumple, pero si lo que el periodista dice es que se era un borracho asqueroso e impenitente y que por eso la autopsia muestra la tasa de alcohol con que caminaba, se está rebasando el límite que la regla pone.

¿Es eso un juicio de proporcionalidad? Ningún problema hay en llamarlo así. ¿Es un juicio de proporcionalidad en el sentido del test de proporcionalidad en sentido estricto de Alexy? No. ¿Por qué? Porque **la comparación que busca lo proporcionado se hace entre el objeto de la información y las palabras con que se informa, no entre el grado de afectación negativa del derecho al honor de uno y el de afectación positiva del derecho a la libertad de información del informante** (o, lo que es lo mismo, de lo que negativamente afectaría al derecho a la libertad de información el considerar ilegítima una información así).

Nuestros tribunales hablan continuamente de ponderación y de principio de proporcionalidad para aparentar que están a la última moda de Kiel o de Alicante y que ponderan al modo que mandan los principialistas, pero ni

pondrán así ni atienden de tal manera el principio de proporcionalidad, sino que siguen haciendo sus razonamientos interpretativo-substantivos de toda la vida, afortunadamente. Y no porque, como esos principialistas cuentan, porque acaben subsumiendo bajo la regla que nace circunstancialmente de la ponderación y como norma para el caso, sino bajo la norma previamente sentada, sea por vía jurisprudencial, como aquí sucede con los tres requisitos de la información legítima, sea por vía de enunciados positivos que se hallen en otra fuente, como cuando el artículo 18.2 de la Constitución enumera las tres condiciones alternativas para que un registro no suponga **vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio**.

De nuevo procede hacer una comparación para que acabemos de entendernos.

El artículo 139 del Código Penal tipifica el delito de asesinato y enumera las circunstancias agravantes que convierten un homicidio en asesinato. Entre ellas está la de **ensañamiento**, en el apartado 3º:

Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes... 3º Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

La aplicación de la condición de ensañamiento obliga a un juicio comparativo (además de a considerar el dolo, que es asunto distinto). No habría problema si los tribunales penales dijeran que ahí tienen que aplicar el principio de

proporcionalidad, en el sentido de que tienen que valorar si hay proporción entre la índole de lo que se quería, que era causar la muerte, y los medios de que se disponía, por un lado, y, por otro, el dolor causado a la víctima deliberadamente. Si el homicida tenía una pistola y la víctima estaba completamente a su merced y consciente, y si en lugar de matarla con un tiro en el corazón o la cabeza la mata con veinte disparos que empiezan en las piernas y sin querer que tenga una muerte rápida, estaremos ante la desproporción entre medios homicidas y dolor causado, desproporción a la que alude esa circunstancia de ensañamiento.

El juicio de proporcionalidad por el tribunal será ahí lo determinante, pero a nadie se le pasará por la cabeza que el tribunal está ponderando en el sentido de Alexy y cotejando el grado de afectación positiva de un derecho o principio y el de afectación negativa de otro.

Simplemente sucede que **entre las condiciones que una regla pueda poner en su antecedente unas son comparativas y requieren para su verificación un juicio de ese tipo, y otras no lo son**. Así, la condición que como constitutiva de asesinato pone el apartado 2 del artículo 139 del Código Penal y que consiste en que se mate a otro “Por precio, recompensa o promesa”. Si hay precio o hay recompensa o hay promesa, se cumple esa condición; si no, no. Ahí no importa nada si el precio es alto o bajo o si la promesa lo fue de algo bien sugerente o de algo trivial. No hay dos elementos para comparar buscando una proporción o similitud de grado entre ambos. Eso también lo vemos en aquella condición de la regla sobre libertad de información que

dispone que la información ha de ser veraz. O lo es o no lo es, igual que o hubo precio por el homicidio o no lo hubo. Lo cual, por cierto, es completamente compatible con los problemas interpretativos que pueda suscitar cualquier expresión que en una regla se use. Hay que ir concretando por vía interpretativa qué es la veracidad y hay que ir concretando por vía interpretativa qué es precio, pero eso no se hace tampoco aplicando un juicio de proporcionalidad y ponderando en el sentido de Alexy, sino valorando discrecionalmente y argumentando lo mejor que se pueda la opción que discrecionalmente se tome, de entre las conciliables con el tenor de la norma.

Los posibles problemas interpretativos se dan exactamente por igual en las reglas que ponen condiciones comparativas o no comparativas y tanto hay que interpretar qué significa “veracidad” o qué significa “expresión innecesariamente negativa” o “ensañamiento”, en cuanto producción de “padecimientos innecesarios para la ejecución del delito” (art. 22, apartado 5º del Código Penal). Naturalmente, las elecciones interpretativas son valorativas y, como tales, con alto contenido de discrecionalidad, y si tratamos como sinónimas las palabras “valorativo” y “ponderativo”, podemos decir que las elecciones interpretativas son “ponderativas”. Pero no tiene absolutamente nada de nada que ver con la ponderación de que habla Robert Alexy o de la que en España teorizan Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.

LA VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN

(iii) Volvamos a la sentencia y veamos ahora cómo justifica su tesis de que tampoco hay en el caso vulneración del derecho al honor por

incumplimiento del tercer requisito de aquella regla que conocemos, el de veracidad de la información. Dice el Tribunal Supremo:

En tercer lugar, analizaremos el requisito de la veracidad. Los hechos tienen el correspondiente soporte fáctico. No se trata de la divulgación de un mero rumor. Por el contrario, son conformes a la realidad, la existencia de un procedimiento penal, en trámite, por delitos de prevaricación y tráfico de influencias, en el que figura como investigada la alcaldesa de Almazara, que fue llamada a declarar, en tal concepto, como consecuencia del nombramiento del jefe de policía local.

Está sumamente arraigada en la jurisprudencia constitucional española la tesis interpretativa de que veracidad no es lo mismo que verdad y que una información es veraz cuando no se basa en meros rumores, sino que tiene un soporte fáctico real en hechos para cuya comprobación se ha aplicado un razonable esfuerzo. Esas condiciones, según el Tribunal, se daban en este caso, por lo que se cumple la condición de veracidad.

Observamos algo bien habitual en un razonamiento interpretativo-subsuntivo: la regla menciona una condición que, a su vez, se cumple si se cumplen otras subcondiciones interpretativamente puestas. Veámoslo:

Regla: Una información no vulnera el derecho al honor si es veraz

Subregla: Una información es veraz si los hechos que se mencionan han sido razonablemente comprobados.

En aplicación de la subregla, el tribunal de turno valora si los hechos han sido razonablemente comprobados, lo cual unas veces será bien claro y otras veces resultará dudoso, siendo entonces más determinante la valoración discrecional del juzgador. Y el razonamiento final queda, como en este caso, así:

Los hechos mencionados han sido razonablemente comprobados, por lo que son veraces, por lo que se cumple esa condición del ejercicio legítimo de la libertad de información.

Estamos ante una valoración del Tribunal en cuanto a si se cumple o no la segunda de las condiciones de la regla que conocemos, la de veracidad. Valora que sí hay veracidad y justifica esa valoración como se acaba de señalar. Pero, como ya es usual, el Tribunal vuelve a tratar de legitimarse ante la teoría dominante, a base de usar un lenguaje equívoco o impostado, el de la ponderación. Lo hace en su conclusión, tras haber realizado ese triple razonamiento de cariz indudablemente interpretativo-subsuntivo:

En el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, es preciso tener en cuenta el interés general de la información, el carácter público de las personas a las que se refiere la noticia, la circunstancia de no haberse empleado términos indiscutiblemente vejatorios para la persona del actor, que la información iba fundamentalmente referida a la alcaldesa de la localidad a la que se le atribuye la designación a dedo, en el contexto antes reseñado” (énfasis añadido).

No ha habido ningún juicio de ponderación en sentido ni remotamente próximo al principialismo alexiano o alicantino, y menos uno que abarque los tres elementos citados, interés público, no excesos peyorativos de la expresión y veracidad. **Ha habido tres razonamientos subsuntivos** respecto a si se cumplen o no tres condiciones puestas por tres subreglas o tres apartados de la regla que permite establecer si el ejercicio de la libertad de información ha sido correcto o si ha supuesto vulneración de un derecho fundamental, como era aquí el del honor o podría haber sido también el de intimidad o propia imagen, entre otros.

El Tribunal, con la discrecionalidad normal e inevitable, ha razonado y argumentado sobre si la información era veraz, sobre si contenía expresiones innecesariamente peyorativas en relación con el objeto de la información y sobre si tenía interés público. Esa tres condiciones las pone la norma asumida y aplicada como acumulativas y, por tanto, imprescindibles las tres, y en la sentencia vemos perfectamente cómo el Tribunal coteja los hechos que para cada condición cuentan, para ver si encajan o no bajo el supuesto de cada una de las tres condiciones y si, en consecuencia, tales condiciones se cumplen o no. Hay ahí muchas valoraciones, como siempre, pero ninguna ponderación en el sentido de la “ley de la ponderación” o “fórmula de la ponderación” de Alexy. Absolutamente ninguna.

¿CÓMO PONDERARÍA EN ESE CASO UN PRINCIPIALISTA SERIO?

¿Cómo habría tenido que resolverse el caso para que pudiéramos decir que se cumplen los pasos y modos de la ponderación de

Alexy? Hagamos ese ejercicio, aun a riesgo de resultar reiterativos y pesados.

Lo primero que resulta imprescindible, como sabemos, es **presentar el asunto como de conflicto de derechos**, no como caso de delimitación, por vía interpretativa, del alcance de normas. Así pues, tenemos que indicar que con las expresiones que en la información se contienen hay una afectación negativa del derecho al honor del sujeto demandante y hay una afectación positiva del derecho a informar de la parte demandada, afectación positiva que también podemos ver como afectación negativa de ese derecho si se estima que viola el del honor y que se debe indemnizar.

Alexy explica que para establecer el peso de cada una de esas afectaciones de los respectivos derechos en pugna se puede y se debe usar una escala triádica de leve, medio y fuerte, o mucho, regular y poco (véase, por ejemplo, R. Alexy, “La fórmula del peso”, en *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, cit., pp. 147 ss; analícese esa escala triádica prescindiendo de los excesos y desmesuras absurdas de la fórmula del peso como tal).

Pues bien, para ponderar en un caso como el de la sentencia en examen **habría que atribuir un grado de intensidad leve, medio o fuerte al daño o afectación negativa que ha tenido el derecho al honor del demandante**. Esa atribución de peso según esas tres magnitudes tiene que hacerse a la luz de las circunstancias del caso, pues cualquier cambio en los hechos puede alterar tal grado de intensidad en la afectación y hacer que lo que sin un detalle sería leve, por ejemplo, pase a ser medio o grave porque ese detalle

adicional concurre. Y lo mismo para fijar, conforme a la escala triádica, el nivel de afectación positiva o beneficio que para el derecho a informar se desprende de que se pueda informar de eso y en esos términos.

Pero estamos yendo al test de proporcionalidad en sentido estricto, tercer paso de la ponderación, según Alexy, y no podemos olvidar los dos previos, el de idoneidad y el de necesidad, que, según el autor, tienen que ver con las condiciones fácticas para el ejercicio del derecho, aquí el de libertad de informar.

El test de idoneidad establece que sólo será constitucionalmente legítimo ese ejercicio, en el caso, del derecho a informar si en verdad se está informando de algo, pues si ese derecho en nada se beneficia de que lo que se dijo, ya que, por ejemplo, no se está informando de ningún hecho, sino insultando sin más, entonces no hay legitimidad del derecho a la información, ya que propiamente ese derecho no se está ejerciendo. Esto suena muy trivial. Además, depende enteramente de una interpretación previa acerca de lo que sea “información”, aunque en esto no suela reparar la teoría principialista, que atiende poco a las interpretaciones porque tiene escaso interés en los enunciados positivos y sus significados posibles.

El test de necesidad alude a que habrá vulneración del derecho a honor si la información podría haberse presentado de una forma alternativa en la que, valiendo lo mismo la información en sí, se dijeran cosas que dañen menos el honor de quien en la información se menciona. Ese es un requisito que abre de plano las puertas a la discrecionalidad des-

medida y que no tienen nada de la objetiva exactitud que pretende, pues absolutamente siempre se podría haber usado en una información una palabra menos o una expresión algo más liviana o se podría haber omitido un dato de los que se ofrecen.

La conclusión es que en un caso como el analizado en esta sentencia, el Tribunal podría haber dicho que hay vulneración del derecho al honor porque eso no es informar, sino maledicencia sin más, o que se vulnera tal derecho porque no se usan los medios expresivos y los datos menos perjudiciales para informar de lo que en verdad importa que se sepa. Por suerte, los tribunales españoles no suelen todavía recurrir a tan bajas argucias para decidir enteramente como les plazca y con sólo argumentos tan traídos por los pelos o tan “flexibles”.

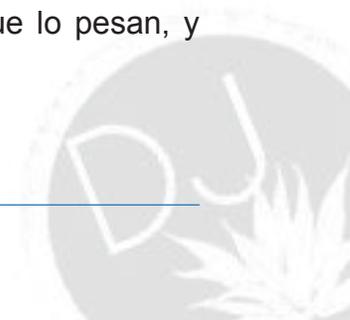
Así que volvamos al test de proporcionalidad en sentido estricto o fórmula de la ponderación. Antes, al inicio de este apartado, recogimos los hechos probados, tal como en la sentencia aparecen. Sugiero al amable lector que los repase y que cuando los tenga claros y los recuerde todos, pondere como Dios manda y compruebe si es mayor la merma del honor de uno o el beneficio para el derecho a informar del otro. Y al ponderar así, no olvide que, según Alexy y la multitud que lo sigue y lo glosa, ponderar no es hacer un ejercicio de discrecional, de valoraciones indefectiblemente marcadas por la subjetividad del que figuradamente sopesa, sino que hay una pretensión severa de objetividad. Por eso la carga de la argumentación que tiene el que pondera consiste, en un caso como el presente, en nada más que subrayar las circunstancias fácticas

de las que depende el peso que asigna a un derecho y al otro.

Porque, aunque la doctrina oficial diga que lo fáctico cuenta nada más que para el test de idoneidad y el de necesidad, no es cierto, ya que de sobra se ve que son las peculiaridades fácticas de cada caso las que supuestamente determinan el peso de los derechos que se han presentado como enfrentados; y más cuando el peso abstracto de los derechos-principios en liza es el mismo, como aquí sucedería entre el derecho al honor y la libertad de informar.

Al menos los tribunales españoles toman normas o las elaboran complementariamente a las constitucionales y legales y luego ven si los hechos encajan o no encajan bajo su antecedente. La ponderación alexiana, en cambio, es ciento por ciento casuística, y más cuando se trata, como aquí, de supuestos conflictos de derechos.

Que haya norma, como hay aquí, en la jurisprudencia española, significa que se tiene cómo determinar si concurre vulneración del derecho al honor o legítimo ejercicio de la libertad de información: aplicando la norma, que funciona como general y abstracta, aunque siempre con márgenes para la interpretación, en lugar de dejar el campo abierto para un pesaje enteramente subjetivo que, para colmo, se presenta como objetivo, certero y apenas necesitado de más argumento que el señalar con el dedo los hechos del caso, que pesan lo que pesan porque lo pesan, y ya está.







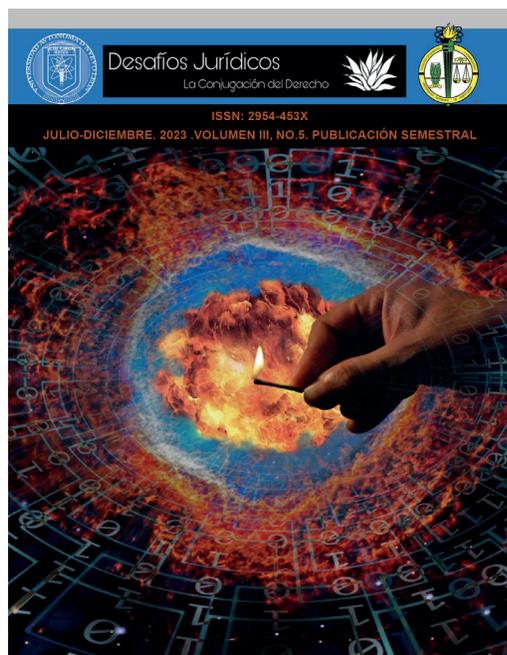
Fotografía: "Nicho Protegido", R. Badii

Crítica

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Mario César Hernández Monreal (Gobierno del Estado de Nuevo León)

La Tutela efectiva como derecho humano protector contra las normas procesales obstaculizadoras al acceso de la jurisdicción, a la luz de lo resuelto por el tercer tribunal colegiado en materia civil del cuarto circuito al conocer del juicio de amparo directo pp. 140-151. Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos

al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Paola Stephania Muñiz Lupian

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “**Burning Metaverse**” © 2023

La Tutela efectiva como derecho humano protector contra las normas procesales obstaculizadoras al acceso de la jurisdicción, a la luz de lo resuelto por el tercer tribunal colegiado en materia civil del cuarto circuito al conocer del juicio de amparo directo

Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023

Por: Mario César Hernández Monrreal*

* Gobierno del Estado de Nuevo León

Resumen. Se analizan los alcances de la Tutela Jurisdiccional Efectiva y su impacto en los parámetros establecidos por las normas procesales que rigen los juicios del orden civil en el Estado de Nuevo León, bajo las directrices marcadas en el escrutinio constitucional realizado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, quien estimó que establecido en el artículo 418 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León constituye una norma obstaculizadora para acceso a la justicia.

Palabras clave: Tutela Judicial Efectiva. Control Difuso. Acceso a la Justicia. Debido proceso. Normas Procesales.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Deliberación. IV. Decisión. V. Reflexiones. VI. Bibliografía.



I. INTRODUCCIÓN.

Los criterios adoptados por los Tribunales revelan la tendencia que se sigue en la impartición de justicia, aun tratándose de tesis aisladas, ya que per se constituyen precedentes orientadores.

De ahí la importancia que se analicen de forma reflexiva aquellos que por su impacto resultan relevantes, para conocer la justificación del actuar de las autoridades jurisdiccionales y replicarlos en casos análogos.

Así en el presente artículo se presenta un análisis jurídico de un caso, en donde, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito estima que el artículo 418 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, constituye una norma obstaculizadora del acceso a la justicia.

Análisis cuya génesis parte desde los propios antecedentes, situación que nos permite conocer el contexto real del caso presentado ante el Tribunal Colegiado, y conocer las consideraciones que fueron tomados en cuenta en su deliberación.

Después se realiza el estudio de la deliberación y decisión para comprender el ejercicio lógico-jurídico esbozado por dichos juzgadores al momento de dictar su fallo y poder replicarlo en otros asuntos análogos.

Una vez hecho lo anterior se expresan algunas reflexiones que coadyuvan a la comprensión de los principios aplicados en el criterio, y se abonará un elemento dogmático en la praxis jurisdiccional.

De manera que, al concluir este ejercicio jurídico, el lector tenga elementos lógico-jurídicos que lo apoyen su actividad de justicia cotidiana, y pueda aplicarlos en aquellos casos, que, por su similitud, resulten análogos.

I. ANTECEDENTES.

La problemática se desarrolla dentro de un juicio sucesorio de intestado, que conoce un Juez de lo Familiar, quien después del trámite respectivo, dicta resolución sobre el proyecto y adjudicación del bien hereditario.

En relación con lo resuelto en dicha etapa, se solicitó la aclaración de la sentencia argumentando un error en cuanto a la superficie del bien, situación que declaró procedente el Juez de lo Familiar.

Una vez agotada la aclaración, se interpuso un recurso de apelación en contra de la resolución de origen y de la propia resolución donde se determinó procedente la aclaración.

El recurso de apelación fue desechado bajo la consideración total de que se interpuso de manera extemporánea, mientras que en contra de la resolución que declaró procedente la aclaración, se estimó que no era procedente recurso alguno al tenor de lo dispuesto por los artículos 415 y 426 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León.

Contra dicha determinación jurisdiccional, se interpuso el recurso de denegada apelación. El tribunal de alzada al emitir el fallo respectivo confirmó el desechamiento de la de apelación al considerar que en efecto se presentó de manera extemporánea y añadió que acor-

de con lo dispuesto en el artículo 418 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, la solicitud de aclaración de sentencia no interrumpe el plazo para interponer el recurso de apelación.

En contra de la determinación señalada en el párrafo anterior, se promovió el juicio de amparo directo, el cual fue radicado con el número 245/2021, por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito.

Ese órgano jurisdiccional, emitió su fallo constitucional el siete de octubre de dos mil veintidós, que originó la tesis aislada de rubro *“ACLARACIÓN DE SENTENCIA EN EL JUICIO ORDINARIO CIVIL. LA PORCIÓN NORMATIVA “NO” CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 418 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, AL IMPEDIR QUE LA INTERPOSICIÓN DE ESE RECURSO INTERRUMPA EL PLAZO PARA HACER USO DEL DIVERSO DE APELACIÓN CONTRA LA PROPIA SENTENCIA, ES INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIÓNAL.”*, que puede ser localizada en el Semanario Judicial de la Federación –de la página oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación– con el número de registro 2026445, misma que es objeto de análisis en el presente artículo.

III. DELIBERACIÓN.

De forma preliminar el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito puntualizó que goza de la facultad de realizar el control difuso de una norma, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así inicia su estudio bajo la premisa del control difuso del artículo 418 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, en el cual se establece que *“la interposición del recurso de aclaración no interrumpe el término señalado para hacer uso del recurso de apelación”*.

Sostuvo que, para dar cumplimiento al deber constitucional de respetar, proteger y prevenir violaciones a los derechos humanos, los Tribunales Colegiados de Circuito pueden ejercer el control de constitucionalidad ex officio, no sólo sobre las normas procesales que aplican al tramitar y resolver el juicio de amparo, sino también sobre cualesquiera otra norma sustantiva o procesal aplicada en el acto reclamado.

Destacó que dicho control ex officio no implica, por sí mismo, que deban ignorarse los presupuestos formales y materiales de admisibilidad del juicio de amparo o desatender las regulaciones procesales; y que los Tribunales Colegiados de Circuito están obligados a superar el horizonte de la técnica tradicional del juicio de amparo para ejercer, con independencia de concepto de violación o motivo de suplencia alguno, el control de constitucionalidad sobre las normas jurídicas que rigen tanto el juicio de amparo, como las aplicadas en el acto reclamado o el procedimiento de origen.

Bajo esa línea argumentativa, el órgano colegiado concluyó de forma tajante que el objeto del control de constitucionalidad ex officio que el Poder Judicial de la Federación puede realizar al conocer del juicio de amparo directo, conforme al mandato del artículo 1o. Constitucional, abarca tanto las normas procesales

que aplican los Tribunales Colegiados al tramitar y resolver el Juicio de Amparo (Ley de Amparo, Código Federal de Procedimientos Civiles y Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación) como cualquier otra norma sustantiva o adjetiva aplicada en el acto reclamado.

Control difuso para el cual, el Tribunal Colegiado, determinó seguir la metodología impuesta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuatro pasos a seguir: 1. Identificación del derecho humano; 2. Determinar la fuente de ese derecho humano; 3. Analizar la norma sospechosa de inconstitucionalidad e inconventionalidad; y 4. Dictar la decisión sobre la constitucionalidad y/o convencionalidad de la norma.

En relación con la identificación del derecho humano, estimó que para el análisis constitucional del artículo 418 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, subyacía en el planteamiento un problema vinculado con el derecho fundamental de tutela jurisdiccional efectiva contenido, en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y más específicamente, con el derecho humano a recurrir un fallo ante una instancia superior previsto en el artículo 8.2, inciso h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto al segundo aspecto se refiere en el fallo constitucional que el Máximo Tribunal del país, ha desarrollado los parámetros a seguir vinculados con la tutela jurisdiccional efectiva, así como respecto de la oportunidad de recurrir un fallo y del acceso a un recurso tanto adecuado como efectivo.

En esa línea de pensamiento, se deja plasmado en el fallo que, la justicia completa, se entiende como aquella en la cual la autoridad que conoce del asunto emite pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario y otorgue al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado y que resulta necesario que exista un derecho a recurrir un fallo ante una instancia superior, en respeto al debido proceso.

Ahora bien, en relación al tercer punto –estudio de constitucionalidad–, se establece de forma previa que resulta necesario atender la naturaleza de la institución de la aclaración de la sentencia, a lo cual sostiene que es una figura procesal a favor de los gobernados tendiente a clarificar conceptos ambiguos, oscuros o contradictorios, subsanar omisiones o bien corregir errores o defectos de la sentencia, sin introducir elementos nuevos o alterar la sustancia de lo decidido ni las razones para decidirlo, a fin de lograr su debida ejecución. Añade que, dicho medio, resulta necesario para cumplir con el derecho fundamental de una administración de justicia completa, lo que se traduce en que las resoluciones sean congruentes y exhaustivas.

Y que, si bien no es propiamente un recurso ni un medio de impugnación de interposición obligatoria y que tampoco puede modificar la sentencia en lo sustancial ni introducir conceptos nuevos, se debe tener en cuenta que la resolución que recae a ésta, independientemente de su sentido -fundada, infundada

o improcedente- forma parte integrante de la sentencia ya que su contenido puede generar nuevos agravios o cambiar el perjuicio que se cause a la parte afectada.

Así mismo, se establece que la litis constitucional radica en determinar si el artículo 418 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, al establecer que la interposición de la aclaración no interrumpe el plazo para hacer uso del recurso de apelación, contraviene el principio de tutela judicial efectiva a que se contrae el artículo 17, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y más específicamente, el derecho humano a recurrir un fallo ante una instancia superior previsto en el artículo 8.2, inciso h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Inicia el escrutinio Constitucional diciendo que observará lo señalado en los criterios de rubros *“INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA”* y *“REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. DENTRO DE LAS CUESTIONES PROPIAMENTE CONSTITUCIONALES MATERIA DE ESA INSTANCIA, DEBE COMPRENDERSE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONTROLADA”*.

Posteriormente realiza el contraste de lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el artículo 8, punto 2, inciso h de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, con el diverso 418 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León.

Para ello resalta la importancia de conocer qué razones llevaron al poder reformador a establecer los términos y condiciones contenidos en la norma cuestionada, acudiendo a la exposición de motivos, de donde se asevera que no se advierte que el legislador hubiere justificado de manera específica porqué la interposición de la aclaración no interrumpe el plazo para hacer uso del recurso de apelación; y que contrario a ello advierte la intención de garantizar *“una pronta y expedita impartición de Justicia, debiendo los tribunales para la consecución de ese fin, emitir sus resoluciones de una manera completa e imparcial procurando en todo momento la plena ejecución de toda resolución”*.

Partiendo de esa idea, señala que la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 17 de la Constitución General de la República, puede entenderse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito enfatiza que la tutela judicial efectiva significa que el poder público no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues, de establecer cual-

quiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los órganos jurisdiccionales, por lo que es indudable que tal derecho puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador.

De igual manera expresa que hay que considerar que la resolución de la solicitud de aclaración de sentencia, independientemente de su sentido, forma parte integrante de ésta, y si bien no la modifica en lo sustancial, sí puede generar nuevos agravios o cambiar el perjuicio causado a la parte afectada, de ahí que, con independencia de lo dispuesto en las leyes ordinarias al respecto, su promoción sí interrumpe el plazo para interponer el recurso de apelación, ya que la sentencia respectiva adquiere el carácter de definitiva una vez que se resuelva sobre su aclaración, momento en el cual los justiciables podrán impugnar las irregularidades cometidas tanto en la sentencia como en la resolución de la aclaración de la misma.

Lo anterior, lo refuerza con un estudio de la evolución de la institución de la aclaración de la sentencia, en los criterios adoptados desde la quinta a la décima época.

IV. DECISIÓN.

Se determinó conceder el amparo y protección de la Justicia Federal, bajo la conclusión de que la porción normativa “no” en cuanto a

la interrupción del plazo señalado para hacer uso del recurso de apelación, contenida en el artículo 418 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, es contrario al orden constitucional y convencional, por cuanto se trata de un requisito carente de justificación y racionalidad que impide el acceso a la jurisdicción y, por lo mismo, contrario a los postulados a que se contraen los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y más específicamente el 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que no debe aplicarse.

Estimó que la promoción de la aclaración de sentencia sí debe interrumpir el plazo para cuestionar la sentencia de la que es objeto, ya que ésta no puede adquirir el carácter de definitiva sino hasta que se resuelva pues es hasta ese momento en el cual los justiciables están en condiciones de impugnar las irregularidades cometidas tanto en la sentencia como en la resolución de la aclaración, aspecto este último que es el que, en el caso, dio pie a la inconformidad.

Y que el cómputo del plazo para interponer el recurso de apelación no puede iniciar sino hasta que se resuelva sobre la aclaración de la sentencia. Esto porque los puntos considerativos y resolutivos de la misma, cualquiera que sea su naturaleza, constituyen una unidad.

Hace ver que no puede dividirse la unidad que es la sentencia para distinguir entre la parte cuya aclaración se pide y aquella que no es objeto de aclaración y a partir de esa distinción, establecer el inicio del plazo para interponer el recurso de apelación, porque se rompe el prin-

cipio fundamental de unidad de la sentencia y su aclaración. Privilegiándose así la seguridad jurídica y la unidad de la causa, destaca que la institución de la aclaración de sentencia tiene su origen en los errores que puedan contener las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales, faltas que no pueden ser atribuidas a las partes en el proceso.

De ahí que no puede privárseles de la posibilidad de aclarar esos errores y de impugnar en forma oportuna una sentencia que fue objeto de aclaración, ya que, de lo contrario, se les estaría limitando injustificadamente su derecho fundamental a una administración de justicia completa.

Así, determina que el artículo 418 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, en el cual se establece que *“la interposición del recurso de aclaración no interrumpe el término señalado para hacer uso del recurso de apelación”*, es contrario a los artículos 17 de la Constitución Federal y 8.2, inciso h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que su contenido implica denegación de justicia y falta de certeza jurídica ante la existencia de posibles errores respecto de los cuales se priva la posibilidad de aclararlos previo a la interposición del recurso de apelación, y que esto limita injustificadamente el derecho fundamental a una administración de justicia completa y al derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior, determinando que es inconstitucional y que, por tanto, debe inaplicarse la porción normativa *“no”*.

Los efectos del amparo se hicieron consistir en dejar insubsistente la sentencia reclama-

da y dictar una nueva en la que para resolver los agravios sobre la temporalidad del recurso de apelación la autoridad responsable se abstenga de aplicar la porción normativa *“no”* contenida en el artículo 418 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, por ser inconstitucional, considerando por ende que la aclaración de sentencia sí interrumpe el plazo para interponer el recurso de apelación.

V. REFLEXIONES.

El criterio que se analiza tiene como génesis una resolución constitucional que viene a romper paradigmas jurisdiccionales, y que demuestran la evolución esperada desde la reforma constitucional elaborada en el 2011.

En efecto, el hecho de que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, planteara en su resolución la importancia de hacer un control difuso de una norma aplicada en el acto reclamado, demuestra per se la tendencia de una impartición de justicia pronta y expedita anhelada por muchos.

Ya que, sin romper la regla general de la no suplencia de la queja en materia civil, esboza un razonamiento lógico jurídico que se ajusta a los estándares de un neoconstitucionalismo, planteado en la propia regla de la protección de los derechos humanos y ajustándose a la competencia propia de la autoridad jurisdiccional.

En efecto, la actividad de un juzgador viene a constituir una de las labores más complejas e ilustres en el mundo del derecho, el artículo 17 de la Constitución Federal, va más

allá de sólo palabras muertas e inertes que se quedan en un tintero, pues, en dicho precepto se consagra uno de los derechos del hombre substanciales: la administración de una justicia pronta, expedita, completa e imparcial y la tutela jurisdiccional efectiva.

Un juez tiene en sus manos no sólo la aplicación del derecho, como se pudiese pensar bajo la enseñada teoría de división de poderes de Couture y Montesquieu, sino que su tarea viene a constituir una roca angular en la administración de la justicia, en donde el juez es quien incide en la vida de las personas que conforman una sociedad, a través de las decisiones que se plasman en las resoluciones jurisdiccionales.

Cabe mencionar que, el sistema tradicional mexicano de impartición de justicia se encuentra impregnado de un juspositivismo, basado en un pensamiento calculador. Tal línea de pensamiento puede propiciar que se convierta a los jueces en lo que se ha denominado como *“máquinas automáticas”*.

La importancia del pensamiento en el derecho no es una cuestión que solamente incumba a la sociedad contemporánea, por el contrario, ésta ya ha sido materia de reflexión de ilustres autores y filósofos del derecho. Por ejemplo, Eduardo J. Couture en su obra de *Los Mandamientos del Abogado*, sostiene como segundo mandamiento que: *“El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando”*, en el desarrollo de dicha obra se refiere:

“El pensar del abogado, no es pensamiento puro, ya que el derecho no es lógica pura: su pensar es al mismo tiem-

po inteligencia, intuición, sensibilidad y acción. La lógica del derecho no es una lógica formal, sino una lógica viva hecha con todas las sustancias de la experiencia humana (Couture, 2000)

Por su parte, Huarte de San Juan en su obra Título (subtitulado): Examen de ingenios para las ciencias Capítulo IX [XIII de 1594], intitulado *“Donde se prueba que la teórica de las leyes pertenece a la memoria; y el abogar y juzgar, que es su práctica, al entendimiento; y el gobernar una república, a la imaginativa.”*, establece:

“...no piense nadie que saber las leyes es tener de memoria las leyes las palabras formales con que están escritas, sino entender hasta donde se extienden sus fuerzas y que es lo que pueden determinar” (Huarte de San Juan, 1846)

Dichas lecturas nos llevan a considerar que el pensamiento calculador no es el más adecuado para alcanzar una verdadera administración de justicia, pues el juez debe siempre comprender el sentido de la norma que se va aplicar al caso concreto; de ahí que el juez debe realizar una acción de pensamiento meditativo.

La resolución que se analiza es una muestra de juzgadores con pensamiento meditativo, y que demuestran que es posible que se adopten dichas corrientes dentro del sistema jurídico mexicano, lo cual, contrario a lo que pudiesen pensar los abogados de la escuela clásica, revela que sí es posible que en nuestro país se adopte el modelo del pensamiento meditativo como una columna vertebral en las resoluciones de carácter jurisdiccional.

El Doctor Juan Ángel Salinas señala la importancia de una interpretación proteccionista, con el ánimo de tutelar de una forma efectiva a los quejosos, sosteniendo que: *“si en el Estado legal la inobservancia de formas procesales o procedimentales traía como consecuencia declarar improcedente la acción intentada o revocar un proceso sin importar los años que llevó tramitarlo, en el Estado constitucional la idea es interpretarlas a favor del accionante en aras de tutelar sus derechos en forma efectiva y, por tanto, los aspectos adjetivos nunca podrán estar por encima de un derecho sustantivo, es decir, se preserva la forma pero no para obstaculizar el acceso a la justicia, sino para garantizarlo”* (Salinas Garza, 2016).

Situación que se hace patente en el fallo constitucional analizado, puesto que, a luz de un control difuso, desaplica el artículo 418 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, por ser inconstitucional, considerando por ende que la aclaración de sentencia sí interrumpe el plazo para interponer el recurso de apelación, sustentándolo en una argumentación meditativa, lejana de los pensamientos calculadores.

Para los defensores de un pensamiento clásico y calculador, resultaría imposible desaplicar una norma procesal, ya que esta es la que, de forma previa, establece las reglas que se deben seguir dentro de los procesos jurisdiccionales. Y más aún, que ello sea resultado de un *control difuso*, es decir, estudiado de forma oficiosa atendiendo a la obligación constitucional derivada del propio mandato contenido en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se debe tener en mente que dicho dispositivo en conjunto con lo previsto en el diverso 17 de la propia Constitución de los Estados Unidos Mexicanos sólo refrenda lo que *“El acceso a la justicia o tutela judicial efectiva es un imperativo constitucional y una exigencia internacional que exige al estado poner a disposición de los ciudadanos todos los mecanismos para hacer efectiva la tutela de sus derechos y para resolver conflictos de manera adecuada”* (Pahuamba Rosas & Erick, 2014).

El criterio analizado hace una gala de las técnicas de interpretación jurídica ante un problema complejo de una confrontación de una norma procesal y el derecho humano de la tutela jurisdiccional efectiva, en este punto conviene recordar lo que Wroblewski, sostiene:

“El campo de batalla en el que se deciden los casos de la práctica jurídica, sino también el lugar de los desacuerdos más antiguos y violentos en el ámbito de la teoría del derecho o jurisprudencia. Esto no debe maravillar: los problemas de la interpretación jurídica están unidos a los temas más controvertidos de la filosofía (la comprensión del lenguaje), de la ética (la justicia de las decisiones) y de la jurisprudencia (la posición del juez en el cumplimiento de función propia), por no mencionar las implicaciones sociopolíticas (estabilidad versus elasticidad del derecho en relación con la actividad del legislador o del intérprete del derecho).” (Wroblewski, 1985)

Resulta admirable el razonamiento plasmado en el criterio objeto del presente artículo, ya que logra hacer una distinción entre lo que

una norma procesal aporta y el derecho humano que debe prevalecer ante normas obstaculizadoras del acceso a la justicia, lo cual sin lugar a dudas constituye “...*la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley*”. (Zagrebel'sky, 2007)

Bajo ese orden de ideas, se puede concluir, como se adelantó, que el criterio de referencia rompe los paradigmas jurisdiccionales y constituye un avance en la anhelada impartición de una justicia pronta y expedita.

Como Ferrajoli (Ferrajoli, 2006) sostiene, el “garantismo” no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo, sino consiste en un modelo que busca tutelar de manera efectiva los derechos fundamentales.

La ejecutoria en comento es muestra de ello, pues los derechos tienden a expandirse en distintas direcciones y cuando sobre su ámbito de proyección exista una interferencia de una medida legislativa, el juez constitucional debe maximizar los derechos y crear los instrumentos y las técnicas necesarias que permitan su real protección, como sucedió al eliminarse la porción normativa “no” contenida en el artículo 418 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León.

Por último, cabe aclarar que la desaplicación de la norma no fue total pues, de haber sido así, no cabría la posibilidad de aclarar la sen-

tencia. Por el contrario, y para salvaguardar esa institución fue sólo sobre la porción normativa indicada.

TRABAJOS CITADOS

- Couture, E. J. (2000). *Los Mandamientos del abogado*. México: OGS Editores.
- Huarte de San Juan, J. (1846). *Examen de ingenios para las ciencias*. Madrid: Imprenta de D. Ramón Campuzano, Carrera de San Francisco.
- Salinas Garza, J. Á. (2016). *Tutela judicial efectiva*. México: Novum.
- Pahuamba Rosas, B., & Erick, Z. G. (2014). *Aplicación de los Derechos Humanos*. México D.F.: Editorial Liber Iuris Novum S. de R.L. de C.V.
- Wroblewski, J. (1985). *Constitución y Teoría General de la Interpretación jurídica*. Madrid: Civitis S.A.
- Zagrebel'sky, G. (2007). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.







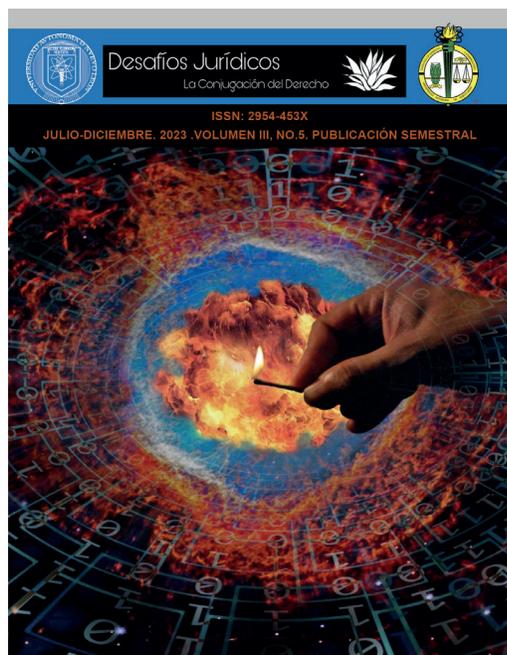
Fotografía: "Dama de Oro", Daniel Vázquez Azamar

Cine y Derecho

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Daniel Vázquez Azamar (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)

El secuestro de la dama de oro. pp. 154-159. Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 5, Julio-Diciembre 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina,

Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Paola Stephania Muñiz Lupian

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar "Burning Metaverse" © 2023

El Secuestro de la Dama de Oro

Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023

Por: Daniel Vázquez Azamar*

* <https://orcid.org/0000-0003-3102-7567>

Universidad Autónoma de Nuevo León, México

“Las personas olvidan, sobre todos los jóvenes”
María Altmann (la dama de oro)

Cuando surge el cine de la mano de los hermanos Lumière en 1895 las primeras proyecciones de imágenes en movimiento fueron registros documentales de la vida cotidiana, como la salida de los obreros de una fábrica, la realidad fue la primera inspiración del cine. En esa misma función donde se estrenaba el cine como nuevo arte para el mundo, también se proyectó un corto de ficción y presumiblemente la primera producción de comedia en el cine, “el jardinero regado”. Poco después una vez aburrido el público de estas pequeñas películas de la vida cotidiana, se crean los relatos de ficción en el cine, resultado de la adaptación de la literatura hacia la pantalla y a la vez surgen las películas basadas en hechos reales. Uno de los primeros ejemplos en

nuestro país en este tema sería “El grito de dolores” de 1907 dirigida y actuada por Felipe de Jesús Haro, donde se recrea el grito de independencia de nuestra nación. Las películas biográficas o basadas en hechos reales poco a poco van ganando prestigio y público alrededor del mundo, en el entendido de que toda producción que no es documental (grabación directa de los hechos reales) es ficción, así sea una historia basada en hechos reales. Es común encontrar aclaraciones al ver relatos basados en la realidad que mencionan “algunos personajes o hechos han sido alterados con fines estéticos o narrativos” ya que a fin de cuentas lo que se busca es la empatía del público y su entretenimiento.

* Profesor investigador-creador en la Facultad de Artes Visuales, UANL, Líder del Cuerpo Académico Creación Investigación Acción

Una de las mejores historias basadas en hechos reales es “La dama de oro” película dirigida por Simon Curtis en 2015, en ella se cuenta la historia de María Altmann una mujer de origen judío y sobreviviente a la persecución nazi previa a la Segunda Guerra Mundial. En el largometraje una anciana austriaca contra todo pronóstico se enfrenta a su pasado, al mundo moderno y a la nación Austriaca para recuperar no solo su pasado y su dignidad sino su familia. Algo que es primordial en este tipo de filmes no es solo la experiencia estética, o la identificación con los personajes, conmovernos con la condición humana en ellos etc, si no el reconocer el pasado y poder proyectarlo en nuestro presente como en nuestro futuro o como dice al principio de la historia el personaje de María (interpretada por Hellen Mirren) “las personas olvidan, sobre todo los jóvenes” y en gran medida este tipo de películas ayudan a no olvidar pero también son una invitación a que hacer con esa memoria.

Muchas de las más grandes historias empiezan con una muerte, desde la ficción nos queda muy claro; por ejemplo en Hamlet (Shakespeare) donde el príncipe protagonista recientemente ha perdido a su padre el rey, y sus perturbaciones lo llevan a reflexionar sobre su presente, pasado y futuro. En “la dama de oro” María Altmann recientemente ha perdido a su hermana y mientras medita después del funeral, revisando las cosas que le han dejado encuentra una posible evidencia del robo de la pintura de su tía Adele, el famoso cuadro “la dama de oro” pintado por famoso pintor Gustav Klimt quien era amigo de la familia y un de los más grandes artistas europeos del siglo XX. Es así como a partir de una pérdida se genera una historia que

marcaría los procesos legales internacionales y sus juicios en materia de Leyes de restitución de arte.

Al inicio de la película se hace referencia a la importancia del linaje familiar, es decir ¿De dónde vienes? ¿Quiénes son tus antepasados? ¿Qué legado te han dejado? A través del personaje de Randy el abogado (Ryan Reynolds) quién es nieto del compositor Schorenberg creador del sistema de composición de 12 tonos, sobreviviente del holocausto músico y pintor austriaco de origen judío, se plantea como uno de los discursos importantes de la historia la importancia de la familia como formación de seres humanos, principios éticos, migración tradiciones etc. Randy es hijo de una amiga de María y María conoció a los abuelos de Randy es así como se establece la relación entre estos dos personajes y el cómo se conocen, resaltando la importancia de la convivencia en comunidad y no solo por lazos familiares. Dentro de las tradiciones una de las mencionadas en esta parte es la importancia de la lectura y el compartirla entre abuelos, padres y nietos, el símbolo de esta idea es la mención del tradicional libro infantil *Struwwelpeter* (Peter el desgreñado) del médico alemán Heinrich Hoffman, en el libro hay un cuento donde un muchacho, que por no hacer caso se sale a jugar cuando hay una tormenta y el viento se lo lleva, viviendo una aventura, al ser la parte del planteamiento de la historia, esta escena donde los personajes coprotagonistas se están conociendo, nos introduce a lo que va a vivir el personaje del Abogado (Randy) que también literalmente volará hasta el viejo continente para vivir una aventura de la mano de María para reclamar lo que le pertenece a esta.

María al viajar a Austria, el país que la obligó a dejar su hogar le hace sentir conmovida y a la vez frustrada por lo vivido, a su llegada al país Europeo en la calle conocen a Hubertus Czermin (interpretado por Daniel Brühl) un alemán hijo de un Agente Nazi que busca la redención de su linaje así como del pueblo austríaco por las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, esta parte es muy interesante ya que muestra la memoria, el honor y redención que tienen los alemanes y austriacos después del holocausto, en nuestra cultura audiovisual es común en relatos sobre la Segunda Guerra Mundial y el holocausto que se nos muestre a los alemanes como unos villanos implacables e inhumanos, en este relato se nos muestra otra cara muy distinta a lo acostumbrado. En el documental *¿Dónde invadimos ahora?* de Michael More (2016) se retoma esta idea sobre los alemanes, en la parte donde el director invade Alemania para buscar soluciones a los problemas de Estados Unidos, nos muestra la conciencia histórica del pueblo alemán, muy diferente a la de los estadounidenses. En Alemania en las escuelas primarias les enseñan a los niños sobre el holocausto, los pecados de sus antepasados para que no sean repetidos por ellos. En las calles sobre las banquetas afuera de las casas hay unas placas de metal que mencionan el nombre de familia de origen judío que vivía ahí y donde fueron asesinados, podría decirse que en Alemania la memoria esta a ras del suelo. El personaje secundario de Hubertus es una pieza clave para que María enfrente a la nación Austriaca con evidencias que le permitan reclamar el retrato de su tía “la dama de oro”.

Entre las relaciones de los personajes pode-

mos percibir un choque de mundos por edades y perspectiva, al relación entre María y Randy es como entre una abuela y un niño que no hace caso; ella constantemente lo regaña, limpia sus gafas y lo alecciona sobre la vida. Randy por su parte hace entender a María que la vida moderna ofrece oportunidades, sobre todo en los términos legales ya que el mundo como lo percibe María esta cambiando. Randy arriesga todo por el caso, María poco a poco va cobrando valor para afrontar las audiencias y juicios. Las autoridades austriacas se muestran altivas y menosprecian la lucha de María, no reconocen su pasado atroz, ya que la forma en que llegaron las pinturas a la galería Belvedere fue mediante un robo por parte de los nazis, aún con el conocimiento de ése hecho las autoridades niegan devolver o negociar por las pinturas, “La dama de oro” es como la Mona Lisa Austriaca y Austria la considera suya y no la dejará ir.

Legalmente el tema central de la película son las leyes de restitución de 1998 que menciona que el Estado debe regresar las obras confiscadas a sus legales dueños y un comité debe atender las demandas, en 1999 María Altmann demanda la restitución por el perjuicio derivado de la expropiación frente a la corte estadounidense, en 2005 las partes deciden someterse a la decisión de un tribunal arbitral debido a que para María era ya la última manera de afrontar el juicio ya que era la más costeable. Randy durante su discurso trataría de persuadir a la corte y a los asistentes en general a considerar hacer lo correcto y demostrar que Austria aprendió de sus errores del pasado y desea enmendarlos. María en la película menciona que el significado de la

palabra restitución es el regreso de algo a su estado original, ella ya no puede volver a su estado original y su vida en Austria, no puede recuperar a la familia que abandonó al escapar de la persecución nazi. Por respeto y valoración a su familia, dignidad y memoria, debe recuperar “La dama de oro” de la galería Belvedere y así, hacer cruzar el océano al cuadro de su tía, tal como lo hizo ella para tener una nueva vida en Estados Unidos. Una enseñanza importantes del filme es que nunca es tarde para aprender, y tanto los personajes como la sociedad y los marcos legales a través del ruido mediático del juicio muestran como la sociedad puede aprender del pasado, los pueblos o naciones desde el marco jurídico logran acuerdos internacionales para que en alguna medida se reparen los daños.

La actriz Hellen Mirren fue nominada a mejor actriz por la Asociación de Actores (SAG) el costo de la película fue de 11 millos de dólares y recaudó 61 millones, para ser un drama basado en hechos reales es una considerable recaudación, aunque en algunas críticas señalan que la película incurre en lo kitch, la gran actuación de Mirren y el montaje que nos permite transitar entre el pasado y el presente son muy excelentes. Para Marcel Martin (2002) “el montaje expresivo, basado en yuxtaposiciones de planos que tienen por objeto producir un efecto directo y preciso a través del encuentro de dos imágenes; en este caso, el montaje se propone expresar por sí mismo un sentimiento o una idea”¹ en especial el montaje con sus saltos de tiempo hacia los flashbacks del pasado de María, nos hace

entender la importancia de la vida en familia y lo vívidas que pueden ser las memorias a partir de la observación de un objeto o un lugar. Los saltos al pasado nos muestran momentos históricos como la persecución de judíos y su envío a campos de concentración, el asecho y denuncia en las calles sobre personas de origen judío o las complicaciones para escapar y pedir asilo en otras naciones, en algunos puntos más que seguir la narrativa nos “expresa” la gradual aceptación del pasado en María y como va superando su remordimiento de haber abandonado a su familia vemos el gradual cambio en el personaje que poco a poco recuerda con alegría el pasado como algo que se vive en el presente, lo cual queda claro en la escena final.

En cuanto al uso del lenguaje del cine los planos y movimientos de cámara son adecuados para presentarnos la historia y adentrarnos a los personajes sus pensamientos y sentimientos, la actuación de Ryan Reynolds como el personaje coprotagonista del abogado, no es brillante ya que al parecer no es el tipo de género que más le conviene, sin embargo cumple con lo mínimo para entender el personaje y su lugar en la historia. “La dama de oro” como género dramático y en el subgénero de biográfico nos ofrece una historia muy humana al tener la búsqueda de la redención, el perdón y la dignidad, nos enseña a valorar, respetar y entender el pasado proyectándolo en el presente, en el pasado y en el futuro pensando en todas las piezas de arte o bienes culturales que pueden volver a su país de origen o a su dueño legal, es un relato de alcance global por que las Guerras Mundiales son cargas históricas, emocionales, legales y éticas que como humanidad cargamos desde el

1 Martin M. (2002) *El lenguaje del cine*. Barcelona España Ed. Gedisa S. A pag. 144

siglo XX y que no debemos olvidar, si al contrario promover y difundir para hacer entender a los más jóvenes, si bien los libros de texto abordan el tema muy al estilo de la Historia tradicional, el cine con el poder de su lenguaje aporta detalles cualitativos que los libros de historia rara vez hacen.

TRABAJOS CITADOS

Curtis S. (Director).(2015). *La dama de oro*. (película) BBC Films.

More M. (Director). (2016) *¿Donde invadimos ahora* (película) Dog Eat Dog films

Martin M. (2002) *El lenguaje del cine*. Barcelona España Ed. Gedisa S. A.

Asoociació Pel Foment De L'arbitratge (recuperado el 12/06/2023) 11 MAIG Opinió: "La dama de oro", Klimt y el arbitraje internacional (caso Maria Altmann c. Austria)

<https://afarbit.org/la-dama-de-oro-klimt-y-el-arbitraje-internacional-caso-maria-altmann-c-austria/>



Vol. 03, Núm. 05, Julio-Diciembre 2023

Desafíos Jurídicos es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad de Autónoma de Nuevo León. Contribuye al debate de las ideas en torno al derecho y la interacción de temas jurídicos conjugados con otras disciplinas, fomenta el diálogo, análisis y reflexión de los procesos sociales contemporáneos desde una perspectiva que incluya una visión crítica tanto académica como científica en aras de acrecentar el conocimiento. Prioriza la publicación de artículos producto de investigación, escritos por autores nacionales y extranjeros. Promueve vínculos dentro la comunidad de investigación social. Está dirigido a investigadores sociales y en general, profesionales interesados en las áreas sociales del conocimiento.

desafiosjuridicos.uanl.mx



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN