



COMPENDIO INTERNACIONAL DE DISCUSIONES JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS (II)

YANARA SUENAGA

GLORIA VARGAS ROMERO

JUAN VEGA GÓMEZ

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Coordinadores

SERIE

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL

57

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL, núm. 57

Dra. Nuria González Martín

Coordinadora de la serie

Lic. Eduardo Daniel Hernández Gaona

Asistente de la serie

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero

Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz

Roberto Zavaleta Comejo

Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez

Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez

Diseño de cubierta e interiores



COMPENDIO INTERNACIONAL DE DISCUSIONES JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS (II)

YANARA SUENAGA

GLORIA VARGAS ROMERO

JUAN VEGA GÓMEZ

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Coordinadores

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 5 de octubre de 2022

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional: 978-607-30-1256-0

ISBN volumen 57: 978-607-30-6480-4

Contenido

7

Presentación

9

¡Te puedo vacunar, aunque no quieras! Un par de argumentos morales coercitivos en contra de los antivacunas

23

La incorporación de la consulta popular en la Constitución: su impacto en la democracia y en el principio tradicional de división de poderes

39

El daño (moral) a la imagen personal en Internet desde el derecho civil mexicano

61

Entre la discrecionalidad y la arbitrariedad. El recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral en Chile

77

Ciberseguridad y los derechos de niñas, niños y adolescentes

95

Los límites de la discrecionalidad: análisis de una contradicción real en derecho administrativo español

117

El debido proceso, decisiones judiciales y discrecionalidad: problemas conceptuales, metodológicos y de garantía

Presentación

Los días 1, 2 y 3 de diciembre de 2021 se llevó a cabo el Segundo Seminario de Discusión en Investigación Jurídica, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en su Estación Noroeste, México; la Facultad de Ciencias Jurídicas e do Trabajo, de la Universidad de Vigo, España, y el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de León, España. Fue coordinado por el doctor Juan Vega Gómez, la maestra Yanara Suenaga, el doctor Juan Antonio García Amado y la doctora Tamara Álvarez Robles. Esta actividad es resultado de las actividades del Instituto de Investigaciones Jurídicas y su Estación Noroeste de Investigación y Docencia “Héctor Felipe Fix-Fierro”; del marco del proyecto de investigación “Discrecionalidad judicial y debido proceso” PID2019-105841RB-C21 (financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España), y en colaboración con las actividades de internacionalización desarrolladas en el programa de doctorado “Gestión y resolución de conflictos. Menores, familia y justicia terapéutica” (del cual Esther Pillado González es responsable) y del máster en Abogacía (su coordinadora es María Antonia Arias Martínez), de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Universidad de Vigo, España.

Los temas discutidos durante los tres días del seminario fueron:

- i) Decisión judicial, discrecionalidad y debido proceso
- ii) Discriminación por razón de sexo y otras discriminaciones
- iii) Derecho internacional de los derechos humanos

- iv) Constitucionalismo: bases del debate actual
- v) Derechos en la era tecnológico-digital
- vi) Coerción y medidas sanitarias

Gracias a este encuentro internacional entre investigadores se genera esta obra, la cual es resultado de una selección, realizada por el comité académico evaluador, sobre los trabajos más destacados que fueron presentados durante esas jornadas académicas, mismas que continúan vigentes, al igual que las colaboraciones entre las universidades.

El contenido de esta obra es producto de una colaboración conjunta con el Proyecto de Investigación PID2019-105841RB-C21.

Yanara SUENAGA
Gloria VARGAS ROMERO
Juan VEGA GÓMEZ
Juan Antonio GARCÍA AMADO

¡Te puedo vacunar, aunque no quieras! Un par de argumentos morales coercitivos en contra de los antivacunas*

Las bases del debate

En principio, parece extraño tener que formular argumentos que sirvan de herramienta para los Estados, a efecto de implementar medidas coercitivas para la vacunación de sus ciudadanos. Pero, si algo nos demostró la pandemia de la Covid-19 es que tratar de apelar al sentido común no funciona en estos casos extraordinarios. Un par de ejemplos para sustentar mi dicho se pueden encontrar en situaciones presentadas en México y en Estados Unidos: en el país angloparlante se realizaron manifestaciones contra el uso obligatorio de cubrebocas y la aplicación de la vacuna anti-Covid-19,¹ y en México también se vislumbró una minoría de personas antivacunas.²

* Elaborado por Diego Isaac Amador Magaña, Facultad de Economía y Relaciones Internacionales, Universidad Autónoma de Baja California, campus Tijuana; estudiante del programa de doctorado en la Estación Noroeste de Investigación y Docencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; ORCID: 0000-0002-5659-2258.

¹ Un par de ejemplos de esto los podemos encontrar en “¡Quítense la mascarilla y respiren!: la protesta de los simpatizantes de Trump vista por 30 millones de personas”, *El País*, 22 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/videos/2020-09-23/quitense-la-mascarilla-y-respiren-la-protesta-de-los-simpatizantes-de-trump-vista-por-30-millones-de-personas.html>; y en Fernández, Manny, “California enfrenta un creciente movimiento antivacunas”, *The New York Times*, 2 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2021/02/08/espanol/movimiento-antivacunas-covid.html>.

² Badillo, Diego, “En México hay grupos minoritarios antivacunas; autoridad no debe ignorarlos, dicen especialistas”, *El Economista*, 1 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/politica/En-Me>

Quizá se pueda pensar que esto es propio de nuestro continente, pero no es así. En Europa también existe un movimiento que se opone a las medidas obligatorias sanitarias.³ Más allá de las teorías de conspiración que pudieran argumentarse sobre las vacunas o la propia pandemia, mi atención gira en el argumento para negarse a las medidas sanitarias; verán, estos movimientos apelan a la defensa de su libertad y su derecho a decidir sobre ellos mismos.

Esto último es lo que considero interesante debatir. Mi razón para centrarme en la discusión sobre la libertad y las facultades coercitivas del Estado es que la evidencia científica se ha encargado de desmentir las posibles teorías que puedan surgir; sin embargo, reclamar su derecho y libertad de autodeterminación, es decir, su autonomía, hace pensar que si el Estado se atreve a cruzar los límites y obligarlos a vacunarse a pesar de ser beneficioso para ellos, el Estado estaría actuando de manera autoritaria por atentar contra las decisiones personales de estos grupos minoritarios.

Aquí lo interesante es cómo demostrar lo contrario, es decir, cómo formular argumentos en el mismo plano de lo moralmente permisible que sean suficientes para hacer valer políticas coercitivas, incluso cuando ellos decidan que va en contra de su voluntad y sin que el Estado pueda ser denominado autoritario. Para poder lograr esto es necesario hacer unas breves distinciones y aclaraciones.

El primer punto que es necesario precisar es que las personas que se adscriben como los antivacunas a los que me voy a referir son únicamente aquellas que por motivos

xico-hay-grupos-minoritarios-antivacunas-autoridad-no-debe-ignorarlos-dicen-especialistas-20210801-0015.html.

³ “Miles de personas en Europa salen a las calles contra el uso de cubrebocas”, *Milenio*, 29 de agosto de 2020. Disponible en: <https://www.milenio.com/internacional/europa/en-europa-miles-protestan-contra-uso-de-cubrebocas-por-covid-19>.

ideológicos apelan a sus libertades individuales para no vacunarse. Esta distinción es más que justa, puesto que pueden existir personas que quisieran vacunarse, pero que por motivos de salud al vacunarse se podrían colocar en una situación aún más riesgosa, por lo que exigirles otra conducta sería injusto e irresponsable por parte del Estado.

La segunda, y que me parece sumamente importante, es que mis argumentos se van a formular bajo el contexto de la pandemia de la Covid-19; esto obedece a que comprendo que en cualquier otro contexto donde ya existen medicamentos efectivos para controlar las enfermedades que pueden ser altamente contagiosas el debate no sería el mismo; por ello, prefiero enfocarme solamente en esta contingencia sanitaria, aunque no descarto que mi idea quizá pueda usarse para las demás enfermedades.

La tercera y última precisión es que voy a partir, metodológicamente, de una construcción de “arriba hacia abajo”, es decir, mis nociones serán ideales con la intención de que puedan ser útiles en casos prácticos; esto, con el fin de evitar confrontarme con los diversos contextos sociales que se encuentran en los diferentes Estados que existen. Comprendo esta diferencia, y por ello prefiero mantener el debate en el plano de las ideas; esto, a su vez, me lleva a ser generoso con los movimientos antivacunas y tomarlos totalmente en serio en su argumento en la defensa de su libertad para decidir. Dicho lo anterior, presentaré mis argumentos en conjunto a posibles objeciones que se podrían formular.

Una postura kantiana

En esta sección me dedicaré a esbozar un argumento desde la postura kantiana para sostener que apelar a la libertad y a la autonomía para no vacunarse es insuficiente, incluso es moralmente inadmisibles; *ergo*, el Estado puede obligar a vacunarse y ejercer poder coercitivo para lograr este fin. Para ello realizaré un pequeño repaso de la postura kantiana y luego formularé mi argumento.

Básicamente, Kant nos invita a reflexionar nuestras acciones a partir de guiar nuestras conductas a través de máximas que puedan ser consideradas como leyes naturales universales,⁴ pero no arroja esta premisa sin antes mencionar que los deberes u obligaciones son aquellos que tenemos por acto de reverencia a la ley.⁵ Para Kant, esta definición del “deber” deriva de la razón; esto es, porque al pensar el deber de esta forma nos alejamos de nuestras inclinaciones y motivos consecuenciales de actuar; simplemente la presentamos como una razón para actuar correctamente porque consideramos lo “bueno” como moralmente valioso.⁶

Esto parecería problemático, pero explico el punto: nosotros podemos tener motivos para actuar conforme a nuestro deber; estos serán por nuestras inclinaciones o por los resultados que tenga el deber; sin embargo, observar el deber como respeto a la ley implica un conocimiento de lo que las máximas nos permiten hacer y no hacer para proteger lo que es moralmente valioso para las personas; aquí es donde la razón entra en juego, porque implica un proceso mental de reconocimiento de nuestras acciones para efecto de mantener los bienes que nos interesan.

De aquí que esta razón práctica de pensar el deber como una ley que debemos respetar se traduzca a un imperativo.⁷ Ahora bien, Kant es claro en distinguir los tipos de imperativos, es decir, los hipotéticos y los categóricos; estos últimos será a los que Kant destine la idea de una fórmula universal para una ley natural con la cual regir nuestras acciones como seres humanos racionales.⁸

⁴ Kant, Immanuel, *Groundwork of the Metaphysic of Morals*, Harper Perennial Modern Thought, 2009, pp. 88 y 89.

⁵ *Ibidem*, p. 68.

⁶ *Ibidem*, pp. 68-70.

⁷ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

⁸ *Ibidem*, pp. 88 y 89.

Este imperativo categórico será definido por Kant como el actuar sobre las máximas a través de las cuales nuestros deseos puedan convertirse en una ley universal.⁹ Esto sugiere que nuestras acciones debemos regirlas bajo la idea de que lo que nosotros hacemos se compagine con nuestros deseos al actuar, pero sin perder de vista que esto pueda justificar que todos los demás seres racionales puedan replicarlo.

Esto último es importante en Kant, puesto que para él su idea se fundamenta en la razón, y, al ser razonable, presume Kant es universal y, por tanto, objetivo. Si esto es así, nuestro actuar entonces al pensarlo como una máxima que se compagina con nuestros deseos subjetivos, y que pueden ser al mismo tiempo una ley universal, e indican que hemos actuado con base en nuestro imperativo categórico que fundamenta la ley natural universal.¹⁰

Si mi lectura es correcta, puedo decir lo siguiente: las personas antivacunas no respetan el imperativo categórico, y mucho menos actúan de acuerdo con la ley natural universal. Mi afirmación parte de que ellos dirán que fundamentan su acción en el respeto de la libertad y el derecho a decidir libremente sobre qué hacer con sus vidas, y que, por ello, su máxima y su deseo es compatible con la ley natural puesto que es razonable.

Sin embargo, aquí hay dos errores argumentales. El primero es que ellos no actúan con base en el respeto a la ley por la ley misma, sino porque tienen intenciones de que así se respete la ley; es decir, sus razones son meramente subjetivas y no objetivas, puesto que no buscan preservar la vida como tal. Con esto no quiero decir que por ser agentes de riesgo por el contagio sean posibles homicidas, sino que su argumento parte de su intención de justificarse en vez de realmente valorar como tal la vida.

⁹ *Ibidem*, pp. 82-84.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 88 y 89.

Esto último compagina con una de las ideas fundamentales de Kant y su doctrina, y es tratar a todos —incluso a uno mismo— como fines en sí mismo y no como medios.¹¹ Las personas antivacunas pasarían por alto que su argumento sugiere que ellos mismos son medios para poder expresar su argumento; esto es, ellos sugieren que su libertad les permite decidir no vacunarse y decidir cómo vivir su vida; pero esto los vuelve un medio para manifestar su deseo y no un fin en sí mismo.

Quiero decir que si ellos manifestaran ser un fin en sí mismos, protegerían su vida, previo a proteger su libertad ideológica, puesto que la persona por sí misma es valiosa y no por la razón o por sus ideas. En palabras más simples, pensar en defender su libertad es convertir su deseo en un medio para la autorrealización, sin darse cuenta de que ellos mismos son un fin; se tratan, pues, como un vehículo para su fin, contrario a valorarse por sí mismos. *Ergo*, los antivacunas no pueden apelar a su libertad para escapar de su obligación.

Esto, porque si ellos se ven como un fin tendrían en cuenta el valor de la vida y la dignidad humana; por ello, en una actitud razonable respetarían la máxima de vacunarse como una ley, puesto que, al hacerlo, su acción es compatible con su deseo de vivir dignamente y en libertad, que es vista como una ley natural universal. Pero esto último no responde a la pregunta de si el Estado, desde la postura kantiana, podría ejercer poder coercitivo sobre las personas antivacunas.

Mi respuesta a esta pregunta es un rotundo sí. El Estado puede hacer valer el imperativo categórico, y por respeto al imperativo ejercer poder coercitivo para hacer vacunar a aquellos que se niegan a cumplir con sus obligaciones morales, puesto que el Estado tiene la máxima de proteger la vida de todas las personas, y no puede permitirse que un grupo de personas que no cumplen con su deber moral coloquen en riesgo a otras personas.

¹¹ *Ibidem*, pp. 95-105.

El argumento utilitarista en pro de la vacunación

Otra posible forma de argumentar esto, opuesto a la corriente kantiana, sería desde el utilitarismo; pero aquí hay una cuestión problemática: el tipo de utilitarismo al que me referiré en este apartado. Esto es importante, puesto que hay diferencias entre las formas en las que el utilitarismo se aplica; por ejemplo, para John Stuart Mill, la moral utilitarista permite el autosacrificio con el fin de lograr el mejor resultado en una situación determinada.¹² Quizá esta pueda ser una forma de argumentar de los antivacunas, de decir, que ellos se autosacrifican para dejar que los menos favorecidos socialmente puedan tomar las vacunas que ellos no utilizan para efectos de que se puedan insertar al mercado laboral sin tener altos riesgos de contagio y así mejorar las condiciones económico-sociales.

Una estrategia para poder escoger a qué tipo de utilitarismo me voy a referir es partir de la idea de que, en esencia, se toma de referencia el principio de utilidad de Jeremy Bentham.¹³ Al tomar esto como mi punto de partida, puedo inclinarme a lo que considero la mejor interpretación del utilitarismo, es decir, la de Christopher Woodard, por ser aquella que define al utilitarismo como una postura consecuencialista que se encarga de encontrar y explicar lo que es correcto en las acciones humanas, en la justicia y la ética en términos de la relación entre el fenómeno ético que se nos presenta y la bondad de las acciones.¹⁴

Lo que Woodard hace es distinguir las formas en las que se presenta el utilitarismo, desde las posturas que siguen a Bentham hasta los que son consecuencialistas de actos, reglas y motivos;¹⁵ esto lo hace con el fin de distinguir lo que los utilitaristas califican como

¹² Stuart Mill, John, *El utilitarismo*, 3a. ed., España, Alianza Editorial, 2017, p. 79.

¹³ Cfr. Bentham, Jeremy, *Un fragmento sobre el gobierno*, 2a. ed., España, Tecnos, 2010, pp. 95-97.

¹⁴ Woodard, Christopher, *Taking Utilitarianism Seriously*, Reino Unido, Oxford University Press, 2019, pp. 3 y 4.

¹⁵ *Ibidem*, p. 4.

bienestar, ya que los utilitaristas consideran los bienes morales desde un punto de vista no instrumental.¹⁶ Este punto es importante, puesto que es lo que permite hacer lo que se conoce como *sum-ranking*; dicho de otra forma, hacer la sumatoria de cuánto bienestar y malestar hay en una acción o decisión que estamos por tomar.¹⁷

Con esta explicación puedo ahora justificar mi elección de Woodard sobre otros. La razón de esta propuesta es que quiero alejarme de la idea de ponderar los motivos y asignarles un valor de bienestar o malestar, así como las reglas tanto morales como jurídicas que se puedan invocar en la discusión; tampoco me interesa calificar la acción de vacunarse como correcta o incorrecta, porque la pregunta aquí no es si está bien o no; la interrogante es si el Estado te puede obligar a vacunarte.

Esta precisión es importante, puesto que doy por hecho que vacunarse contra el Covid-19 es bueno y mejora la calidad de vida de las personas, a pesar de que no les guste o no quieran hacerlo. Por eso, si elijo a Woodard tengo un panorama para discutir únicamente los bienes morales que se invocan, en este caso la salud pública y la libertad individual. Esto me va a permitir determinar si el Estado puede pasar directamente a la acción y obligar a vacunar a sus ciudadanos, aunque ellos se resistan.

Desde este punto de vista utilitario puedo afirmar que es mejor preferir la salud pública por encima de la libertad individual; esto tiene sentido desde la perspectiva siguiente: si quiero ejercer mi libertad y hacer que mi libertad pueda darse en el mejor de los términos posibles, es necesario que yo goce de buena salud; de lo contrario, al estar en constante deterioro mi salud por la enfermedad no podría disfrutar de mi libertad, y mucho menos de otros bienes morales.

¹⁶ *Ibidem*, p. 5

¹⁷ *Idem*.

En este caso la libertad tiene un valor instrumental, ya que potencializa otras acciones; es decir, si yo quisiera ir a trabajar, la libertad permite que yo pueda ir a trabajar, y con ello conseguir insumos económicos con los cuales hacer mi vida a mi mayor gusto; esto le asigna un valor instrumental a la libertad, ya que contribuye de forma directa con la manera en la que nosotros decidimos conseguir el mayor bienestar posible. Esto mismo podría decirse de la salud; es decir, usted podría argumentar que la salud entonces es un instrumento para el bienestar, y por ello no tiene un valor por sí misma; luego, el marcador seguiría empatado para el Estado y no podría forzar la vacunación.

Sin embargo, desde la moral utilitaria la vida tiene un valor no instrumental, y parte de la vida es la salud de una persona con la cual puede realizar distintas acciones, al igual que con la libertad; pero aquí es donde la suma y resta de los bienes y los males cobra sentido como un elemento que no se puede pasar inadvertido. Si en este caso ambos bienes parecerían tener el mismo valor instrumental o bien no instrumental, puesto que podría argumentarse lo contrario y decir que la libertad por sí misma vale lo mismo que la salud, estar sano tendría un valor superior a simplemente ejercer mi libertad individual.

Lo anterior es porque su libertad se vería afectada por las condiciones de salud en las que usted se encuentra; si su salud disminuye, la cantidad de libertad que usted tiene ahora disminuye; por el contrario, si restamos un poco de su libertad para mejorar su salud, usted ahora no tendrá tantos riesgos en medio de una pandemia y podrá realizar todas sus demás actividades como si no se hubiera vacunado; pero con la protección de una vacuna.

Usted podría decir entonces que hice trampa y consideré las acciones y no me apegué al estilo de utilitarismo que seleccioné al inicio; pero esto sería falso. Yo consideré la suma y resta, el bienestar y malestar dentro de dos bienes como tal; es decir, la salud y la libertad. Mi sumatoria fue restar un poco de ambas y ver cómo se afectaban; distinto sería evaluar puramente la acción, donde, por coincidencia, también la acción correcta es vacunarse, puesto que beneficia a más personas y los bienes morales de las personas.

Posibles objeciones a mi propuesta

Quizá en este punto de la discusión surjan un par de objeciones muy interesantes que los antivacunas tienen como forma de defensa. La primera sería apelar, como H. L. A. Hart lo hizo en su momento, a que el utilitarismo es una forma de moralidad crítica y no positiva;¹⁸ *ergo*, no es la forma dominante de moralidad, y su propuesta es insuficiente, ya que no puede generar los contenidos normativos necesarios para obligar a las personas a vacunarse. La segunda objeción —y considero más fuerte— es debatir que el Estado en todo momento interviene con la autonomía de las personas y no tiene el carácter moral suficiente para hacer dichas políticas coercitivas, ya que sólo es una autoridad *de facto*;¹⁹ por ende, sus actos serían autoritarios, y mis esfuerzos por mostrar lo contrario serían un total fracaso.

Para la primera objeción mi respuesta es sumamente sencilla. Si bien podría decirse que no es la moral positiva sino otras formas de moralidad las dominantes, las personas antivacunas tendrían un problema complejo, ya que tendrían que señalar cuál forma de entender la moralidad es la dominante, y como eso justifica su acción, la cuestión es que no pueden escoger las posturas consecuencialistas por las razones dadas en el apartado anterior, ni las que se fundamentan en Kant, es decir, las deontológicas.

Si los antivacunas quisieran justificarse en los libertarios y señalar que el Estado debería ser mínimo y, por ello, no los pueden obligar a vacunarse, olvida una situación de suma importancia. Parte de los argumentos libertarios se fundamentan en la deontología kantiana, como lo es Nozick, por ejemplo, y tendría entonces que hacerse cargo constantemente de las demandas de las personas que se sientan afectadas por sus actos.²⁰ Otro punto que parecen

¹⁸ Hart, H. L. A., *Law, Liberty, and Morality*, Estados Unidos, Stanford University Press, 1963, pp. 17-20.

¹⁹ Wolff, Robert Paul, *In Defense of Anarchism*, Estados Unidos, Harper Torchbooks, 1970, pp. 12-19.

²⁰ Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Estados Unidos, Basic Books, 2013, pp. 28-33.

olvidar es que incluso los libertarios señalan el respeto a los bienes morales de las demás personas; en consecuencia, se crean ciertas obligaciones morales, como el respeto mutuo, y parte de ese respeto entre personas es no colocarlas en situaciones de riesgo en contra de su voluntad.²¹

Esto último es fundamental, puesto que serían los antivacunas quienes están tomando la decisión de colocar a una persona en situación de riesgo en contra de su voluntad, ya que la persona que sí recibió vacuna no quiere correr el riesgo de contagiarse por la irresponsabilidad de otra persona. Sólo sería permisible para los antivacunas si en todo momento señalan que no recibieron su dosis y no es su deseo recibirla para permitir el libre consentimiento de las personas de tratar con ella; de lo contrario, no sería moralmente responsable. Por ello, considero que ni en el libertarismo sería permisible.

La segunda objeción es más compleja de dismantelar, porque apela al anarquismo y a la calidad moral que tiene la autoridad para diseñar las políticas que obliguen a alguien a vacunarse. Sin embargo, encuentro dos salidas posibles a ella; la primera parte del argumento en defensa de la autonomía, y ésta ordena que nosotros nos hagamos responsables de nuestros propios actos.²² Parte de nuestro actuar se fundamenta en la idea kantiana de la autonomía; es decir, en no tratar a otras personas como medios, sino como fines en sí mismos y respetar también sus bienes morales.²³

Es este punto el que nos permite ver que no es posible del todo aferrarse a esta idea anarquista de la autonomía, porque incluso los propios anarquistas señalarían que se malinterpreta el fundamento moral de su doctrina, ya que no respeta la autonomía y los bienes morales

²¹ *Ibidem*, pp. 28-35.

²² Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, pp. 12-19.

²³ *Idem*.

de las demás personas. Pero, más allá de esto, lo interesante es si el Estado puede, o no, hacer dichas políticas que lo obliguen a vacunarse de acuerdo con esta objeción, a pesar de que se demuestre que su fundamento es erróneo.

Quiero decir que si bien fallan en fundamentar, tienen cierta razón en señalar que el Estado tiene la tarea de demostrar que tiene legitimidad para hacer esta acción de obligarte a vacunar, aunque no quieras hacerlo. Me parece que la solución más plausible a este dilema de cómo actuar sin ser autoritario recae en Joseph Raz, es decir, la tesis de la dependencia de Raz parece la opción más viable para señalar que el Estado puede ordenar vacunarte.²⁴

Permítame explicar mi punto, estamos ante una situación de lo que deberíamos hacer; es decir, si ejecutar una política pública que ordene vacunarse a todos los ciudadanos o no. Aquí la tesis de la dependencia de Raz, y entender a la autoridad como un concepto práctico, nos permite reflejar que se trata de tomar una decisión que sea la mejor posible para las personas, y si tengo razones morales para creer que es la mejor decisión posible, generar las directivas necesarias para gestionar la acción.²⁵

Y lo que permite cierto grado de legitimidad de la autoridad es la relación especial en la que se encuentran los individuos con su Estado en esta situación en particular;²⁶ es decir, al entrar en una situación tan caótica como lo es la pandemia podemos justificar la existencia de una autoridad cuya legitimidad se basa en el consentimiento y respeto a los bienes morales de las personas, para tomar las medidas necesarias con el fin de salvaguardar a sus respectivos ciudadanos.

²⁴ Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Estados Unidos, Oxford University Press, 1986. pp. 42-52.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Ibidem*, pp. 70-105.

Es por ello que: 1) los antivacunas no tienen argumentos en los cuales defender su libertad individual para no vacunarse sin afectar los bienes de otros, o bien, carecen de fundamentos morales; 2) desde la óptica kantiana, sí se puede justificar el uso de la coercitividad, porque estaríamos utilizando los instrumentos del Estado para proteger una máxima universal, que es proteger la vida de todas las personas, y 3) desde el utilitarismo también es posible defender una directiva que ordene vacunarse a todos los ciudadanos.

Bibliografía

- BADILLO, Diego, "En México hay grupos minoritarios antivacunas; autoridad no debe ignorarlos, dicen especialistas", *El Economista*, 1 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/politica/En-Mexico-hay-grupos-minoritarios-antivacunas-autoridad-no-debe-ignorarlos-dicen-especialistas-20210801-0015.html>.
- BENTHAM, Jeremy, *Un fragmento sobre el gobierno*, 2a. ed., España, Tecnos, 2010.
- EFE Y AFP, "Miles de personas en Europa salen a las calles contra el uso de cubrebocas" *Milenio*, 29 de agosto de 2020. Disponible en: <https://www.milenio.com/internacional/europa/en-europa-miles-protestan-contra-uso-de-cubrebocas-por-covid-19>.
- FERNÁNDEZ, Manny, "California enfrenta un creciente movimiento antivacunas", *The New York Times*, 8 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2021/02/08/espanol/movimiento-antivacunas-covid.html>.
- HART, H. L. A., *Law, Liberty, and Morality*, Estados Unidos, Stanford University Press, 1963.
- KANT, Immanuel, *Groundwork of the Metaphysic of Morals*, Estados Unidos, Harper Perennial Modern Thought, 2009.
- Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Estados Unidos, Basic Books, 2013.

“¡Quítense la mascarilla y respiren!: la protesta de los simpatizantes de Trump vista por 30 millones de personas”, *El País*, 23 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/videos/2020-09-23/quitense-la-mascarilla-y-respiren-la-protesta-de-los-simpatizantes-de-trump-vista-por-30-millones-de-personas.html>.

RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Estados Unidos, Oxford University Press, 1986.

STUART MILL, John, *El utilitarismo*, 3a. ed., España, Alianza, 2017.

WOLFF, Robert Paul, *In Defense of Anarchism*, Estados Unidos, Harper Torchbooks, 1970.

WOODARD, Christopher, *Taking Utilitarianism Seriously*, Reino Unido, Oxford University Press, 2019.

La incorporación de la consulta popular en la Constitución: su impacto en la democracia y en el principio tradicional de división de poderes*

Introducción

El artículo 40 constitucional, desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) el 5 de febrero de 1917, ha establecido que el Estado mexicano, por voluntad del pueblo, es una "...República representativa, democrática, laica y federal...". En el caso específico de la democracia —uno de los temas centrales de este artículo—, y de acuerdo con el desarrollo político del México posrevolucionario, el país adoptó inicialmente el régimen de la democracia representativa o indirecta, definida como "...el tipo de democracia en el que el poder político procede del pueblo, pero no es ejercido por él, sino por sus representantes elegidos por medio del voto".¹ Es así como la democracia, ejercida a través del sufragio universal desde 1953, se convirtió en un elemento definitorio de la CPEUM y, por ende, de la esencia del Estado mexicano.

* Elaborado por José Joel Peña Llanes, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. ORCID: 0000-0002-0478-9518. Agradezco las aportaciones del maestro Oscar Gutiérrez Parada, un gran jurista y extraordinaria persona.

¹ Voz "Democracia representativa", Sistema de Información Legislativa, México. Disponible en: <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=68>.

Asimismo, se establece, en el artículo 49 constitucional, como un segundo elemento esencial, la división del Supremo Poder de la Federación, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

El nueve de agosto de 2012 se promulgó el “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política”,² que incluyó, entre muchos cambios importantes, el derecho de la ciudadanía a votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional o regional. Este hecho fue realmente significativo, porque la democracia en México comenzó a adquirir tintes de una democracia participativa, pues se prevén con mayor formalidad “...espacios y mecanismos donde ciudadanas y ciudadanos pueden incidir y decidir sobre asuntos públicos de su incumbencia, más allá de la actividad propia de los representantes”.³

En ese momento, como bien afirma Marco Olivetti, la Constitución determinó:

...a) los sujetos a los cuales se le reconoce la iniciativa; b) el objeto de la petición de consulta y de la votación; c) las materias sobre las cuales no puede pedirse una consulta; d) el quorum en virtud del cual la consulta puede asumir carácter vinculatorio; e) los órganos jurisdiccionales y administrativos competentes en el procedimiento.⁴

² “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 9 de agosto de 2012. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_203_09ago12.pdf.

³ Tronco Paganelli, José del, “Democracia participativa”, *Prontuario de la democracia*, México, 2 de julio de 2021. Disponible en: <https://prontuario-democracia.sociales.unam.mx/wp-content/uploads/2021/07/Democracia-participativa.pdf>.

⁴ Olivetti, Marco, “La reforma constitucional mexicana del 9 de agosto de 2012, entre racionalización débil de la forma de gobierno presidencial y tímida apertura a la democraciaparticipativa”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 89, enero-abril de 2014, pp. 413-440. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/12803/11932>.

Aspectos constitucionales

Cabe señalar que la reforma en materia política, como apunta Marcial Rodríguez Saldaña, tiene "...como eje motriz la exigencia de la sociedad civil para reconocer que los ciudadanos participen en la vida pública no solo mediante la emisión de su voto cada vez que haya una elección, sino que lo hagan de manera más frecuente en el ejercicio del poder público, para transitar de la democracia representativa a la democracia participativa".⁵ Además, agrega que esta reforma, concretamente la inclusión de diversas formas de participación ciudadana (democracia directa) en la Constitución Política, era demandada "...por distintos actores como: organizaciones de la sociedad civil, por académicos, mediante iniciativas de legisladores, sobre todo después de la cuestionada elección presidencial de 1988".⁶

Posteriormente, para dar continuidad a la reforma y garantizar su implementación, el 14 de marzo de 2014 se expidió la Ley Federal de Consulta Popular, que tiene por objeto regular todo lo concerniente a la organización y realización de los ejercicios de consulta.

Finalmente, el 20 de diciembre de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el "Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de consulta popular y revocación de mandato",⁷ que, entre otros elementos, reformó el primer párrafo, el apartado

⁵ Rodríguez Saldaña, Marcial, "Reforma constitucional y participación ciudadana en México", en Carbonell Sánchez, Miguel; Fix Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, tomo IV, vol. 2, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 547.

⁶ *Ibidem*, pp. 547-548.

⁷ *Diario Oficial de la Federación*, Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Consulta Popular y Revocación de Mandato, México, 20 de diciembre de 2019. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5582486&fecha=20/12/2019.

1o. en su inciso c y párrafo segundo, apartados 3o., 4o. y 5o., de la fracción VIII del artículo 35 constitucional, que actualmente reza a la letra así:

Artículo 35. Son derechos de la ciudadanía:

...

VIII. Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional o regional, las que se sujetarán a lo siguiente:

1o. Serán convocadas por el Congreso de la Unión a petición de:

- a) El presidente de la República;
- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión; o
- c) Para el caso de las consultas populares de temas de trascendencia nacional, los ciudadanos, en un número equivalente, al menos, al dos por ciento de los inscritos en la lista nominal de electores, en los términos que determine la ley.

Para el caso de las consultas populares de temas de trascendencia regional competencia de la Federación, los ciudadanos de una o más entidades federativas, en un número equivalente, al menos, al dos por ciento de los inscritos en la lista nominal de electores de la entidad o entidades federativas que correspondan, en los términos que determine la ley.

Con excepción de las hipótesis previstas en el inciso c) anterior, la petición deberá ser aprobada por la mayoría de cada cámara del Congreso de la Unión;

2o. Cuando la participación total corresponda, al menos, al cuarenta por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado será vinculatorio

para los poderes Ejecutivo y Legislativo federales y para las autoridades competentes;

3o. No podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, ni las garantías para su protección; los principios consagrados en el artículo 40 de la misma; la permanencia o continuidad en el cargo de los servidores públicos de elección popular; la materia electoral; el sistema financiero, ingresos, gastos y el Presupuesto de Egresos de la Federación; las obras de infraestructura en ejecución; la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá, previo a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta;

4o. El Instituto Nacional Electoral tendrá a su cargo, en forma directa, la verificación del requisito establecido en el inciso c) del apartado 1o. de la presente fracción, así como la organización, difusión, desarrollo, cómputo y declaración de resultados.

El Instituto promoverá la participación de los ciudadanos en las consultas populares y será la única instancia a cargo de la difusión de las mismas. La promoción deberá ser imparcial y de ninguna manera podrá estar dirigida a influir en las preferencias de la ciudadanía, sino que deberá enfocarse en promover la discusión informada y la reflexión de los ciudadanos. Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en la opinión de los ciudadanos sobre las consultas populares.

Durante el tiempo que comprende el proceso de consulta popular, desde la convocatoria y hasta la conclusión de la jornada, deberá suspenderse la difusión en los medios de comunicación de toda propaganda gubernamental de cualquier orden de gobierno, salvo aquellas que tengan como fin difundir campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a los servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia;

5o. Las consultas populares convocadas conforme a la presente fracción, se realizarán el primer domingo de agosto;

6o. Las resoluciones del Instituto Nacional Electoral podrán ser impugnadas en los términos de lo dispuesto en la fracción VI del artículo 41, así como de la fracción III del artículo 99 de esta Constitución; y

7o. Las leyes establecerán lo conducente para hacer efectivo lo dispuesto en la presente fracción.

Comentarios prácticos

En términos prácticos, y después de algunos intentos fallidos en sexenios anteriores, el actual presidente de la República, Andrés Manuel López Obrador, realizó en septiembre de 2020 una petición para celebrar una consulta popular para plantear a la ciudadanía la siguiente pregunta:

“¿Está de acuerdo o no con que las autoridades competentes, con apego a las leyes y procedimientos aplicables, investiguen, y en su caso sancionen, la presunta comisión de delitos por parte de los expresidentes Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa y Enrique Peña Nieto antes, durante y después de sus respectivas gestiones?”.

Este cuestionamiento fue sometido a consideración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), para que determinara su constitucionalidad, y después de intensas discusiones, en las que intervinieron distintos actores que se pronunciaban tanto a favor como en contra de la idoneidad del ejercicio, y en especial sobre la pertinencia de la pregunta, el máximo tribunal, gracias a la labor de negociación del ministro presidente, Arturo Zaldívar Lelo

de Larrea, declaró la constitucionalidad de la materia y optó por reformular la pregunta, como se establece en el inciso b, fracción II, del artículo 26 de la Ley Federal de Consulta Popular, para que quedara en los siguientes términos:

“¿Estás de acuerdo o no en que se lleven a cabo las acciones pertinentes, con apego al marco constitucional y legal, para emprender un proceso de esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos, encaminadas a garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas?”.

Fue así como el 1 de agosto de 2021 se llevó a cabo la primera consulta popular, obteniéndose los resultados siguientes: del total de opiniones (6,663,208), 97.72% respondió que sí, 1.55% que no y 0.73% restante fueron opiniones nulas.

Este ejercicio, independientemente de los resultados, sobre todo porque no se reunió el número de votos necesarios para que el resultado fuera vinculatorio para las autoridades competentes, fue importante, porque permitió a la ciudadanía, por primera vez, manifestarse a favor o en contra de un asunto de trascendencia nacional. Además, sentó un precedente para la realización de consultas populares en el futuro cercano. Aunque, por el otro lado, se coincide con Olivetti cuando afirma que “la corrección de la democracia representativa mediante la inserción en ella de alguna dosis de democracia participativa, sobre todo con la consulta popular, parece por el momento muy difícil de evaluar...”.⁸

Dejando de lado el recuento histórico de las reformas constitucionales y de la praxis de las consultas populares, es importante preguntarse si la inclusión de este recurso de democracia participativa en la CPEUM implicó una modificación “cualitativamente fuerte”, que incluso podría calificarse como una sustitución de acuerdo con la teoría desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia, es decir, un cambio tan profundo que modifica la identidad

⁸ Olivetti, Marco, *op. cit.*, p. 438.

(los principios y valores) del texto constitucional, o como un desmembramiento, en términos de Richard Albert, por generar un cambio en la redacción de los artículos que no permite encontrar la relación entre el texto original y el que resulta de la reforma.

En primera instancia, es importante señalar que la inclusión de la consulta popular como mecanismo de la democracia participativa no supone una sustitución por el simple hecho de que no altera la identidad de la Constitución Política, pues ésta continúa contemplando los principios y valores de una República democrática, así como la división tradicional de poderes. Incluso, se podría argumentar que la reforma del 9 de agosto de 2012 reforzó la identidad constitucional al complementar los mecanismos de participación ciudadana y reafirmar la importancia de los poderes de la Federación, pues el Ejecutivo y el Legislativo pueden pedir que se realice una consulta popular; el Legislativo también interviene al aprobar la ley que regula dicho ejercicio democrático, mientras que el Judicial, a petición del Congreso de la Unión, debe resolver sobre la constitucionalidad de la materia que se someterá a consulta popular.

Por otro lado, es importante aclarar que dicha reforma tampoco podría clasificarse como un desmembramiento, al menos en términos de la consulta popular, porque no se cambió por completo el artículo original, sino que solamente se adicionó la fracción VIII, que incluyó el mecanismo de democracia participativa referido. Además, no supuso una nueva concepción constitucional de la democracia ni de la división de poderes, ni la alteración fundamental del texto constitucional y su operación, como sí lo hizo, por ejemplo, la reforma constitucional al artículo 1o. promulgada en junio de 2011, como lo argumenta Jaime Olaiz González en su artículo titulado “Derechos humanos y cambio constitucional en México: una alternativa para la mutabilidad constitucional incremental”.⁹

⁹ Olaiz González, Jaime, “Derechos humanos y cambio constitucional en México: una alternativa para la mutabilidad constitucional incremental”, en Ramírez García, Hugo S. y Soberanes Díez, José María (coords.), *El artículo 1o. constitucional. Una teoría de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, pp. 349-382.

Utilizando las palabras de Richard Albert, la reforma constitucional analizada en este artículo "...es un cambio constitucionalmente continuo del derecho superior, un cambio cuyo contenido es coherente con el diseño, el marco y los presupuestos fundamentales existentes en la constitución. [Esta reforma] constitucional implica una unidad ininterrumpida con la constitución que se modifica".¹⁰

Lo anterior no significa que la reforma, concretamente la habilitación de la consulta popular, no sea una modificación "cualitativamente fuerte", puesto que introdujo elementos, en este caso un derecho de las personas ciudadanas, que permiten afirmar con mayor certeza jurídica que México es un Estado democrático, y que, como señala el artículo 39 constitucional, la soberanía nacional reside en el pueblo.

Asimismo, es fundamental destacar que si bien la división de poderes tradicional se mantiene, también se le otorga un papel fundamental al Instituto Nacional Electoral (INE) en su calidad de órgano constitucional autónomo que, tomando en cuenta su razón de ser, está encargado de organizar, difundir y promover la consulta popular, así como de revisar que las consultas populares solicitadas por las personas ciudadanas se apaguen a lo establecido en el inciso c del apartado 1o. de la fracción VIII del artículo 35 constitucional.

Esto último materializa lo que ha señalado la SCJN en reiteradas ocasiones sobre la trascendencia de los órganos constitucionales autónomos. Por ejemplo, en la tesis jurisprudencial núm. P./J. 20/2007 del 1 de mayo de 2007, aclara que los órganos constitucionales autónomos:

...surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando así la teoría tradicional de la división de poderes dejándose de

¹⁰ Albert, Richard, *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Nueva York, Oxford University Press, 2019, p. 79.

concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que, sin perder su esencia, debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, haciendo más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado.¹¹

Es importante observar todos los cambios y discusiones que precedieron a la reforma y que continúan aun después de nueve años de su promulgación. El INE, por mencionar tan sólo un ejemplo, tuvo que discutir, y posteriormente aprobar, una serie de instrumentos internos para sentar las bases de la organización y realización de la consulta popular, mientras que la SCJN tuvo que analizar en varias ocasiones la constitucionalidad de las materias de consultas populares que se propusieron, pero no se materializaron. Esto, si bien podría parecer un elemento superficial, en realidad significa que la reforma, para hacerla efectiva, requirió de esfuerzos institucionales que, por cierto, seguirán perfeccionándose tras el primer ejercicio de participación ciudadana¹² en agosto de 2021, que, de acuerdo con el consejero presidente del INE, Lorenzo Córdova Vianello, ha sido el ejercicio "...más grande y técnicamente mejor organizado de la historia democrática de México".¹³

Como todo ejercicio de participación democrática, la consulta popular, como fue reglamentada, es susceptible de críticas, principalmente por tratarse de algo relativamente nuevo. Gustavo Meixueiro Nájera, por ejemplo, publicó en 2018 siete reflexiones críticas sobre

¹¹ Tesis P./J. 20/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1647.

¹² Es conveniente recordar que anteriormente se presentaron propuestas para realizar consultas populares que no prosperaron (por ejemplo, la reforma energética o el salario mínimo).

¹³ INE, "La consulta popular será el primer ejercicio de participación ciudadana más grande y mejor organizado", *Central Electoral*, México, 16 de julio de 2021. Disponible en: <https://centralelectoral.ine.mx/2021/07/16/la-consulta-popular-sera-el-primero-ejercicio-de-participacion-ciudadana-mas-grande-y-mejor-organizado/>.

la fracción VIII del artículo 35 constitucional y la legislación que reglamenta este derecho,¹⁴ algunas de las cuales ya han sido atendidas durante los últimos tres años, sobre todo con las reformas a la Ley Federal de Consulta Popular de mayo de 2021.

Por su parte, Luis Carlos Ugalde afirma que

...la consulta popular es una figura muy relevante para fortalecer la participación ciudadana en México, aunque es cuestionable la pertinencia de que una democracia representativa como la nuestra suplante la deliberación del Congreso por las consultas populares, siempre susceptibles de los humores y las coyunturas políticas. A pesar de esos riesgos, yo estoy a favor de las consultas, pero la forma como se ha legislado es deficiente, ambigua e incompleta.¹⁵

Como se puede advertir, las críticas no merman la importancia de las consultas populares, pues se refieren exclusivamente a la forma en que están siendo implementadas en México. Es decir, no se niega la trascendencia del recurso democrático y de la participación de órganos constitucionales autónomos, sino que se cuestiona la forma en que concibe y posteriormente se plasma en la Constitución y en los textos legislativos.

En síntesis, la inclusión de la consulta popular en la CPEUM y su reciente implementación práctica significó la modificación de un elemento esencial del Estado mexicano como es la democracia, que antes de la reforma de 2012 se materializaba a través de métodos indirectos controlados exclusivamente por los tres poderes de la Federación, y ahora se amplía el alcance para contemplar métodos participativos y, en este caso particular, al INE. Como

¹⁴ Méixueiro Nájera, Gustavo, "Reflexiones sobre las consultas populares", Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca, 28 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.ieepco.org/articulos-opinion/reflexiones-sobre-las-consultas-populares>.

¹⁵ Ugalde, Luis Carlos, "El debate de la consulta popular", *Animal Político*, México, 19 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/blog-invitado/el-debate-de-la-consulta-popular/>.

bien se señala en la “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Consulta Popular, que reglamenta la fracción VIII del artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” presentada el 31 de julio de 2013 por los entonces diputados Amalia García Medina y Silvano Aureoles Conejo:

...la consulta popular reconocida y protegida por el artículo 35 constitucional, en su fracción VIII, constituye uno de los pilares jurídicos trascendentales que hacían falta para avanzar hacia una democracia directa, participativa y deliberativa en la que garantice a los mexicanos la salvaguarda de su soberanía, incluso por encima de aquellas autoridades que han sido beneficiadas, directa o indirectamente, con la confianza del voto popular para ejercer la representación política del pueblo. No podría ser de otra manera si la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo, por lo que todo poder público dimana de él pueblo y se instituye para beneficio de éste; es decir, el que manda es el pueblo, pero no solamente al momento de elegir a sus representantes, sino también durante toda la gestión de éstos.¹⁶

Utilizando nuevamente el argot de Richard Albert, la reforma constitucional que introdujo la consulta popular cumple con el siguiente criterio: “Una reforma mejora el diseño de la Constitución cuando es necesario o útil para alinear las expectativas sobre cómo debe funcionar, corrige sus defectos cuando se descubren, pero no empuja sus límites más allá de sus límites exteriores”.¹⁷

Esta mejora a la que se refiere Richard Albert, y que sustenta el argumento de que la inclusión de la consulta popular y el reconocimiento de las facultades materiales de los ór-

¹⁶ García Medina, Amalia y Aureoles Conejo, Silvano, “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Consulta Popular, que reglamenta la fracción VIII, del artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Gaceta de la Comisión Permanente*, México, 31 de julio de 2013. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_comision_permanente/documento/42690.

¹⁷ Albert, Richard, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

ganos constitucionales autónomos, en este caso concreto del INE, en la Constitución Política es una modificación “cualitativamente fuerte”, consiste en que las personas ciudadanas “...se convierten en actores activos en la toma de decisiones trascendentales para el país. Así mismo, se fortalece el vínculo entre representantes y representados, facilitando diferentes formas de expresión amparadas en el marco constitucional y legal”.¹⁸

La reforma, y ahora su implementación, disipa la idea, que por cierto se retoma de lo escrito por Héctor Fix-Fierro y Jacqueline Martínez Uriarte, de que nos encontramos en la época de “ciudadanos fantasmas”, idea que alude “...al hecho de que la mayoría de la población se [halla] en condiciones tales que [hace] muy difícil, si no imposible, su participación en la vida pública”.¹⁹ La consulta popular ha sido un paso importante que permite a la ciudadanía dejar la vida fantasmal para transitar a una vida material, caracterizada por una participación activa, aunque resulta necesario que el gobierno y las instituciones correspondientes, como las autoridades electorales, realicen todas las gestiones conducentes a la mejora de la organización y realización de estos ejercicios fundamentales para el Estado de derecho.

Y es precisamente con el tema de las mejoras con el que se concluye esta reflexión. Una cuestión que no ha sido muy discutida y que es de suma importancia se refiere a la necesidad de revalorar el papel de la SCJN en estos ejercicios democráticos.

Años atrás, cuando se intentaron realizar consultas populares sobre diversos temas, la SCJN determinó que las preguntas eran inconstitucionales porque se referían, directa o indirectamente, a los temas que no pueden ser objeto de consulta popular en términos de lo dispuesto en el párrafo tercero, fracción VIII, del artículo 35 constitucional.

¹⁸ Garita Alonso, Arturo *et al.*, *Consulta popular e iniciativa ciudadana*, México, Senado de la República, s/f. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/app/documentos_de_apoyo/DocsApoyoParlamentario/files/8_Consulta_Popular_e_Iniciativa_Ciudadana.pdf.

¹⁹ Fix-Fierro, Héctor y Martínez Uriarte, Jacqueline, *Derechos humanos. Cien años de evolución de los derechos en la Constitución mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 124.

No obstante, en el caso específico de la consulta popular relativa al esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos, y dado que el tema era eminentemente político y de especial interés para el presidente de la República, el máximo tribunal entró en un espiral de críticas que, al final, le restaron credibilidad y pusieron en duda su independencia e imparcialidad y la de sus miembros. Así lo han manifestado analistas de diferente procedencia.

Desde mi punto de vista, la SCJN solamente cumplió con un mandato constitucional, establecido en su momento por el poder reformador, y con lo que se establece en la ley reglamentaria del ejercicio democrático aludido. Es cierto que puede haber decisiones parciales, lo cual no es nada plausible, pero el problema de fondo estriba en que una institución técnica especializada, como la SCJN, ante el valor epistémico de los procesos democráticos, parece que no debería intervenir en el proceso de consulta popular, pues, al tratarse de temas políticos, la probabilidad de no quedar bien ni con una parte ni con la otra genera un costo político innecesario para dicha institución, como ha quedado patente en la consulta popular.

Por tanto, una posible mejora sería reformar la fracción VIII del artículo 35 constitucional para quitarle al máximo tribunal esta facultad, así como ocurrió con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, la cual transfirió la prerrogativa de investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos de la SCJN a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Hay que recordar la siguiente frase bíblica: “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”. La SCJN debe abocarse a temas jurídicos de fondo y no a temas políticos, que son, o deberían ser, competencia de otras instancias.

Fuentes de información

- ALBERT, Richard, *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Nueva York, Oxford University Press, 2019.
- FIX-FIERRO, Héctor y MARTÍNEZ URIARTE, Jacqueline, *Derechos humanos. Cien años de evolución de los derechos en la Constitución mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- GARCÍA MEDINA, Amalia y AUREOLES CONEJO, Silvano, “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Consulta Popular, que reglamenta la fracción VIII, del artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Gaceta de la Comisión Permanente*, México, 31 de julio de 2013. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_comision_permanente/documento/42690.
- GARITA ALONSO, Arturo et al., *Consulta popular e iniciativa ciudadana*, México, Senado de la República, s/f. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/app/documentos_de_apoyo/DocsApoyoParlamentario/files/8_Consulta_Popular_e_Iniciativa_Ciudadana.pdf.
- INE, “La consulta popular será el primer ejercicio de participación ciudadana más grande y mejor organizado”, *Central Electoral*, México, 16 de julio de 2021. Disponible en: <https://centralectoral.ine.mx/2021/07/16/la-consulta-popular-sera-el-primer-ejercicio-de-participacion-ciudadana-mas-grande-y-mejor-organizado/>.
- MEXUEIRO NÁJERA, Gustavo, “Reflexiones sobre las consultas populares”, Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca, 28 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.ieepco.org.mx/articulos-opinion/reflexiones-sobre-las-consultas-populares>.
- OLAIZ GONZÁLEZ, Jaime, “Derechos humanos y cambio constitucional en México: una alternativa para la mutabilidad constitucional incremental”, en RAMÍREZ GARCÍA, Hugo S. y SOBERANES

DÍEZ, José María (coords.), *El artículo 1o. constitucional. Una teoría de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.

OLIVETTI, Marco, "La reforma constitucional mexicana del 9 de agosto de 2012, entre racionalización débil de la forma de gobierno presidencial y tímida apertura a la democracia participativa", *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 89, enero-abril de 2014. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/12803/11932>.

RODRÍGUEZ SALDAÑA, Marcial, "Reforma constitucional y participación ciudadana en México", en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; FIX FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, tomo IV, vol. 2, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

TRONCO PAGANELLI, José del, "Democracia participativa", *Prontuario de la democracia*, México, 2 de julio de 2021. Disponible en: <https://prontuario-democracia.sociales.unam.mx/wp-content/uploads/2021/07/Democracia-participativa.pdf>.

UGALDE, Luis Carlos, "El debate de la consulta popular", *Animal Político*, México, 19 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/blog-invitado/el-debate-de-la-consulta-popular/>.

El daño (moral) a la imagen personal en Internet desde el derecho civil mexicano*

El derecho a la imagen personal¹ se encuentra regulado por una diversidad normativa en nuestro país. Se localiza en las leyes autoral,² civil y penal, y en regulaciones locales.³ Esta situación ha creado una *pluralidad normativa*, cuestión que complica el reclamo de una afectación hacia este derecho por parte de las personas. Esto lo podemos ver en los diversos juicios⁴ sobre casos de gente famosa o de importancia pública. La Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵ (SCJN) define al derecho a la imagen personal desde la Ley Federal de Derecho de Autor (LFDA) como “parte del derecho a la identidad, y como un derecho personalísimo que

* Elaborado por Francisco Chan Chan, docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Estudiante del doctorado en derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El presente trabajo es una parte del proyecto de investigación de dicho posgrado. ORCID: 0000-0002-5733-9318.

¹ En el presente trabajo usaremos los términos “derechos a la propia imagen” y “derecho a la imagen personal” como sinónimos.

² Ley Federal del Derecho de Autor, artículos 87 y 216 bis.

³ El principal ejemplo es la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal (ahora Ciudad de México).

⁴ Flores Ávalos, Elvia Lucía, “Derecho a la imagen y responsabilidad civil”, en Adame Goddard, Jorge (coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, p. 372.

⁵ Tesis P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, 2009.

tiene todo individuo de decidir cómo se muestra a los demás, esto es la potestad de disponer en el ámbito de su propia autoridad y en forma libre de su propia imagen”.⁶ Este concepto se estableció como una limitante, por parte del autor de una obra fotográfica, para comercializar con ella siempre y cuando la persona que aparece le otorgue su consentimiento para ello.

En diversas resoluciones la SCJN ha establecido un *criterio* sobre la aplicación de la LFDA para reclamar las afectaciones al derecho a la propia imagen y solicitar la reparación del daño (material) correspondiente. Esto es así porque para la Corte no se trata de un derecho exclusivo de los autores, sino que busca proteger de forma general a las personas titulares del derecho a la imagen personal frente a actos que puedan llegar a transgredir sus derechos.

Lo anterior lo podemos observar en el amparo directo 24/2016 de la Primera Sala de la SCJN, en el cual una mujer reclamó que una revista publicó fotografías de ella, con el torso desnudo, sin su autorización, razón por la cual demandó la reparación del daño moral. La Corte determinó que la violación al derecho a la propia imagen no da lugar a la reparación del daño moral, pero sí material, en términos de la LFDA.

En este mismo sentido, en el amparo directo en revisión 4083/2020, la SCJN reiteró su criterio sobre la aplicación de la LFDA para reclamar las afectaciones al derecho a la imagen personal y solicitar la reparación del daño material correspondiente. En este caso, una persona promovió un juicio civil por sí misma y en representación de su hijo menor, en contra de una revista por el uso indebido de su imagen en una de sus publicaciones. La Sala consideró que, a diferencia de los derechos de autor, que nacen de la creación literaria o artística, el derecho a la propia imagen está indisolublemente ligado a la individualidad y dignidad de la persona para *decidir libremente* la imagen con la que quiere mostrarse frente a la sociedad, así como el poder de decisión sobre las representaciones o manifestaciones gráficas de esa imagen y los usos o finalidades que se pretenda dar a éstas.

⁶ Tesis Aislada: 2a. XXVI/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, 2016.

Algo de suma trascendencia en el amparo directo en revisión 4083/2020, es que la Primera Sala señaló que la LFDA, en sus artículos 87 y 216 bis, protegen el derecho a la propia imagen en aquellos casos en los que la utilización de una imagen se hace sin el consentimiento del titular, razón por la cual, desde su óptica, contempla la posibilidad de reparación del daño (material), además de prever otros mecanismos para la defensa y protección de tal derecho; sin embargo, la Corte no contempla el daño moral en la citada ley, y menciona en el amparo de referencia lo siguiente:

Es en esos términos que esta sala ha establecido la doctrina sobre la manera en la que la legislación autoral regula la reparación del daño por violaciones a la propia imagen pues, por un lado, se puso de manifiesto que la Ley Federal del Derecho de Autor no establece la posibilidad de reparar el *daño moral* ocasionado por la vulneración del derecho a la propia imagen, no obstante, se reconoció que, al tratarse de un derecho inmaterial que puede explotarse comercialmente, dicha legislación sí contempla la posibilidad de reclamar daños materiales por vulneraciones al derecho a la propia imagen y *los mecanismos para hacerlo, en el entendido de que la indemnización por daño moral debe analizarse y fundarse en otros cuerpos normativos.*⁷

En la actualidad, los sujetos de las relaciones jurídicas de cierta forma se *virtualizan*, lo que crea una identidad digital.⁸ Daniel Peña Valenzuela menciona que, de un territorio virtual, la regulación legal de Internet “ha construido nuevas categorías, ha resuelto nuevos problemas y en muchos casos ha reinterpretado nociones jurídicas tradicionales para adaptarlas a las

⁷ Amparo directo en revisión 4083/2020 de la Primera Sala de la SCJN. Las cursivas son propias para añadir énfasis.

⁸ Peña Valenzuela, Daniel, “Riesgo, daño y responsabilidad jurídica en la era digital”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Colombia, vol. XXXVI, núm. 100, 2015, p. 78. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3311848>.

necesidades de la sociedad de la información y para mitigar los riesgos propios del vértigo que la caracteriza”.⁹

La idea anterior la compartimos en relación con la regulación del derecho a la imagen personal. Internet crea riesgos únicos del ciberespacio, como la escalabilidad (ampliación), la transjurisdiccionalidad y el efecto en la memoria (derecho al olvido), entre otros, efectos que nos obligan a establecer nuevas categorías para estas complejidades, y el derecho a la imagen personal no es la excepción.¹⁰

El objetivo del presente trabajo es analizar el concepto de *daño* a la imagen personal en Internet desde la tutela del derecho civil, tomando en consideración los riesgos y factores de la infraestructura de Internet. Es por ello que se divide en seis secciones: *a)* el derecho a la imagen personal y la responsabilidad civil; *b)* el daño; *c)* el daño moral; *d)* teorías de la reparación del daño; *e)* elementos del daño, y *f)* una crítica.

El derecho a la imagen personal y la responsabilidad civil

Las afectaciones al derecho a la imagen personal han sido discutidas sobre diferentes ópticas. Las nuevas tecnologías, así como la facilidad de captura, almacenamiento, ampliación de la red y publicidad, nos hacen ver este derecho con independencia de otros derechos de la personalidad. Esto no quiere decir que la imagen personal no tenga un vínculo con estos últimos, sino todo lo contrario. En relación con ello, Flores Ávalos señala que “la mayoría de los casos cuando se vulnera la privacidad, la fama y el honor personal al publicarse una imagen,

⁹ *Idem.*

¹⁰ Pisanty, Alejandro, “Open Internet Governance: The 6F Framework and COVID-19”, *Medianama*, 21 de mayo de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3tBik4e>.

se daña en primera instancia el respeto a la imagen personal, por ser su representación física parte indivisible de ella, y se suma a ello, los daños ocasionados al honor, fama o privacidad”.¹¹

El daño causado al derecho a la imagen personal puede abrir la puerta para la afectación de otros derechos. En relación con lo anterior, la citada autora señala:

...tenemos el innegable avance de la tecnología que cada día nos sorprende más. Las cámaras fotográficas y de video, se encuentran hasta en teléfonos celulares que permiten procesar la imagen de cualquier persona y proyectarla en computadora, incluso, manipularla y transmitirla por Internet a un grupo pequeño de personas o hasta subirla a una página *web* y exhibirla sin ningún impedimento tecnológico. Esto hace vulnerable el respeto a la imagen de la persona e implica mayor atención en el ámbito jurídico para su protección.

Aun reconociendo la independencia del derecho a la imagen, no podemos negar que habrá casos en donde la afectación a este derecho esté acompañada por daños a la *privacidad*, al *honor* y *fama*...¹²

En este sentido, se observa claramente una división entre las afectaciones al derecho a la imagen personal y la privacidad de la persona. Adicionalmente, podemos decir que también se distingue de las afectaciones causadas por el artículo 87 de la LFDA, el cual señala que “el retrato de una persona sólo puede ser *usado* o *publicado*, con consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes”.¹³ Sin embargo, este dispositivo únicamente se refiere a *usar* o *publicar*, debido a los fines comerciales de la propia LFDA. Esto se refiere al sentido *positivo*¹⁴ del derecho a la imagen

¹¹ Flores Ávalos, Elvia Lucía, *op. cit.*, p. 374.

¹² *Idem*. Las cursivas son propias

¹³ Las cursivas son propias.

¹⁴ Flores Ávalos, Elvia Lucía, *op. cit.*, p. 372.

personal como la facultad personalísima de captar, imprimir, difundir, publicar nuestra imagen, para fines personales como recuerdos familiares, situación que puede traer aparejados consigo *beneficios económicos*, como los ejercidos por modelos profesionales, actores, actrices, deportistas, etcétera.

A diferencia de la LFDA, la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, señala en su artículo 17 que “toda persona tiene derecho sobre su imagen, que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando, o no, la *captación* o difusión de la misma”. Esta ley agrega un elemento importante, que es la captación, la cual puede ser de distintas formas, es decir, no únicamente habla de su uso o publicación, sino que agrega la acción de capturar una imagen. Esta ley nos habla de una protección *anterior* a la difusión o publicación, y que es el simple hecho de capturar la imagen de una persona, sin consentimiento.

El daño

El daño es la lesión o menoscabo de los intereses jurídicos patrimoniales y sentimentales de la víctima; en otras palabras, la lesión de un interés humano susceptible de protección jurídica. En el año 287 a. C., en la antigua Roma, en los comicios de la plebe y a propuesta del tribuno Aquilio se dictó una ley cuyo objeto era regular la *reparación del daño* causado a otro. A esta ley se le conoció como la Ley Aquilia.¹⁵

En el derecho civil, “daño” se relaciona, en legislaciones, con “perjuicio”, es decir, todo daño, como deterioro, destrucción, mal, sufrimiento, una pérdida patrimonial. En México,

¹⁵ El objetivo de esta ley era limitado. Se refería a los hechos de matar o herir a un esclavo o animal, o destruir o deteriorar una cosa. Véase en García Mendieta, Carmen, voz “daño”, *Diccionario jurídico mexicano*, t. III, D, México, UNAM, 1983, p. 13.

el daño está regulado en el artículo 2108 del Código Civil Federal, y se define como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Así, en relación con el daño, podemos mencionar las siguientes teorías:¹⁶

- a) *Teoría de la diferencia*. Establece que el daño se produce en el patrimonio de una persona, y considera la suma global de valores, y su magnitud es la diferencia entre la situación de ese patrimonio antes del hecho lesivo y después del mismo.
- b) *Teoría del daño concreto*. Señala que el daño patrimonial es el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, por la pérdida o el menoscabo de determinados bienes patrimoniales.
- c) *Teoría del daño normativo*. Surge en Alemania, y fue recogida en Italia para superar la determinación del daño mediante el cálculo diferencial y la compensación patrimonial que se pretende con la teoría de la diferencia.

La responsabilidad civil es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, que puede derivar de fuentes contractuales, de una declaración unilateral de voluntad, de figuras autónomas (enriquecimiento ilegítimo, gestión de negocios), de un hecho ilícito, de un delito, o de un mandato legal por causas objetivas.¹⁷

¹⁶ Vicente Domingo señala que "...dada la complejidad de la comparación, tanto la doctrina alemana como la italiana, donde sus tribunales la acogieron con más entusiasmo, la han criticado por ser excesivamente abstracta y por reducir arbitrariamente el daño al campo patrimonial, contradiciéndose completamente, con el dato real de que el daño puede recaer en la persona y sus atributos, se configuren, o no, como derechos subjetivos". Vicente Domingo, Elena, "El daño", en Reglero Campos, L. Fernando y Busto Lago, José Manuel (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5a. ed., España, Thomson Reuter, 2014, p. 326.

¹⁷ García Mendieta, Carmen, *op. cit.*, p. 13.

La responsabilidad civil extracontractual es la causada por el incumplimiento de un deber u obligación de comportamiento provisto por la ley, sin la necesidad de que exista en deudor y en el acreedor alguna relación jurídica voluntaria relacionada con el daño causado.¹⁸ Esta responsabilidad se entiende como una consecuencia de la obligación de reparar el daño causado por la actualización de un supuesto jurídico contenido en la norma o por el incumplimiento de un deber de cuidado.¹⁹ El Código Civil Federal, en su artículo 1910, establece que esta responsabilidad surge del obrar ilícitamente o contra las buenas costumbres.

El daño moral

El daño moral surge por la necesidad de protección de las afectaciones que sufren las personas en su espíritu, como un aspecto esencial de la personalidad humana. Es correlativo a la violación a un derecho de la personalidad.²⁰ La persona a quien se le ha violado alguno de estos derechos (como el derecho a la imagen personal) cuenta con una *acción de daño moral* para reclamar tal afectación ante los tribunales correspondientes.²¹

El artículo 1916 del Código Civil Federal define al daño moral como “la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”. El mismo artículo señala que cuando un hecho u omisión ilícita produzca un daño

¹⁸ Muñoz, Edgardo y Vázquez Caballero, Rodolfo, p. 31

¹⁹ *Ibidem*, p. 33.

²⁰ Vicente Domingo, Elena, *op. cit.*, p. 41.

²¹ Es importante señalar que la legislación contempla otras formas de ocasionar daño moral, como la responsabilidad objetiva.

moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual.²²

González Trujano señala que los códigos civiles locales de Tlaxcala, Quintana Roo, Puebla y Jalisco fueron los primeros en seguir la doctrina del patrimonio moral sostenida por Gutiérrez y González.²³ En este sentido, la mayoría de los códigos civiles²⁴ reconocen la protección del derecho a la propia imagen y su reparación por la *acción de daño moral*.

En 2006 entró en vigor la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal (LRCP), la cual marcó un cambio en la protección del derecho a la propia imagen y en los derechos de la personalidad. Esta ley derogó el último párrafo del artículo 1916 y el artículo 1916 bis, ambos del Código Civil

²² Responsabilidad civil extracontractual se puede definir como los presupuestos, condiciones y circunstancias por los que una persona que ha sufrido un daño jurídicamente tutelado, como consecuencia de la conducta o actividad de un tercero, tiene derecho a exigir su reparación a ese tercero o a otra persona que se encuentre con él en una determinada relación. Véase Vicente Domingo, Elena, *op. cit.*, p. 70.

²³ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 9a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 876, citado por González Trujano, Claudia Stephany, *El uso explotación comercial y límites al ejercicio del derecho a la propia imagen del artista*, México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 37.

²⁴ Los códigos civiles de los estados de Aguascalientes (artículo 1790), Baja California (artículo 1790), Baja California Sur (artículo 1821), Campeche (artículo 1821), Coahuila de Zaragoza (artículos 102, 103, 1895 y 1895 bis), Colima (artículo 1807), Chiapas (artículo 1892 bis), Chihuahua (artículos 1801 y 1801 bis), CDMX (antes Distrito Federal, artículo 1916), Durango (artículos 1800 y 1800 bis), Guerrero (artículo 1760), Jalisco (artículos 1394 bis, IV y 33), Estado de México (artículos 2.5 y 7.154), Michoacán de Ocampo (artículos 1082 y 1083), Morelos (artículos 1348, 1348 bis y 1348 ter), Nayarit (artículo 1289), Oaxaca (artículo 1787), Puebla (artículos 82 y 83), Querétaro (artículos 43 y 47), Quintana Roo (artículos 674 y 676), San Luis Potosí (artículos 1752 y 1752 bis), Sinaloa (artículo 1800), Sonora (artículo 2087), Tabasco (artículo 2051), Tamaulipas (artículo 1164), Tlaxcala (artículo 1402), Veracruz (artículo 1849) y Yucatán (artículos 1104 y 1105). Véase González Trujano, Claudia Stephany, *op. cit.* pp. 37 y 38.

para el Distrito Federal, y tomó como modelo la Ley Orgánica 1/1982 española de Protección Civil al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Su capítulo III es exclusivo del derecho a la propia imagen (artículos del 16 al 21). En su artículo 1o. indica la protección de los derechos de la personalidad a nivel internacional reconocido por el artículo 133 de la Constitución mexicana, así como el daño al patrimonio moral derivado del abuso del derecho de la información y de libertad de expresión. En ese mismo artículo, segundo párrafo, señala que “tiene por finalidad regular el daño patrimonial moral derivado del abuso del derecho de la información y de la libertad de expresión”.

La LRCP, en su artículo 23, señala que la “violación a los derechos a la vida privada, al honor y/o a la *propia imagen* constituyen un menoscabo al patrimonio *moral*, su afectación será sancionada en los términos y condiciones establecidos en el presente ordenamiento.” El artículo que le sigue menciona que el daño será moral cuando el hecho ilícito menoscabe a los componentes del patrimonio moral de la víctima, y precisa que se considera parte del *patrimonio moral* el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la *imagen de la persona misma*.

Por otro lado, establece excepciones cuando la causa del daño moral se derive de opiniones, ideas o juicios de valor sobre cualquier persona, siempre y cuando no se utilicen palabras, frases o expresiones insultantes por sí mismas, innecesarias para el ejercicio de la libertad de expresión.

Teorías de la reparación del daño moral

Entre las teorías de la reparación del daño, Parra Trujillo las clasifica en tres grandes grupos, que son: a) las que niegan la reparación; b) las que aceptan la reparación, pero la

hacen depender de circunstancias, y c) las que aceptan la reparación del daño lisa y llanamente.²⁵

En relación con las teorías que niegan la reparación del daño, se subdividen en: *i)* la que se basa en la imposibilidad de aportar prueba objetiva para acreditar el daño; *ii)* la que se sustenta en la imposibilidad de ser evaluados con exactitud; *iii)* la que señala que reparar un daño moral de una forma económica es un acto inmoral; *iv)* la que señala que los daños morales son pasajeros y desaparecen sin dejar huella, y *v)* la que afirma que la reparación del daño moral es un enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, en relación con el segundo grupo, se dividen en: *i)* la que hace depender la reparación del daño moral de la existencia de un daño pecuniario; *ii)* la que hace depender la reparación del daño moral de un ilícito penal; *iii)* la que hace depender la reparación del daño moral de los bienes no pecuniarios que se lesionen, y *iv)* la que hace depender la reparación del daño moral de la clase de deber jurídico que se viole.

Las últimas, se dividen en tres rubros: *i)* la reparación del daño moral como una función satisfactoria;²⁶ *ii)* la reparación del daño moral explicada como una pena privada, y *iii)* la reparación del daño moral como una función mixta.

Elementos del daño

Para Cienfuegos Salgado, el daño moral es una figura jurídica en construcción, la cual tiene su sede “natural” de regulación en el derecho civil. La responsabilidad civil extra-

²⁵ Parra Trujillo, Eduardo de la, *El derecho a la propia imagen*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 44.

²⁶ *Idem*.

contractual juega un papel muy importante debido a la diversidad de daños que surgen con frecuencia a consecuencia de la masificación del Internet.²⁷ Las nuevas tecnologías, como la red y sus procesos, implican la creación de nuevos riesgos de daños o pérdidas que anteriormente no existían y que van estableciendo una pauta en la regulación de estas nuevas conductas.²⁸

La doctrina y la jurisprudencia²⁹ establecen tres elementos necesarios para imputar el daño moral: a) la existencia de un hecho y omisión ilícita de una persona; b) que produzca una afectación a la persona en cualquier de los bienes tutelados en el artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal, y c) que haya una relación de causalidad adecuada entre el hecho antijurídico y el daño.

Los tres elementos los explicaremos a partir de un caso en el cual se afecta el derecho a la propia imagen:

Felipe es un estudiante de mecatrónica en la Facultad de Ingeniería de la UNAM. Un sábado decidió ir a una fiesta de disfraces, en la cual asistieron muchos de sus compañeros y compañeras de su salón y de la facultad. Felipe usó un disfraz de Frankenstein que no le gustaba mucho, pero cumplía con su cometido. Al tener un problema con el cierre del disfraz, él se dirigió al baño para revisar qué pasaba. Mientras él estaba en el baño, Javier (un estudiante de física de la UNAM) le tomó una fotografía (en ropa interior) sin que Felipe se diera cuenta. Esta imagen, Javier la subió a tres espacios en la red: a) Facebook; b) un blog de la universidad; y c) la nube (Google Drive), donde la imagen se guarda en diversas carpetas compartidas de él.

²⁷ *Ibidem*, p. 33.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Tesis 1a. CCXL/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, 2014, p. 40.

Antes de entrar al estudio del caso, haremos una precisión sobre los espacios de Internet en los que se subió la fotografía. Cuando hablamos en general de Internet, parece que éste es un lugar uniforme y consistente en el cual se aplican reglas generales para las conductas que surgen. Sin embargo, esto no es así. Para este caso en concreto, cada espacio tiene ciertas reglas³⁰ establecidas desde diferentes perspectivas. Facebook se rige por dos documentos, que son: los *términos y condiciones*, y sus *normas comunitarias*,³¹ y presenta mecanismos específicos para el retiro de una imagen. El primero, es un contrato en el cual se establecen las condiciones sobre las cuales la plataforma interactúa, las obligaciones que los usuarios deben aceptar para participar en la aplicación, y el correcto significado de resolver una controversia en el caso de que surja una. No únicamente se enfoca al contenido apropiado y comportamiento de los usuarios, sino más a responsabilidad civil, propiedad intelectual, arbitraje, y otros avisos legales.

El segundo, en palabras de Tarleton Gillespie:

Es el documento que usuarios tienden a leer si tienen una pregunta sobre el correcto uso del sitio o buscar contenido orientados o usuarios que los hayan ofendido. En un lenguaje deliberadamente franco, este documento expone las expectativas de la plataforma sobre qué es adecuado y qué no es. También declara los principios de la plataforma y lista de prohibiciones con diversos grados de explicación y justificación.³²

³⁰ Una parte esencial para el entendimiento de la moderación de contenido es comprender en qué instrumento se basan las decisiones que Facebook toma al momento de aplicarlas. Es decir, en dónde se establecen las reglas para moderar el contenido, quién las establece y cómo. En general, las plataformas cuentan con dos principales documentos: a) términos del servicio, y b) normas comunitarias. Gillespie, Tarleton, *Custodians of the Internet. Platforms, Content Moderations, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, Nueva York, Yale University Press, 2018, p. 46.

³¹ *Idem*.

³² *Ibidem*, p. 26.

Estas últimas son las reglas que establecen lo que está y no está permitido en Facebook. En la propia página web de esta red nos dice:

...se basan en los comentarios que recibimos de las personas y en los consejos de especialistas en campos como tecnología, seguridad pública y derechos humanos. Para garantizar que se valore la opinión de todos, diseñamos con mucho cuidado normas que incluyen diferentes perspectivas y creencias, en particular y comunidades que, de otro modo, podrían ignorarse o marginarse.³³

Por lo que respecta a los mecanismos para el retiro de imágenes, los localizamos en su plataforma en el apartado “Reportar infracciones a la privacidad”.³⁴ En relación con el *blog*³⁵ y la nube, éstas dependen de los términos y condiciones³⁶ de Google, y al igual que Facebook, operan mediante estos estándares.

Daño o afectación a los derechos de la personalidad

El bien protegido es la imagen de la persona, la cual se ve afectada cuando existe una captura de la misma sin consentimiento. En relación con esta afectación, Parra Trujillo señala: “la afectación a los bienes morales se presenta cuando se acreditan los actos materiales que a ellos se refieren, por ejemplo, el divulgar imágenes personales o datos sobre la vida pri-

³³ Disponible en: https://transparency.fb.com/es-la/policies/community-standards/?from=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2Fcommunitystandards%2F%3Flocale%3Des_ES.

³⁴ Disponible en: <https://www.facebook.com/help/contact/144059062408922>.

³⁵ Consideramos la página Blogger para el *blog*. Es importante mencionar que ésta no es la única.

³⁶ Disponible en: <https://policies.google.com/terms?hl=es>.

vada de alguien, sin tener que acreditarse el sufrimiento o daño espiritual”.³⁷ En este punto nos preguntamos si nace la afectación al momento de *captar* o de *divulgar*, que son dos instancias diferentes. La LRCP dispone en el artículo 17, que el derecho sobre la imagen personal se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando o no la *captación* o *difusión*. Asimismo, en el artículo 26 señala que

La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos sin la autorización de la persona constituye una afectación al patrimonio moral.

La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona con fines peyorativos, publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga dará lugar a la reparación del daño que por la difusión de la misma se genere.

Mientras no sea condenado por sentencia ejecutoriada, el probable responsable tiene derecho a hacer valer el respeto a su propia imagen.³⁸

La protección del derecho a la imagen personal desde la LRCP es mayor a la de la LFDA, ya que abarca desde la captura de la fotografía, momento que es anterior a la publicación o incluso la difusión.

El cometimiento en un hecho ilícito

El incumplimiento de un deber se refleja en un hecho ilícito o violación al deber de cuidado, de conformidad con el artículo 1910 del Código Civil Federal, o en la actualización

³⁷ Parra Trujillo, Eduardo de la, *op. cit.*, p. 169.

³⁸ Las cursivas son propias.

de una conducta de riesgo. La doctrina sostiene que la configuración del hecho ilícito requiere de tres elementos, que son: una conducta antijurídica, culpable y dañosa.³⁹

El artículo 18 de la LRCP señala que constituye un acto ilícito la difusión o comercialización de la imagen de una persona sin su consentimiento, sin mencionar la captación, como se señala en el artículo 17 de la misma ley.

La existencia de un nexo causal (relación causa-efecto entre ambos acontecimientos)

Podemos decir que el nexo causal es la relación de causalidad entre el daño resarcible y la conducta generadora del daño. Este nexo se establece en el artículo 2110 del Código Civil Federal, que establece que “los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”. Es decir, nace una obligación de resarcir el daño causado.

³⁹ “Así, se entiende por una conducta antijurídica, aquella que es contraria a derecho, ya sea porque viole una disposición jurídica, o el deber jurídico de respetar el derecho ajeno. Asimismo, obra con culpa o falta quien causa un daño a otro sin derecho; dicha culpa o falta se traduce en no conducirse como es debido, esto es, una conducta culpable es aquella proveniente de la negligencia o falta de cuidado. Finalmente, el daño es una pérdida o menoscabo que puede ser material o extrapatrimonial; de ahí que, desde un punto de vista económico, el daño es la pérdida o menoscabo que una persona sufre en su patrimonio, y el perjuicio es la privación de la ganancia lícita a la que tenía derecho. Por su parte, el daño o perjuicio extrapatrimonial (también conocido como daño moral) es la pérdida o menoscabo que sufre una persona en su integridad física o psíquica, en sus sentimientos, afecciones, honor o reputación. En conclusión, un hecho ilícito puede definirse como la conducta culpable de una persona que lesiona injustamente la esfera jurídica ajena”. Tesis 1a. LI/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, tomo I, febrero de 2014, p. 661.

Crítica

El daño

Si bien el daño en relación con la imagen personal que señala la LRCP establece supuestos como la *captación*, la *reproducción* o la *publicación*, cada uno de estos tiene diferentes niveles de afectación. Es decir, el daño causado por una captura no es el mismo por una reproducción o por una publicación. Y esto lo explicaremos mediante el caso de Felipe.

Si Javier hubiera únicamente capturado la imagen de Felipe y almacenado en la nube, el daño ocasionado sería mínimo. Y tal vez no se hubiera enterado de esta cuestión. En cambio, como Javier subió la fotografía a un grupo escolar, esto causó afectaciones a Felipe, como burlas, insultos y ofensas, las cuales no únicamente se ubicaron en la Facultad de Mecatrónica de la UNAM, sino que pudieron llegar a otras instituciones de la misma universidad. Estas consecuencias sucedieron por el simple hecho de subir a Internet (Facebook, Blog y/o Google Drive) la imagen. Si complicamos la situación, tal vez hasta Felipe, a causa de tal afectación, tuvo que suspender un semestre sus estudios o incluso cambiarse de universidad.

Estas afectaciones a causa de subir una imagen (no consentida) a Internet, las vemos similares en el caso real de Yucatercos, en el cual, a pesar de que la página fue dada de baja y los culpables fueron aprehendidos, las víctimas (en su mayoría mujeres) tuvieron afectaciones posteriores, como acoso en la calle, insultos en grupos de WhatsApp, pérdida de trabajos y de semestres escolares.

Por tal razón, algunas afectaciones, como en el caso citado, se consideran afectaciones permanentes en la vida de las víctimas. Internet crea estos *riesgos*⁴⁰ debido a sus factores en la infraestructura, como la escalabilidad, la transjurisdicción y la memoria.

⁴⁰ Cuando hablamos de riesgos, nos referimos a los riesgos causados por la arquitectura de Internet, que son: la falta de control de las imágenes en el ciberespacio y la relación que tiene la imagen personal con otros derechos de la personalidad, y cómo es una puerta para la afectación de estos.

El hecho ilícito

Si tomamos nuevamente el caso de Felipe, éste se configura en dos momentos. En la *captura* sin consentimiento de su imagen y en la *publicación* de ésta en Facebook, en el blog de la universidad y en la nube. Asimismo, podemos señalar que la conducta de Javier fue dañosa en el sentido del perjuicio que le causó a Felipe y las repercusiones que tuvo este último en su universidad. En relación con este elemento de la responsabilidad civil, es relativamente fácil comprobar su existencia como un hecho ilícito.

El nexos causal

La parte del nexos causal es la más complicada para probar, debido al ecosistema de Internet. Si retomamos el caso de Felipe, es importante responder cómo podemos establecer un vínculo entre las burlas que tuvo él en la escuela, y la captura y publicación de su imagen en los diferentes espacios de Internet, que son Facebook, el *blog* universitario y la nube. En otras palabras, ¿se puede establecer un nexos entre lo anteriormente señalado?

Es importante señalar que la *pérdida* del control de nuestra propia imagen es uno de los principales riesgos en Internet para el derecho a la imagen personal. Hasta ahora, no existe una forma de conocer cuántas imágenes de nosotros existen en el ciberespacio. Para explicar este punto, podemos mencionar el caso de las obras impresas. Cuando se imprime un libro o una revista, ésta cuenta con un número de tiraje establecido. Si nosotros imprimimos una revista con nuestra fotografía, y el libro cuenta con 500 ejemplares, éstas pueden ser contabilizadas sin problema y hasta conocer en dónde se encuentran ubicadas.⁴¹ En cambio, una

⁴¹ En el intercambio de revistas científicas impresas, muchas universidades tienen un registro de las instituciones académicas o bibliotecas donde se envían las obras.

imagen puede ser copiada, duplicada, fotografiada, capturada desde cualquier dispositivo y sin tener un *registro*, sin conocer dónde se ha almacenado o poder controlar las copias.

Lamentablemente, hasta nuestros días no existe un sistema o aplicación que pueda detectar nuestro retrato en toda la red y que nos enseñe la ubicación en la cual se encuentran albergadas tales imágenes. Lo anterior solucionaría el problema sobre cuáles imágenes hemos concedido que sean capturadas y cuáles no; es decir, el *control* que tendríamos de nuestra imagen personal en el ciberespacio.

Si no podemos determinar exactamente cuántas veces se transmitió la imagen, ¿cómo lograremos establecer el daño o afectación? Esta cuestión nos complica de cierta forma el proceso de establecer un nexo entre el daño y la conducta que lo causó.

Conclusiones

Es evidente el incremento de usuarios en redes sociales en México y en el mundo, así como el aumento de fotografías y videos que se suben y comparten en Internet. La “facilidad” para capturar fotografías y/o videos desde diversos dispositivos y luego subirlos a la red en sus diferentes espacios y la arquitectura se conjugan para crear una serie de riesgos y afectaciones específicos de este entorno virtual. Estas afectaciones nos obligan a reflexionar sobre cómo se afecta el derecho a la imagen personal y bajo qué normas está regulado.

Si bien en una primera instancia el hecho de que un mismo derecho se encuentre regulado por diversas leyes pareciera ser favorable para las personas; sin embargo, relamente resulta confuso saber bajo qué regulación se puede exigir la reparación de las afectaciones causadas a este derecho.

Desde la perspectiva de la Corte, el derecho a la imagen personal puede ser protegido por la LFDA; sin embargo, esta ley tiene una naturaleza de defensa para los autores de obras tal y como las fotografías, y antes de este tipo de afectaciones (materiales) con motivos comerciales, surge por una negativa a la captura o publicación de su imagen personal para impedir un daño o una afectación.

Es por tales razones que la “simple negativa a ser fotografiado es motivo suficiente para respetar la imagen”,⁴² debido a los diferentes riesgos que existen actualmente por la naturaleza y arquitectura del Internet, los cuales no son considerados en las legislaciones y propuestas regulatorias.

Referencias

- FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, “Derecho a la imagen y responsabilidad civil”, en ADAME GODDARD, Jorge (coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006.
- GARCÍA MENDIETA, Carmen, voz “daño”, *Diccionario jurídico mexicano*, t. III, D, México, UNAM, 1983.
- GILLESPIE, Tarleton, *Custodians of the Internet. Platforms, Content Moderations, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, Nueva York, Yale University Press, 2018.
- GONZÁLEZ TRUJANO, Claudia Stephany, *El uso explotación comercial y límites al ejercicio del derecho a la propia imagen del artista*, México, Tirant lo Blanch, 2019.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 9a. ed., México, Porrúa, 2008.

⁴² Flores Ávalos, Elvia Lucía, *op. cit.*, p. 375.

- PARRA TRUJILLO, Eduardo de la, *El derecho a la propia imagen*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- PEÑA VALENZUELA, Daniel, "Riesgo, daño y responsabilidad jurídica en la era digital", *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Colombia, vol. XXXVI, núm. 100, 2015. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3311848>.
- PISANTY, Alejandro, "Open Internet Governance: The 6F Framework and COVID-19", *Medianama*, 21 de mayo de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3tBik4e>.
- VICENTE DOMINGO, Elena, "El daño", en REGLERO CAMPOS, L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5a. ed., España, Thomson Reuter, 2014.

Entre la discrecionalidad y la arbitrariedad.

El recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral en Chile*

Señales de ruta

En su libro *La nueva novela*, el poeta chileno Juan Luis Martínez incluye el poema “La desaparición de una familia”.¹ En ese texto, el hablante deja registro de las advertencias que un padre fue haciendo a su familia de atender a las “señales de ruta”, antes que ellos se extraviaran en la casa. Así, sucesivamente, y de diversos modos, se los dice a su hija, a su hijo, a los gatos de la casa y a su foxterrier. Cito la primera advertencia: “1. Antes que su hija de 5 años se extraviara entre el comedor y la cocina, él le había advertido: «Esta casa no es grande ni pequeña, pero al menor descuido se borrarán las señales de ruta y de esta vida al fin, habrás perdido toda esperanza»”.

Sin perjuicio de que en la tramitación de la ley nada expresamente se dijo, el establecimiento del recurso de unificación de jurisprudencia laboral, como parte de la doctrina laboral y procesal chilena, fue visto como la inauguración de una nueva era: la de los precedentes

* Elaborado por Samuel Soto Bustos, Peralta, Soto, Urrutia Abogados. Correo electrónico: ssoto@psuabogados.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0119-8787>.

¹ Martínez, Juan Luis, *La nueva novela*, Chile, Ediciones Archivo, 1985, p. 137.

interpretativos vinculantes. Los fallos de unificación supuestamente se constituirían, utilizando las palabras del poeta Martínez, en las señales de ruta para la misma Corte Suprema, para las cortes de apelaciones, para los juzgados del trabajo² y, finalmente, para los justiciables y operadores jurídicos.

El recurso de unificación de jurisprudencia laboral otorga a la Corte Suprema el poder de dirimir en caso de dispersión de criterios interpretativos cuál de aquellos es el correcto. Así se desprende de lo preceptuado por el artículo 483 del Código del Trabajo chileno, que dispone:

Excepcionalmente, contra la resolución que falle el recurso de nulidad, podrá interponerse recurso de unificación de jurisprudencia.

Procederá el recurso de unificación de jurisprudencia cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia

Demasiado pronto para saber

La reforma procesal laboral, en la que se inserta el recurso de unificación, entró en vigencia en marzo de 2008, y el primer fallo de unificación se dictó el 14 de julio de 2009, en la

² En este sentido, Silva Montes, Rodrigo, *Manual de procedimiento laboral*, 3a. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 56 decía "...Como quiera que en nuestra legislación general las sentencias judiciales sólo tienen fuerza obligatoria en las causas en que se pronuncian (art. 3o. del Código Civil, reiterado expresamente por el Código del Trabajo a propósito de esta materia), este recurso extraordinario, del que conocerá exclusivamente la Corte Suprema, dará en la práctica a las cortes de apelaciones y tribunales inferiores directrices y criterios de interpretación y aplicación de la legislación laboral. Difícilmente fallará un juez o una corte de alguna manera diversa de lo que vaya sosteniendo esta «jurisprudencia unificada»...".

causa *Ampuero Sánchez y otros con Agencia Marítima Alphamar S.A y Empresa Nacional del Petróleo*.³

Este fallo dio lugar a un artículo de Alejandro Romero Seguel, publicado en 2011, en el que concluye que aquella sentencia inaugura el tránsito desde una jurisprudencia persuasiva a una jurisprudencia vinculante.⁴ En un posterior trabajo, publicado en 2013, el mismo autor ya habla, derechamente, del precedente judicial en el proceso laboral.⁵

La tesis de Romero Seguel es cuestionada por un trabajo publicado en 2011 por Jordi Delgado Castro e Iván Díaz García, quienes, sobre la base de lo que muestran algunos fallos, señalan que existe una falta de cultura judicial para respetar las interpretaciones de la Corte Suprema. Dicha conclusión la derivan del hecho de que, a la época del estudio que ellos realizan, aparecen fallos de cortes de apelaciones que contradicen las doctrinas unificadas por la Corte Suprema chilena.⁶

Transcurridos los primeros cinco años de vigencia de la reforma procesal laboral, aparecieron dos trabajos que, de manera independiente, pretendían falsear o verificar la tesis

³ Sentencia de la Corte Suprema (en lo sucesivo SCS) en la causa rol 2886-2009, del 14 de julio de 2009. Los fallos de la Corte Suprema pueden ser consultados en línea a través de la sección Consulta Unificada, en la Oficina Judicial Virtual del Poder Judicial de la República de Chile en la siguiente dirección web: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>.

⁴ Romero Seguel, Alejandro, "La discriminación judicial como nuevo error decisorio litis en el proceso chileno", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 38, núm. 2, 2011, pp. 339-348. Este trabajo se vincula claramente con otro de mayor aliento del mismo autor: Romero Seguel, Alejandro, *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

⁵ Romero Seguel, Alejandro, *El recurso de casación en el fondo civil. Propuestas para la generación de precedentes judiciales*, Santiago de Chile, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013, pp. 26-31.

⁶ Delgado Castro, Jordi y Díaz García, Iván, "La unificación de jurisprudencia pretendida por el recurso extraordinario: ventajas y problemas", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Chile, año 18, núm. 2, 2011, pp. 275-304.

de que los fallos de unificación dictados por la Corte Suprema son precedentes interpretativos: El primer trabajo, de mi autoría, se titula “¿Criterios unificados como precedentes judiciales en materia laboral? (revisión crítica de los fallos que acogen recursos de unificación laboral entre marzo de 2008 a agosto de 2013)”.⁷ El segundo trabajo, desarrollado por un grupo de investigadores encabezados por Iván Díaz, se titula “Seguimiento del precedente por la Corte Suprema de Chile en materia laboral. Estudio empírico del recurso de unificación de jurisprudencia”.⁸

Mi trabajo pretendía verificar si en la práctica las sentencias de unificación dictadas por la Corte Suprema se comportaban como precedentes judiciales, en primer lugar, para los juzgados del trabajo y la cortes de apelaciones y, en segundo, para la propia Corte Suprema.⁹ Para ello se revisó el conjunto de fallos de la Corte Suprema dictados hasta agosto de 2013, usando una noción moderada de precedente¹⁰ y postulando unas condiciones precisas bajo las cuales se podría afirmar o negar, vía observación, que aquellas sentencias se comportan

⁷ Soto Bustos, Samuel, “¿Criterios unificados como precedentes judiciales en materia laboral? (revisión crítica de los fallos que acogen recursos de unificación laboral entre marzo de 2008 a agosto de 2013)”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Chile, núm. 19, 2013, pp. 215-250.

⁸ Díaz García, Iván *et al.*, “Seguimiento del precedente por la Corte Suprema de Chile en materia laboral. Estudio empírico del recurso de unificación de jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 41, núm. 3, 2014, pp. 1105-1131.

⁹ Es decir, el análisis exploraba en la dimensión del precedente vertical si los tribunales inferiores respetan los criterios fijados por la Corte Suprema y en la dimensión del autprecedente, si la Corte Suprema sigue sus propios criterios.

¹⁰ Para efectos del trabajo, nos servimos de la tipología de Taruffo, referenciada por Iturraltte, Victoria, “Precedente judicial”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, España, núm. 4, marzo-agosto de 2013, pp. 194-201. Así, estipulativamente, dijimos que entenderíamos por precedente judicial vinculante moderado al descrito en el numeral C de la tipología referida y que se describe del siguiente modo: “Si la vinculación es fuerte con la posibilidad de apartarse del mismo cuando el juez tenga razones relevantes para hacerlo se habla, también, de precedente condicionalmente obligatorio”.

como precedentes.¹¹ Realizado el análisis de todos los fallos del periodo elegido, mis conclusiones fueron:

- a) Que, en la dimensión de verticalidad, sobre la base de una noción moderada de precedente judicial vinculante y entregando un plazo suficientemente extenso (un año) para que el criterio unificado fuese socializado en los tribunales inferiores a la Corte Suprema, no resulta evidencia en orden a que los criterios unificados hayan operado como precedentes vinculantes en el sistema de enjuiciamiento laboral.
- b) Que, en la misma dimensión, la falta de evidencia se hará más patente si se establece como criterio de comparación una noción de precedente de mayor intensidad de vinculación.
- c) Que, en la misma dimensión, la falta de evidencia también se debería hacer más notoria según se disminuye el tiempo de socialización del criterio unificado.
- d) Que, en la dimensión de autoprecedente, la Corte Suprema ha tendido a sostener los criterios unificados cuando casos similares han llegado a su decisión.
- e) Que, por último y en la misma dimensión de autoprecedente, la Corte Suprema cuando ha variado su criterio unificado no ha dado cuenta de las razones de aquello.

¹¹ Las condiciones que fueron definidas para reconocer, a efectos del trabajo que los criterios unificados en fallos de la Corte Suprema operaban en los hechos como precedentes, fueron los siguientes:

- a) Que, en la dimensión de precedente vertical: *i)* se verifica alineamiento de los tribunales del trabajo y cortes de apelaciones con el criterio unificado establecido por la Corte Suprema, esto es, fallan conforme a criterio unificado, o *ii)* en caso de desalineamiento, esto es, cuando fallan contra criterio unificado, los tribunales del trabajo y las cortes de apelaciones, en sus respectivos fallos, explicitan la existencia de aquel criterio y las razones por las cuales en el caso particular no lo siguen.
- b) Que, en la dimensión de autoprecedente: *i)* la Corte Suprema falla casos similares respetando su criterio unificado, o *ii)* en caso de cambiar el criterio unificado, la Corte Suprema se hace cargo de expresar, en el fallo que asienta el nuevo criterio unificado, las razones para modificar el antiguo.

El trabajo de Iván Díaz *et al.* revisa los fallos de la Corte Suprema hasta el 11 de abril de 2013; ahí se limita a tratar de comprobar la existencia de autoprecedentes en nuestro máximo tribunal; esto es, si la Corte Suprema sigue sus propios criterios al fallar sobre casos en que se reitera una discusión sobre interpretación. Al final del trabajo llega a la conclusión de que la sala laboral de la Corte Suprema sigue sus propios criterios en un 100% de los casos en que un recurso de unificación es fallado y se reitera el mismo problema interpretativo en una sentencia posterior de Corte de Apelaciones que es recurrida de unificación. Este trabajo es muy interesante pero tiene, a mi juicio, dos problemas:

El primero es que no da cuenta precisa de que a lo menos en dicho periodo hay un caso en que la Corte Suprema no sigue su propio criterio. Dicho caso se produce entre la sentencia *Munizaga Morales con Factor Seguridad Limitada y Pre Unic*¹² y el criterio fijado en una anterior dictada en el caso *Solís Jiménez con Diseño Paisajista y Municipalidad de Calama*.¹³ Por ello, la afirmación que en un 100% de los casos la Corte Suprema sigue sus propios criterios no resulta efectivo.¹⁴

El segundo de los problemas es a nivel de la argumentación que sustenta la afirmación de que las sentencias de unificación tienen un efecto vinculante. Dicha argumentación es débil, lo que ha sido evidenciada en un reciente trabajo de Rodrigo Correa.¹⁵

¹² SCS, rol 9669-2011, del 1 de agosto de 2012.

¹³ SCS, rol 7502-2010, del 31 de marzo de 2011.

¹⁴ La discrepancia entre dichas sentencias gira sobre si la sanción aplicada a una empresa subcontratista, por no estar al día en el pago de cotizaciones previsionales y que consiste en hacer ineficaz el despido y obligar al pago de las remuneraciones hasta la convalidación del despido, queda dentro de aquellas obligaciones por las cuales la empresa principal es responsable solidaria o subsidiariamente. Sobre el detalle de los casos véase Soto Bustos, Samuel, *op. cit.*, pp. 245-247.

¹⁵ Correa González, Rodrigo, "Función y deformación del recurso de unificación de jurisprudencia", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. XXXIII, núm. 2, 2020, pp. 253-274.

En mi trabajo de 2013, que he referido, recordaba una famosa frase de Zhou Enlai: “Es demasiado temprano para saber”, para connotar lo que se podía decir en ese momento del impacto del recurso de unificación de jurisprudencia laboral, cuando sólo habían transcurrido poco más de cuatro años del primer fallo de unificación, lo que era muy poco.¹⁶ Me parecía entonces, y tengo la convicción ahora, de que la aparente consistencia de la Corte Suprema en sus criterios interpretativos se explicaba especialmente por la estabilidad de la composición de los miembros de la sala laboral, más que por la existencia de una práctica cultural de obrar sobre precedentes.¹⁷

Mirado el asunto desde 2021, transcurrido más de doce años desde el primer fallo de unificación, creemos que empíricamente se puede decir que el tiempo nos ha dado la razón, los fallos de la Corte Suprema no se han constituido, ni operado, como precedentes judiciales en ninguna de las dimensiones posibles. Iván Díaz y su grupo de investigadores señalaron un hallazgo, consistente en que la sala laboral de la Corte Suprema presentaba, a la fecha de su trabajo, una inclinación a favor de las pretensiones de los empleadores y del Estado. A fines de 2013, la composición de la Sala Laboral de la Corte Suprema cambió, y de igual manera lo hicieron sus criterios a partir de 2014.

Tener solidas opiniones y no estar necesariamente de acuerdo con ellas

En la estrofa final de “La desaparición de una familia”, el hablante alude a lo que el padre se dijo, finalmente, a él mismo y al resto del mundo:¹⁸

¹⁶ Soto Bustos, Samuel, *op. cit.*, p. 219.

¹⁷ En un intercambio de correos electrónicos con Iván Díaz en 2015, a propósito de su trabajo, le exprese que tenía la impresión de que la Corte Suprema seguía su “precedente” porque la composición de ministros de la sala era básicamente la misma, y es difícil no estar de acuerdo con las propias opiniones. Recordaba, a propósito, la frase de George Bush Jr. “I have opinions of my own —strong opinions— but I don’t always agree with them”.

¹⁸ Martínez, Juan Luis, *op. cit.*, p. 137.

5. Ese último día, antes que él mismo se extraviara
entre el desayuno y la hora del té,
advirtió para sus adentros:
“—Ahora que el tiempo se ha muerto
y el espacio agoniza en la cama de mi mujer,
desearía decir a los próximos que vienen,
que en esta casa miserable
nunca hubo ruta ni señal alguna
y de esta vida al fin, he perdido toda esperanza”.

El ejercicio de la discrecionalidad de la Corte Suprema muchas veces no nos ha dado señales de ruta, sino que a veces nos ha confundido con sus fallos y con los criterios asentados en ellos. En efecto, hay diversas materias en que el criterio de la Corte Suprema, al no sentirse como órgano vinculada a sus propias sentencias, ha sido zigzagueante a un nivel de generar confusión en los operadores jurídicos. Así ha sucedido en casos en los cuales reiteradamente se le solicita pronunciarse sobre cuestiones que ya han sido unificadas.

En un reciente trabajo, el profesor Anderson Weldt ha identificado que ello sucede, a lo menos, en las siguientes materias en las que la Corte Suprema chilena se ha pronunciado en diversas sentencias y de modo contradictorio:¹⁹ a) sobre el descuento o imputación del aporte patronal al seguro de cesantía a un despido por necesidades de la empresa, declarado judicialmente como injustificado; b) sobre el sentido, alcance y condiciones de procedencia del pago de semana corrida cuando la estructura de remuneraciones es mixta; c) sobre la improcedencia de la sanción establecida en el artículo 162 del Código del Trabajo, al declararse

¹⁹ Weldt Umaña, Anderson, *Recurso de unificación de jurisprudencia. Análisis de criterios recurrentes*, Chile, Metropolitana, 2021, pp. 67-244.

relación laboral en la sentencia definitiva respecto a un órgano de la administración del Estado; *d)* sobre el alcance de la sanción contenida en el artículo 162 del Código del Trabajo respecto a la empresa principal en el régimen de subcontratación; *e)* sobre el alcance y extensión de la sanción contenida en el artículo 162 del Código del Trabajo respecto a un empleador sometido a un procedimiento concursal de liquidación; *f)* sobre la improcedencia de aplicar a los docentes, profesionales de la educación de establecimientos municipales, el aumento de la bonificación proporcional de la ley 19.933; *g)* sobre la procedencia de transformar un contrato de plazo fijo en uno de plazo indefinido, al amparo del Estatuto de Atención Primaria de Salud; *h)* sobre si la interrupción de la prescripción requiere necesariamente que se notifique la demanda de conformidad a derecho; *i)* sobre el sentido y alcance de la facultad judicial de otorgar o rechazar el desafuero maternal por la causal de vencimiento del plazo convenido en el contrato; *j)* sobre el sentido, alcance y extensión del poder liberatorio de un finiquito suscrito con reserva de derechos; *k)* sobre la determinación jurídica del concepto de “última remuneración mensual” para efectos indemnizatorios, y *l)* sobre competencia de los tribunales para conocer y fallar acciones de tutela de derechos fundamentales de funcionarios públicos.

De las materias referidas, el conjunto de las sentencias sobre el descuento o imputación del aporte patronal al seguro de cesantía constituye el mejor ejemplo de nuestra afirmación en orden a que los fallos de unificación han oscurecido el problema que pretenden resolver.

Un breve resumen del problema jurídico sobre el que recaen aquellas sentencias es el siguiente:

1. El Código del Trabajo chileno contempla varias causales de terminación del contrato de trabajo. Una de ellas es la denominada “necesidades de la empresa”, que es establecida en el artículo 161 del citado Código, y que permite al empleador, poner término al contrato de trabajo, invocando las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad,

cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores.

La aplicación de dicha causal puede implicar el pago de dos tipos de indemnizaciones. La primera, se paga por años de servicios y corresponde a todo trabajador que ha prestado servicios por más de un año al momento del término del contrato, y equivale a treinta días de la última remuneración por cada año de servicio o fracción superior a seis meses, con tope de 330 días de indemnización. La segunda se paga cuando el empleador no da el aviso de término de contrato con antelación de treinta días a la fecha del término de éste.²⁰

El trabajador despedido por necesidades de la empresa puede impugnar la causal, y si el tribunal la estima improcedente, recargará la indemnización por años de servicio en 30%.

2. Por otra parte, existe un seguro de desempleo, establecido por la ley 19.728, que en parte es financiado con aporte patronal mediante una cotización de la que una parte ingresa a la cuenta individual de cesantía del trabajador, y otra parte al Fondo de Cesantía Solidario.²¹

El artículo 13 de la Ley de Seguro de Desempleo establece que, si el contrato termina por necesidades de empresa y el trabajador tiene derecho a indemnización por años de servicios, el empleador imputará a esa indemnización la parte del saldo de la cuenta individual

²⁰ Sobre la causal de terminación del contrato de trabajo constituida por las necesidades de empresa y las indemnizaciones a que da lugar véanse Lanata Fuenzalida, Gabriela, *Contrato individual de trabajo*, 3a. ed., Chile, Legal Publishing, 2009, pp. 282, 283 y 292-309; Etcheberry Parés, Françoise, *Derecho individual del trabajo*, Chile, Legal Publishing, 2009, pp. 174, 175 y 182-189; Rojas Miño, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo*, Chile, Thomson Reuters, 2015, pp. 429-432 y 443-456; Pierry Vargas, Lucia, *Derecho individual del trabajo*, Chile, Der Ediciones, 2015, pp. 125 y 151-154; Lizama Portal, Luis y Lizama Castro, Diego, *Manual de derecho individual del trabajo*, Chile, Der Ediciones, 2019, pp. 254-256 y 262-266.

²¹ Sobre el seguro de cesantía, véanse Lanata Fuenzalida, Gabriela, *op. cit.*, pp. 349 y ss.; Etcheberry Parés, Françoise, *op. cit.*, pp. 197 y ss.; Rojas Miño, Irene, *op. cit.*, pp. 470 y 471.

por cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador más su rentabilidad y deducidos los costos de administración que correspondan.

El artículo 52 de la Ley de Seguro de Desempleo establece que en el caso de que el Tribunal acogiera la pretensión del trabajador, de ser injustificado, indebido o improcedente el despido, deberá ordenar que el empleador pague las prestaciones que correspondan conforme al artículo 13 de la misma ley.

A partir de las normas de los artículos 13 y 52 citados, se ha generado un problema interpretativo relativo a si, en caso de declararse mal aplicada la causal de necesidades de la empresa, puede o no el empleador imputar a las indemnizaciones por años de servicio el aporte que ha hecho al seguro de cesantía.

Sobre dicho problema, el criterio interpretativo de los jueces del trabajo ha sido, y es, diverso: unos dictaminan que no es procedente la imputación y ordenan la restitución del descuento que el empleador ha efectuado a las indemnizaciones del trabajador; y, otros declaran, por el contrario, que sí es procedente tal imputación y rechazan en esta parte las demandas de los trabajadores que solicitan la devolución del descuento efectuado a sus indemnizaciones por años de servicio. Muchos agraviados, con tales fallos, dedujeron recursos de nulidad, basados en la infracción de ley con efecto en lo resolutivo del fallo. Como resultado del rechazo o acogimiento de dichos recursos de nulidad se ha producido dispersión de criterios, y en dicha circunstancia la Corte Suprema ha sido llamada, reiteradamente, mediante recursos de unificación de jurisprudencia, a establecer cuál de los dos criterios es el acertado.

Como se adelantó en esta materia, al contrario de lo esperable, la Corte Suprema no ha dado luces de cómo debe resolverse tal problema jurídico. En efecto, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, ha decidido en uno y otro sentido. Así, podemos dar cuenta que la

Corte ha tomado partido por una y otra tesis, sin dar razones de por qué cambia de criterio,²² a saber:

- 1) La Corte Suprema ha dicho que no procede imputar o rebajar el aporte al seguro de cesantía cuando la causal de necesidades de la empresa es declarada improcedente o injustificada. Así lo ha dicho en las sentencias roles 2778-2015, 6879-2016, 65375-2016, 413-2018, 19115-2018, 2882-2019, 14630-2019, 85323-2020, 4503-2019, 134204-2020, 122154-2020, 24796-2020, 24938-2020, 39520-2020, 7898-2020, 39554-2020, 5095-2021, 11351-2021, 21797-2021, 21975-2021 y 22.190-2021.
- 2) La Corte Suprema ha dicho que sí procede imputar o rebajar el aporte al seguro de cesantía aun cuando la causal de necesidades de la empresa sea declarada improcedente o injustificada. Así lo ha dicho en las sentencias roles 4758-2013, 15-2017, 23348-2018, 11905-2019, 26030-2019, 138207-2020, 1526-2020, 14893-2020, 20854-2020, 239-2021, 4298-2021, 4375-2021 y 5089-2021.

Como dato curioso, podemos finalmente agregar, en este ir y venir de opiniones, que:

- 1) Que el día 15 de septiembre de 2021 la Corte Suprema declaró en dos sentencias, las roles 14893-2020 y 20854-2020, que sí procede imputar o rebajar el aporte al seguro de cesantía aun cuando la causal de necesidades de la empresa sea declarada improcedente o injustificada. Al día siguiente, en una sentencia, la rol 39520-2020, dijo exactamente lo contrario.

²² Sobre el particular, utilizo las sentencias referidas por Weldt, Anderson, *op. cit.*, pp. 67-80 y, además, un conjunto de sentencias posteriores a la edición de la obra citada y que me fueron proporcionadas por el profesor Weldt y que llegan hasta fines de noviembre de 2021.

2) Que el día 27 de octubre de 2021 la Corte Suprema volvió a decir, esta vez en tres sentencias distintas, los roles 4298-2021, 4375-2021 y 5089-2021, que es procedente la imputación referida. Al día siguiente y en cinco sentencias, los roles 5095-2021, 11351-2021, 21797-2021, 21975-2021 y 22.190-2021, opinó en sentido diferente.

Las puertas del infierno

Aharon Barak define a la discrecionalidad como el poder otorgado a una persona con autoridad para elegir entre dos o más alternativas, cuando cada una de ellas es lícita.²³ Bajo dicha definición es claro que el Código del Trabajo de Chile ha otorgado discrecionalidad a la Corte Suprema para elegir entre dos alternativas lícitas: el criterio interpretativo, que es contenido en la sentencia que es recurrida de unificación de jurisprudencia, o el criterio que sustenta la o las sentencias de contraste, a las que pide el recurrente se unifique la jurisprudencia, anulando el fallo que le es desfavorable. Pero nada dice el Código de qué sucede una vez que la Corte Suprema ha estimado que, entre A o B, A es el criterio correcto. Dicho de otro modo, si le está vedado o permitido, la siguiente vez que el mismo dilema se presente, decir que B es el criterio correcto y en la afirmativa, bajo qué condiciones aquello puede suceder.

El diseño del recurso permite, y el caso ejemplar que se ha explicado lo prueba, que la Corte Suprema chilena puede transitar, y de hecho lo hace, entre interpretaciones contrarias sin ningún problema. Aquello claramente importa agregar irracionalidad al funcionamiento del sistema jurídico laboral chileno, pues en la situación de variabilidad de opinión de la Corte Suprema resulta complejo para los operadores jurídicos dar cuenta de cuál es y será el criterio

²³ Barak, Aharon, *Discrecionalidad judicial*, trad. de Lucas E. Misseri e Isabel Linfante, Perú, Palestra, 2021, pp. 28 y 29.

aplicable a los eventuales casos futuros y qué cursos de acción se han de tomar sobre problemas particulares en los que dicho criterio incida.

Mientras aquello no se resuelva, los que ingresamos a la Corte Suprema a alegar en favor o en contra de recursos de unificación, en materias donde el criterio de decisión es inestable, nos sentimos como el Dante frente a las puertas del infierno donde se lee “Dejad toda esperanza los que entráis”.

Bibliografía

- BARAK, Aharon, *Discrecionalidad judicial*, trad. de Lucas E. Misseri e Isable Linfante, Perú, Pa-lestra, 2021.
- CORREA GONZÁLEZ, Rodrigo, “Función y deformación del recurso de unificación de jurisprudencia”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. XXXIII, núm. 2, 2020.
- DELGADO CASTRO, Jordi y DÍAZ GARCÍA, Iván, “La unificación de jurisprudencia pretendida por el recurso extraordinario: ventajas y problemas”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Chile, año 18, núm. 2, 2011.
- DÍAZ GARCÍA, Iván *et al.*, “Seguimiento del precedente por la Corte Suprema de Chile en materia laboral. Estudio empírico del recurso de unificación de jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 41, núm. 3, 2014.
- ETCHEBERRY PARÉS, Françoise, *Derecho individual del trabajo*, Chile, Legal Publishing, 2009.
- ITURRALTE, Victoria, “Precedente judicial”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, España, núm. 4, marzo-agosto de 2013.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Contrato individual de trabajo*, 3a. ed., Chile, Legal Publishing, 2009.

- LIZAMA PORTAL, Luis y LIZAMA CASTRO, Diego, *Manual de derecho individual del trabajo*, Chile, Der Ediciones, 2019.
- MARTÍNEZ, Juan Luis, *La nueva novela*, Chile, Ediciones Archivo, 1985.
- PIERRY VARGAS, Lucia, *Derecho individual del trabajo*, Chile, Der Ediciones, 2015.
- ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo*, Chile, Thomson Reuters, 2015.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, "La discriminación judicial como nuevo error decisorio litis en el proceso chileno", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 38, núm. 2, 2011.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *El recurso de casación en el fondo civil. Propuestas para la generación de precedentes judiciales*, Santiago de Chile, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- SILVA MONTES, Rodrigo, *Manual de procedimiento laboral*, 3a. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- SOTO BUSTOS, Samuel, "¿Criterios unificados como precedentes judiciales en materia laboral? (revisión crítica de los fallos que acogen recursos de unificación laboral entre marzo de 2008 a agosto de 2013)", *Revista de Estudios de la Justicia*, Chile, núm. 19, 2013.
- WELDT UMAÑA, Anderson, *Recurso de unificación de jurisprudencia. Análisis de criterios recurrentes*, Chile, Metropolitana, 2021.

Ciberseguridad y los derechos de niñas, niños y adolescentes*

Introducción

El entorno digital está en constante evolución y expansión; comprende las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), las redes, los contenidos, los servicios y las aplicaciones digitales, los dispositivos y entornos conectados, la realidad virtual y aumentada, la inteligencia artificial, la robótica, los sistemas automatizados, los algoritmos y el análisis de datos, la biometría, y la tecnología de implantes.¹ De aquí derivan un sinnúmero de oportunidades para mejorar la calidad de vida de las personas; sin embargo, las oportunidades suelen estar acompañadas de riesgos.

Con objeto de evitar riesgos para los niños y proteger sus derechos, podemos cuestionar ¿qué tipo de tecnologías usan?, ¿tienen acceso a Internet?, y ¿para qué usan las TIC y el Internet?, ¿es posible que los niños logren la emancipación en el ciberespacio?

* Elaborado por Gabriela Orozco López, Universidad Nacional Autónoma de México. ORCID: 0000-0002-4665-3037.

¹ Comité de los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos del Niño, Naciones Unidas, CRC/C/GC/25, Observación general núm. 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital, 2 de marzo de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3DKrxNs>.

Paralelamente a la expansión del entorno digital y a la bonanza de las oportunidades, crecen también los riesgos y el cibercrimen, entendiéndose por éste, la actividad delictiva perpetrada por medio de dispositivos y redes, para dañar bienes jurídicos, como el patrimonio, la privacidad y, en el peor escenario, la libertad y la vida.

Si bien el entorno digital y el ciberespacio no fueron creados para usarse por niños/niñas, dada su naturaleza expansiva, ninguna persona queda ajena al entorno digital. En el ámbito de los derechos del niño, la niña y adolescentes, ¿qué oportunidades y riesgos representan las TIC? ¿Puede plantearse la resiliencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el entorno digital? Las respuestas que de aquí deriven no serán de carácter casuista; por el contrario, cada Estado será el responsable de la gestión de sus resultados, en lo particular y en conjunto, desde su competencia y mediante la cooperación internacional y la regional.

Los niños y niñas en el ciberespacio

Por ciberespacio se entiende el ámbito de información implementada dentro de los ordenadores y de las redes digitales de todo el mundo. Las niñas, los niños y adolescentes habitan e interactúan en él, ello con las oportunidades y riesgos que implica.

Ciertamente, el entorno digital no fue diseñado en un principio para tal población; sin embargo, éste afecta transversalmente sus vidas, inclusive para los niños que no tienen acceso a Internet. El entorno digital reviste una creciente importancia para casi todos los aspectos de su vida, entre otras situaciones en tiempos de crisis, puesto que las funciones sociales, como la educación, los servicios gubernamentales y el comercio, dependen cada vez más de las tecnologías digitales.²

² *Idem.*

Desde finales del siglo XX, la realidad virtual tomó relevancia en el debate público, comenzó a desbordarse sobre prácticamente cualquier hecho (transfronterizo, nacional, público y privado). Así, en el seno de la UNESCO, en 1999, se constituyó el Foro de Infoética, a fin de debatir y adoptar decisiones sobre aspectos éticos, jurídicos y sociales de la información digital. Los objetivos principales fueron:

a) reafirmar la importancia del acceso universal a la información, en el marco de la infoestructura global; b) debatir los aspectos éticos, jurídicos y sociales ligados a la circulación y la preservación de la información; c) definir los principios esenciales que los distintos países pudieran considerar en su reflexión sobre el desarrollo de la sociedad tecnológicamente avanzada; d) favorecer el multilingüismo; e) el acceso a Internet, y f) proponer una estrategia internacional para la cooperación de las naciones del mundo en áreas tan decisivas como la educación, la ciencia y la cultura, dentro del propio marco de la llamada sociedad de la información.³

El estudio de la relación entre la ética y la información digital fue sucedido por el análisis sobre la ética de la inteligencia artificial en las TIC.⁴ En materia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes resulta conveniente retomar algunos postulados sobre la infoética. Al releer los objetivos del Foro de Infoética, a la luz del interés superior del niño (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989), se concluye que: a) niñas y niños de manera universal podrán acceder a la información digital; b) la información digital en circulación y preservación responderá a aspectos éticos, jurídicos y sociales, tomando en cuenta los derechos de los niños, niñas y adolescentes; c) el interés superior de la niñez se definirá como uno de los principios esenciales que los distintos países pudieran considerar en su reflexión sobre

³ Amoroso Fernández, Yarina, "Infoética, ciberespacio y derecho", *Bibliotecas. Anales de Investigación*, España, año 10, núm. 10, 2014, pp. 235–242.

⁴ UNESCO, "La Inteligencia artificial y los futuros del aprendizaje". Disponible en: <https://bit.ly/3r1N4xl> (consultado el 14 de noviembre de 2021).

el desarrollo de la sociedad tecnológicamente avanzada; d) se favorecerá el multilingüismo en los juegos digitales de niños; e) se facilitará el acceso a Internet para niñas y niños de manera universal, y f) se propondrá una estrategia internacional para la cooperación de las naciones del mundo, a fin de proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes, mediante el uso de las TIC.

En correspondencia con los postulados del Foro de Infoética, en el ámbito académico se celebró la 4a. Conferencia Internacional sobre el Impacto Social y Ético de las Tecnologías para la Información y la Comunicación (Ethcomp'99), en la cual el jurista Stefano Rodotá puso sobre la mesa estas preguntas:

Quien administra las redes, ¿controlará también los contenidos? ¿Cuáles son los derechos fundamentales en la sociedad de la información? ¿Cómo garantizar el acceso y superar la división digital? ¿Cómo seleccionar los contenidos en una red dominada por servicios comerciales o de entretenimientos? ¿Cómo afrontar el dilema entre bienes comunes, los derechos de autor y el copyright? ¿Cómo garantizar la seguridad de las informaciones y la privacidad? Y más aún, ¿cómo superar el dilema entre innovación tecnológica y fiabilidad de los *computer*, ética hacker y crímenes informáticos, investigación de base e inteligencia artificial?⁵

Estos cuestionamientos adquieren especial dimensión en el contexto de los derechos de niñas, niños y adolescentes, ya que sus derechos deberán proyectarse tanto en la vida material como en el ciberespacio; de lo contrario, la persona del niño o niña quedaría sujeta a un objetivo de mercado o, en el peor de los escenarios, en el insumo de la producción.

Cuando los niños tienen acceso a las TIC y a Internet pueden encontrar una herramienta asombrosa para el ejercicio y defensa de sus derechos; en palabras de Mary John, el

⁵ Rodotá, Stefano, Intervención especial en la 4ta. Conferencia Internacional sobre el Impacto Social y ético de las Tecnologías para la Información y la Comunicación, en París, 1999 (Ethcomp'99).

niño logra su propia emancipación, con motivo de la recopilación de información y el intercambio de ideas con contactos mediante sistemas de comunicación. La navegación en el ciberespacio puede empoderar al niño o niña, ya que implica incertidumbre sobre la autoría, el niño puede obtener información que no obtendría por otros medios; sin embargo, el empoderamiento y la libertad vienen acompañados de riesgos latentes:

Desde el momento en que los estudiantes de secundaria en Estados Unidos utilizaron este medio para recopilar la información necesaria para fabricar bombas y recolectar armas para atacar a los alumnos en su escuela, se han incrementado los intentos de incluir salvaguardas para evitar que los niños deambulen libremente por Internet. El uso de salas de chat por parte de pedófilos también ha aumentado la presión por los controles en este medio; Internet ha sido liberador para los niños, pero como tantas otras libertades, la protección contra el peligro le está imponiendo restricciones.⁶

En México no está claro el número de niñas, niños y adolescente que tienen acceso a las TIC y a Internet. La Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH), realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) en 2020, arrojó los siguientes resultados:

- Para 2020, 91.8% de los usuarios de teléfono celular tiene un equipo inteligente (*smartphone*).
- En México, en 2020, se estimó una población de 84.1 millones de usuarios de Internet, que representan 72% de la población de seis años o más.
- Son usuarios de Internet 71.3% de las mujeres y 72.7% de los hombres de seis años o más que residen en el país.

⁶ John, Mary, *Children's Rights and Power, Charging Up for a New Century*, Londres, Jessica Kingsley Publishers, 2003, p. 141.

- La encuesta estima que 78.3% de la población ubicada en áreas urbanas son usuarios de Internet, mientras que en el área rural la proporción es de 50.4%.
- Los tres principales medios para la conexión de usuarios a Internet en 2020 fueron: celular inteligente (*smartphone*) con 96.0%, computadora portátil con 33.7%, y con televisor con acceso a Internet 22.2%.
- Las principales actividades que realizan los usuarios de Internet en 2020 son comunicarse (93.8%), buscar información (91%) y acceder a redes sociales (89%).⁷

En principio, la Encuesta Nacional se realizó sobre la disponibilidad y el uso de tecnología de la información en los hogares; quedan sin contabilizar las personas que viven en situación de calle, en lugares transitorios o de asistencia social, algunas de ellas niñas, niños y adolescentes indígenas y/o migrantes.

Entre los usuarios de Internet sólo se distingue el género (mujeres y hombres). Se contabilizan a todos los usuarios de seis años en adelante, sin especificar la edad; por tanto, no se sabe si del 71.3% de las mujeres que tiene acceso a Internet, ¿cuántas son niñas?, o ¿acaso el 71.3% de usuarias son mujeres adultas? Este dato se desconoce y resulta necesario para planear la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes referente al uso de las TIC. Sería útil contar con ese dato para atender el problema de la brecha digital entre la población infantil de México.

Otro dato del que se infiere que el porcentaje de niñas y niños que tienen acceso a las TIC y al Internet es reducido, es el relativo a los tres principales medios para la conexión de usuarios a Internet en 2020, ya que fueron: celular inteligente (*smartphone*) con 96%, compu-

⁷ INEGI, Comunicado de prensa 352/21 acerca de la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnología de la Información en los Hogares 2020, México, 22 de junio de 2021. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/OtrTemEcon/ENDUTIH_2020.pdf.

tadora portátil con 33.7% y televisor 22.2%. Los niños y las niñas de educación escolar (entre seis y doce años) no suelen tener un *smartphone*, ni siquiera deben acudir a los colegios con ellos. Este dato sugiere que el acceso a Internet de niños y niñas se ubica en el 33.7% con la computadora portátil, o más bien en el 22.2% con el televisor, ya que la computadora, al ser un instrumento de trabajo, lo real es que los adultos las emplean muchas veces para trabajar, puesto que son los proveedores del hogar, de manera que los niños y niñas usarán el ordenador sólo cuando hay varios en casa o cuando esté desocupado.

Asimismo, se indicó que las principales actividades que realizan los usuarios de Internet son comunicarse (93.8%), buscar información (91%) y acceder a redes sociales (89%), en tanto las actividades principales de los niños son el juego, el estudio y la recreación.

En 2000, Massimiliano Tarozzi y Piero Bertolini advirtieron que en Italia el uso de Internet se encontraba en una fase inicial. Ellos hicieron énfasis en una paradoja: por una parte, el análisis del plano social y el debate público mantenido por los medios de comunicación, han puesto en evidencia posibles riesgos para los niños y niñas en detrimento de las oportunidades que se ofrecen.⁸ Por la otra, los resultados de un proyecto de investigación, cuyo objetivo fue estudiar el uso de Internet por parte de los niños/niñas, principalmente en el ámbito de la familia y de la escuela, mostraron que los niños que utilizaban Internet pertenecían a una categoría privilegiada, dotada de instrumentos apropiados, así como adecuados recursos técnicos y culturales. A estos niños/niñas no se les deja abandonados en la red, además reciben seguimiento y supervisión constante de los padres, a menudo en modo excesivo, en la medida en que se le dejan pocas oportunidades para explorar por ellos mismos el ciberespacio.⁹

⁸ Tarozzi, Massimiliano y Bertolini, Piero, "Children at the Dawn of the Internet: Exploratory Research on Current and Potential Use at Home and in School", *European Journal of Teacher Education*, vol. 23, núm. 2, 2010, pp. 189-201.

⁹ *Idem*.

El estudio de los autores italianos, realizado hace más de veinte años, nos hace pensar sobre la realidad de la población infantil que tiene acceso a Internet y a las TIC en México. Los autores plantean que antes de preocuparse por los riesgos que los niños encaran al acceder a Internet y a las TIC, hay que preguntarse: ¿Cuántos niños/niñas utilizan la red como pioneros? ¿Tienen algún motivo las preocupaciones generalizadas? ¿Cuáles son las formas en que los niños y niñas utilizan Internet? ¿Existen analogías entre los riesgos que enfrentan los niños/niñas que ven la televisión y los que usan Internet? Finalmente, por tratarse de una investigación educativa, la intención no se limitó a la mera interpretación o explicación de este fenómeno social, sino también a reflexionar sobre el seguimiento educativo y las oportunidades de uso pedagógico de este nuevo instrumento.¹⁰

Por supuesto que estamos frente a un fenómeno que está destinado a aumentar el número de niños/niñas mexicanos que utilizaban la red en 2000 fue inferior a 2021, y el actual seguro será inferior al de 2040. Sin embargo, éste es un dato con el que no se cuenta. No sabemos si los niños/niñas que tienen acceso a Internet y a las TIC son una categoría privilegiada (en términos de Tarozzi y Bertolini), quienes afortunadamente no corren riesgos por la orientación y la supervisión que acompañan el privilegio; o bien, el uso de las TIC en la población infantil constituye una generalización similar a la de los niños estadounidenses (*their own emancipation*, según Mary John), cuyos riesgos no cuidados son más bien un peligro inminente. Son dos realidades antagónicas para la infancia, y en ambos sentidos podría interpretarse la ENDUTIH 2020, realizada en México por el INEGI, ya que se coloca en la misma caja a niñas, niños, adolescentes y adultos.

La cuantificación de niñas, niños y adolescentes que tienen acceso a Internet y a las TIC es la base para la toma de decisiones administrativas, legislativas y judiciales sobre la promoción y protección de sus derechos en el ciberespacio, así como para la realización de políticas públicas.

¹⁰ *Idem.*

La infancia afectada por el cibercrimen

Los bienes jurídicos que pueden ser dañados en el ciberespacio son de diversa índole; por ejemplo, la seguridad nacional, la seguridad colectiva, servicios públicos, reserva de información, integridad física, el patrimonio, el desarrollo personal, la libertad, y hasta la vida, afectados por ciberguerra, ciberterrorismo, ciberespionaje y cibercrimen. Este último, en opinión de Antonio Segura Serrano, representa el problema más acuciante de todos.¹¹ El cibercrimen lesiona derechos humanos como el patrimonio, la privacidad, la libertad y la vida.

Aunque en el ciberespacio pueden encontrarse nuevas formas de violencia en contra de niñas, niños y adolescentes, prácticamente aquí se recogen y viralizan las que ya existen en el mundo. Las TIC y el Internet no solamente tienen el poder de la emancipación, sino también el de distribuir y lucrar con la violencia y la perversión, revictimizando así a niñas, niños y adolescentes, y, en el peor de los escenarios, haciendo de ellos un insumo de producción. El Comité de los Derechos del Niño, en la observación general CRC/C/GC/25, del 2 de marzo de 2021, indica que

Los delincuentes sexuales pueden utilizar las tecnologías digitales para abordar a los niños con fines sexuales y para participar en abusos sexuales de niños en línea, por ejemplo, mediante la emisión de vídeos en directo, la producción y distribución de material visual de abusos sexuales de niños y la extorsión sexual. Las formas de violencia y de explotación y abusos sexuales que se ven facilitadas por los medios digitales también pueden darse dentro del círculo de confianza del niño, por parte de familiares o amigos o, en el caso de los adolescentes, por parte de sus parejas íntimas, y pueden incluir ciberagresiones...¹²

¹¹ Segura Serrano, Antonio, "Ciberseguridad y derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, España, vol. 69. núm. 2, julio-diciembre de 2017, pp. 291-300.

¹² Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*

En el ciberespacio rige el anonimato, característica que conlleva ventajas y retos; por un lado, la emancipación y la libertad; por el otro, la cobardía y la impunidad. El cibercrimen contra niñas, niños y adolescentes se fortalece con la complejidad de seguimiento e investigación y la dificultad de juzgar los delitos cometidos, en muchas ocasiones de carácter transnacional.¹³

Puesto que en México no hay datos precisos de cuántas niñas, niños y adolescentes tienen acceso a Internet y a las TIC y, en su caso, con qué fines ellos lo usan, formularé, de manera intuitiva, dos hipótesis: *i)* en la pista del ciberespacio, el cibercrimen puede llevar la delantera al Estado, a la sociedad y a la institución de la familia, para aproximarse a niñas, niños y adolescentes, y *ii)* las niñas, los niños y adolescentes víctimas potenciales del cibercrimen no se hallan detrás de un ordenador, navegando en Internet y usando las TIC para jugar, obtener información y satisfacer la curiosidad; ellos se encuentran principalmente en la calle, en el transporte que cruza la frontera de México a Estados Unidos, se hallan en los pueblos y en las grandes ciudades abandonadas por madres y padres que salieron a buscar trabajo y no regresaron; posiblemente ellos no tienen acceso a Internet ni a las TIC.

El cibercrimen y los cárteles del narcotráfico difunden su imagen por las redes, creando vínculos identitarios en la sociedad donde los niños/niñas matan y mueren.¹⁴ En este sentido, urge que el Estado y las familias realicen marchas forzadas y redoblen esfuerzos para contribuir a la resiliencia de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el entorno digital.

¹³ *Idem.*

¹⁴ Gómez, Frida, "Sin futuro ni construcción: juvenicidios no resueltos y menores obligados a delinquir", *SDP Noticias*, México, 15 de julio de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3DPwO6p>.

Ciberseguridad y los derechos de niñas, niños y adolescentes

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, por “seguridad” se entiende la cualidad de seguro.¹⁵ Hay diversos tipos de seguridad; por ejemplo, la seguridad jurídica, la seguridad social, la seguridad pública, la seguridad activa, la ciberseguridad, etcétera. En todo caso, la seguridad implica la prevención de riesgos y la protección.

En este sentido, la ciberseguridad se refiere a los mecanismos para prever riesgos y evitar daños a los bienes jurídicos en el ciberespacio. En palabras de la política británica Catherine Ashton, entonces alta representante de la Unión Europea (UE) para asuntos exteriores y política de seguridad, en 2013, “para que el ciberespacio no deje de ser abierto y gratuito, deben aplicarse las mismas normas, los mismos principios y los mismos valores que rigen fuera de él en la UE. Debemos proteger los derechos fundamentales, la democracia y la primacía del Derecho en Internet”.¹⁶ En este contexto, los derechos del niño y la niña deben protegerse, tanto en el ámbito material como en el ciberespacio. Por lo que respecta a la ciberseguridad, ésta constituye un instrumento para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en los dos ámbitos (material y virtual).

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) celebró el Día Mundial de la Infancia el pasado 20 de noviembre de 2021, donde insistió en la necesidad de crear un entorno digital seguro para cada niña, niño y adolescente. Al analizar las ventajas y los peligros que conlleva el uso de Internet y las TIC en la vida de los niños, dicha organización señaló: “Internet es todas estas cosas, que reflejan y amplifican lo mejor y lo peor de la naturaleza humana. Es una herramienta que siempre se usará para hacer el bien y para hacer el

¹⁵ Voz “seguridad”, *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/seguridad>.

¹⁶ *Wikipedia*, Ciberseguridad en la Unión Europea, Plan de ciberseguridad de la UE. Disponible en: <https://bit.ly/3ER3m0v>.

mal. Nuestra labor consiste en mitigar los daños y ampliar las oportunidades que la tecnología digital hace posible”.¹⁷

Por decirlo de alguna manera, la ciberseguridad de los derechos del niño/niña se enfrenta a un monstruo de tres cabezas: a) la mercadotecnia, auspiciada por múltiples socios comerciales; b) la falta de acceso universal a Internet y, por ende, la ausencia de alfabetización digital, y c) el cibercrimen.

En cuanto a la mercadotecnia, el Comité de los Derechos del Niño señaló que ésta es

...resultado de características de diseño publicitario que anticipan las acciones del niño y lo guían hacia la búsqueda de contenidos más extremos, de notificaciones automatizadas que pueden interrumpir el sueño, o del uso de la información personal o la ubicación de un niño para transmitir contenidos potencialmente nocivos con fines comerciales.¹⁸

Partiendo del supuesto de que las niñas, los niños y adolescentes con acceso a las TIC y a Internet en México y Latinoamérica representan una categoría privilegiada¹⁹ (no hay datos específicos), la problemática para implementar la ciberseguridad en materia de los derechos del niño/niña radica en la existencia de la estructura digital que permita, de manera universal y gratuita, el acceso a Internet y a las TIC; en este contexto, se cuestiona lo siguiente: ¿los artículos 4o., noveno párrafo, en correlación con el 6o., tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos serán preceptos efectivos?,²⁰ ¿cuántas niñas, niños

¹⁷ UNICEF, *Niños en un mundo digital*, Nueva York, UNICEF, 2017. Disponible en: <https://www.unicef.org/media/48611/file>.

¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*

¹⁹ Tarozzi, Massimiliano y Bertolini, Piero, *op. cit.*, pp. 189-201.

²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4o., noveno párrafo (última reforma del 28 de mayo de 2021): “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés supe-

y adolescentes tienen acceso a Internet y a las TIC en México?, ¿para qué usan ellos el Internet? Estos datos serán el parteaguas para la toma de decisiones administrativas, legislativas y judiciales relativas a la alfabetización digital de niñas y niños.

La ciberseguridad de los derechos del niño/niña presupone el fortalecimiento educativo. El Comité de los Derechos del Niño señaló que los planes de estudio deben considerar ciertas directrices de la ciberseguridad; por ejemplo:

Deben fomentar la concienciación de los niños sobre las posibles consecuencias adversas de la exposición a riesgos relacionados con contenidos, contactos, conductas y contratos, como ciberagresión, trata de personas, explotación y abusos sexuales y otras formas de violencia, y promover estrategias de adaptación para reducir los daños, así como estrategias destinadas a proteger sus datos personales y los de los demás, y a desarrollar las aptitudes sociales y emocionales de los niños y su capacidad de resiliencia.²¹

La alfabetización digital de niñas, niños y adolescentes debe considerar, además de conocimientos técnicos, una formación en el autocuidado; es decir, la preparación para que ellos mismos aprendan y puedan identificar riesgos, no sólo en el ciberespacio, sino también en el mundo real. Esta preparación se aproxima a la emancipación y la libertad de los niños y niñas, visualizada por Mary John en su texto *Children's Rights and Power*. Solamente con competidores preparados digitalmente habrá oportunidades de ganar la carrera al cibercrimen.

rior 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". Y artículo 6o., tercer párrafo: "El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicio". Disponible en: <https://bit.ly/3yj0MOV>.

²¹ Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*

Además, el crecimiento del cibercrimen contra los derechos de niñas, niños y adolescentes puede evitarse mediante la cooperación internacional y la regional; un solo Estado no podría someter globalmente a su jurisdicción la actividad ilícita que tiene lugar en el ciberespacio.²² El Comité de los Derechos del Niños propone que la cooperación internacional se dé no sólo entre los Estados, sino además multilateralmente con las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, los organismos de las Naciones Unidas, las empresas y las organizaciones especializadas en la protección y los derechos humanos de los niños.

“El carácter transfronterizo y transnacional del entorno digital requiere una fuerte cooperación internacional y regional para garantizar que todas las partes interesadas, incluidos los Estados, las empresas y otros agentes, respeten, protejan y hagan efectivos los derechos de los niños en relación con el entorno digital”.²³ Aunque la cooperación internacional en torno a la ciberseguridad comenzó a desarrollarse desde 2001, especialmente en algunas organizaciones internacionales, como la Unión Europea, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) o la Organización de las Naciones Unidas (ONU), entre otras, su implementación y estudio es relativamente nuevo en el contexto de la protección de los derechos de niños y niñas.

En 2001, la cooperación internacional en materia de ciberseguridad se concretó con el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest, del 23 de noviembre de 2001, del Consejo de Europa, del que también forman parte países no europeos, como Estados Unidos, Japón, Canadá, Australia y Argentina).²⁴ Este convenio pretende incrementar la armonización entre los delitos relacionados con Internet y la cooperación transnacional en la persecución de éstos; no obstante, tuvo un bajo nivel de aplicación.²⁵ Respecto a la protección de los de-

²² Segura Serrano, Antonio, *op. cit.*, pp. 291-300.

²³ Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*

²⁴ *Wikipedia*, anexo: Países firmantes del Convenio de Cibercrimen. Disponible en: <https://bit.ly/32cWjBd>.

²⁵ Segura Serrano, Antonio, *op. cit.*, pp. 291-300.

rechos del niño/niña, en el artículo 9o. del Convenio sobre la Ciberdelincuencia se prevén aspectos relativos a la pornografía infantil.²⁶

El panorama de México en materia de ciberseguridad dista mucho de ser vanguardista. Falta un gran recorrido para implementar la ciberseguridad y lograr un entorno digital confiable, bajo en riesgos, particularmente para niñas, niños y adolescentes. A diferencia de otros países latinoamericanos, como Chile y Argentina (que firmaron el Convenio de Budapest en 2017 y 2018, respectivamente),²⁷ México no ha firmado el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001, y tampoco se contemplan los acuerdos a nivel regional.

Antonio Segura Serrano considera que el ciberespacio se configura como un ámbito sujeto al derecho internacional, aunque ciertamente no hay avances significativos en torno a ciberseguridad a nivel global; de hecho, no se ha celebrado ningún tratado general sobre Internet. Pero el problema, señala el autor, no es jurídico, sino político. Estados Unidos y otros gigantes tecnológicos se niegan a avanzar en la regulación internacional de Internet por interés puramente estratégico.²⁸

²⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 226, España, 17 de septiembre de 2010, "Título 3. Delitos relacionados con el contenido. Artículo 9. Delitos relacionados con la pornografía infantil. 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos: a) La producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático; b) la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático; c) la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático; d) la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos". Disponible en: <https://bit.ly/3e7f7UH>.

²⁷ Wikipedia, *op. cit.* Disponible en: <https://bit.ly/32cWjBd>.

²⁸ Segura Serrano, Antonio, *op. cit.*, pp. 291-300.

Mientras que la ciberseguridad ha sido vista con recelo por los Estados soberanos, entorpeciendo la cooperación internacional, los derechos del niño constituyen una especialidad impulsada y consolidada en el ámbito del derecho internacional, mediante un amplio *corpus iuris* conformado en tres ámbitos: el derecho doméstico, el de la ONU y el regional. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) es el tratado internacional que reúne al mayor número de Estados que han ratificado un tratado, y actualmente ha sido ratificado por 196 Estados reconocidos en la Asamblea General de las Naciones Unidas, con excepción de Estados Unidos de América. Por lo anterior, resulta viable abordar la materia de ciberseguridad de los derechos del niño y la niña y promover la cooperación internacional y regional a partir de la especialidad y de la idea de que los niños/niñas unen al mundo, y ellos necesitan protección.

Conclusiones

El tema de ciberseguridad en correlación con los derechos de niñas, niños y adolescentes ha sido poco explorado a nivel global y regional, concretamente en América y México. Si bien el ciberespacio no fue creado para niñas y niños, su naturaleza expansiva requiere atención, a fin de mantener la resiliencia de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el entorno digital.

Con objeto de que el entorno digital represente oportunidades en la vida de los niños y las niñas, hay que gestionar tres aspectos: *i)* el acceso a Internet universal; *ii)* el educativo, y *iii)* la cooperación internacional.

Se estima que en México 78.3% de la población urbana es usuaria de Internet, y el 50.4% en la zona rural, según el INEGI;²⁹ sin embargo, en las estadísticas no se distingue

²⁹ INEGI, *op. cit.*

entre adultos y niños mayores de seis años; por tanto, es necesario contar con datos precisos respecto al universo de niñas, niños y adolescentes que tienen acceso a Internet, así como conocer para qué lo usan. Lo anterior, con objeto de plantear políticas respecto a la alfabetización digital, educación y esparcimiento de los niños y niñas en el ciberespacio.

En cuanto al aspecto educativo, los niños/niñas pueden obtener, por medio de internet, la información indispensable para el cuidado de su persona y la defensa de sus derechos; aunque para ello se requiere la regularización de contenidos y el fortalecimiento educativo en los planes de estudio y la familia, es decir, introducir al niño en el conocimiento de las consecuencias adversas derivadas de la exposición a riesgos y contactos de las redes de Internet.

Por otra parte, la cooperación regional e internacional representa el engrane preciso para la gestión del acceso universal a Internet, la regulación de contenidos seguros para niñas, niños y adolescentes, y el combate al cibercrimen.

Respecto a la disminución de riesgos en el entorno digital, la ciberseguridad tiene efectos preventivos, apoyándose en la alfabetización digital de niñas y niños y el fortalecimiento educativo, y efectos defensivos contra el cibercrimen, mediante la cooperación internacional.

Bibliografía

- AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina, "Infoética, ciberespacio y derecho", *Bibliotecas. Anales de Investigación*, España, año 10, núm. 10, 2014.
- GÓMEZ, Frida, "Sin futuro ni construcción: juvenicidios no resueltos y menores obligados a delinquir", *SDP Noticias*, México, 15 de julio de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3DPwO6p>.

- INEGI, Comunicado de prensa 352/21 acerca de la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnología de la Información en los Hogares 2020, México, 22 de junio de 2021. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/OtrTemEcon/ENDUTIH_2020.pdf.
- JOHN, Mary, *Children's Rights and Power, Charging Up for a New Century*, Londres, Jessica Kingsley Publishers, 2003.
- RODOTÁ, Stefano, Intervención especial en la 4ta. Conferencia Internacional sobre el Impacto Social y ético de las Tecnologías para la Información y la Comunicación, en París, 1999 (Ethicomp'99).
- SEGURA SERRANO, Antonio, "Ciberseguridad y derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, España, vol. 69. núm. 2, julio-diciembre de 2017.
- TAROZZI, Massimiliano y BERTOLINI, Piero, "Children at the Dawn of the Internet: Exploratory Research on Current and Potential Use at Home and in School", *European Journal of Teacher Education*, vol. 23, núm. 2, 2010.
- TSAGOURIAS, Nicholas, "The Legal Status of Cyberspace", en TSAGOURIAS, Nicholas y BUCHAN, Russell (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015.
- UNESCO, "La Inteligencia artificial y los futuros del aprendizaje". Disponible en: <https://bit.ly/3r1N4xl>.
- UNICEF, *Niños en un mundo digital*, Nueva York, UNICEF, 2017. Disponible en: <https://www.unicef.org/media/48611/file>.
- Voz "seguridad", *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/seguridad>.

Los límites de la discrecionalidad: análisis de una contradicción real en derecho administrativo español*

Adecuación a derecho y previsibilidad en las decisiones judiciales

Lo que cabe esperar cuando se acude a los juzgados y tribunales es tener una resolución al conflicto o a la petición que se formula y que sea conforme a derecho.¹ Cuando se acude a la justicia para obtener respuestas, es conveniente que, ya sea por la propia persona que decide actuar, o por las que le presten asesoramiento profesional, se indague y se verifique qué opciones se tienen en cuanto al pleito en cuestión, es decir, cómo encaja el supuesto de hecho en la norma de aplicación y qué interpretación de la norma es la que, presumiblemente, va a encajar con la situación que se ha de analizar.

* Elaborado por Ricardo Vera, abogado. Estudiante del máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de la León (España). ORCID: 0000-0002-6606-3261.

¹ En este sentido, por ejemplo, el profesor Juan Antonio García Amado señala que “Ahora la obligación de motivar se entiende como exigencia de que el juez haga valer que sus valoraciones, determinantes al apreciar la prueba y al interpretar la norma —entre otras cosas—, no son arbitrarias. *Se trata de que mediante sus argumentos nos convenza de que cualquiera de nosotros pudo fallar igual que él*, puesto que ha buscado las mejores razones del derecho, en lo que el derecho es instrumento de todos, en lugar de dejarse sin más guiar por sus móviles personales o sus intereses”. En “Teoría de la argumentación jurídica (y III)”, *Almacén de Derecho*, 12 de febrero de 2016. Disponible en: <https://almacenederecho.org/teoria-de-la-argumentacion-juridica-y-iii>.

Como es normal, en situaciones simples, el supuesto de hecho se subsume de manera natural en una norma o en un conjunto de ellas, y la resolución es la consecuencia lógica y legal de la articulación entre el supuesto y la norma. Ocurre la situación S, que encaja en la norma N, y esta norma determina que si S entonces C, consecuencia, esto es, resolución. Este es el mundo ideal, con supuestos que muy poco frecuentemente ocurren en la realidad.

Lo habitual es que las situaciones tengan diversos aspectos que se deben contemplar y que los elementos fácticos del supuesto de hecho sean de mayor amplitud que los señalados concretamente para la aplicación de las normas y, por ello, rara vez se adaptan plenamente y sin dudas a la subsunción del hecho en la norma, es decir, hay que realizar un esfuerzo intelectual y argumentativo para ubicar lo que ocurrió en la norma, si la aplicación de su consecuencia es el objetivo que perseguimos; o para no ubicarlo, si pretendemos lo contrario.

La realidad es más compleja que la teoría básica, y por ello la aplicación del derecho es esencialmente el resultado de la contradicción. No obstante, el deseo formulado al principio de este trabajo se mantiene vigente: cabe esperar que la resolución sea conforme a derecho. Y, además, no es descabellado pensar que dicha adecuación anhelada sea susceptible de ser descubierta antes de acudir a los tribunales. Esto es, la adecuación al derecho no debe ser una sorpresa, sino el desiderátum fundado en una cierta previsibilidad del resultado que se puede obtener, basado a su vez, en la interpretación, también conforme a derecho, que deba hacer el tribunal, dado un supuesto de hecho y una norma o un conjunto de normas relacionadas con éste. Adecuación a derecho y previsibilidad son, por tanto, dos notas que deberían caracterizar las resoluciones judiciales.

Adecuación a derecho y previsibilidad en derecho administrativo: singularidades

En el ámbito concreto de trabajo —del derecho administrativo— encontramos que hay dos elementos que lo singularizan frente al resto de ordenes jurídicos. En primer lugar,

los supuestos de hecho son habitualmente muy concretos: el administrado lleva a cabo conductas, o deja de practicarlas, es decir, acciones u omisiones, que generan consecuencias en su esfera personal o patrimonial, o ambas, y que son decididas y ejecutadas, o al menos ejecutables, en una fase necesariamente previa a la vía judicial: la fase administrativa, sobre la que volveremos más adelante.

En segundo lugar, la cantidad de normas potencialmente aplicables es ingente: la profusión normativa en derecho administrativo en nuestros ordenamientos jurídicos, derivados del derecho continental europeo, fuertemente asentado en los ordenamientos continentales europeos y sudamericanos, es enorme. La capacidad legislativa de los parlamentos y la reglamentaria de los gobiernos es muy elevada, y se incrementa más en aquellos países que tienen distintos niveles de descentralización, donde los poderes locales o regionales, en el marco de sus competencias, también son emisores de normas que aumentan el conjunto.² Ello, en contra de lo puede pensarse, dada la hiperregulación que pone de manifiesto, no es un remedio contra la existencia de lagunas normativas y, desde luego, es un evidente foco de supuestos de colisión de normas contradictorias entre sí.

Volvamos un momento a la fase previa a la vía judicial que comentaba. Debemos observar que esa es una característica muy singular del derecho administrativo. Si la administración detecta un incumplimiento del administrado en cualquier margen, va a actuar contra él, pero no sobre la base de penalizar el incumplimiento propiamente, sino de preservar el interés

² Sobre la profusión normativa en derecho administrativo, véase “La locura legislativa en España: de la hiperregulación a leyes preconstitucionales”, *ABC España*, 2021, el cual dice que “Según los cálculos del estudio del Banco de España [titulado] «¿Cómo afecta la complejidad de la regulación a la demografía empresarial?» elaborado por Juan S. Mora-Sanguinetti y Ricardo Pérez-Valls, desde 1979 hasta 2021 se han promulgado alrededor de 400.000 nuevas normas en España. La cifra engloba a las nacionales municipales y autonómicas. El estudio abarca hasta 2020 con más de 386.000 normas, pero a un ritmo de 12.000 por año, en los que llevamos de 2021 ya nos hemos acercado a las 400.000”. Disponible en: https://www.abc.es/espana/abci-locura-legislativa-espana-hiperregulacion-leyes-preconstitucionales-202105231757_video.html.

público, clave de bóveda del sistema normativo administrativo. En principio, y en teoría, el ordenamiento jurídico administrativo regula las relaciones entre el administrado y la administración y, en principio y en teoría, la administración sirve exclusivamente al interés público. Esta es la base del llamado “principio de autotutela”³ que, sucintamente, implica que la administración detecta el incumplimiento eventual, instruye el procedimiento para verificarlo y adopta, por sí misma, sin intervención de otra instancia, la resolución, es decir, la consecuencia que se derive de ello. El principio de autotutela es en derecho lo que en la vida ordinaria identificaríamos con la expresión coloquial, y probablemente nada académica, “ser juez y parte”.

Por supuesto, existen garantías procesales definidas en la norma para el administrado.⁴ Así, sintéticamente, la administración debe actuar con objetividad, que además se le presume, y las resoluciones han de estar motivadas en derecho, no pueden ser arbitrarias; además, hay un sistema de recursos de las decisiones adoptadas por la administración que no son judiciales, sino prejudiciales, y que, en función de los actos administrativos que se re-

³ “En nuestra doctrina científica, es ya clásica la exposición del principio de la autotutela administrativa que llevan a cabo Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández en el primer volumen de su Curso de derecho administrativo. En síntesis, lo que sostienen estos autores es que en el ordenamiento jurídico español la posición de la administración con respecto a la justicia es radicalmente distinta a la de los particulares. Mientras que para éstos la regla general es la de la heterotutela, es decir, para crear, modificar, extinguir y realizar situaciones jurídicas sin el consenso de la otra parte necesitan acudir a los órganos jurisdiccionales, salvo en los supuestos rigurosamente excepcionales en los que se admite la autotutela, para la administración rige la regla contraria: salvo previsión legal expresa en contra, ésta crea, modifica, extingue y realiza situaciones jurídicas unilateralmente, por su propia autoridad, sin necesidad de auxilio judicial”. Míguez Macho, Luis, “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, España, núm. 38, 2015. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es>.

⁴ Sobre garantías del administrado en los procesos administrativos, véase el artículo 53 “Derechos del interesado en el procedimiento administrativo”, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

curran, serán de obligada interposición.⁵ Con todo, lo determinante es que si la administración entiende que su actuación es la que procede, lo resolverá y la aplicará, y su decisión será ejecutiva porque el acto administrativo se presume válido.

Una nota derivada de lo anterior se manifiesta en que, como hemos señalado, a pesar de la muy extensa colección normativa que nuestros ordenamientos jurídicos suelen tener, no es infrecuente la existencia de lagunas o de contradicciones normativas. En tales casos, la administración tiene la posibilidad, dentro de las facultades que le confiere el principio de autotutela, de actuar con discrecionalidad a efecto de elegir un camino, de los normativamente posibles para decidir, con la limitación genérica de no apartarse de la justificación de su decisión y no caer en la desviación de poder o en la arbitrariedad.

El panorama es, como puede suponerse, en no pocas ocasiones, desalentador para el administrado, quien percibe que lo inicialmente sospechado por la administración, en cualquier forma que adopte la iniciación de un expediente administrativo, va a ser sistemáticamente refrendado con una resolución administrativa que reproducirá la sospecha inicial, categorizada como supuesto de hecho de la aplicación de una norma, rara vez beneficiosa para los intereses del administrado. La fortuna reside en que las decisiones de la administración están sometidas a los juzgados y tribunales, de los que hemos señalado que cabe esperar adecuación al derecho en la resolución y cierta previsibilidad, o no.

En ese contexto, es interesante analizar qué efecto tiene la desaparición práctica de esas dos aspiraciones cuando el administrado acude a los tribunales, y, tras haber soportado un procedimiento administrativo extenso, debe afrontar en la misma instancia judicial dos pronunciamientos totalmente distintos sobre un supuesto de hecho idéntico, y qué posibilidades reales le restan para defender su interés en el marco del derecho español.

⁵ Se trata, básicamente, de los recursos de alzada, reposición y extraordinario de revisión, regulados en los artículos 121 a 126 de la Ley 39/2015, del 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El caso, los casos: nuestro supuesto de hecho

La entidad que llamaremos A obtuvo una subvención del Ministerio M en 2011 para la realización de una serie de actuaciones formativas con ciertos compromisos en relación con el empleo. Recibió los fondos (F1) y los justificó en tiempo y forma. La entidad que llamaremos B obtuvo una subvención del mismo Ministerio M en 2011 para el mismo objeto y recibió los fondos (F2) para acometerlos. También justificó la subvención en tiempo y forma. Las entidades A y B están regidas por la misma persona física (P).⁶

El 21 de marzo de 2017 el Ministerio M comunica a la entidad A la apertura de un expediente de reintegro de la subvención concedida en su día por diversas razones, esencialmente no haber justificado convenientemente los conceptos subvencionados, señalando que el expediente ha tenido inicio el 16 de marzo de 2017. El 17 de marzo de 2017, el Ministerio M comunica a la entidad B la apertura de un expediente de reintegro de la subvención concedida en su día por razones de fondo idénticas, referidas lógicamente a su expediente, que las notificadas a la entidad A. La persona física P contrata los servicios de un abogado para que defienda su interés, obviamente residenciado en no verse obligado a realizar reintegro alguno por ninguna de las entidades que representa.

Los expedientes administrativos E1 para la entidad A y E2 para la entidad B se desarrollan con los siguientes hitos formales relevantes:

- En el expediente E1, el 3 de abril de 2017 se solicita acceso al expediente administrativo, además de presentar un escrito de alegaciones. Derivado de la solicitud, la entidad A fue autorizada para tener vista del expediente el 17

⁶ Las sentencias fueron dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el 30 de julio de 2020; la desestimatoria del recurso de la llamada entidad A, y 29 de abril de 2021 la estimatoria del recurso de la entidad B. En este trabajo se hace referencia exclusivamente a la institución de la caducidad y su conexión, que en nuestra opinión existe, con el principio *non bis in idem*. Utilizamos las fechas reales porque resultan relevantes.

de mayo de 2017, fecha determinada por la administración en función de sus necesidades de servicio, tras lo que ofreció la posibilidad a mi mandante de efectuar nuevas alegaciones en el mismo expediente de reintegro abierto el 16 de marzo de 2017, y notificado el 21 de marzo de 2017.

- La entidad A verificó la presentación de dichas alegaciones el 9 de junio de 2017, en el plazo conferido al efecto por una reiteración de la notificación del acuerdo de inicio de expediente de reintegro notificada el 23 de mayo de 2017. Dicha notificación no señala en ningún momento que en esa fecha se esté abriendo nuevo expediente de reintegro, sino que, como expresamente figura en el documento que se cita, la fecha de inicio del expediente que se notifica entonces es la misma que antes se había precisado: 16 de marzo de 2017.
- El 21 marzo de 2018, mediante Resolución de reintegro parcial, se pone fin al expediente administrativo, pero resolviendo un expediente teórico nuevo, abierto el 23 de mayo de 2017, y archivando el único expediente conocido hasta entonces, el que fue notificado el 21 de marzo de 2017.

La entidad sostuvo desde el inicio que el segundo trámite de alegaciones dictado en este expediente no es sino una fase más del procedimiento administrativo que debía seguirse para la tramitación del expediente de reintegro, y no la apertura de un nuevo expediente, distinto al iniciado el 16 de marzo de 2017 y notificado el 21 de marzo de 2017.

Ello es así, porque en caso contrario la administración habría simultaneado dos expedientes por la misma causa (uno el iniciado el 16 de marzo de 2017, y otro el 23 de mayo de 2017). De ser así, la administración habría incumplido la prohibición impuesta por el principio *ne bis in idem*.⁷

⁷ Volveremos después al análisis de este principio. En este punto debe afirmarse que sostenemos que tiene sentido constitucional presumir una ampliación de la garantía de interdicción de *non bis in idem*, la cual existe en el derecho administrativo sancionador a todo procedimiento administrativo de gravamen.

Es decir, la ausencia de archivo expreso del expediente iniciado el 16 de marzo de 2017, que no se verifica hasta la propia emisión de la resolución notificada el 21 de marzo de 2018, implicaría que la administración habría mantenido abiertos al mismo tiempo dos expedientes por la misma causa, y esto es una práctica que atenta contra la seguridad jurídica y el principio antes enunciado.

De tal manera, sólo es posible concluir que el trámite de segundas alegaciones en el expediente abierto el 16 de marzo de 2017 es una continuación del mismo expediente, con lo que, al no verificar resolución notificada en el mismo (anterior al 16 de marzo de 2018), dicho expediente habría caducado.

En el otro expediente se produce una situación idéntica, modificando sólo las fechas. El expediente E2 comienza el 16 de marzo de 2017, notificado el 17 de marzo; se presentan alegaciones y se solicita vista del expediente el 31 de marzo de 2017. La vista del expediente se produce cuando lo autoriza la administración, y tras ésta se ofrece un nuevo periodo de alegaciones (23 de mayo de 2017). La resolución del expediente determina el reintegro parcial de la subvención, y contiene además el archivo del expediente iniciado el 16 de marzo de 2017, y señala que está resolviendo uno nuevo iniciado el 23 de mayo de 2017. La resolución se notificó el 21 de marzo de 2018; es decir, más de doce meses después de su inicio.

Centrando el objeto del debate, los pleitos se basan en este punto en entender que se ha producido la caducidad de los expedientes y, en consecuencia, la resolución dictada en un expediente caducado no puede desplegar efectos. Esta tesis se sostiene porque se identifica el supuesto de hecho (esencialmente, la constatación de las fechas, único extremo relevante para esta cuestión) y la norma que regula la institución de la caducidad.⁸

⁸ La norma en cuestión es el artículo 42.4, Ley General de Subvenciones.

Para añadir la nota de previsibilidad de la resolución conforme a derecho esperable, se verifica el sentido interpretativo de la norma por el Tribunal Supremo. En ese sentido, se refuerza la tesis de las entidades A y B, argumentando sobre la caducidad lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo número 436/2018 del 19 de marzo de 2018, recurso 2412/2015, que interpreta definitivamente el artículo 42.4 de la Ley General de Subvenciones, y lo hace con el siguiente análisis:

...la declaración de caducidad anula la resolución administrativa recaída en dicho procedimiento y obliga a la administración a iniciar uno nuevo y que las actuaciones realizadas en el primero no sirven para interrumpir el cómputo de plazo de prescripción del derecho a reclamar el reintegro, plazo que se interrumpe solo cuando se reinicia otro procedimiento.

Para concluir que

...no tiene sentido fijar un plazo máximo de duración del procedimiento, cuyo incumplimiento genera la caducidad del mismo, si la administración puede continuar su tramitación sin tener que iniciar uno nuevo. En un procedimiento extinguido e inexistente no es posible dictar una resolución de fondo válida, salvo aquella que tenga como único objeto declarar la caducidad del procedimiento.

Parecía, pues, de su contenido, que el juego de las fechas, la norma invocada y la interpretación jurisprudencial de la misma norma, harían prosperar los recursos contenciosos interpuestos por A y por B.

Pues bien, la sentencia dictada sobre A se determina así:

- La primera cuestión que debe abordarse es la relativa a la denunciada caducidad del procedimiento, habida cuenta que el procedimiento se inició el 16 de marzo de 2017, notificada el 24 siguiente, y la resolución que le puso término

se notificó a la recurrente el 21 de marzo de 2018, es decir, según la recurrente una vez transcurridos los 12 meses que al efecto establece el artículo 42.4 de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre General de Subvenciones.

No podemos compartir el razonamiento de la recurrente por las siguientes razones: 1. No existe ningún impedimento legal que prohíba a la Administración incoar de forma sucesiva distintos procedimientos y archivarlos, pues la única consecuencia que se deriva de dicha actuación es que la prescripción no queda interrumpida por dichas actuaciones. 2. No existe obligación legal de tipo alguno, que imponga a la Administración la obligación de notificar la declaración de caducidad de un expediente en un acto aparte y de forma autónoma al de incoación de un nuevo procedimiento, tal y como esta misma Sala y Sección ha venido manteniendo de forma constante. 3. La única obligación legalmente impuesta, es la de notificar la resolución que declara la caducidad (artículo 21.1 Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). 4. Ninguna norma prohíbe pues, la acumulación en un mismo acto de la declaración de caducidad del anterior procedimiento y del acuerdo de incoación de uno nuevo, si no ha operado la prescripción. 5. La Administración cumplió de forma expresa con la obligación de notificación de la declaración de caducidad del procedimiento incoado el 16 de marzo de 2017 mediante la notificación de la resolución de 23 de febrero de 2018...

Sin embargo, la misma Sala, en una fecha posterior, resuelve para B lo siguiente:

No nos encontramos en el supuesto de la sentencia de esta Sección de 14 de diciembre de 2018 (recurso 320/2018), alegada por el Abogado del Estado, por cuanto el supuesto analizado era que una vez caducado el procedimiento de reintegro, sin dictado de resolución expresa declarando la caducidad, se incoaba nuevo expediente de reintegro, señalándose que la falta de declaración expresa de caducidad es una irregularidad formal irrelevante. Criterio que ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de octubre y 19 de noviembre de 2020, pero

que no resulta aplicable al caso de autos, por cuanto como se ha indicado, no se ha incoado un nuevo el procedimiento de reintegro tras la caducidad del primero, sino que se ha dado un nuevo trámite de alegaciones dentro de un único procedimiento, sin que existiera caducidad cuando se otorga dicho trámite. Tampoco resulta aplicable la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 19 de febrero de 2021, dictada en el recurso 3929/2020, que establece la posibilidad de incoación de un segundo expediente de reintegro sin el previo archivo del inicialmente incoado, cuando aparezcan nuevos hechos, toda vez que como hemos señalado, en el caso de autos solo ha existido un único expediente incoado el 16 de marzo de 2017. Habiéndose incoado el procedimiento de reintegro el 16 de marzo de 2017, cuando se notificó la resolución de reintegro el 21 de marzo de 2018, se había superado el plazo de 12 meses, estando el procedimiento caducado, por lo que se debió acordar su archivo.

Es decir, la sentencia para A, con los mismos condicionantes que para B, alterando solo, y en poco, las fechas concretas respecto de una y otra, es desestimatoria, y la sentencia para B acoge la tesis del administrado, coherente con la norma y con la interpretación que realiza el Tribunal Supremo sobre dicha norma. Este es el supuesto y esta es la contradicción.

¿Es posible superar la contradicción?

La sentencia dictada sobre la entidad A, al igual que la dictada sobre B, sólo era recurrible en casación. El recurso de casación en materia contencioso-administrativa se vio sustancialmente reformado tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015 del 21 de julio, que modificó la Ley 29/1998, del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Antes de la reforma cabían cuatro recursos posibles: el de casación, en sentido estricto; el de casación para unificación de la doctrina; el de casación en interés de la ley, y el recurso de revisión, todos ellos con motivos tasados. La reforma limitó las posibilidades a dos

al eliminar el recurso para la unificación de la doctrina y el recurso de casación en interés de la ley, donde, con muchos matices, cabría la situación que se produjo en esta contradicción. El recurso de casación en el marco contencioso-administrativo se aparta del esquema civil español previsto para este tipo de recursos extraordinarios, compartiendo la denominación, pero no así el mecanismo de su formulación. Con la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, del 21 julio, desaparecieron los motivos tasados, de modo que aparentemente la casación se puede fundamentar en cualquier razón, procesal o sustantiva.

El Tribunal Supremo debe valorar si el recurso presenta o no interés casacional que justifique su admisión, aunque también se prevén una serie de circunstancias en las que se puede apreciar, o se presume, que concurre el “interés casacional objetivo”. El objetivo de la reforma era, por tanto, otorgar al Tribunal Supremo una amplia libertad para unificar o sentar doctrina jurisprudencial en los asuntos que considere que lo requieren.

Una de las presunciones que el derecho procesal español recoge para entender que concurre interés casacional es que la resolución que se impugna fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de derecho estatal, o de la Unión Europea, en las que se fundamenta el fallo; esto es contradictorio con lo que dictan otros órganos jurisdiccionales, como el artículo 88.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pues bien, la sentencia dictada sobre A fue anterior a la dictada sobre B; es decir, no existía posibilidad de alegar la evidente contradicción cuando se preparó el recurso, pero en el momento en que el mismo Tribunal sentenció el caso sobre B, y aún no se había pronunciado sobre la admisión del recurso de casación el Tribunal Supremo, se comunicó tal circunstancia al alto tribunal para que, aunque no está previsto ningún cauce procesal para hacerlo, se tuviera en cuenta que el apartamiento de la norma por la sentencia recurrida era evidente. Ninguna respuesta se obtuvo, y ningún eco tuvo en el resultado, ya que primó el carácter adjetivo del itinerario procesal frente al aspecto sustantivo de la contradicción manifiesta.

La práctica real implica que el recurso de casación en derecho administrativo, que cabe interponer ante la sentencia padecida por A, tenga un índice de admisión muy bajo,⁹ porque el “interés casacional objetivo” es un concepto extremadamente subjetivo, que conduce a que se mantengan sentencias absolutamente incongruentes con el ordenamiento jurídico aplicable, contrastable en este caso porque existe otra del mismo tribunal en sentido completamente opuesto, con tal de preservar una cierta estabilidad y seguridad jurídica, es decir, la seguridad jurídica admite errores que deben ser padecidos por quien los sufre; esto, lógicamente, no está en ninguna norma.

La resolución de inadmisión del Tribunal Supremo impide que se pueda valorar el fondo de la cuestión, pero, en realidad la valoración inicial de que un recurso carezca de interés casacional objetivo¹⁰ es en sí misma una cuestión de fondo, que entonces debería ser ventilada en la sentencia del Tribunal Supremo, razonando por qué no lo tiene en ese caso y si se ha infringido o no la norma o su interpretación correcta. Nótese que no se busca una revisión de los hechos probados (descartada en el sistema casacional español), sino la correcta aplicación de la norma a éstos, y es prácticamente imposible obtener satisfacción a esta pretensión porque 1) la sentencia dictada prescinde de la aplicación de la norma y ello es recurrible, pero 2) el tribunal que debe verificarlo no admite el recurso de casación, sin entrar en el fondo, porque esa circunstancia (apartarse de la norma) no tiene “interés casacional”.

⁹ La estadística publicada por el Tribunal Supremo en su portal de transparencia hace referencia a los datos obtenidos hasta 2017. Con la entrada en vigor de la reforma operada, desde el 22 de julio de 2016 al 31 de mayo de 2017, se determinó que solo se habían admitido un 17,11 por ciento de los recursos planteados. Información extraída del portal <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Te-puede-interesar---/Estadisticas-/>.

¹⁰ Sobre interés casacional objetivo, véase, por ejemplo, Cuch Arguimbau, Mique y Aguilera Cuchillo, Jordi, “El recurso de casación: la cuestión del interés casacional objetivo”, 2018. Disponible en: <https://elblogdecuchaguilera.com/procedimiento-contencioso-administrativo/recurso-de-casacion/>.

En esta situación, el administrado tiene un último paso para defender su interés: el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Para ello, las condiciones son especialmente difíciles. Ha de argumentarse que la resolución recurrida, inadmisión del recurso de casación en relación con la sentencia de la que se ha pretendido casación, ha vulnerado derechos fundamentales, es decir, no puede ser sólo la inadmisión la que ha de vulnerar derechos fundamentales, sino la sentencia sometida a casación la que los vulnera.¹¹ En los casos que estudiamos, desde el inicio se puso de manifiesto que el mantenimiento de dos expedientes por la misma causa en el mismo tiempo suponía una vulneración del principio *non bis in idem*.

Este principio es de aplicación al derecho administrativo sancionador como una derivación de su aplicación en el derecho penal, y construido jurisprudencialmente, por tanto, como parte del contenido esencial del artículo tal de la Constitución española.¹²

En este sentido, en el escrito de preparación del recurso de casación, la entidad A ya acreditó el interés casacional objetivo del supuesto del artículo 88.2.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para lo cual nos remitimos a la doctrina del Tribunal Constitucional, cuyos criterios resultaron inaplicados y sus principios infringidos por la sentencia que se recurrió, y en concreto, los relativos al principio *non bis in idem*.¹³

¹¹ Sobre este particular, Cuch Arguimbau, Miquel y Aguilera Cuchillo, Jordi, "Recurso de amparo constitucional: aproximación al concepto de especial transcendencia constitucional", 2019. Disponible en: <https://elblogdecuchaguilera.com/procedimiento-contencioso-administrativo/recurso-de-amparo-constitucional-aproximacion-al-concepto-de-especial-transcendencia-constitucional/>.

¹² El principio *non bis in idem* forma parte del contenido constitucional: "La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura como un derecho fundamental" (Sentencia del Tribunal Constitucional 154/1990, 15 de octubre, F. 3).

¹³ Entre otras, la doctrina al respecto aparece en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 229/2003 del 18 de diciembre: "Por lo que respecta al objeto de nuestro análisis, a partir de la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 2/2003, de 16 de enero, F. 5, nos compete analizar, en primer lugar, si se da el presupuesto de la interdicción de incurrir en *bis in idem*, esto es, si existió la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, pues la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de

Si bien una visión estricta del principio puede enmarcarlo sólo en el ámbito del derecho sancionador, tiene sentido constitucional que la aplicación de las garantías de los procesos sancionadores se extienda a todos los actos susceptibles de imponer algún gravamen o consecuencia negativa en la esfera personal o patrimonial del administrado.

La sentencia que se dictó para A, con la desestimación de su recurso, convalidó una actuación de la administración que resultaba vulneradora de dicho principio elemental.

El principio *non bis in idem* tiene una doble significación. Por un lado, es un principio material, conforme al cual nadie debe ser castigado dos veces por la misma infracción. Pero también es un principio de carácter procesal conforme al que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

En nuestro caso, y en mi opinión, la administración incurrió en infracción del principio *non bis in idem* y, después, con relevantes consecuencias en lo que respecta a nuestro supuesto, la sentencia incurrió en la misma infracción al convalidar y ratificar la actuación de la administración en los procedimientos administrativos sancionadores. Recordemos ahora que la administración simultaneó dos expedientes, según ella misma admite y argumenta, por la misma causa; uno el iniciado el 16 de marzo de 2017, y otro el iniciado el 23 de mayo de

incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE” Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005 de 7 de julio dice que “Según una reiterada jurisprudencia constitucional, que tiene sus orígenes en nuestra STC 2/1981, de 30 de marzo (RTC 1981, 2), el principio *non bis in idem* tiene su anclaje constitucional en el art. 25.1 CE (RCL 1978, 2836), en la medida en que este precepto constitucionaliza el principio de legalidad en materia sancionatoria en su doble vertiente material (principio de tipicidad) y formal (principio de reserva de Ley). Este principio, que constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho (STC 154/1990, de 15 de octubre [RTC 1990, 154], F. 3), ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU (RCL 1977, 893) —hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977— y en el art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

2017. De esta forma, la administración incumplió la prohibición impuesta por el principio *non bis in idem*.

La ausencia de archivo expreso del expediente iniciado el 16 de marzo de 2017, que no se verifica hasta la propia emisión de la resolución, notificada el 21 de marzo de 2018, implicaría que la administración habría mantenido abiertos al mismo tiempo dos expedientes por la misma causa, y esto es una práctica que atenta contra la seguridad jurídica y el principio antes enunciado.

O sea, el apartamiento de la norma por parte de la sentencia dictada sobre la entidad A, sólo le deja una vía expedita para la reclamación de su derecho e interés: determinar si la garantía indubitada del *non bis in idem* en derecho administrativo sancionador, cuando existe la triple identidad sujeto, hecho y fundamento que lo define procesalmente, resulta también de aplicación a los procedimientos administrativos susceptibles de imponer gravamen, como es el caso de los expedientes de reintegro de subvención sobre que se pronuncia la sentencia dictada sobre la entidad A, de manera que no puedan mantenerse abiertos al mismo tiempo dos expedientes donde dicha triple identidad se verifique.

La aplicación y extensión del principio general *non bis in idem* consagrado en los artículos 9.3 y 25 de la Constitución española, en conexión con el instituto de la caducidad y la necesidad de la declaración previa, o al menos coetánea, de la misma con la eventual apertura de un nuevo procedimiento de reintegro si no ha prescrito el derecho de la administración a reclamarlo, es la clave entonces de la posibilidad de recurrir en amparo, y ello porque la construcción constitucional del *non bis in idem* como principio constitucional con valor de derecho fundamental es dinámica, y si bien, en principio, sólo operó como elemento limitador del *ius puniendi* estatal en el ámbito penal estricto, se amplió sucesivamente con una progresiva y mayor elaboración técnica al derecho administrativo sancionador, y, según mi entender, dada su vinculación como principio constitucional al consagrado de legalidad, en aplicación de este último, no cabe que un administrado pueda estar doblemente sometido a procedimientos que,

de concluirse negativamente, tendrán consecuencias en su esfera personal o patrimonial, sin que dicha garantía de legalidad y de prohibición limitativa para el poder del Estado opere con plenitud también en dichos procedimientos.

La naturaleza constitucional del *non bis in idem* estriba, en suma, en impedir que alguien pueda verse castigado dos veces por los mismos hechos, muy sintéticamente enunciado el principio; pues bien, si el fundamento de dicha imposibilidad es ajustarse plenamente al principio de legalidad, impidiendo que el Estado se beneficie de una actuación propia poco diligente o múltiple dirigida a una misma finalidad, el mismo principio exige que toda la actuación administrativa esté presidida por el mismo criterio. Del mismo modo que, si el administrado, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del procedimiento en que esté incurso, debe cumplir las exigencias legales para hacer valer su derecho, la administración, que es en abstracto la mejor representación del sumatorio ideal de los individuos, debe respetar del mismo modo escrupuloso, e incluso más, dicho principio, para no desvirtuar entre otras cosas la igualdad de armas con respecto al administrado, de tal manera que resulta procedente que el Tribunal Constitucional señale que la garantía del *non bis in idem* es aplicable al derecho administrativo, no sólo en su parcela sancionadora, sino en toda aquella susceptible de determinar resoluciones desfavorables para la esfera personal o patrimonial del administrado, consecuencia última compartida con la naturaleza intrínseca de la sanción, que impone situaciones desfavorables en dichas esferas para el sancionado.

Debe observarse la tremenda dificultad que entraña este último recurso posible para el administrado, porque, aunque la base constitucional de la ampliación del principio *non bis in idem* hasta los procedimientos susceptibles de imponer gravamen desde su indubitada aplicación al derecho administrativo sancionador sea razonable, lo es mucho más que la sentencia inicialmente dictada contra los intereses de A no hubiera fallado en los términos que lo fue, con una interpretación discrecional de la norma de aplicación, que es, esencialmente, *contra legem*, y realizó una subsunción forzada del supuesto de hecho en la norma.

Conclusiones. Ante la contradicción: insistencia, primacía de lo sustantivo y estrategia previsoras ante la dificultad para recurrir

Es evidente que en los casos que hemos expuesto se ha producido una contradicción entre dos sentencias del mismo tribunal sobre un supuesto de hecho sustancialmente idéntico.

Al producirse en el ámbito del derecho administrativo, sólo existe un recurso de casación posible, aquel que, fundado en cualesquiera causas (aparentemente muy amplias), revista interés casacional objetivo.

La estabilidad formal del sistema jurídico tiende a preservar sentencias erróneas, incluso groseramente erróneas, porque la limitación formal de los condicionantes del recurso las convierte en difícilmente atacables.

De las notas que señalábamos al principio de nuestro trabajo, adecuación al derecho y previsibilidad, razonablemente esperables al afrontar una disputa jurídica, surge una ecuación incompleta, porque aparece la discrecionalidad en la decisión, entendida como la facultad que los jueces tienen para decidir, vistos los hechos, ajustada la norma y valorada su interpretación o interpretaciones, pero como sostiene con acierto el profesor Ricardo Garzón Cárdenas,¹⁴ la discrecionalidad es un hecho, va a acontecer. Por ello, la cuestión no estriba

¹⁴ Para Ricardo Garzón Cárdenas, investigador de la Universidad de León, en el Departamento de Derecho Público, área de filosofía del derecho, a quien agradezco sus comentarios y apreciaciones a propósito de este trabajo, la discrecionalidad es un hecho, como hemos señalado, y lo que aquí se sostiene es una crítica a las consecuencias que genera la contradicción en sentencias. En tal sentido, Garzón entiende que toda crítica debe fundarse en un supuesto normativo. Dicho supuesto normativo no tiene que ver tanto con la posibilidad de la discrecionalidad, como con la pretensión de que los jueces no realicen interpretaciones erróneas o, incluso, piruetas interpretativas que hagan el derecho imprevisible, de tal modo que la discrecionalidad aparece como accesoria a la previsibilidad. La clave, por tanto, para Garzón, no está en que exista o no discrecionalidad, sino que, de existir, no atente contra la previsibilidad del derecho.

tanto en la existencia de discrecionalidad, que no se aparta necesariamente de la adecuación al derecho (ya que una decisión discrecional puede ser válidamente ajustada a éste), sino en la falta de previsibilidad del derecho que introduce, por una parte, una incertidumbre mayor que la que cabría esperar ante todo pleito y, por otra, es un efecto pernicioso para cualquier Estado de derecho.

Garzón Cárdenas señala también, a propósito de este análisis, que desde las distintas ópticas de la filosofía del derecho podría decirse que las sentencias contradictorias son inevitables, ya que los jueces deciden libremente, sin limitaciones (perspectiva realista), o que lo que parece contradicción derivada de la discrecionalidad no es tal porque en realidad los casos son diferentes, aunque parezcan idénticos, y nada puede derivarse de la discrecionalidad, porque tal cosa no existe (perspectiva moralista). En cambio, desde una perspectiva positivista que encaja con el criterio de adecuación al derecho, entendiéndolo como el que está en la norma, así como su interpretación coherente con ella y nunca *contra legem* —posición que sostiene Garzón con García Amado—, se asume que la discrecionalidad es inevitable, pero las contradicciones son indeseables en cualquier sistema jurídico, por lo que, cuando éstas ocurren, hay que reconocerlas como discrecionalidad disfuncional, y para superarla se requieren remedios procesales para que, si se da, puedan revertirla con una argumentación estratégicamente rigurosa.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que:

- 1) En cuanto a los remedios procesales: el recurso de casación en el ámbito contencioso administrativo, si cumple los requisitos formales para su presentación, debería ser admitido sin excepción para que la apreciación del interés casacional objetivo fuera objeto de valoración en sentencia. El interés casacional objetivo debería apreciarse indiciariamente si con la preparación del recurso se verifican 1) los requisitos de acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución que se impugna; 2) se

identifican las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la Sala de instancia, o que ésta debiera observarlas aun sin ser alegadas, y 3) se señala que las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir.

- 2) En cuanto a la argumentación rigurosa: el administrado debe explicitar su posición, manteniéndola con idéntica claridad en todas las fases, comenzando por la propiamente administrativa, y alegando, desde que eventualmente se produzca, la vulneración o infracción de cualquier derecho fundamental. La vulneración de los derechos fundamentales no será apreciada, normalmente, ni en la fase administrativa ni en la contenciosa, pero, dadas las dificultades que presenta el sistema de recursos y, en particular, la casación, es una cautela precisa porque la alegación de la vulneración de tales derechos es un requisito de procedibilidad de un eventual recurso de amparo.
- 3) En cuanto a la discrecionalidad, con relación a la previsibilidad: en la práctica, el abuso de la discrecionalidad del juez, la discrecionalidad disfuncional señalada por Garzón, apartándose de la interpretación racional de la norma, o incluso de la propia norma, no puede reputarse normal ni aceptable, ni aun en términos de una pretendida seguridad o estabilidad jurídica, porque incide exactamente en lo contrario, en restar previsibilidad a la resolución que ya no se adecúa a derecho, y cuando esto ocurre es un verdadero fallo del sistema que no encuentra acomodo para su reparación efectiva por la razón que verdaderamente se produce (el apartamiento de la norma) en el esquema de recursos vigente en derecho español, de tal manera que el administrado ha de forzar su interposición con una base estrictamente vulneradora de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, lo que no siempre acontece, luego imposibilita el recurso, y si

acontece, no siempre es determinante, sometida como está a que la vulneración del derecho fundamental afecte a su contenido esencial, es decir, sea suficientemente relevante para obtener dicho reproche.

Bibliografía

- CUCH ARGUIMBAU, Miquel y AGUILERA CUCHILLO, Jordi, “El recurso de casación: la cuestión del interés casacional objetivo”, 2018. Disponible en: <https://elblogdecuchaguilera.com/procedimiento-contencioso-administrativo/recurso-de-casacion/>.
- CUCH ARGUIMBAU, Miquel y AGUILERA CUCHILLO, Jordi, “Recurso de amparo constitucional: aproximación al concepto de especial transcendencia constitucional”, 2019. Disponible en: <https://elblogdecuchaguilera.com/procedimiento-contencioso-administrativo/recurso-de-amparo-constitucional-aproximacion-al-concepto-de-especial-transcendencia-constitucional/>.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Teoría de la argumentación jurídica (y III)”, *Almacén de Derecho*, 12 de febrero de 2016. Disponible en: <https://almacenederecho.org/teoria-de-la-argumentacion-juridica-y-iii>.
- “La locura legislativa en España: de la hiperregulación a leyes preconstitucionales”, *ABC España*, 2021. Disponible en: https://www.abc.es/espana/abci-locura-legislativa-espana-hiperregulacion-leyes-preconstitucionales-202105231757_video.html.
- MÍGUEZ MACHO, Luis, “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, España, núm. 38, 2015. Disponible en: <http://laadministraciondía.inap.es>.

El debido proceso, decisiones judiciales y discrecionalidad: problemas conceptuales, metodológicos y de garantía*

En la presente ponencia pretendo defender, e ilustrar, tres hipótesis de trabajo. La primera, que el estudio del debido proceso implica abordar tres tipos de problemas: 1) los conceptuales, uno sobre qué es el debido proceso y el otro conocer los conceptos que permiten su comprensión; 2) los problemas metodológicos sobre la interpretación, argumentación y aplicación del debido proceso, 3) los y problemas de garantía sobre cómo hacer efectivo el debido proceso y cuáles son los efectos de su incumplimiento. La segunda hipótesis es que entre el debido proceso, las decisiones judiciales y la discrecionalidad existen por lo menos dos tipos de conexiones: las conceptuales, ya que por definición el debido proceso persigue evitar la arbitrariedad en las actuaciones judiciales y administrativas, y las conexiones de concreción, en el sentido de que varias de las garantías que concretan el debido proceso, como los principios de legalidad, de igualdad ante la ley y de imparcialidad judicial, no se conectan directamente con la arbitrariedad, pero sí con la discrecionalidad de las decisiones judiciales. Y la tercera hipótesis, que frente a las garantías del debido proceso que implican una conexión de concreción entre el debido proceso, la discrecionalidad y las decisiones judiciales, se presentan los mismos problemas, pero concretados, respecto al debido proceso en general, es decir, problemas conceptuales, metodológicos y de garantía.

* Elaborado por Sergio Pulido Jiménez, Universidad Nacional de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8122-0071>.

Para defender e ilustrar estas tres hipótesis, en una primera parte me concentraré en el debido proceso y sus problemas, y en la segunda me concentraré en las conexiones entre debido proceso, discrecionalidad y decisiones judiciales.

El debido proceso

Los problemas conceptuales relacionados con el debido proceso implican dos tareas diferentes: por una parte, construir o elaborar una definición clara y precisa del sintagma “debido proceso”, que refleje lo mejor posible los usos habituales de esta expresión; por otra parte, construir y elaborar un conjunto de conceptos, claros y distintos, que permitan dar cuenta de la definición adoptada; por ejemplo, si se considera que el “debido proceso” es un derecho fundamental, entonces deberíamos aclarar qué entendemos por “derecho fundamental”.

Los problemas metodológicos se refieren, en cambio, a cómo se aplica, interpreta y argumenta en relación con el debido proceso. Y los problemas de garantía se refieren a cómo garantizar la efectividad del derecho al debido proceso y cuáles son los efectos jurídicos de su incumplimiento.

A continuación, se abordan de forma breve y aproximativa estos tipos de problemas.

Problemas conceptuales

Nivel conceptual 1: concepto de “debido proceso”

Para la construcción y/o elaboración de una definición clara y precisa del sintagma “debido proceso” se debe proceder en dos momentos: en el primero se deben identificar algunos de los principales usos que se le dan a esta expresión (definiciones lexicográficas o

informativas), y en el segundo, con base en estos usos habituales, proponer una definición estipulativa que se considere más clara o precisa.

Definiciones lexicográficas o informativas del “debido proceso”

Para reconstruir algunos, y recalco que son solamente algunos, de los usos que se le dan al sintagma “debido proceso”, hay que dividir dos tipos de definiciones: las definiciones procesalistas y las definiciones constitucionalistas. Denomino “definiciones procesalistas” a todas aquellas que inicialmente definen el concepto de “proceso”, para posteriormente explicar en qué medida se le puede aplicar el adjetivo de “debido”. En cambio, denomino “definiciones constitucionalistas” a las que, por una parte, de forma directa definen al “debido proceso” como un derecho humano y/o fundamental; y que, por otra parte, definen de forma extensional las garantías de que se compone este derecho.

Un ejemplo de definición procesalista es la del profesor Adolfo Alvarado Velloso; para él:

...el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios. [En otras palabras, es aquel] que se adecua plenamente a la idea lógica del proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, *imparcial*, imparcial e independiente).¹

Un ejemplo de definición constitucionalista es el de la Corte Constitucional de Colombia; para ésta, el debido proceso se concibe como “el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en

¹ Alvarado Velloso, Adolfo, *Lecciones de derecho procesal civil*, Rosario, Juris, 2009, p. 179.

una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”.²

Ahora bien, algunas consideraciones adicionales sobre las definiciones procesalistas antes de formular una posible redefinición del “debido proceso”.

Las definiciones procesalistas del debido proceso parten de dos supuestos: *i*) que el “debido proceso” es un sintagma en el que el sustantivo es el “proceso” y la expresión “debido” funciona como un adjetivo que se predica de éste, y *ii*) que lo central es el concepto de “proceso” para entender el sintagma completo.

Con ocasión de estos supuestos, hay que dar luces sobre la definición de “proceso”. Para ello, considero que en la práctica la mayoría de las definiciones combina, por lo menos, cuatro elementos: un elemento orgánico, un elemento formal, un elemento subjetivo y un elemento funcional.

Elemento orgánico. Se refiere al tercero imparcial que resuelve el proceso; usualmente la doctrina considera que se trata de un tercero imparcial, con funciones jurisdiccionales, que representa al Estado.

Elemento formal. Se refiere al procedimiento. Todo proceso implica procedimientos. Aquí la expresión “procedimiento” se emplea para referirse a una serie o sucesión de actos.

Elemento subjetivo. Se refiere a los sujetos que realizan los actos de que se compone el procedimiento. Tradicionalmente, la doctrina considera que estos sujetos son de tres tipos: juez, partes y terceros. Sin embargo, algunas definiciones ponen el énfasis en las partes,

² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-980 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

como lo hace el profesor Alvarado Velloso al hablar de “dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad...”.³

Elemento funcional. Se refiere a la función o finalidad del proceso. En este campo existen varias posibles respuestas a la pregunta ¿cuál es la función o finalidad del proceso? Algunas posibles respuestas son: *i)* la función del proceso es resolver conflictos (tesis conflictualista); *ii)* la función del proceso es hacer efectivo el derecho objetivo ante su incumplimiento (tesis objetivista); *iii)* la función del proceso es hacer efectivos los derechos sustanciales o subjetivos ante su vulneración, incumplimiento o amenaza (tesis subjetivista); *iv)* la función del proceso es resolver pretensiones de las partes (tesis de la pretensión), o *v)* la función del proceso es resolver litigios (tesis litigiosa).

En relación con estos elementos, en general existen acuerdos teóricos sobre los tres primeros (elementos orgánico, formal y subjetivo); mientras que existen profundos desacuerdos sobre el cuarto elemento (elemento funcional). Lo que demuestra, en general, que el elemento funcional del proceso, tal como se ha planteado hasta el momento, es sobre todo un problema ideológico o de política del derecho y no un problema en sentido estricto teórico.⁴

Esto explica que existan múltiples definiciones posibles del proceso que varían, unas de otras, con ocasión de las tesis del elemento funcional que se adopten. En ese sentido, existen definiciones atómicas del proceso, que son las que acogen una, y no más que una, tesis sobre la función del proceso; y existen definiciones moleculares que pretenden acoger una

³ Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*, p. 179.

⁴ La distinción entre teoría del derecho y política del derecho se encuentra presente en uno de los primeros apartados de la *Teoría pura del derecho*, de Kelsen. “Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica”. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4a. ed., trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, s/f, p. 19.

mezcla de distintas tesis sobre la función del proceso. En este marco, se pueden presentar por lo menos cinco definiciones atómicas del proceso (las definiciones conflictualistas, objetivistas, subjetivistas, pretensivas y litigiosas), y una gran variedad de definiciones moleculares. A continuación, se presentan un ejemplo de definición atómica y de definición molecular para ilustrar.

Definición atómica conflictualista. El proceso es una serie o sucesión de actos (elemento formal), llevados a cabo por sujetos procesales (elemento subjetivo), encaminados a que un tercero imparcial, revestido de funciones jurisdiccionales y que actúa en representación del Estado (elemento orgánico), resuelva un conflicto (elemento funcional). Las demás definiciones atómicas se construirían variando exclusivamente el último elemento: el funcional.

Definición molecular objetivista y subjetivista. Un ejemplo de definición molecular que mezcla las tesis objetivista y subjetivista, es la de Hernando Devis Echandía; para él, el proceso se define como

[E]l conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso en concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, lo laboral o contencioso administrativo), o para la investigación, la prevención y la represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal), y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos (civiles, penales, etc.).⁵

Por todo lo anterior, cuando se acude a la definición procesalista del “debido proceso”, y se usa el adjetivo “debido” para referirse al proceso que cumple con su función, su

⁵ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, t. I, 15a. ed., Bogotá, Temis-Pontificia Universidad Javeriana, 2018, p. 137.

fin, sus principios, o su idea lógica, se parte de una determinada concepción ideológica del proceso, más que de una concepción teórica.

Redefinición del sintagma “debido proceso”

A este problema ideológico de las definiciones procesalistas se añade un problema extensional, ya que en el derecho internacional y en el derecho constitucional el debido proceso se garantiza no solamente en los procesos judiciales, sino también en otros tipos de procedimientos (como los procedimientos administrativos sancionatorios).

Debido a estos problemas ideológicos y extensionales de las definiciones procesalistas, considero que una redefinición del sintagma “debido proceso” debe ser más próxima a las definiciones constitucionalistas, ya que éstas tienden a definir el debido proceso con referencia al derecho constitucional positivo vigente, de acuerdo con el cual se indica el ámbito de aplicación del debido proceso en procedimientos no judiciales (lo que evita el problema extensional), y también porque no parten de identificar un fin o función ideal del debido proceso, sino que pretenden describir las garantías descritas por el derecho constitucional positivo vigente (lo que evita el problema ideológico).

En este marco, la propuesta de redefinición es la siguiente: el debido proceso es un derecho humano y fundamental de las partes y terceros, que comprende un conjunto de garantías aplicables a los procesos judiciales y a los procedimientos administrativos, que de acuerdo con el derecho positivo se consideran necesarias para evitar la arbitrariedad de las autoridades judiciales y administrativas.

Nivel conceptual 2: conceptos relevantes de la definición del “debido proceso”

De la redefinición propuesta de “debido proceso” se desprenden, por lo menos, cuatro conceptos relevantes: “derecho humano”, “derecho fundamental”, “garantías” y “arbitrariedad”.

Concepto de derecho humano. Sobre la expresión “derechos humanos” recae una ambigüedad: en ocasiones se utiliza la expresión para denotar una serie de valores morales suprapositivos (no reconocidos por el derecho positivo) dotados de un contenido de justicia.⁶ En este sentido, “derechos humanos”, “derechos morales” y “derechos naturales” serían sinónimos. En otras ocasiones se utiliza la expresión para referirse a los derechos subjetivos reconocidos por el derecho positivo en su esfera internacional; en otras palabras, los derechos del derecho internacional de los derechos humanos.

Concepto de derecho fundamental. Al igual que sucede con la expresión “derechos humanos”, sobre los derechos fundamentales recae una ambigüedad. En ocasiones se utiliza la expresión para denotar los derechos subjetivos reconocidos por el derecho positivo en general, tanto en sede internacional como constitucional. Mientras que en otras ocasiones se utiliza la expresión para referirse exclusivamente a los derechos subjetivos reconocidos a nivel constitucional.⁷ En este segundo uso, la expresión “derechos humanos” estaría reservada a los derechos del derecho internacional, mientras que los derechos fundamentales estarían reservados a los derechos constitucionales (los derechos de la ley fundamental).

⁶ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 14-20.

⁷ “En el lenguaje corriente de la doctrina se suele llamar «derechos fundamentales» a los derechos conferidos por una Constitución rígida”. Guastini, Riccardo, *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*, trad. de Diego Dei Vecchi, Lima, Palestra, 2018, p. 84.

En esta ponencia sostendré la segunda definición presentada de derechos humanos y de derechos fundamentales. Los derechos humanos son los derechos subjetivos reconocidos o conferidos por el derecho internacional, y los derechos fundamentales son los derechos subjetivos reconocidos o conferidos por la Constitución.

En este sentido, cuando se plantea que el debido proceso es un derecho humano y fundamental, lo que se afirma es que se trata de un derecho consagrado tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en las Constituciones contemporáneas.

En consecuencia, si el debido proceso es un derecho humano y fundamental, entonces también es un derecho subjetivo; sin embargo, sobre este punto pueden presentarse controversias, ya que existen por lo menos dos posturas: por una parte, la de quienes sostienen que los derechos fundamentales son valores o razones que sirven de fundamento para crear una red de relaciones normativas (dentro de las cuales se encuentran los derechos subjetivos) dirigidas a protegerlos.⁸ Postura para la cual los derechos humanos y fundamentales no son derechos subjetivos, sino valores. Y, por otra parte, la postura de quienes consideran que los derechos fundamentales son en sí mismos normativos y derechos subjetivos.

En esta ponencia asumiré la segunda opción: concebir a los derechos fundamentales como derechos subjetivos.

Ahora bien, la expresión “derecho subjetivo” suele ser empleada para designar una situación jurídica subjetiva ventajosa. Estas situaciones jurídicas pueden tener por objeto: *i*) el comportamiento del titular del derecho (derecho a llevar a cabo un determinado comportamiento); *ii*) el comportamiento de otro sujeto (derecho a obtener que otros realicen un determinado

⁸ Atienza, Manuel, “Epílogo. Positivismo y derechos: un debate. ¿Una visión postpositivista de los derechos? Comentario a propósito de un libro de Bruno Celano”, en Celano, Bruno, *Los derechos en el Estado constitucional*, Lima, Palestra, 2019, pp. 291-320.

comportamiento); *iii*) situaciones jurídicas propias y de terceros (derecho de crear, modificar y extinguir obligaciones y derechos), y *iv*) cosas (derechos reales).⁹

Estos cuatro objetos de los derechos subjetivos permiten distinguir los derechos por lo menos en cinco tipos: *i*) los derechos como libertades; *ii*) los derechos como inmunidades; *iii*) los derechos como pretensiones; *iv*) los derechos como poderes o potestades, y *v*) los derechos como situaciones jurídicas complejas.

Derechos como libertades. La libertad es la situación jurídica de un sujeto no gravado con obligación alguna en relación con una determinada acción. Las libertades también pueden ser consideradas como facultades o permisos. Son derechos que tienen por objeto el comportamiento del titular del derecho. Este tipo de derechos se pueden dividir en dos: libertades en sentido fuerte y libertades en sentido débil. Las libertades en sentido fuerte se refieren a la situación jurídica de un sujeto al que una específica norma permisiva y/o facultativa le permite comportarse de un determinado modo. Las libertades en sentido débil, en cambio, se refieren a la situación jurídica de un sujeto al que ninguna norma le ordena o le prohíbe comportarse de un determinado modo.¹⁰

Derechos como inmunidades. La inmunidad es la situación jurídica relacional que implica la ausencia de sujeciones de un sujeto respecto de otro. Se trata de un derecho que tiene por objeto el comportamiento del titular del derecho. Las inmunidades se pueden clasificar en dos: inmunidades en sentido fuerte e inmunidades en sentido débil. En sentido fuerte, las inmunidades se refieren a la situación jurídica de un sujeto al que una norma le confiere positivamente una inmunidad. En sentido débil, las inmunidades se refieren a la situación jurídica de un sujeto al que ninguna norma le impone una sujeción.¹¹

⁹ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 76.

¹⁰ *Ibidem*, p. 78.

¹¹ *Ibidem*, pp. 79 y 80.

Derechos como pretensiones. Las pretensiones se refieren a la situación jurídica relacional en la que un sujeto tiene una pretensión y el otro sujeto tiene una obligación a su cargo. Se trata de un derecho que tiene por objeto el comportamiento de un sujeto diferente al del propio titular. Las pretensiones se pueden clasificar dependiendo de si el comportamiento obligado es una acción o una omisión. Un ejemplo típico de este tipo de derechos son los derechos de crédito.¹²

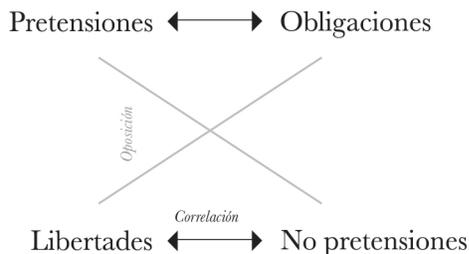
Derechos como poderes o potestades. Los poderes o potestades se refieren a la situación jurídica en la cual un sujeto cuenta con la capacidad jurídica de modificar la situación jurídica propia o de terceros (que tendrían una relación de sujeción con quien ejerce la potestad), en otras palabras, es la capacidad de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Se trata de un derecho que tiene por objeto otras situaciones jurídicas.¹³

Cada uno de los tipos de derechos subjetivos mencionados hasta aquí cuenta con una relación jurídica correlativa y de oposición. *Relaciones de correlación:* las pretensiones correlativamente implican obligaciones. Las libertades correlativamente implican la no existencia de pretensiones de terceros. Las potestades correlativamente implican sujeciones. Y las inmunidades correlativamente implican incompetencias (o no potestades) de terceros. *Relaciones de oposición:* lo opuesto a las pretensiones son las no pretensiones. Lo opuesto a las libertades son la existencia de obligaciones. Lo opuesto a las potestades son las incompetencias (o no potestades). Y lo opuesto a las inmunidades son las sujeciones. Lo anterior se puede ilustrar gráficamente en el siguiente esquema:

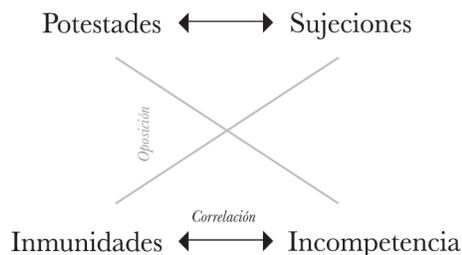
¹² *Ibidem*, p. 80.

¹³ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

Normas regulativas



Normas constitutivas



Derechos como situaciones jurídicas complejas. Se trata de aquellos derechos que en realidad comprenden un conjunto (molecular) de múltiples situaciones jurídicas positivas del titular (atómicas). Un ejemplo de este tipo de derechos son los que tienen por objeto cosas, como el derecho de propiedad. Este derecho comprende los siguientes derechos atómicos: libertades (de actuar y de omitir), poderes (de disposición), inmunidades (respecto de actos dispositivos de terceros), y pretensiones (sobre omisiones de terceros).¹⁴

De acuerdo con lo aquí expuesto, el debido proceso, como derecho humano y fundamental, es un derecho reconocido en sede internacional y constitucional, que se caracteriza por ser un derecho subjetivo molecular (una situación jurídica compleja), es decir, un derecho que comprende dentro de sí diversas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades.

Concepto de garantías. De acuerdo con el profesor Luigi Ferrajoli, las garantías designan "las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas positivas o

¹⁴ *Ibidem*, pp. 81 y 82.

negativas normativamente establecidas”.¹⁵ Para los efectos de esta ponencia se partirá de un concepto amplio de “garantías”, de acuerdo con el cual éstas comprenden los derechos subjetivos atómicos de que se compone el derecho fundamental, así como las demás normas, regulativas y constitutivas, que designan el contenido normativo protegido por el derecho.

Concepto de arbitrariedad. La “arbitrariedad” puede considerarse que se refiere al sometimiento de una persona a la pura voluntad de otra u otras personas.¹⁶

Una vez estudiados algunos de los principales problemas conceptuales relacionados con el debido proceso, podemos proceder a enunciar algunos de sus principales problemas metodológicos.

Problemas metodológicos

El método jurídico tradicionalmente comprende el estudio de la interpretación y argumentación jurídicas. En este sentido, en la presente ponencia al hablar de problemas metodológicos haré alusión a los principales problemas interpretativos y argumentativos que surgen en relación con el debido proceso, problemas que usualmente están asociados a su calidad de derecho humano y fundamental.

Como bien se sabe, una parte considerable de la literatura especializada, de las cortes y tribunales constitucionales, siguiendo los planteamientos del profesor Robert

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006, pp. 15-31. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9954/1/Doxa_29_01.pdf.

¹⁶ Aguiló Regla, Josep, “En defensa del Estado constitucional de derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2019, pp. 85-100.

Alexy,¹⁷ suelen distinguir reglas y principios, consideran que los derechos fundamentales son principios, y estiman que las reglas se aplican todo o nada, mientras que los principios son “mandatos de optimización”, es decir, se aplican en la mayor medida de lo posible (dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas). De allí que algunos consideran que las reglas se aplican mediante la subsunción, mientras que los principios se aplican mediante la ponderación.

De acuerdo con esta perspectiva, si el debido proceso es un derecho humano y fundamental, y, por tanto, puede ser concebido como un principio constitucional, su aplicación se daría mediante la ponderación. Sin embargo, respecto de esta visión cabe hacer algunas precisiones y anotaciones:

1. Los principios se diferencian de las reglas en la medida en que son normas que tienen un carácter fundamental (fundamentan las demás normas del sistema, y no requieren ser fundamentados) y cuentan con un particular grado de indeterminación (tienen un supuesto de hecho abierto, son derrotables y son generales).¹⁸
2. Una norma no es *ex ante* un principio o una regla; el que se considere que una norma sea una regla o un principio depende de elecciones interpretativas (es un resultado *ex post*).¹⁹
3. La aplicación de principios en la práctica implica, por lo menos, dos operaciones diferentes: *i*) concretar un principio en una regla, y *ii*) utilizar esta regla como premi-

¹⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 63-116.

¹⁸ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, 2a. ed., trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 183-205.

¹⁹ Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 1998, p. 92. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10350/1/doxa21-2_07.pdf.

sa mayor del razonamiento jurídico. De allí que los principios, como las reglas, en su aplicación, requieran de la subsunción.²⁰

4. En este sentido, los intérpretes en la práctica optan, dependiendo el caso, por interpretar las garantías del derecho al debido proceso ya sea como principios o como reglas, y en este sentido, como normas más o menos derrotables.
5. El debido proceso como un derecho molecular puede implicar cuatro tipos de contradicciones normativas: *i)* contradicciones normativas del debido proceso entendido como principio, divididas en: *a)* contradicciones entre dos o más garantías del debido proceso y otros principios constitucionales (por ejemplo, la colisión entre el debido proceso y el principio de eficaz persecución del delito), y *b)* contradicciones entre dos o más garantías del debido proceso entendido como principio, *ii)* contradicciones normativas del debido proceso entendido como regla, igualmente divididas en: *a)* contradicciones entre dos o más garantías del debido proceso, entendidas como reglas, y otras reglas constitucionales o legales, y *b)* contradicciones entre dos o más garantías del derecho al debido proceso, entendidas como reglas.
6. En este sentido, dos problemas metodológicos resultan relevantes: *i)* cómo concretizar las garantías del debido proceso en su aplicación práctica a casos, ¿cuáles son las garantías del debido proceso?, ¿existen garantías implícitas no enunciadas por texto constitucional o legal alguno?, ¿cuál es el contenido normativo de estas garantías?, y *ii)* ¿cómo solucionar las contradicciones normativas que se pueden presentar con o entre las garantías del derecho al debido proceso?

²⁰ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar, cit.*, pp. 250 y 251.

Problemas de garantía

Los problemas de garantía son aquellos asociados a dos preguntas: ¿cómo garantizar la protección y cumplimiento del derecho al debido proceso?, y ¿cuáles son los efectos o consecuencias jurídicos de incumplir o vulnerar las garantías del debido proceso?

Frente a los problemas de garantía, los ordenamientos jurídicos positivos tienden a estructurar distintas soluciones, que a mi consideración pueden ser clasificadas en dos tipos: mecanismos judiciales de garantía y efectos jurídicos de garantía.

Los *mecanismos judiciales de garantía* se refieren a los instrumentos procesales con los que cuentan las personas para hacer efectivas las garantías del derecho al debido proceso. Algunos de estos mecanismos son: *i)* acciones judiciales de protección de derechos; *ii)* recursos ordinarios o extraordinarios dentro los procesos; *iii)* el régimen de mecanismos procesales encaminados a controlar las irregularidades del procedimiento (por ejemplo, incidentes de nulidades procesales); *iv)* acciones judiciales de reparación por la violación del derecho, y *v)* las acciones judiciales en sede internacional de protección de derechos, como el sistema de casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros mecanismos.

En cambio, los *efectos jurídicos de garantía* se refieren a los efectos que se ordenan o declaran una vez que se resuelven los *mecanismos judiciales de garantía*. Dentro de estos efectos, algunos de los principales son: *i)* la invalidez de las actuaciones que contravinieron el debido proceso (nulidades procesales); *ii)* órdenes para ajustar el procedimiento a los mandatos del debido proceso; *iii)* órdenes de reparación de los perjuicios ocasionados por la violación del derecho al debido proceso; *iv)* sanciones a los funcionarios que vulneraron el derecho al debido proceso, y *v)* sanciones a los responsables de la vulneración al derecho al debido proceso, entre otros.

Debido proceso, discrecionalidad y decisiones judiciales

Existen por los menos dos tipos de conexiones entre el debido proceso, la discrecionalidad y las decisiones judiciales: conexiones conceptuales y de concreción.

Las *conexiones conceptuales* hacen alusión al hecho de que una característica presente en la redefinición propuesta para el debido proceso es que las garantías de este derecho persiguen evitar la arbitrariedad en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos, lo que implica evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales.

Para esto se requiere analíticamente distinguir dos tipos de decisiones: las decisiones arbitrarias y las no arbitrarias; y dentro de estas últimas se pueden distinguir a su vez las decisiones discrecionales de las decisiones no discrecionales.

En ese sentido, cabe aclarar qué se entiende por discrecionalidad. Ésta puede entenderse por lo menos en tres sentidos: como elección libre del decisor entre varias alternativas posibles dentro del marco normativo; como ausencia de estándares normativos aplicables a un caso, y como la facultad de tomar decisiones de carácter definitivo (no sujetas a revisiones).²¹

Para este efecto, consideraré que la discrecionalidad se refiere a la posibilidad del decisor de tomar una determinación eligiendo voluntariamente entre dos o más soluciones jurídicas alternativas y razonables en el marco de un determinado derecho positivo.

Cabe resaltar que estas soluciones jurídicas pueden responder a distintos tipos de problemas; por ejemplo, interpretativos (se pueden interpretar de dos o más formas las disposiciones normativas aplicables); de antinomias (se pueden resolver de dos o más formas

²¹ Lifante Vidal, Isabel, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002, pp. 413-439. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25_12.pdf.

una antinomia); de integración normativa (se pueden integrar de dos o más formas las lagunas normativas), entre otros problemas más.

Ahora bien, las decisiones no arbitrarias y no discrecionales corresponderían a las decisiones que adopten la única respuesta correcta para un caso, es decir, decisiones en casos en los que no existen dos o más soluciones jurídicas alternativas y razonables, sino solamente una única solución posible y razonable en el marco de un determinado derecho positivo.

Cabe decir que sobre esta posibilidad existen por lo menos tres posturas: *i)* considerar que en derecho no existen, en ningún caso, respuestas correctas (tesis del no cognoscitismo interpretativo); *ii)* considerar que en derecho existen, en algunos casos, respuestas correctas, pero no en todos (tesis del cognoscitismo interpretativo moderado), y *iii)* considerar que en derecho siempre, o por lo menos casi siempre, existen respuestas correctas (tesis de los cognoscitistas interpretativos radicales y de los constructivistas interpretativos). Este debate demuestra que, por lo menos, no resulta pacífico, desde el plano teórico, que existan respuestas correctas en esta materia jurisprudencial.

En ese sentido, la conexión conceptual entre debido proceso, discrecionalidad y decisiones judiciales se refiere a que, por definición, el debido proceso trata de, entre otras cosas, evitar las decisiones judiciales y administrativas arbitrarias, lo que implica la adopción de decisiones por regla general discrecionales.

Por su parte, las *conexiones de concreción* se refieren a que varias de las garantías que concretan el derecho al debido proceso tienen que ver directa o indirectamente con la discrecionalidad y las decisiones judiciales. Un ejemplo de esto son las garantías del principio de legalidad, el principio de igualdad ante la ley, y el principio de imparcialidad judicial.

El *principio de legalidad* en el modelo del Estado de derecho implicaba que los jueces se encontraban sometidos en sus decisiones al imperio de la ley, mientras que en el

modelo del Estado constitucional de derecho los jueces se encuentran sometidos al imperio del derecho en su conjunto.

El *principio de igualdad ante la ley* implica que casos similares se resuelvan de forma similar, y que casos diferentes se resuelvan distinto, por lo que, en un cierto sentido, se debe aplicar en la mayor medida de lo posible el derecho de forma uniforme, y las decisiones judiciales deben ser previsibles.

El *principio de imparcialidad judicial* implica que los jueces no tengan un interés directo en el resultado de sus decisiones ni una relación directa con las partes, lo que en el modelo del Estado de derecho y del Estado constitucional de derecho significa necesariamente el sometimiento de los jueces en sus decisiones al imperio del propio derecho.

Ahora bien, debido a que el derecho en general es indeterminado por la equivoicidad de los textos normativos y por la vaguedad del lenguaje, la garantía del principio de legalidad, de igualdad ante la ley y de imparcialidad judicial requieren que los jueces adopten decisiones discrecionales, pero no arbitrarias. Lo que implica admitir que en la práctica no existen, o por lo menos en la mayoría de los casos no existen, respuestas únicas correctas, sino varias posibles respuestas correctas en el marco de un determinado derecho positivo. En este sentido, la aplicación del derecho depende de decisiones voluntarias de los intérpretes, pero que se ajustan a un marco de posibilidades jurídicas.

Estas conexiones conceptuales y de concreción implican los siguientes problemas:

1. *Problemas conceptuales*. Las garantías del debido proceso mencionadas (principios de legalidad, de igualdad ante la ley y de imparcialidad judicial) parecen ser simultáneamente pretensiones y potestades, pretensiones de los ciudadanos y personas de las cuales se desprende correlativamente la obligación de los jueces de decidir con base en derecho, de forma discrecional, mas no arbitraria. Y, por

otra parte, los jueces tienen la potestad de emitir decisiones judiciales a las cuales se encuentran sujetas las partes procesales, siempre que no sean dictadas de forma arbitraria o por fuera del derecho. Tratándose de decisiones arbitrarias, las partes procesales cuentan con *mecanismos judiciales* y *efectos jurídicos de garantía*, lo que puede conducir a la invalidez de estas decisiones.

2. *Problemas metodológicos*. Éstos comprenden problemas de vaguedad, de concreción y de antinomias.
 - a. *Problemas de vaguedad*. Existirán casos en los que es claro que una decisión fue discrecional, y otros en los que es claro que fue arbitraria; sin embargo, existe una gran zona de penumbra donde no es claro si estamos en la órbita de la discrecionalidad o en la de la arbitrariedad. Este problema se agrava en el modelo de Estado constitucional de derecho donde los jueces no están sometidos solamente al imperio de la ley, sino al imperio del derecho en su conjunto. Esto hace que muchas veces se inapliquen reglas legales bajo el pretexto de aplicar de forma directa los principios constitucionales (lo que sucede con el fenómeno conocido con el nombre de “la derrotabilidad de las normas”).
 - b. *Problemas de concreción*. Por medio de la interpretación jurídica, los juristas deben concretar el contenido de las garantías del debido proceso expuestas. ¿Qué implican para un caso en concreto los principios de legalidad, igualdad ante la ley e imparcialidad judiciales?
 - c. *Problemas de antinomias*. Los juristas deben contar con herramientas metodológicas claras para resolver los cuatros tipos de antinomias presentados en relación con las garantías de los principios de legalidad, de igualdad ante la ley y de imparcialidad judiciales. Aunque se debe anotar por hipótesis, que en el marco de un Estado de derecho y/o constitucional de derecho no parece admisible que se presenten antinomias con estas garantías ni que se pueda de-

rotarlas ya que esto sería como decir que en determinados casos el derecho permite la adopción de decisiones arbitrarias. Tal vez este tipo de problemas requieran profundizar en otra distinción, como la de las antinomias en abstracto y en concreto; sin embargo, por limitaciones de espacio solamente las dejen enunciadas.

Por último, cabe decir que este tipo de garantías del debido proceso pueden reflejar la existencia de problemas metodológicos de segundo grado: la aplicación de estas garantías que disponen la discrecionalidad y la no arbitrariedad de las decisiones judiciales deben ser aplicadas a su turno discrecionalmente y de forma no arbitraria.

3. *Problemas de garantía.* En cada caso se requiere identificar los *mecanismos judiciales* y *efectos jurídicos de garantía* que garantizan la efectividad de estas garantías del derecho al debido proceso. ¿Qué mecanismos judiciales existen para garantizar los principios de legalidad, igualdad ante la ley e imparcialidad judiciales?, ¿cuáles son los efectos jurídicos de incumplir o vulnerar los principios de legalidad, igualdad ante la ley e imparcialidad judiciales?

El objeto de otros trabajos deberá ser profundizar en cada uno de estos problemas.

Bibliografía

- AGUILÓ REGLA, Josep, “En defensa del Estado constitucional de derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2019.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de derecho procesal civil*, Rosario, Juris, 2009.

- ATIENZA, Manuel, "Epílogo. Positivismos y derechos: un debate. ¿Una visión postpositivista de los derechos? Comentario a propósito de un libro de Bruno Celano", en CELANO, Bruno, *Los derechos en el Estado constitucional*, Lima, Palestra, 2019.
- COMANDUCCI, Paolo, "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 1998, p. 92. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10350/1/doxa21-2_07.pdf.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, t. I, 15a. ed., Bogotá, Temis-Pontificia Universidad Javeriana, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006, pp. 15-31. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9954/1/Doxa_29_01.pdf.
- GUASTINI, Riccardo, *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*, trad. de Diego Dei Vecchi, Lima, Palestra, 2018.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, 2a. ed., trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4a. ed., trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, s/f.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002, pp. 413-439. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25_12.pdf.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.