



**DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ESPAÑA-MÉXICO**

— 6 —

MARTHA ELBA IZQUIERDO MUCIÑO

Coordinadora



**UNIVERSITAT
JAUME I**

DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ESPAÑA-MÉXICO
———— 6 ————



**Universidad Autónoma
del Estado de México**

Dr. en Ed. Alfredo Barrera Baca
Rector

Dr. en C.I. Amb. Carlos Eduardo Barrera Díaz
Secretario de Investigación y Estudios Avanzados

Dra. en D. Inocenta Peña Ortiz
Directora de la Facultad de Derecho

Mtra. en Admón. Susana García Hernández
*Directora de Difusión y Promoción de la Investigación
y los Estudios Avanzados*

DIÁLOGOS JURÍDICOS ESPAÑA-MÉXICO

— 6 —

MARTHA ELBA IZQUIERDO MUCIÑO

Coordinadora



DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ESPAÑA-MÉXICO
———— 6 ————

1a edición, octubre 2017

ISBN: 978-607-422-870-0

ISBN para E-Book: 978-607-422-869-4

D.R. © Universidad Autónoma del Estado de México
Instituto Literario núm. 100 Ote., Centro,
C.P. 50000,
Toluca, México
<http://www.uaemex.mx>

Este libro fue sometido a dictamen en el sistema de pares ciegos externos, con base en los Criterios Editoriales de la Secretaría de Investigación y Estudios Avanzados

El contenido de esta publicación es responsabilidad de los autores.

En cumplimiento a la normatividad sobre el acceso abierto de la investigación científica, esta obra se pone a disposición del público en su versión electrónica en el repositorio de la UAEM (<http://ri.uaemex.mx>) para su uso en línea con fines académicos y no de lucro, por lo que se prohíbe la reproducción parcial o total, directa o indirecta del contenido de esta presentación impresa sin contar previamente con la autorización expresa y por escrito de los editores, en términos de lo así previsto por la *Ley Federal del Derecho de Autor* y, en su caso, por los tratados internacionales aplicables.

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

Índice

Presentación.....	9
Las medidas civiles de protección de los menores en los casos de violencia de género	
Patricia Escribano Tortajada	13
Las medidas civiles de protección de los menores en los casos de violencia familiar	
Martha Elba Izquierdo Muciño y Julieta Patricia Rivera Caballero	45
La incorporación de datos personales al proceso penal	
María Ángeles Pérez Cebadera.....	101
La incorporación de datos personales automatizados al proceso penal	
Diana Leticia Gutiérrez Ferreyra y Ricardo Eloy Gutiérrez García	119
La especial relación laboral de los artistas en espectáculos públicos	
Sara Ruano Albertos	143
El trabajo de los músicos académicos en México	
Carlos Muñoz Díaz	193
Sobre el impacto de la desigualdad socioeconómica en el ejercicio de los derechos civiles y políticos: algunas cuestiones actuales	
Jesús García Cívico.....	209

Avances (¿y retrocesos?) en la búsqueda de presencia equilibrada de mujeres y hombres en el poder económico en España	
María José Senent Vidal	231
Políticas de equidad de género en la administración pública y sus estrategias	
Gustavo Aguilera Izaguirre y Erika Yazmin Lima Cedillo	253

Presentación

La colaboración interuniversitaria entre la Universidad Jaume I de Castellón España y la Universidad Autónoma del Estado de México, así como la ilusión y el esfuerzo puesto en común por docentes e investigadores de ambas instituciones han traído como resultado la publicación del sexto número de *Diálogos jurídicos entre España y México*.

El intercambio de alumnos y maestros de ambas universidades y la participación en colaboraciones docentes ha logrado ser una realidad, pues la presente obra ha sido un acercamiento que nos han llevado a considerar temas de gran trascendencia para el derecho que responden a las necesidades sociales.

Por otra parte los operadores jurídicos de ambos países han adquirido un conocimiento directo de la realidad. Ha habido un nutrido intercambio entre profesores ibéricos y mexicanos, el cual también ha sido benéfico para los estudiantes, ya que van descubriendo las ventajas para su formación participar en los programas de intercambio.

La selección de los temas abordados se produjo de las distintas propuestas formuladas por los profesores de disciplinas jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad Jaime Primero y de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, no cerradas a materias de derecho positivo y coincidentes en el tema objeto del análisis, sin perjuicio de haber perfilado la concreción del tema en los términos que mejor resultados aportase, cumpliendo así lo dispuesto en el Convenio Operativo que en su Cláusula num. 5 menciona:

Que es de interés para los suscribientes promover la publicación de libros jurídicos que aborden desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español y mexicano temas relevantes, objeto de estudio

por personal docente de ambas instituciones, para así tener y difundir un conocimiento más próximo de realidades jurídicas comparadas, potenciando así estos estudios, por lo que es su intención crear una colección de libros sobre diálogos jurídicos España y México.

Así los profesores Sara Ruano Albertos y Carlos Muñiz Díaz discuten sobre la especial relación laboral de los artistas en espectáculos públicos, en especial de los artistas músicos, toda vez que si bien las legislaciones laborales generalmente protegen a los trabajadores en general, son insuficientes en lo referente a los artistas, por tanto se hace necesaria una legislación con características especiales, que se inspire en la verdadera naturaleza de su labor a efecto de que se haga justicia al gran esfuerzo de este sector artístico cultural, tan significativo para la sociedad.

Gustavo Aguilera Izaguirre, Erika Yasmín Lima Cedillo y María José Senent Vidal reflexionan sobre la lenta inserción del sector femenino en la administración pública y privada. Ellos plantean la necesidad de una presencia más equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito de las actividades económicas en general, a efecto de lograr una adecuada diversidad de géneros.

María Ángeles Pérez Cebadera en conjunto con Ricardo Eloy Gutiérrez García y Diana Leticia Gutiérrez Ferreyra plantean la necesaria limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, lo cual se lograría mediante la protección de sus datos personales.

Los profesores Martha E. Izquierdo Muciño y Julieta Patricia Rivera Caballero, conjuntamente con Patricia Escribano Tortajada, hablan de las medidas civiles de protección a los menores en casos de violencia familiar, esto es: la adecuación de políticas públicas a los sistemas de justicia y protección de derechos tanto de la infancia como de la adolescencia.

Finalmente, Jesús García Cívico, quien por causas ajenas a nuestra voluntad no fue posible conjuntar su tema con el de su par académico, nos plantea el tema de la desigualdad económica desde un punto distinto a la

pobreza, toda vez que menciona que la insatisfacción de las necesidades básicas alcanzan también a la insatisfacción de las libertades y derechos civiles y políticos como es la libertad de expresión de participación política, libertad de circulación, de acceso a la justicia, entre otros. Esto es, la carencia económica va más allá de tan solo la insatisfacción de las necesidades básicas.

En consecuencia y como se ha mencionado, esta sexta publicación es fruto de la colaboración en la que ha tenido un papel especialmente importante el Dr. Javier Lapiedra Alcamí, Decano de la Universidad Jaume I de Castellón, quien se hizo cargo de la coordinación de los docentes españoles y a quien expresamente manifiesto mi reconocimiento, esperando que haya más publicaciones, dado que ya se está trabajando en la elaboración de una siguiente publicación que será la número siete (de una serie de diez), y deseando que con el tiempo estas publicaciones se conviertan en el foro de participación de investigadores de otros centros universitarios, siendo especialmente gratificante que entre ellos también lleguen a estar quienes en su momento hayan sido alumnos que disfrutaron el intercambio que hizo nacer esta idea.

Por último, quiero expresar mi reconocimiento a las autoridades de la Facultad de Derecho de la UAEM, especialmente a la Dra. Inocenta Peña Ortiz, por todo su apoyo brindado, pues con la firma de un acuerdo de colaboración entre ambas Facultades y una gran disposición por parte de muchas personas para seguir estrechando nuestros lazos de amistad, es lo que ha hecho posible continuar con este noble proyecto.

Martha Elba Izquierdo Muciño
*Catedrática e Investigadora de la Facultad de Derecho
Universidad Autónoma del Estado de México*

Las medidas civiles de protección de los menores en los casos de violencia de género

Patricia Escribano Tortajada*

La violencia de género, por desgracia, es un hecho presente en nuestra sociedad, y, a pesar de los intentos de los poderes públicos por intentar erradicarla, no son pocos los días en los que lamentablemente vemos o leemos en los medios de comunicación cómo una mujer ha sido asesinada a manos de su pareja o ex pareja. Muchas mujeres no cuentan con la ayuda necesaria para salir adelante, dado que no denuncian la situación, ya sea por miedo, falta de apoyo de personas cercanas, recursos económicos u otros factores. Sin embargo, el porcentaje de mujeres que sufren malos tratos es muy elevado. Sólo tenemos que ver los datos estadísticos para comprobar la preocupante situación que estamos viviendo¹. No obstante, ésta no es una cuestión que les afecte exclusivamente, los hombres también son víctimas de violencia por sus parejas².

Cuando se habla de violencia de género se emplea diversa terminología tal y cómo ha puesto de manifiesto la doctrina: violencia doméstica, de género, en la pareja, familiar o intrafamiliar, contra las mujeres, machista, etc. (San Segundo Manuel, 2014, pp. 126-130). No obstante, la expresión más recurrente es la de “violencia de género”, que empezó a

* Departamento de Derecho Privado, Universitat Jaume I de Castellón, España.

¹ Para mayor información sobre los índices de mujeres violentadas, v. Consejo General del Poder Judicial, 2015.

² Los datos relativos al año 2014 del Instituto Nacional de Estadística son relevantes. Las estadísticas muestran que, a pesar de que el número de víctimas femeninas es superior a las masculinas, la cifra de varones violentados no es nada desdeñable.

ser utilizada en la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Pekín de 1995 de las Naciones Unidas. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, la define: “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (BOE núm. 313, 29 de diciembre de 2004). Por su parte, el art. 1.3 dispone que “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”. El concepto de violencia de género es más restrictivo que el de violencia doméstica, ya que éste no sólo engloba como víctima a la mujer, sino a cualquier persona que se encuentre integrada dentro del núcleo familiar³. Además, la violencia doméstica está excluida del ámbito de aplicación de la citada ley (Moral Moro, 2008, p. 116 y ss).

No nos vamos a detener en los tipos de violencia sobre la mujer. El aspecto que nos interesa son las medidas de carácter civil que pueden imponerse o reconocerse para salvaguardar los intereses y la integridad física y psíquica del menor. Aunque no haya sufrido algún tipo de maltrato directo, el vivir en un entorno en el que uno de los progenitores maltrata al otro, puede provocarle determinados problemas psicológicos o determinadas patologías, que requieran de ayuda profesional para poder superarlas. Así lo expresa Zurilla Cariñana: “La violencia doméstica tiene una características específicas en el caso de los menores, por la relación de dependencia de todos los órdenes, y, de confianza, que tienen con el agresor. Además, el hecho de encontrarse en un proceso de formación de su personalidad hace, en la gran mayoría de los casos, que ésta se configure con ciertas patologías, que repercutirán en sus relaciones personales y sociales de por vida” (2011, p. 65)⁴. En nuestro

³ Hemos de mencionar que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, publicada en el BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015, modifica dos preceptos clave en la materia, los arts. 153 y 173 del Código Penal.

⁴ La autora Zurilla Cariñana así lo pone de manifiesto: “La violencia doméstica tiene una características específicas en el caso de los menores, por la relación de dependencia de

Ordenamiento Jurídico hemos de tener muy presente que, sin importar la medida adoptada, ha de primar siempre el interés superior del menor, que se configura como un concepto jurídico indeterminado, difícil de definir de forma exacta. Lo anterior es señalado por Castillo Martínez: “el interés del menor aparece hoy arraigado como criterio rector del Derecho de Familia” (2010, p. 29)⁵. En lo atinente a las resoluciones de nuestros Tribunales, podemos citar por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS), de 22 de julio de 2011, que si bien se pronuncia en un caso de custodia compartida, puede extrapolarse su fundamentación a cualquier decisión que recaiga sobre los menores: “lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc” (FJ 4º)⁶.

todos los órdenes, y, de confianza, que tienen con el agresor. Además, el hecho de encontrarse en un proceso de formación de su personalidad hace, en la gran mayoría de los casos, que ésta se configure con ciertas patologías, que repercutirán en sus relaciones personales y sociales de por vida” (2011, p. 65).

⁵ No obstante, hemos de tener presente que dicho principio está presente en aquellos textos supranacionales que intentan otorgar una protección integral a los menores. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, 31 de diciembre de 1990), dispone en su art. 3.1 que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Por su parte, el art. 9.1 señala que: Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”. Otros preceptos de dicho texto que mencionan el principio de interés superior del menor son el art. 18, el art. 21 y los arts. 37 y 41.

⁶ Anteriormente el TS había manifestado que el tema objeto de litigio (que se centraba en la guarda y custodia de la menor) “se enmarca dentro del espacio del Derecho de Familia, cuyas instituciones participan de los principios de orden público, con aspectos referidos a la calidad imperativa de muchos de sus preceptos y a la singular valoración de algunas de sus reglas, como la atinente al «interés del menor», que tutela a los miembros más desprotegidos del colectivo parental y permite un mayor intervencionismo judicial” (STS, 17 de septiembre de 1996, FJ 2º). Hemos de mencionar también la STS de 17 de septiembre de 1996, que en su FJ 2º expresa lo siguiente: “Pero

Por tanto, este principio inspirador adquirirá una mayor virtualidad cuando el menor está viviendo en un entorno violento. El objetivo de este trabajo es analizar las medidas civiles de protección de los hijos en caso de violencia de género. Por la amplitud de la materia y dada la existencia de trabajos de enorme calidad no nos centraremos ni en las cuestiones procesales ni en conceptos penales, sino que nos ceñiremos al caso del Derecho Civil.

1. La normativa de protección del menor en los casos de violencia de género

En nuestro ordenamiento jurídico no contamos con una ley específica que proyecte su cobertura, única y exclusivamente, hacia los menores en caso de violencia de género. Tenemos un conjunto de normas que protegen a las víctimas de la misma, y dentro de ellas algunos preceptos que hacen referencia a los hijos. La norma clave en esta materia es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Esta ley contiene dos preceptos fundamentales que inciden en la protección de los hijos⁷. El art. 65 dispone que:

El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá

ello no quiere decir que se desconozca por el órgano colegiado el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 del CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor”.

⁷ La redacción actual de estos dos preceptos son consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175 de 23 de julio).

pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

Mientras que el art. 66 se centra en el régimen de visitas, relación y comunicación:

El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

Previamente, se había dictado la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica (BOE núm. 183, 1 de agosto de 2003) que, por lo que a nosotros nos interesa, introducía un nuevo artículo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en concreto, el art. 544 ter, cuyo apartado séptimo hace referencia a las medidas de orden civil que pueden adoptarse en caso de existencia de menores e incapaces. Este precepto ha sido modificado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, 28 de abril de 2015) que queda redactado de la siguiente forma:

Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan

de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.

Por otro lado, es especialmente relevante la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que entre otros aspectos modificó el sistema de protección de los menores en caso de desamparo y situaciones de riesgo (BOE núm. 15, 17 de enero de 1996)⁸. No nos podemos olvidar de la norma clave en esta materia, al menos por lo que respecta a las medidas civiles que pueden imponerse para proteger a los menores. Nuestro Código Civil (en adelante CC) dispensa determinadas mecanismos de protección, que se adoptarán siempre en beneficio del menor cuando sus progenitores o uno de ellos incumpla o no cumpla adecuadamente los deberes inherentes a la patria potestad. Dado la extensión de este trabajo sólo analizaremos la privación de la patria potestad, la guarda y custodia y otras medidas como el derecho de visitas. Por último, hemos de mencionar que las CCAA han promulgado determinadas normas en materia de protección del menor, lo que ha llevado a algunos autores a considerar la necesidad de uniformizar las mismas, dado que unas leyes son más exhaustivas que otras (Ramón Fernández, 2013, p. 75)⁹.

⁸ Esta norma ha sido modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁹ Esta autora pone de relieve la necesidad de uniformizar la normativa autonómica en

2. La patria potestad

La patria potestad, regulada en los arts. 154 y siguientes del cc, se configura como un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los titulares de la misma, es decir, los progenitores, para ejercerla en beneficio de los hijos mientras sean menores de edad¹⁰, ya que “se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de sus padres” (Lasarte Álvarez, 2015, p. 356). Como señala Lacruz Berdejo “la patria potestad no es un derecho subjetivo, sino un officium que genera una potestad que el Derecho positivo, conforme al natural, atribuye, con carácter indisponible, a los padres para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo” (2008, p. 375). Si los progenitores no cumplen con sus deberes, arriesgan la integridad física y moral e incluso la vida del menor, el art. 170 cc permite privarles de la patria potestad, ya sea de forma total o parcial, mediante sentencia judicial. Dicho precepto contempla tres vías por las que pueden ser privados de dicha función: a) en un procedimiento derivado del incumplimiento de tales deberes. b) En causa criminal. c) En un proceso matrimonial.

El art. 154 cc incluye dentro de los deberes y facultades de los progenitores el “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentos, educarlos y procurarles una formación integral”. Por lo que respecta al contenido de la patria potestad, nos interesa sobre todo el deber de velar por ellos, educarlos y procurarles una formación integral. Al respecto, Díaz-Ambrona Bardají señala que el primer deber “se traduce en la protección de su persona frente a todo peligro que amenace la salud física o psíquica” (2014, p. 69); y el segundo se traduce en “llevar a sus hijos a los centros escolares para cursar las enseñanzas obligatorias como mínimo [...] ese deber se extiende también a toda clase de estudios, conforme la posición social y económica de la familia, para darles una formación integral” (p. 69). Por su parte, Gete-Alonso Calera y Solé Resina manifiestan que el cuidar de los hijos o velar por ellos, “comporta dar a los hijos toda clase

materia de protección del menor como víctima indirecta de la violencia de género, dado que unas leyes son más exhaustivas que otras (Ramón Fernández, 2015, p. 75).

¹⁰ O excepcionalmente en los casos de patria potestad prorrogada o rehabilitada tal y como dispone el art. 171 cc.

de cuidados y atenciones, procurar su bienestar y actuar en su beneficio. No es un deber independiente sino más bien la actitud que debe informar a todos los demás, no tan sólo en el ámbito personal sino también en el patrimonial y en el representativo. Los titulares de la potestad han de realizar las actividades necesarias para garantizar y asegurar el libre e integral desarrollo del hijo, lo que se extiende al deber de proporcionar los cuidados físicos, en sentido amplio; proveer sus necesidades intelectuales; procurar las atenciones afectivas, y vigilar por sus intereses” (2014, pp. 132-133). Por lo que respecta a la educación mantienen que los padres han de educar a sus hijos “para procurarles el pleno desarrollo de su personalidad” (132-133).

Los casos más extremos que darán lugar sin ninguna duda a la privación de la patria potestad, serán obviamente aquellos en los que haya maltrato físico y psicológico recurrente¹¹, así como abusos, por parte de los progenitores hacia el menor. Es decir, que éste sea la víctima directa del maltrato. Este comportamiento dará lugar a la declaración de desamparo y la adopción de alguna de las medidas que contempla el art. 172 CC.

En este punto hemos de plantearnos la siguiente cuestión, si uno de los progenitores, pongamos el caso del padre, agrede constantemente a la madre, (tanto física como psicológicamente), aunque esta agresión no vaya de forma directa contra el menor, ¿se estaría produciendo de igual modo un incumplimiento de estos deberes paterno-filiales de velar por el menor y educarle? Entendemos que si un menor vive en un ambiente agresivo y no recibe los cuidados necesarios para un correcto desarrollo emocional, psíquico y físico. Por otro lado, ¿qué tipo de educación puede estar recibiendo el menor, que ve como se agrede a su progenitor por cualquier motivo, por insignificante que sea? En este sentido compartimos la opinión de Zurilla Cariñana quien considera estos actos como “una de las más graves causas de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad” (2011, p. 76).

¹¹ Decimos recurrente porque la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional (BOE núm.312, 29 de diciembre de 2007), modificó el art. 154 CC y suprimió el inciso que permitía “corregir razonada y moderadamente” a los hijos, lo que causó un considerable debate social, porque eliminaba la cobertura que permitía dar, en términos coloquiales, un “cachete” al menor, lo que dio lugar a casos realmente espermáticos.

En función de la gravedad de los hechos podemos considerarlos como causa de suspensión de la patria potestad o incluso de privación de la misma, atendiendo al art. 170 CC, pero teniendo en cuenta que esta medida puede ser temporal o definitiva. No es lo mismo un acto de agresión aislado y leve, por ejemplo, un empujón considerable como consecuencia de un arrebato, por estar bajo los efectos del alcohol o las drogas (que no justificamos ni mucho menos), y en la que posteriormente hay arrepentimiento, a aquellas otras situaciones donde este tipo de conductas son recurrentes o sin ser recurrentes, tenga como resultado la muerte de la madre¹².

Nuestros tribunales, sobre todo el TS, han tenido la oportunidad de pronunciarse con respecto a la privación de patria potestad en casos de malos tratos y de parricidio. Veamos algunos pronunciamientos al respecto. Interesante es la STS de 31 de diciembre de 1996, cuyo ponente fue el Magistrado D. José Almagro Nosete, porque expone la problemática y los intereses que subyacen en casos como el presente. En éste, la tía del menor solicita la privación de la patria potestad del padre, por la existencia de un delito de parricidio. El Juzgado de Primera Instancia (JPI) le priva de la misma y mantiene atribuido el ejercicio de la guarda y custodia a la tía, debiendo abonar el padre el 30% de los ingresos que reciba para la alimentación del menor. La Audiencia Provincial confirma la sentencia, así que el progenitor recurre en casación ante el TS, el cual ya adelantamos que declara no haber lugar al recurso. Consideramos relevante escribir esta sentencia en su FJ 3º, que reproduce los argumentos de la SAP (Sentencia de la Audiencia Provincial) para dar lugar a la privación de la patria potestad:

Aunque la patria potestad, por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su

¹² Por lo que respecta a la normativa foral, hemos de mencionar el Código Civil de Cataluña (en adelante CCCAT), cuyo art. 236-6 señala que: “Los progenitores pueden ser privados de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista”. En este sentido, entendemos que el CCCAT va más allá del CC, (aunque jurisprudencialmente ya se establecía) al reconocer la posibilidad de privar al progenitor de la patria potestad, aunque los actos violentos no vayan dirigidos de forma directa contra el menor.

función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código Civil, que según interpretación y doctrinal, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño [...] Concluye con la estimación de la pretensión deducida en el escrito rector del procedimiento acerca de la privación de la patria potestad, con pleno y sólido asiento en el citado artículo 170, pues difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del referido precepto, ya que repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apegado cariño hacia el hijo, cuestión que esta Sala no duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado, como así debería haber sido, al sacrificio de sus propios impulsos, exacerbados a raíz de la crisis matrimonial, al cavar, en acción que ninguna justificación puede tener, por privar, de forma trágica, a quien, según se alega, constituye el objeto de sus desvelos de la figura materna; por ello la medida adoptada, y que es objeto de impugnación, se funda en uno de los más graves incumplimientos que imaginarse puedan respecto de la patria potestad, en flagrante transgresión de lo prevenido en el artículo 154.¹⁹ del Código Civil, lo que implica no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad, al menos en la actuales circunstancias, de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo a quien, guiado de sus arrebatos y frustraciones, le ha cercenado uno de sus más trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aun previa ruptura convivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquél.

Finalmente, el TS señala que el juzgado de instancia ha actuado correctamente pues ha aplicado la doctrina contenida en diversas sentencias anteriores del alto tribunal. Por ello, la AP tuvo en cuenta para adoptar la solución, “el interés del hijo menor, su personalidad, su estado emocional y demás circunstancias concurrentes en el caso”¹³.

¹³ La STS de 20 de enero de 1993 desestima el recurso de casación interpuesto por el padre de dos menores, que había sido privado de la patria potestad de sus hijos, por

La STS de 2 de octubre de 2003 también se pronuncia en un caso de parricidio, el padre asfixia a la madre: ambos estaban separados legalmente, quien supo sobre las salidas constantes de la mujer con otra persona. Volviendo a la sentencia reproducida con anterioridad, el TS en este supuesto considera que se dan los requisitos del art. 170 CC, porque en la conducta del padre se “advierde un absoluto incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad, lo que se infiere de la sentencia dictada en causa penal. Incumplimiento que además en el presente caso es negativo para la formación integral de los hijos, que es un elemento esencial”¹⁴. La SAP de Valencia de 29 de junio de 2004 (sección 10ª) ratifica el pronunciamiento del juzgado de instancia relativo a la privación de la patria potestad del padre, respecto a sus hijos, los cuales se encontraban en una situación de acogimiento preadoptivo, porque había sido condenado a una pena de doce años de prisión por haber matado a su ex mujer (JUR 2005\1797). Además, en su FJ 1º, manifiesta que:

El demandado ha perpetrado un acto gravísimamente lesivo para el bienestar de sus hijos, como es el privar de la vida a su madre, alterando radicalmente de esta trágica forma su futuro, e infringiendo frontalmente los deberes de prestar asistencia de todo orden a los hijos, previsto en el artículo 39-3 de la Constitución (RCL 1978, 2836), y de velar por ellos, educarlos y procurarles una formación integral prescritos por el artículo 154-1º del Código Civil (LEG 1889, 27); no puede desconocerse tampoco que una decisión distinta supondría mantener los vínculos jurídicos de los menores

encontrarse en prisión provisional como consecuencia de haber matado a su mujer y madre de los hijos. La STS determina que la privación: “se acuerda con fundamento en el incumplimiento de la función que encarna la patria potestad por imposibilidad física y moral de su ejercicio, sin profundizar en si es o no voluntaria, porque al no distinguir la norma legal en una u otra circunstancia no podemos distinguir sus intérpretes, siendo bastante su aplicación, el dato fáctico inconcuso de que desde el internado de un establecimiento penitenciario, no se puede dar cumplimiento al conjunto integral de las facultades de que está investida la patria potestad que se enumeran sólo enunciativamente con proyección de «numerus apertus» en el art. 154 del Código Civil” (FJ 3º).

¹⁴ Con respecto a la jurisprudencia menor, podemos citar la SAP de Sevilla de 30 de septiembre de 1999 (Sección 6ª) que confirma la sentencia del JPI que había privado de la patria potestad al padre, condenado a 27 años de prisión por haber asesinado a su esposa. Las razones que da para ratificar el pronunciamiento de se basan en que éste se encuentra materialmente imposibilitado, como consecuencia de estar en la cárcel y, además, porque les ha privado a sus hijos de la figura materna. En este supuesto se vuelve a traer a colación la STS de 31 de diciembre de 1996.

con una persona que ya no representa para ellos la figura paterna, en virtud de los lazos afectivos establecidos con sus acogedores.

También se priva de la patria potestad, en caso de parricidio, aunque por un periodo de cinco años en la STS de 27 de abril de 2010, a la que además se añade la prohibición de comunicación con la hija y acercarse a ella por el mismo periodo de tiempo.

Sin embargo, también existe alguna sentencia que se pronuncia en sentido contrario, como el caso de la STS de 13 de noviembre de 2009, en la que se condena al marido por haber asesinado a su mujer, el cual le propinó más de cuarenta puñaladas. Pues bien la sentencia (de la Sala de lo Penal, igual que en el caso anterior), considera que no es necesaria la orden de alejamiento ni la privación de la patria potestad, porque el hecho delictivo no iba dirigido a los menores, ni el actual ni los anteriores. En su FJ 2º dicha sentencia dice:

a pesar de la autoría de su horrenda acción para con la madre de los niños, el afecto que a éstos personalmente aún les profesa, no sólo tomando la precaución de retirar al hijo varón de la estancia donde cometió su crimen antes de ejecutarlo sino, incluso, siendo la primera llamada telefónica que efectuó posteriormente, antes de ponerse en comunicación con la Policía para confesar el hecho, dirigida a su hermana con el único fin de pedirle que viniera a recoger a los menores para evitar su presencia en un escenario tan dramático para ellos, por lo que resulta evidente la ausencia de fundamento para acordar una pena accesoria que no persigue otra finalidad que la de la cautelosa protección de la víctima o de sus familiares frente a la animosidad que contra ellos pudiera aún mantener el autor del delito o, todo lo más, para evitar a aquellas el traumático encuentro con su agresor.

San Segundo Manuel es contundente y señala que la supresión de la patria potestad ha de abordarse legalmente, y en caso de condena de un progenitor por atentar contra la vida del otro, debería conllevar la privación de la patria potestad. Agrega que son los familiares directos, casi siempre los abuelos, quienes se hacen cargo del menor y como “no tiene sentido que esos abuelos/as que durante años cuidan de sus nietos mientras su padre cumple condena, que han perdido una hija de esa forma tan trágica, vivan con el corazón encogido pensando que

cualquier día el padre de esas criaturas puede reclamar y conseguir la patria potestad y la custodia” (2014, p. 149).

Por otro lado, aunque no exista parricidio se puede privar de la patria potestad en caso de conductas violentas o por maltrato. Podemos citar la SAP de Guadalajara de 10 de marzo de 2001. Se le priva de la patria potestad al padre, por considerar que era necesario para proteger el interés de los menores, incluso aunque dicha medida no se hubiera pedido expresamente, ya que había incendiado la casa de la ex esposa y había pegado a una de sus hijas. La SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), de 30 de abril de 2014 ratifica la privación de la patria potestad del padre respecto su hijo, y el no establecimiento de visitas, debido a los episodios tan violentos a los que estaba sometidos la madre, incluso en alguna ocasión el propio menor.

No se priva de la patria potestad, en el caso de la SAP de Albacete (Sección 1ª), de 28 de abril de 2005, porque a pesar de que el padre había enviado mensajes amenazantes a la madre y, habiendo existido medidas de alejamiento, la AP entiende que no se ha probado que dichas infracciones afecten al cumplimiento de sus deberes como padre. Por lo que respecta a la esquizofrenia paranoide que sufre y los problemas de alcoholismo, quedó acreditado que estaba tomando la medicación correspondiente y asistía a los programas de rehabilitación.

Guilarte-Martín Calero entiende que la violencia de género y el maltrato son incumplimientos graves de los deberes paterno-filiales, lo que puede determinar la aplicación de la cualquiera de las medidas que recoge nuestro Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, esta determinación no ha de ser automática aplicando una indicación del legislador, sino como consecuencia de una valoración del juez. Además, la especial sensibilidad del legislador de las Comunidades Autónomas en materia de violencia de género, ha hecho que se configure un sistema de exclusión-sanción, en materia de patria potestad, a los padres que están incurso en un procedimiento de carácter penal por violencia de género (2014, pp. 95 y 96).

3. La guarda y custodia

En los últimos años se han promulgado determinadas leyes que han hecho que nuestro Derecho de Familia se haya modernizado en cierto modo, al reconocer entre otros, el denominado comúnmente “divorcio exprés”, el matrimonio entre personas del mismo sexo y, la medidas que a nosotros nos interesa, es decir, la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida a ambos progenitores¹⁵. Se habla de “divorcio exprés” porque han desaparecido los largos plazos y las causas para solicitar la separación y el divorcio, por tanto, ahora sólo es necesario el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio y propuesta de convenio regulador o de medidas, en función si es de mutuo acuerdo o contencioso, para que se pueda decretar (arts. 81 y 86 cc). Hay autores que han considerado que las causas de supresión de las crisis matrimoniales han incidido en los supuestos de violencia de género. San Segundo Manuel se cuestiona cómo puede evitarse la violencia si desaparecen las causas legítimas en los procesos de separación y divorcio, y “cómo podrá trasladarse a los Juzgados que aplique la Ley Integral contra la Violencia de Género cuando se revele causa para ello en los Juzgados en que se tramita la separación o el divorcio si se impide cualquier alusión distinta de la expresión escuetamente voluntarista del *insto el divorcio, solicito la separación, o pido la nulidad* de mi matrimonio” (San Segundo Manuel, 2010, pp. 126 y 127). La autora añade que es importante proteger a los hijos y al cónyuge cuando son víctimas de comportamientos violentos, y la primera medida que adoptan las mujeres maltratadas es solicitar la separación, porque muchas no denuncian a sus parejas por determinadas circunstancias, así que “la falta de denuncia unida a la omisión absoluta a la causa de separación trae como consecuencia que la violencia en el seno de la familia permanezca oculta y que no se valore de forma apropiada la situación familiar a la hora de adoptar las medidas más eficaces para la protección y formación integral de los/as hijos/as” (p. 127). Manifiesta además que:

¹⁵ La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, 2 de julio de 2005) y, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, 9 de julio de 2005).

compatibilizar la actual Ley del divorcio con la Ley integral contra la Violencia de género es sumamente difícil, cuando no imposible ya que se impide que afloren situaciones familiares que deberían ser tenidas muy en cuenta a la hora de tomar cualquier medida de carácter personal. La actual regulación de la separación y el divorcio, al suprimir las causas que los motivaron, ha traído como consecuencia una norma de eficacia de la Ley Integral constituyendo un serio obstáculo en la lucha contra la violencia de género (p. 128).

El art. 92 cc, en concreto su apartado 5º, permite acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, cuando lo soliciten ambos o lleguen a un acuerdo durante el procedimiento. Sin embargo, el art. 92.8 cc también posibilita la adopción de tal medida cuando lo pida únicamente uno de los progenitores, con Informe de Ministerio Fiscal y, siempre que esta medida proteja de forma adecuada el interés del menor. Pero, el art. 92.7 cc dispone que la guarda y custodia compartida no procederá, cuando alguno de los progenitores se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por haber atentado contra la vida, la integridad física, la libertad la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco se acordará cuando el Juez advierta, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica, derivadas de las alegaciones de las partes y las pruebas que se practiquen. Zurilla Cariñana ha puesto de manifiesto que este precepto ha sido criticado porque puede propiciar el aumento de denuncias falsas, cuyo fin sea evitar la custodia compartida, entendiéndose además que sería deseable que en futuras reformas legislativas se precisaran determinadas incertidumbres que plantea este artículo (2010, pp. 38 y 39). Por su parte, Romero Coloma considera que precepto es impreciso al hablar de que esté incurso en un proceso penal, ya que no está claro si está haciendo referencia a la situación de encontrarse imputado en un proceso de este tipo. Considera que se debería entender que el legislador lo que quiso hacer es referirse a ser condenado en un proceso penal, ya que en un Estado Social y Democrático como el nuestro, se presume la inocencia hasta que se demuestre lo contrario. Lo mismo cuando habla de indicios, porque en nuestro sistema procesal se presume la inocencia, y según la autora, sería inconstitucional condenar a alguien de antemano por indicios (2011, pp. 30 y 31).

En este sentido De la Iglesia Monje señala que el cc “describe un parámetro amplio a fin de que el Juzgado, que es el último que decide sobre la conveniencia o no de imponer la custodia compartida, concrete a la vista de todas las alegaciones de las partes, las pruebas practicadas y los informes de los especialistas lo que es mejor para el menor” (2014, pp. 3267-3268).

Nos parece interesante mencionar la SAP de Castellón (Sección 2ª) de 23 de octubre de 2006, que a raíz de un proceso de divorcio, interpreta el art. 92.7 cc en relación con los arts. 153 y 173 del Código Penal. En este caso se había otorgado la guarda y custodia compartida a ambos progenitores, sin embargo, la madre solicita la revocación de la sentencia de instancia, porque en el juzgado de instrucción se seguía una causa penal por presunto delito de violencia de género o doméstica y, por este motivo, al estar incurso el padre en un proceso penal, no se puede reconocer la custodia compartida. Los hechos que dieron lugar al mismo fueron varios insultos que profirió a su mujer, porque al recibir ésta varios mensajes al teléfono móvil, el marido creyó que le era infiel. Él la empujó y, cuando ella quiso irse, le impidió el paso obligándole a que siguiera escuchando los insultos. Pues bien, la SAP considera que aunque fueran ciertos estos hechos, no puede considerarse que sean un ataque contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o los hijos, debido a la levedad de los mismos, y por tanto, no pueden encuadrarse dentro del ámbito de la violencia de género (según la sentencia ambos habían mantenido una buena relación hasta el momento de la crisis matrimonial). Como queda constatado que ambos progenitores están igualmente capacitados para el cuidado del menor, se ratifica la sentencia del JP¹⁶.

¹⁶ El FJ 1º señala por lo que respecta a la violencia doméstica. El art. 92.7 cc que: “de todo cuanto antecede, queda claramente de manifiesto que resulta cuanto menos dudosa la concurrencia de los supuestos sobre los que se articula (con terminología, por lo demás, no demasiado precisa, según hemos visto) la prohibición contenida en el art. 92.7º del C. Civil. Y dado que, según se razona en la resolución recurrida, el régimen de custodia compartida parece ser el más favorable a los intereses del menor, sería necesario, para excluir la aplicación de dicho régimen por la concurrencia de alguna de las hipótesis indicadas en el art. 92.7º del C. Civil, que tal concurrencia se presentara como indudable, o incontrovertible. Los imperativos legales y constitucionales de salvaguarda preferente del “bonum filii”, y de protección integral de los hijos por los poderes públicos, imponen esa interpretación estricta (restrictiva, en los aspectos

La STS de 7 de abril de 2011, entre otros motivos, desestima el recurso de casación interpuesto frente la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 29 de enero de 2007 que denegaba la guarda y custodia compartida reconocida por el JPI. En este caso, el padre había sido condenado por un falta de amenazas y coacciones a la esposa. Entendía que dichos actos no podían considerarse como un supuesto de violencia de género, así que no había motivo para denegarla. Sin embargo, el Alto Tribunal manifiesta que aunque no pueda encuadrarse dentro de dicho delito, el mismo “puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta” (FJ 3º).

En lo atinente a la jurisprudencia menor, la SAP de Burgos de 12 de mayo de 2008 (sección 2ª), desestima la pretensión del padre de que se le atribuya la guarda y custodia compartida por periodos de cinco meses, por haber sido condenado por un delito de maltrato familiar¹⁷. La SAP de Granada de 5 de marzo de 2010 (Sección 5ª) no concede la guarda y custodia compartida, pero sí un régimen de visitas amplio al padre, a pesar de haber existido una orden de alejamiento a favor de la esposa, porque se entiende que ambos están igualmente capacitados para cuidar a las hijas. El FJ 1º señala que: “en principio, la orden de alejamiento cuando es por violencia contra la mujer no tiene por qué ser un impedimento per se para conceder, en su caso, la guarda y custodia al denunciado por violencia de género. Como tampoco debe ser razón para negar al padre un régimen de visitas”.

dudosos) del art. 92.7º del C. Civil para poder considerar prohibida por dicho precepto legal una medida que se considera que es la más adecuada a los intereses del menor”.

¹⁷ El FJ 2º de la sentencia manifiesta que: “Aunque se justifica la suspensión de la condena impuesta ese delito por tiempo de 2 años, con posible transcurso desde entonces del plazo establecido de la suspensión, aquel se encontraba vigente al tiempo de presentación de la Demanda, no se ha justificado debidamente la remisión definitiva de la condena, remisión que no puede ser apreciada por el solo transcurso del plazo de suspensión de la condena, ya que exige la existencia de resolución judicial en que así sea acordada y en todo caso resulta que, no es que el demandado esté incurso en causa penal por ese delito, sino que fue efectivamente condenado.

Así, la existencia de una previa condena por un delito de maltrato es obvio que, aunque haya sido extinguida, limita notoriamente la posibilidad de establecimiento de un régimen de custodia compartida, ya que el interés del menor exige que se justifique la superación absoluta de la situación anterior de maltrato, la disponibilidad de las partes para tal medida y sobre todo el beneficio de tal medida para el menor”.

Anteriormente a la reforma del 2005, ya existía alguna sentencia que no otorgaba esta modalidad de custodia, por este motivo que estamos analizando. Así la SAP de Álava (Sección 1ª) de 12 de marzo de 2001 desestimó esta medida solicitada por el padre. De la evaluación psicológica se derivó la existencia de malos tratos físicos y psicológicos. Además, era alcohólico y las sesiones para ayudarle a desintoxicarse no estaban surtiendo efecto. Por tanto, en interés del menor, la AP consideró que no sería la medida más oportuna¹⁸.

¹⁸ Las Comunidades Autónomas con Derecho Foral, que han regulado la guarda y custodia en los casos de crisis matrimoniales, han incluido entre sus disposiciones, preceptos similares al art. 92.7 CC. En este sentido, el CCCAT dispone en el art. 233-11.3 que “en interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”.

Por su parte, la Ley 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven contempla en su art. 5.6 que: “excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares”. En el mismo sentido que la normativa catalana, se pronuncia el art. 80.6 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas: “6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

Por último, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en su art. 3.8 manifiesta que: “no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida,

4. Otras medidas aplicables: visitas y apellidos

El cc señala expresamente en su art. 160 que aunque los padres no ejerzan la patria potestad tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores. Por su parte, el art. 94 cc (efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio) reconoce el derecho de los progenitores a visitar, comunicarse y tener a sus hijos en su compañía, cuando no los tenga consigo. Si bien, a continuación, matiza que puede limitarse o suspenderse en caso de que existan circunstancias graves que lo aconsejen o, si se incumplen de forma reiterada y de forma grave los deberes que se han impuesto en la sentencia judicial.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto en su sentencia de 22 de diciembre de 2008, en un supuesto en que se restringe el derecho a las visitas de un padre transexual sobre su hijo. Pues bien el TC, en su fJ 5º, señala al respecto que:

Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil (LEG 1889, 27) como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos. En este sentido, los instrumentos jurídicos

cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas. b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos”.

internacionales sobre protección de menores, integrados en nuestro ordenamiento ex art. 10.2 CE (RCL 1978, 2836) y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), sobre protección jurídica del menor (art. 3), contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño (RCL 1990, 2712), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 («Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»); así también el art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 («En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño»); igualmente cabe citar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (LCEUR 2000, 3480) («Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses»).

Podemos citar la SAP de Murcia, de 18 de octubre de 2006, que confirma la sentencia del JPI que había suspendido de forma provisional el derecho del padre a relacionarse y tener consigo a sus hijos. Éste había sido condenado el año 2005 por un delito de amenazas en el ámbito familiar, así que la AP considera que el beneficio de los menores no es que estén bajo la guarda del padre, ni que ejerza conjuntamente la patria potestad con la madre, ni que exista un régimen de visitas a su favor.

No obstante, nos podemos encontrar otras sentencias en las que, a pesar de que el menor ha vivido o presenciado un acto de violencia, se considera beneficioso para él tener relación con su padre. Estamos haciendo referencia a la SAP de Murcia (Sección 5ª) de 2 de marzo de 2001. Al respecto, se suspendió el derecho de visitas del progenitor por parte del JPI, pues el hijo no quería verle debido a que presencié el asesinato del

nuevo compañero sentimental de la madre, tal acción fue realizada por el padre del menor. La AP señala que la Jueza de instancia ha considerado los dos hechos mencionados determinantes para la suspensión de las visitas y la relación con el menor. Sin embargo, la AP se cuestiona si esa es la medida que mejor va a beneficiarle y “a su desarrollo integral como ciudadano: ¿Se desarrollará mejor el hijo en la distancia y olvido del padre y de los hechos luctuosos ocurridos cuando el menor tenía 5 años? ¿O sería conveniente la presencia del padre en su desarrollo y asunción de aquellos hechos?” (FJ 2º). La AP dice que ahora el menor tiene 12 años y no quiere ver a su padre. A pesar de haber presenciado el asesinato y ser recogido por la madre, el menor de edad prefirió estar con el padre.

Y que tras el ingreso en prisión del padre se ha producido una larga separación entre ambos. Conocido, es la necesidad de la figura del padre en la educación de los hijos (siempre y cuando aquélla no consista en una malévol influencia), que no cabe esperar del padre en este caso, ya que su ingreso en prisión, ha sido un hecho puntual relativo a la situación conyugal y no por una habilidad delictiva. Y por otro lado, la larga separación entre hijo y padre, y la influencia de la madre a tan corta edad, determina que la manifestación del hijo de no desear ver a su padre, deba acogerse como encuadrada en dichas circunstancias (FJ 2º).

Por tanto, entiende que el contacto entre padre e hijo será beneficioso para éste, “en cuanto aceptación de la realidad y el percibo del cariño y la atención del otro progenitor. Y ello sólo puede tener valor, si se reanuda la relación lo antes posible, pues éste es el momento en que cabe adoptar disposiciones sobre los hijos, aun en contra de la voluntad de los mismos, pensando siempre en su beneficio. Porque luego más tarde, ya serán ellos los que decidirán por sí mismos” (FJ 2º). En este sentido, revoca parcialmente la sentencia del JPI y señala un régimen de visitas los domingos alternos de 9 de la mañana a 9 de la noche.

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse en los casos de delitos de violencia de género y visitas a los menores. La STS de 29 de junio de 2012 resuelve el recurso de casación interpuesto por la madre de la menor, ya que a pesar de haber sido condenado el padre por un delito del art. 153. 1 y 2 del Código Penal, el JPI nº 5 de Alcalá de Henares y la SAP de Madrid (Sección 22) de 31 de marzo de 2011, estiman la pretensión

del padre que solicitaba una modificación de medidas. Éstas se centran básicamente en el derecho de visitas. Pues bien, el Alto Tribunal considera que a pesar de los antecedentes violentos del padre en el pasado,

La Audiencia Provincial ha tenido en cuenta el interés de la menor, que se relaciona con su padre y familia paterna de forma satisfactoria y que cumple el derecho de visitas con recogida en un punto de encuentro, por tanto, con garantías adicionales para la efectividad de las visitas. Es la menor quien presenta el interés preferente a relacionarse con su padre, siempre que no se produzcan episodios que puedan perjudicarla, debiendo obviarse otros intereses, como el manifestado por la madre (FJ 4º).

Anteriormente, en la STS de 11 de febrero de 2011 se desestima el recurso de casación interpuesto sobre la SAP de Las Palmas de Gran Canarias que ratificaba el pronunciamiento del JPI, el cual no fijaba visitas a favor del padre sobre su hijo, dado la conducta violenta del progenitor. La SAP había considerado probada dicha conducta, ya que en su momento su mujer tuvo que pedir una orden de protección, se abrieron diligencias penales, aunque no llegó a ser condenado por el perdón de su mujer y, además, protagonizó determinados episodios violentos en los juzgados. Así que en virtud del principio de protección del interés del menor, se consideró que la medida más adecuada es la suspensión del derecho de visitas.

Por lo que respecta a los alimentos, mencionar por ejemplo, la SAP de Álava de 12 de marzo de 2001, citada anteriormente, que declara no haber lugar a fijar una pensión de alimentos a favor del hijo, dado que éste tenía reconocida una prestación familiar.

Por último, señalar que se permite el cambio de apellidos en casos de violencia de género, a los descendientes tal y como dispone el art. 55 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y el art. 58 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil. La modificación de los apellidos ha de ser autorizada por el Ministerio de Justicia. El art. 208 del Reglamento del Registro Civil, que completa la LRC dispone que:

En caso de que el solicitante de la autorización del cambio de sus apellidos sea objeto de violencia de género, podrá accederse al cambio por Orden del Ministro de Justicia. Para ello deberá acreditarse que quien alegue ser objeto de violencia de género

ha obtenido alguna medida cautelar de protección judicial en el citado ámbito. También se podrá acceder al cambio de apellidos en la misma forma en cualquier supuesto en que la urgencia de la situación así lo requiera.

La Orden ministerial a que se refiere el párrafo anterior no será objeto de publicación en el “Boletín Oficial del Estado” ni en cualquier otro medio.

En todos estos casos la oposición puede fundarse en cualquier motivo razonable.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del ejercicio de las acciones que puedan proceder una vez concedida la autorización del cambio y, en particular, en caso de que se apreciara con posterioridad a la autorización del cambio la existencia de simulación o fraude por parte del solicitante.

5. Referencia al síndrome de alienación parental

No queremos cerrar este trabajo sin hacer referencia al denominado síndrome de alienación parental (en adelante SAP), que ha sido estudiado desde el punto de vista jurídico por diversos autores (v. García Garnica, 2009; Pérez Giménez, 2012; Marín García de Leonardo, 2011; Alascio Carrasco, 2007). Su concepto se debe a Richard Gardner, psiquiatra y psicoanalista que falleció en 2003. Sin embargo, no existe en la comunidad científica una posición común relativa a si el SAP es un trastorno o síndrome y, si existe o no. Esto se debe a que no se recoge en el denominado *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* o DSM (v. Jarne Esparcia y Arch Marín, 2009, pp. 86-91), ni en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la Organización Mundial de la Salud. El SAP es discutido también en el ámbito jurídico. Nos adherimos a la opinión de Zurilla Cariñana que considera su existencia con independencia de cualquier base o nomenclatura científica (2010, p. 21 y ss). Son bastante los supuestos en los que por desgracia, uno de los progenitores y su entorno interfieren en la voluntad del menor, ya sea de forma consciente o inconsciente. Si en la crisis matrimonial no existe una conflictividad extrema de los progenitores, es viable que ambos puedan tener consigo a su hijo el mismo tiempo (obviamente, hemos de tener en cuenta otros criterios, aunque en este trabajo no nos podemos extender). Para el

correcto y adecuado desarrollo emocional y psicológico del menor, lo mejor es que pueda tener la compañía de ambos progenitores. Que los dos puedan participar de la misma forma “en la toma de decisiones que le afecten y, que los conflictos y rencillas que hayan podido tener los cónyuges durante el matrimonio, han de quedar en el pasado o, al menos que no se le haga partícipe al hijo. Es la única forma en la que van a poder crecer en un ambiente propicio para un desarrollo idóneo de su personalidad.

Sin embargo, no siempre es así. Muestra de esta situación es la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 28 de septiembre de 2012. En este caso se modifica la atribución de la guarda y custodia de la hija que hasta el momento de la sentencia la tenía atribuida al padre, a la madre por los hechos que ahora mencionaremos. En el momento en que se le atribuye la guarda y custodia al padre, la menor contaba con varios meses de edad (en la fecha de la sentencia tenía cuatro años). La madre residía en Cantabria mientras que el padre y la menor en Cambrils, lo que implicaba que no podía ver a su hija con mucha frecuencia. Sin embargo ambos estaban acreditados y capacitados para cuidar a la menor.

Pues bien, en la sentencia se señala que el padre realiza un ejercicio abusivo de la patria potestad, pretendiendo anular la figura materna provocando el síndrome de alienación parental (FJ 1º). Muestra de esta actitud es que cuando la madre iba a visitar a su hija se veía custodiada por la policía local, lo que al parecer del JPI:

El progenitor custodio está empleando una aña gaza urdida para evitar que la menor tenga una relación normalizada con su madre. Su fin es proyectar una imagen distorsionada de la progenitura intentando hacer ver a la niña la necesidad de estar custodiada por Policías Locales cada vez que su madre acude a su encuentro. [...] Si el progenitor pensara en el interés de su hija procuraría que las visitas con su progenitora fueran fluidas, sin intermediarios que hagan pensar a su hija que su madre es alguien peligroso o extraño que requiera asistencia policial para recogerle, máxime cuando no exista ningún mínimo indicio de violencia física o psíquica hacia la menor y cuando ninguna autoridad judicial ha fallado (FJ 1º).

Según entiende el JPI, el padre y su entorno han intentado destruir los vínculos con la madre, por ejemplo, al no querer enseñarle castellano hasta no ir al colegio; no tener acceso a los datos médicos de su hija; no haber participado en toma de decisiones sobre las actividades extraescolares de la menor, hasta el punto que se habían fijado el viernes hasta las 18:30 hrs.; no saber si estaba bautizada y el haber solicitado y obtenido por el progenitor el reconocimiento de familia monoparental por parte de la Generalitat de Catalunya.

Entre estos y otros motivos el JPI como hemos dicho atribuye la custodia a la madre. Señala y reproducimos textualmente lo que debido a su relevancia:

El uso exclusivo en el ejercicio de la patria potestad por el progenitor generará en la menor un vínculo basado en la dependencia emocional del padre y el distanciamiento de su madre. Esto puede producir en la niña a medio-largo plazo un empobrecimiento de sus habilidades sociales y de la capacidad empática, un aumento de las conductas disruptivas y disminución del control de impulsos. [...] En lugar de fomentar y alentar el respeto y amor hacia el otro progenitor, el padre y su entorno, con diversas estrategias, desde hace años, están provocando una transformación de la conducta de la niña, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con su madre. Estas estrategias han incluido desde lo más simple como decirle a la progenitora que no le dé a la niña determinados yogures sin ser más explicación al considerar «ser cosa suya» a otros más graves como conseguir la monoparentalidad con los efectos que tiene en Cataluña o custodiar a la madre con Policía Local cuando visita a su hija, impidiendo que se desarrolle con normalidad. La conducta del padre está perjudicando a la menor, a la que no solo está privando de su derecho a relacionarse y a estar con su madre, sino que está destruyendo uno de los referentes básicos en el desarrollo y formación integral de la menor, cual es la figura materna, con las perniciosas consecuencias en la formación de su personalidad que la falta de la figura y presencia materna puede generar: empobrecimiento en distintas áreas de su personalidad por la sensación de pérdida de una de las principales figura de apego, generación innecesaria de temor, ansiedad y miedo, situaciones que crean en los menores vínculos basados en la dependencia emocional y temor hacia su madre (FJ 1º).

Pero la sentencia más mediática en esta materia, fue la Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Manresa, de 4 de junio de 2007, porque fue uno de los primeros casos, en el que se resolvió el cambio de custodia materna a la paterna, debido a que quedó acreditado que la fobia y animadversión que sentía la hija hacia su padre, vino motivada por la madre y su entorno materno. Hay que tener en cuenta que cuando se produjo la separación la menor tenía cuatro años y, en el momento en que se modifica la custodia, ocho. En este sentido mantiene la sentencia que “resultando más probable que la causa de sus temores al padre y al colegio vengan infundidos por el círculo materno, quien bien por alienación directa, por negligencia o por falta del mínimo esmero en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia ha incumplido sistemáticamente sus obligaciones de fomentar un sano contacto entre padre e hija se hace necesaria la protección y el interés de la menor proceder a la remoción de la custodia” (FJ 4º). ¿Cuál es la decisión que adopta la JPI en lo que corresponde a la articulación del cambio de la misma? Pues, para evitar un perjuicio a la menor, señala que la misma residirá durante un periodo de tiempo en un “domicilio neutro” como lo denomina, y éste es el correspondiente a los abuelos paternos. Por lo que respecta a la madre y la familia materna suspende el contacto con la menor durante seis meses, momento a partir del cual podrán, de forma gradual, recuperar las mismas. En este sentido, a pesar que consideremos totalmente reprochable la conducta de la madre, así como el entorno materno, consideramos excesivamente rigurosa la medida impuesta de la ausencia de comunicación total con su hija durante tanto tiempo.

Esta sentencia fue recurrida por la madre, que se resolvió en la SAP de Barcelona (Sección 18ª), de 17 de abril de 2008. Después de transcurrido un tiempo viviendo con el padre, la menor seguía teniendo determinadas carencias por la situación vivida, sin embargo, tal y como constata la SAP la menor, ya no encuentra diferencias entre la vida de ambos progenitores. Dado que un nuevo cambio de custodia podría perjudicarle, se mantiene la custodia en la figura paterna. Por lo que respecta a las visitas, después de diez meses se otorga un régimen para la madre, manifestando que si no existe conflicto, la situación podría derivar en una custodia compartida. Pero el tribunal, si se nos permite la expresión, les da un toque de atención a los padres en los siguientes términos:

Finalmente el Tribunal, aunque en la actualidad exista una mejor disposición en los dos progenitores, debido a la situación de conflicto habida entre ellos durante un prolongado período de tiempo, considera preciso exhortarles para que colaboren y faciliten al máximo el cumplimiento del régimen de visitas establecido, posibilitando el buen funcionamiento del mismo, actuando con la flexibilidad conveniente, necesaria y suficiente en beneficio de su propia hija, que precisamente se ha convertido en víctima de la desunión y litigiosidad de sus padres, quienes deben intentar resolver sus diferencias en interés de la misma y evitar hallarse inmersos en procesos judiciales, pues ello resulta totalmente contraproducente para la salud y el equilibrio mental de su hija, y lo único que consiguen, adoptando tal errónea actitud y proceder, es perturbar el sosiego y la tranquilidad anímica de la niña, la cual, como antes se ha indicado, precisa de concordia, armonía y consenso de sus progenitores para poder así alcanzar y conseguir, con la ayuda psicológica de los profesionales del Hospital de Sant Joan de Déu, un adecuado desarrollo integral (FJ 7º)¹⁹.

Conclusiones

Por desgracia, a pesar de las distintas normas con las que contamos en nuestro ordenamiento jurídico, la violencia de género sigue presente en nuestra sociedad. No son sólo las víctimas directas de las agresiones las que sufren sus secuelas, los hijos, desgraciadamente, son muy vulnerables a este ambiente de hostilidad, ya que el vivir en un entorno donde los maltratos físicos y los insultos son frecuentes, van a repercutir seriamente en su desarrollo emocional.

Cualquier decisión que se tome ha de ir encaminada siempre a proteger al menor, por ello, hemos podido ver cómo, salvo algún caso aislado, en los supuestos de parricidio se priva al progenitor de la patria potestad y

¹⁹ V. SAP de las Islas Baleares (Sección 4ª), de 7 de febrero de 2008, que ratifica el cambio de custodia a favor del padre, por entender que hay un síndrome de alienación parental moderado a severo. SAP de Murcia de 31 de marzo de 2015 (Sección 5ª); SAP de Albacete de 30 de marzo de 2015 (Sección 1ª), que no considera la existencia de alienación parental. Interesante también es la SAP de 30 de junio de 2009 que trata el tema de la indemnización por daños morales como consecuencia de las interferencias por parte de uno de los progenitores, para que se desarrolle el contacto con el otro de forma adecuada.

del derecho de visitas. Si son actos de violencia hay que analizar caso por caso, ya que la privación de esta función es una medida muy seria, que no puede adoptarse automáticamente, ya que el juez deberá determinar si el acto cometido tiene tal entidad para poder aplicarla. En el mismo sentido, hemos de valorar la medida de la guarda y custodia compartida y el derecho de visitas. En los últimos años hemos presenciado cómo nuestros tribunales se han tenido que enfrentar, además, a las manipulaciones o interferencias de los hijos por parte de uno de los progenitores, con la finalidad de entorpecer la relación con el otro. Por último, consideramos que es básica una implicación de todos los sectores que pueden ayudar a paliar estos efectos adversos para el menor: juristas, mediadores, psicólogos, profesores, etc. Pero sobre todo quienes tienen una mayor responsabilidad son los familiares del menor, sus progenitores, ya que estos deben establecer y propiciar un clima o un ambiente adecuado para que los hijos puedan vivir, crecer y desarrollarse libremente como personas.

Bibliografía

A) General

Alascio Carrasco, L. (2008). El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI núm. 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007. *Indret*. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/484_es.pdf

Castillo Martínez, C. C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*. Madrid: La ley.

Consejo General del Poder Judicial. (2014). La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: datos anuales de 2014. *Poder Judicial de España*. Madrid. Poder Judicial. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Violencia-domestica-y-degenero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial-Datos-anuales-de-2014>

De La Iglesia Monje, M. I. (2014). La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior del menor. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, año 90.

Díaz-Ambrona Bardají, M. D. (2014). La patria potestad. *Protección jurídica del Menor*. Coordinado por M. P. Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz. Madrid: Colex.

García Garnica, M. del C. (2009). El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, enero-diciembre, pp. 201-248.

Gete-Alonso Calera, M. del C., y Solé Resina, J. (2014). *Filiación y potestad parental*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Guilarte Martín-Calero, C. (2014). *La concreción del interés del menor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Instituto Nacional de Estadística, (2015). *Estadística de violencia doméstica y violencia de género, Año 2014*. Madrid. Recuperado de: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p468&file=inebase>

Jarne Esparcia, A., y Arch Marín, M., (2009). DSM, Salud Mental y Síndrome de Alienación Parental. *Papeles del Psicólogo*, vol. 30, núm. 1, pp. 86 a 91.

Lasarte Álvarez, C. (2015). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid: Marcial Pons.

Lacruz Berdejo, J. L., F. de A. Luna Serrano, A. Delgado Echevarría, F. Rivero Hernández, F. Rivero Hernández, J. Rams Albesa. (2008). *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*. Rev. Joaquín Rams Albesa. Madrid: Dykinson.

Marín García de Leonardo, Ma. T. (2011). El síndrome de alienación parental: la carreta delante de los bueyes. *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1421-1434.

Moral Moro, Ma. J. Las medidas judiciales de protección y Seguridad de las víctimas en la ley integral contra la violencia de género. *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, enero de 2008, pp. 111 y ss.

San Segundo Manuel, T. (2010). Maltrato y separación: repercusiones en los hijos. Custodia compartida y protección de menores. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pp. 117-173.

— (2014). Impacto de la violencia de género. *Violencia de géneros e igualdad (Aspectos jurídicos y sociológicos)*. Madrid: Editorial Universitas, UNED, pp. 123-138.

Ramón Fernández, F. (2013). Medidas de protección del menor en los casos de violencia de género. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, vol. 0, núm. 4, doi: 10.4995/reinad.2013.1391

Romero Coloma, A. (2011). *La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)*. Madrid: Editorial Reus.

Zurilla Cariñana, M. A. (2010). *Las disputas judiciales en torno a los hijos. Una constante en las crisis matrimoniales*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

— (2011). Violencia doméstica: medidas civil en relación con los hijos menores. *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*. M. Á. Zurilla Cariñana, Pilar Domínguez Martínez (coordinadores). Oviedo: Septem Ediciones.

B) Jurisprudencia citada

Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional

STS de 20 de enero de 1993 (RJ 1993\478).

STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6722).

STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9223).

STS de 27 de enero de 1998 (RJ 1998\125).

STS de 2 de octubre de 2003 (RJ 2003\6400).

STC de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008\176).

STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\5490).

STS de 13 de noviembre de 2009 (RJ 2009\7887).

STS de 27 de abril de 2010 (RJ 2010\2560).

STS de 11 de febrero de 2011 (RJ 2011\2311).

STS de 7 de abril de 2011 (RJ 2011\3152).

STS de 22 de julio de 2011 (RJ 2011\5676).

STS de 29 de junio de 2012 (RJ 2012\8190).

Jurisprudencia menor

SAP de Sevilla (Sección 6ª) de 30 de septiembre de 1999 (AC 1999\1872).

SAP de Murcia (Sección 5ª) de 2 de marzo de 2001 (AC 2001\1243).

SAP de Guadalajara de 10 de marzo de 2001 (JUR 2001\151640).

SAP de Álava (Sección 1ª) de 12 de marzo de 2001 (AC 2001\786).

SAP de Valencia (Sección 10ª) de 29 de junio de 2004 (JUR 2005\1797).

SAP de Albacete (Sección 1ª), de 28 de abril de 2005 (JUR 2005\113503).

SAP de Murcia (Sección 1ª) de 18 de octubre de 2006 (JUR 2007\183560).

SAP de Castellón (Sección 2ª) de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007\228244).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Manresa, de 4 de junio de 2007 (JUR 2007\209316).

SAP de las Islas Baleares (Sección 4ª), de 7 de febrero de 2008 (AC 2008\1996).

SAP de Barcelona (Sección 18ª), de 17 de abril de 2008 (AC 2008\1056).

SAP de Burgos (Sección 2ª) de 12 de mayo de 2008 (JUR 2009\20155).

SAP de Granada (Sección 5ª), de 5 de marzo de 2010 (JUR 2010\358450).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Santander, de 28 de septiembre de 2012 (AC 2012\1934).

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), de 30 de abril de 2014 (JUR 2014\275206).

SAP de Albacete (Sección 1ª) de 30 de marzo de 2015 (JUR 2015\112097).

SAP de Murcia (Sección 5ª), de 31 de marzo de 2015 (JUR 2015\113195).

C) Otros recursos consultados

BOE núm. 313, 31 de diciembre de 1990.

BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996.

BOE núm. 183 de 1 de agosto de 2003.

BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

BOE 163, de 9 de julio de 2005

BOE núm. 313 de 19 de diciembre de 2005.

BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007

BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015

BOE núm. 101 de 28 de abril de 2015.

BOE núm. 175 de 23 de julio 2015.

Las medidas civiles de protección de los menores en los casos de violencia familiar

Martha Elba Izquierdo Muciño* y Julieta Patricia Rivera Caballero**

Es un deseo fundamental en el ser humano vivir en una sociedad en la cual predominen la paz, la libertad y la seguridad, que son componentes imprescindibles para lograr su desarrollo integral. Sin embargo, la violencia familiar es uno de los problemas más relevantes en México y se presenta como producto en gran medida de desavenencias conyugales entre los padres que rompe la armonía familiar. El agresor es un integrante de la familia, regularmente el padre quien somete a algún familiar. El Gobierno mexicano se ha interesado por modernizar su legislación para encauzar la protección jurídica de la familia a diversas materias relacionadas con el bienestar de los menores, mujeres y adultos mayores y en sus tres ámbitos (federal, estatal y local o municipal).

En el sistema jurídico nacional, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, un complejo normativo de naturaleza positiva y de carácter superior, está abocada a: imponer deberes, crear limitaciones, otorgar facultades, conceder derechos y establecer principios y objetivos de la Nación Mexicana. Su carácter niega la posibilidad de estar sometida a otro cuerpo normativo y, en cambio, requiere que toda ley y acto de autoridad sean inferiores y estén de acuerdo con ella. Es decir, no hay otro cuerpo normativo o autoridad que esté encima.

* Facultad de Derecho, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México.

** Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, México.

El artículo 133 constitucional especifica que las leyes y tratados avalados y aprobados por el Presidente de la República y el Senado deben estar de acuerdo con la Constitución. Asimismo, los jueces de cada estado se someterán a ésta, leyes y tratados, sin importar que haya constituciones o leyes estatales. Aunado a esto, el artículo 1 dispone que todas las personas gozarán de derechos humanos y garantías, los cuales son reconocidos y protegidos por la Constitución y tratados internacionales firmados por el Estado Mexicano. Entonces, las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales que favorezcan ampliamente y en todo tiempo a las personas. En esta tesitura, no siendo incompatible con los principios generales que sustenta nuestro derecho de familia, el Estado Mexicano se ha adherido a diversos tratados internacionales en aras de la protección de la familia y en especial de los menores.

Con este panorama, nuestro texto analiza la violencia familiar en México y sus variantes (física, psico-emocional, sexual y económica); también, abordaremos una tipificación de acuerdo a las víctimas de violencia, en particular mujeres, menores, adultos mayores y personas con discapacidad. Finalmente, señalamos la trascendencia legal de la violencia familiar en el ámbito civil, como lo es: la actualización de una causal de divorcio; la pérdida, suspensión o limitación de la guarda y custodia o incluso de la patria potestad que se ejerce sobre los menores; separación del tutor de su cargo; así como el dictado de medidas cautelares o restrictivas, para recobrar el orden y respeto mutuos dentro del grupo familiar.

1. Familia, violencia familiar y suplencia en el derecho procesal familiar

Los artículos 16 y 25 de La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, el 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981, y los artículos 17, 19 y 32 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, adoptada en la Ciudad de San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, establecen: hombres y mujeres tienen derecho a

fundar una familia, elemento natural y fundamental de la sociedad; la maternidad y la infancia merecen cuidados y asistencia especiales; todos los niños nacidos dentro y fuera del matrimonio tienen derecho a protección social; los padres están obligados a velar por el bienestar de los menores; y la familia es protegida por la sociedad y el Estado.

Por otro lado, el Estado Mexicano se ha ocupado de custodiar el desarrollo y bienestar de la familia, como así se expresa el artículo 4 constitucional:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

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

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

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano espaciamiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

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

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

Entonces, se reconoce constitucionalmente la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, y se establece el deber del legislador de emitir disposiciones para proteger la organización y el desarrollo de la familia. De ahí la importancia de leyes y reglamentos que la cuiden y organicen como célula básica social y garanticen el pleno desarrollo de sus miembros. De tal modo, la familia es reconocida como una institución de orden

público e interés social cuyo desarrollo integral y bienestar deben estar garantizados por el Estado. Para alcanzar estos objetivos, es menester que en las familias haya siempre respeto mutuo, para no sólo beneficiar a los integrantes del grupo familiar, en cuanto a proteger sus integridades físicas y psicológicas, sino también a la sociedad en su conjunto, pues la violencia familiar trastoca la estabilidad del núcleo social elemental. Esto es, la violencia familiar se extiende de la esfera privada y quebranta directamente el desarrollo de una sociedad. En consecuencia, el Estado mediante diversas iniciativas, como la expedición de normas jurídicas, busca prevenirla, sancionarla, erradicarla y proteger a las víctimas.

Tenorio Godínez concibe a la violencia familiar como “toda conducta de acción u omisión, ya sea singular o plural, que ejerza uno o más miembros de la familia en contra de otro u otros integrantes de la misma, que atente contra su integridad física, psicológica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo, cuya gravedad deberá ser valorada por el juzgador atendiendo a cada asunto concreto controvertido” (2017, p. 50). Los autores De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez la consideran una “conducta constituida por el o los actos dolosos, de contenido positivo o negativo, que efectivamente maltratan a los miembros del grupo social de convivencia íntima y permanente, unidos por los lazos del matrimonio, concubinato, parentesco, filiación o cualquier otra circunstancia, y cuyo sujeto activo es otro de los miembros de ese grupo social” (p. 351). Ganzenmüller, Escudero y Frigola la definen como “toda acción u omisión física, psíquica o sexual practicada sobre los miembros más débiles de una comunidad familiar, fundamentalmente las ejercidas sobre los menores, mujeres y ancianos, así, como las derivadas de la ruptura de la convivencia o relación afectiva, que cause daño físico o psicológico o maltrato sin lesión.” (pp. 13-14). Al respecto, la Organización Mundial de la Salud la considera:

una patología, tanto psicológica como física, que afecta severamente la salud de la víctima y que refleja, por sí misma, la patología de la persona agresora. Dentro de ella se incluyen todas aquellas injurias, malos tratos, amenazas, omisiones, silencios, golpes y lesiones inferidas sistemáticamente entre los miembros de la familia, que producen, como efecto inmediato, la disminución de su capacidad de respuesta ante las responsabilidades que la sociedad le reclama. Ello, en forma independiente que la sociedad le reclama. Ello,

en forma independiente de las lesiones físicas que pudieran ser consecuencia de estas agresiones, mismas que van desde levisimas, es decir, simples moretones, hasta las que ponen en peligro la vida” (cit. Pérez Duarte y Noroña, 1997, p. 297).

Por lo tanto, al ser la violencia un problema, que afecta la estabilidad, la convivencia y el desarrollo del núcleo familiar, se crearon disposiciones federales y locales para enfrentarla desde los ámbitos, civil administrativo y penal. Además, éstas fueron creadas para velar por el desarrollo armónico e integral de la familia, aunque nosotros nos concretaremos en la materia civil.

El artículo 323 ter. del Código Civil Federal indica que la violencia es el uso de la fuerza física o moral y las omisiones graves hechos contra un miembro de la familia y atentan contra su integridad (física, emocional o ambas), independientemente de que produzcan o no lesiones visibles. Para ser considerada familiar, el agresor y su víctima deben habitar en un mismo domicilio y tener alguna relación de parentesco, ya sea mediante un matrimonio o un concubinato. En el artículo 4.397, fracción I, se concibe a la violencia familiar como toda acción, omisión o abuso, que afecte la integridad física, psicológica, moral, sexual, patrimonial y/o libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar aun cuando se configure delito.

Para que pueda hablarse de violencia familiar es preciso que se actualicen ciertos elementos fijados por el legislador, los cuales varían de acuerdo a cada legislación. Sin embargo, por la coincidencia que se presenta en diversas entidades federativas, pueden señalarse los siguientes:

- Es la realización de una conducta de acción u omisión, es decir, es necesario que a quien se atribuye el carácter de sujeto generador de violencia familiar lleve a cabo una conducta, sea positiva o negativa.
- Que dicha conducta sea recurrente, intencional o cíclico.
- Debe existir un vínculo entre la víctima y el agresor, ya sea por consanguinidad, afinidad, civil, matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho.

- Se haga uso de la fuerza física o verbal.
- La conducta realizada por el agresor debe de causar un daño o ser susceptible de causarlo.
- La finalidad de dicha conducta es dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicológica o sexual, a cualquier miembro de la familia.
- Que se genere dentro o fuera del domicilio familiar.

Sobre materia familiar, el derecho mexicano suple la deficiencia de la queja a favor de los menores. Más que una facultad, constituye en asuntos del orden familiar una obligación para los jueces de primera instancia, magistrados e incluso los propios tribunales federales, ya que busca subsanar las deficiencias de los contendientes, respecto a las pretensiones mal formuladas u omisas, logrando extraer el sentido de las mismas, con el propósito de resolver adecuadamente la *litis* planteada, en términos de lo previsto por la propia Constitución Federal, los convenios internacionales, las leyes secundarias y la jurisprudencia.

Lázaro Tenorio Godínez concibe a la suplencia de la queja como una obligación del juez de primera instancia y en su caso de segunda instancia para sustituir los planteamientos respecto de los hechos o preceptos jurídicos, los cuales en esencia conforman los derechos mal planteados –no omisos– por ambas partes, no sólo en sus libelos de demanda y contestación sino en cualquier promoción presentes durante el procedimiento, incluso sobre alegatos, conclusiones o agravios, tratando con ello de desentrañar el objeto de la petición, con la taxativa que deberá aplicarse sobre los hechos materia de la *litis* (octubre-diciembre 1995, pp. 137-173). En otras palabras, se busca subsanar a las partes en el juicio, independientemente del carácter ostentado (parte actora o demandada, menor de edad o mayor incapaz). El juez debe suplir las deficiencias u omisiones de dichos planteamientos y actuar de oficio, allegándose de pruebas mal ofrecidas o no solicitadas por las partes que puedan resultar útiles para conocer los hechos y con apego en los criterios que existen por parte de la autoridad federal así como los convenios internacionales, para con ello lograr un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y la seguridad jurídica entre las partes.

Es por ello, que día con día se genera una mayor conciencia para resolver las cuestiones familiares, más adheridos a la verdad real que a la estrictamente legal, al punto que los tribunales federales han sentado precedentes sobre la suplencia en los planteamientos de derecho, ya sea como jurisprudencia o de manera aislada, las cuales trazan directrices a seguir. Por ejemplo, en todos los asuntos de violencia familiar, los juzgadores de lo familiar deben ordenar la práctica de la prueba pericial en psicología, solicitando a los especialistas la realización de estudios correspondientes y responder a un cuestionario, que bien podría ser innovado por el propio juez o magistrado, en su caso.

Es un hecho notorio que en los procedimientos judiciales donde intervienen personas unidas por vínculo matrimonial, concubinato o parentesco, la participación del juez es de vital importancia ante los errores de los contendientes cuyas imperfecciones pueden afectar brevemente el destino de las familias mexicanas, y por añadidura, del país; de ahí la importancia de que las resoluciones dictadas en cada caso específico beneficien a todos los miembros de la familia.

2. Clases de violencia familiar

El artículo 4.397 fracción 1 inciso b), del Código Civil del Estado de México señala como *violencia física* a cualquier acto que infringe daño no accidental, usando la fuerza física o algún tipo de arma u objeto que pueda provocar o no lesiones ya sean internas, externas o ambas. Por tanto, la violencia física se puede describir como un acto de agresión intencional, traducida en el uso de la fuerza material sobre una persona, misma que se realiza con una parte del propio cuerpo de agresor, o con un objeto o arma, con la finalidad de sujetar, inmovilizar, causar daño o alterar la salud física de la víctima, sea de manera temporal o permanente, por ejemplo: empujones, jalones, golpes, amarrar a la víctima, patadas, aventar objetos para lastimar a la víctima, ahorcar o asfixiar, agredir con objetos punzocortantes, quemadura con cigarro e incluso disparo de arma de fuego.

El citado numeral 4.397 fracción 1, inciso a) del Código Civil para el Estado de México, establece que la *violencia psicológica* es cualquier acto

u omisión que dañe la estabilidad psicológica, que puede consistir en: discriminación de género, negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, desamor, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales pueden conllevar a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio. Generar sentimientos negativos, odio, desprecio, rencor o rechazo hacia uno de los progenitores, tendrá como consecuencia únicamente la suspensión o pérdida de la guarda y custodia del menor.

Esta clase de violencia se refiere a un patrón de conducta consistente en actos u omisiones que atentan contra la dignidad y salud mental de la víctima, los cuales le generan sentimientos de desvalorización y baja autoestima y que a su vez, deterioran, disminuyen o afectan su personalidad. Es decir, son agresiones que no inciden directamente en el cuerpo de los integrantes del grupo familiar, pero sí en su psique, a manera de ejemplo podemos enunciar: insultos, amenazas, intimidaciones, humillaciones, omisiones, menosprecio, burlas, dejarle de hablar, avergonzarlos, menospreciarlos, decirles que son feos, compararlos con otros; amenazar a la mujer con irse, dañar a los hijos o correrla; encerrar a cualquier integrante del grupo familiar; prohibirle salir o que los visiten; hacerles sentir miedo; hacer que los hijos o parientes se pongan en su contra; no tomarlos en cuenta, no brindarles cariño; amenazar con matarlos, matarse o matar a los hijos.

El Código Civil del Estado de México, en su multicitado artículo 4.397 fracción I inciso d), establece como *violencia sexual*, cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad del receptor de violencia y que por tanto atenta contra su libertad, dignidad e integridad física. Es una expresión de abuso de poder que implica la supremacía del generador de violencia hacia el receptor de la violencia.

Esta forma de violencia, según se establece en la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA-1999, se traduce en la acción u omisión mediante la cual se induce o se impone la realización de prácticas sexuales no deseadas respecto de las cuales se tiene incapacidad para consentir. Esto es, la violencia sexual es toda forma de coerción que se ejerce sobre algún

integrante del grupo familiar con el fin de tener relaciones sexuales con este, sin su voluntad, que va desde exigir u obligar mediante el uso de la fuerza física; como ejemplos ilustrativos podemos mencionar: cuando el esposo le exige a su cónyuge tener relaciones sexuales aunque ella no quiera; obligarla a hacer actos sexuales que a ella no le parecen; cualquier tipo de contacto sexual con un menor por parte de un familiar o adulto, con el objeto de obtener excitación y/o gratificación sexual del adulto, que pueden variar desde la exhibición sexual, tocamientos e incluso hasta la violación.

El artículo 4.397, fracción I, inciso c) del ordenamiento sustantivo civil, entiende como violencia económica cualquier acto u omisión que afecta la supervivencia de la víctima. Se manifiesta en: la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y pueden abarcar los daños o los bienes comunes o propios del receptor de violencia.

Este tipo de violencia implica la realización de conductas positivas o negativas, de contenido económico a través de las cuales el generador de violencia controla, manipula o chantajea a la víctima, o bien, la pone en peligro de no poder subsistir; entre las que se encuentran: llevar el control de los ingresos o al apoderamiento de los bienes propiedad de la víctima, así como el incumplimiento de las obligaciones alimentarias; además de prohibirle trabajar o estudiar.

3. Tipología de violencia familiar, vista desde las víctimas

Violencia contra la mujer. Ésta comprende “todas aquellas circunstancias agresivas que afectan a la mujer, precisamente por ser mujer, de manera intencional y desproporcionada” (Pérez Duarte y Noroña, mayo-agosto 2001, pp. 538-539), y una de sus formas más graves es, precisamente la violencia familiar¹.

¹ Los Derechos Humanos de las Mujeres y las Niñas son parte inalienable, integrante e indivisible de los Derechos Humanos universales contenidos en la Convención

En el artículo 1 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (20 de diciembre de 1993), considera como violencia contra la mujer todo acto violento cuyo resultado pueda ser un daño físico, sexual o psicológico contra la mujer. Incluso amenazas de tales actos para coaccionar o privar arbitrariamente de la libertad. Estas acciones pueden producirse en la vida pública como en la vida privada.

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia dispone en el artículo 2 sus objetivos:

- I. Coordinar la política gubernamental de las dependencias e instituciones del Estado de México en coadyuvancia con los gobiernos municipales y los organismos autónomos para garantizar a las mujeres, desde una perspectiva de género, el acceso a una vida libre de violencia a través de acciones y medidas integrales de prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia de género contra las mujeres y las niñas;
- II. Transformar las condiciones políticas, sociales, económicas y culturales que justifican, alientan y reproducen la violencia de género contra las mujeres y las niñas, para generar mecanismos institucionales de aplicación de políticas de gobierno integrales que garanticen el respeto y el ejercicio de sus Derechos Humanos, de conformidad con la legislación nacional, así como de los instrumentos internacionales en la materia aprobados por nuestro país;
- III. Garantizar la protección institucional especializada de las mujeres víctimas de la violencia de género, así como, de sus hijas e hijos;
- IV. Asegurar el acceso pronto, expedito, transparente y eficaz de la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género tanto desde los ámbitos de la procuración, como de la impartición de justicia;

sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos de la Niñez, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem Do Pará), la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, y demás Instrumentos y Acuerdos Internacionales en la materia.

- v. Establecer, promover, difundir y ejecutar la política integral de gobierno para la prevención de la violencia contra las mujeres y las niñas, de igual forma se promoverán las acciones del gobierno del Estado de México, para la atención de las víctimas de cualquier tipo o modalidad de violencia de género, así como de la sanción y la reeducación de las personas agresoras;
- vi. Favorecer la recuperación y la construcción del pleno goce de los Derechos Humanos para las mujeres y las niñas víctimas de violencia de género; y
- vii. Asegurar la concurrencia, integralidad y optimización de recursos e instrumentos que garanticen la vigencia de los Derechos Humanos de las niñas y las mujeres.

El artículo 7 de esa misma ley contempla varios tipos de violencia contra las mujeres que son: violencia psicológica, física, patrimonial, económica, sexual y cualquier otra forma análoga que lesione o sea susceptible de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres, conceptos que se abordarán más adelante.

Violencia contra menores. Tomando en consideración que de conformidad con los artículos 4.339 y 4.340 del Código Civil para el Estado de México, la mayoría de edad comienza al cumplir dieciocho años, momento en el cual, las personas disponen libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establezca la ley. Los menores de edad, son también miembros vulnerables y frecuentemente víctimas de violencia familiar, cuyos victimarios suelen ser sus padres o tutores. Debido a esto, tanto en el ámbito internacional como interno se han emitido ordenamientos tendentes a tutelar los derechos inherentes a los menores de edad, dentro de los cuales se pondera su derecho a no ser maltratados.

En la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1959, de manera unánime por todos los 78 Estados miembros de la ONU; adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 1386 (xiv) en la Resolución 1386 (xiv), en cuyos principios 2 y 9 se estableció lo siguiente:

Principio 2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral,

espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 9. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial de la Federación [DOF] (el 25 de enero de 1991), se recordó que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Organización de Naciones Unidas proclamó que el niño desde su procreación tiene derecho a cuidados y asistencia especiales necesarios para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad; también, debería estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, particularmente, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, teniendo en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo. De modo que el artículo 19.1 estableció lo siguiente:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Por tanto, es un esfuerzo común entre la familia, la sociedad y las naciones luchar para erradicar cualquier acto de violencia física o psicológica contra el niño. Asimismo, eliminar cualquier descuido intencional del niño o negación de cuidados y elementos indispensables para su crecimiento y desarrollo, tales como la alimentación, atención médica, salud, higiene, vestido y educación, entre otros.

Una de las formas más comunes en que actualmente se violenta a los menores es mediante la alienación parental², en la cual uno de los progenitores manipula al hijo para transformar su conciencia y el fin es impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor. De tal modo, el menor desarrolla un odio patológico e injustificado al progenitor-víctima y esto tiene consecuencias devastadoras en el desarrollo físico y psicológico. Se provoca en el niño un deterioro de la imagen tenida del progenitor, que deriva a tenerle un valor sentimental o social inferior al que cualquier otro niño tiene y necesita de sus progenitores. Entonces, el menor se siente orgulloso de su padre o madre como los demás niños y el daño es, a largo plazo, en su desarrollo psicológico y podría afectar en un futuro su rol de progenitor.

Los posibles indicadores para detectar esta clase de maltrato en los menores son: impedimento por uno de los progenitores para que el otro vea y conviva con sus hijos; los insultos al otro insultarlo en presencia de los hijos; impulsar y premiar la conducta despectiva y de rechazo al otro progenitor; influir con mentiras en los niños sobre la opinión tenida sobre el otro progenitor, llegando incluso a asustarlos; y las explicaciones absurdas para justificar el desprecio al padre alienado, las cuales suelen ser construcciones mediante frases o palabras que no son acorde a su edad y similares a los empleados por el progenitor agresivo, llegando incluso a inventar o mencionar abusos que jamás sucedieron.

Los peritos en psicología que forman parte del proceso judicial para resolver la guarda y la custodia deben detectar la posible existencia de alienación parental y, en caso de haberla, recomendar juez que se otorgue

² El término fue acuñado por el profesor de psiquiatría Richard Gardner en 1985 para referirse a lo que él describe como un desorden psicopatológico en el cual un niño, de forma permanente, denigra e insulta sin justificación alguna a uno de sus progenitores.

la guardia y la custodia al padre no agresivo y al otro enviarlo a terapia para erradicar ese maltrato al menor.

La alienación parental en muchos casos surge debido a un divorcio conflictivo y, como tal, es una forma grave de maltrato emocional que produce daño psicológico permanente y afecta el vínculo con el progenitor alienado; también, afecta la escolaridad, el desarrollo cognitivo y los niveles de competencia intelectual de los menores; y altera su desarrollo psicosexual y produce un desajuste psicológico, conductual y social.

Violencia contra adultos mayores. Son también víctimas frecuentes de violencia familiar los adultos mayores (personas con más de sesenta años de edad). Ésta es definida como aquel acto u omisión³ que daña o amenaza a la salud o el bienestar de un adulto mayor. La ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores dispone en su artículo 5:

De manera enunciativa y no limitativa, esta Ley tiene por objeto garantizar a las personas adultas mayores los siguientes derechos:

1. De la integridad, dignidad y preferencia:
 - a. A una vida con calidad. Es obligación de las Instituciones Públicas, de la comunidad, de la familia y la sociedad, garantizarles el acceso a los programas que tengan por objeto posibilitar el ejercicio de este derecho.
 - b. Al disfrute pleno, sin discriminación ni distinción alguna, de los derechos que ésta y otras leyes consagran.
 - c. A una vida libre sin violencia.
 - d. Al respeto a su integridad física, psicoemocional y sexual.
 - e. A la protección contra toda forma de explotación.
 - f. A recibir protección por parte de la comunidad, la familia y la sociedad, así como de las instituciones federales, estatales y municipales.
 - g. A vivir en entornos seguros dignos y decorosos, que cumplan con sus necesidades y requerimientos y en donde ejerzan libremente sus derechos.

³ Incluye agresión verbal, física, descuido de su alimentación, abuso financiero o amenazas por parte de los descendientes o de otros miembros de la familia.

ii. De la certeza jurídica:

- a. A recibir un trato digno y apropiado en cualquier procedimiento judicial que los involucre, ya sea en calidad de agraviados, indiciados o sentenciados.
- b. A recibir el apoyo de las instituciones federales, estatales y municipales en el ejercicio y respeto de sus derechos.
- c. A recibir asesoría jurídica en forma gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales en que sea parte y contar con un representante legal cuando lo considere necesario.
- d. En los procedimientos que señala el párrafo anterior, se deberá tener atención preferente en la protección de su patrimonio personal y familiar y cuando sea el caso, testar sin presiones ni violencia.

iii. De la salud, la alimentación y la familia:

- a. A tener acceso a los satisfactores necesarios, considerando alimentos, bienes, servicios y condiciones humanas o materiales para su atención integral.
- b. A tener acceso preferente a los servicios de salud, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 4o. Constitucional y en los términos que señala el artículo 18 de esta Ley, con el objeto de que gocen cabalmente del derecho a su sexualidad, bienestar físico, mental y psicoemocional.
- c. A recibir orientación y capacitación en materia de salud, nutrición e higiene, así como a todo aquello que favorezca su cuidado personal.

Las familias tendrán derecho a recibir el apoyo subsidiario de las instituciones públicas para el cuidado y atención de las personas adultas mayores.

iv. De la educación:

- a. A recibir de manera preferente el derecho a la educación que señala el artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con el artículo 17 de esta Ley.
- b. Las instituciones educativas, públicas y privadas, deberán incluir en sus planes y programas los conocimientos relacionados con las personas adultas mayores; asimismo los libros de texto gratuitos y todo material educativo

autorizado y supervisado por la Secretaría de Educación Pública, incorporarán información actualizada sobre el tema del envejecimiento y las personas adultas mayores.

v. Del trabajo:

A gozar de igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo o de otras opciones que les permitan un ingreso propio y desempeñarse en forma productiva tanto tiempo como lo deseen, así como a recibir protección de las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de otros ordenamientos de carácter laboral.

vi. De la asistencia social:

- a. A ser sujetos de programas de asistencia social en caso de desempleo, discapacidad o pérdida de sus medios de subsistencia.
- b. A ser sujetos de programas para contar con una vivienda digna y adaptada a sus necesidades.
- c. A ser sujetos de programas para tener acceso a una casa hogar o albergue, u otras alternativas de atención integral, si se encuentran en situación de riesgo o desamparo.

vii. De la participación:

- a. A participar en la planeación integral del desarrollo social, a través de la formulación y aplicación de las decisiones que afecten directamente a su bienestar, barrio, calle, colonia, delegación o municipio.
- b. De asociarse y conformar organizaciones de personas adultas mayores para promover su desarrollo e incidir en las acciones dirigidas a este sector.
- c. A participar en los procesos productivos, de educación y capacitación de su comunidad.
- d. A participar en la vida cultural, deportiva y recreativa de su comunidad.
- e. A formar parte de los diversos órganos de representación y consulta ciudadana.

viii. De la denuncia popular:

Toda persona, grupo social, organizaciones no gubernamentales, asociaciones o sociedades, podrán denunciar ante los órganos

competentes, todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir daño o afectación a los derechos y garantías que establece la presente Ley, o que contravenga cualquier otra de sus disposiciones o de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con las personas adultas mayores.

IX. Del acceso a los Servicios:

- a. A tener una atención preferente en los establecimientos públicos y privados que prestan servicios al público.
- b. Los servicios y establecimientos de uso público deberán implementar medidas para facilitar el uso y/o acceso adecuado.
- c. A contar con asientos preferentes en los establecimientos que prestan servicios al público y en los servicios de autotransporte de pasajeros.

Esta disposición federal pretende abonar al pleno goce de los derechos a las personas adultas mayores, tomando medidas para erradicar la discriminación, garantizarles una vida libre de violencia, respeto a su integridad física, psicoemocional y sexual; y su protección contra toda forma de explotación. Así como también recibir apoyo integral por parte de las instituciones federales, estatales y municipales en el ejercicio de sus derechos, así como velar porque los adultos mayores cuenten con las adecuadas condiciones humanas o materiales para su atención integral, así como recibir orientación y capacitación en materia de salud, nutrición e higiene, así como a todo aquello que favorezca su cuidado personal.

El artículo 31 de la Ley del Adulto Mayor del Estado de México dispone:

La familia de los adultos mayores está obligada a:

- I.- Conocer los derechos de los adultos mayores, previstos en la presente Ley y demás ordenamientos legales;
- II.- Cuidar de los adultos mayores que formen parte de su familia, conociendo sus necesidades y proporcionándoles los elementos necesarios para su atención integral;
- III.- Procurar que permanezcan en el hogar del que forman parte y que sólo por decisión personal, enfermedad, causas de fuerza mayor o por determinación de autoridad competente,

- sean ingresados en alguna institución de asistencia pública o privada, dedicada al cuidado y atención de adultos mayores;
- IV.- Fomentar la convivencia familiar cotidiana, donde la persona adulta participe activamente, promoviendo los valores que incidan en sus necesidades afectivas, de protección y apoyo:
 - V.- Evitar que alguno de sus integrantes, cometa cualquier acto de discriminación, abuso, explotación, aislamiento, violencia o actos jurídicos que pongan en riesgo su persona, bienes y derechos; y
 - VI.- Abstenerse de forzar al adulto mayor a realizar actos de mendacidad que atenten contra su dignidad o que impliquen un esfuerzo tal que vaya en perjuicio de su salud física y mental.
 - VII.- Contribuir que se mantengan productivos y socialmente integrados, así como promover su acceso a la educación a las actividades recreativas, culturales y deportivas;
 - VIII.- Promover el acceso de los adultos mayores a los programas y mecanismos de asistencia social que se instituyan en su beneficio, cuando acrezcan de los medios necesarios para su atención.

De la anterior disposición se desprende que el Estado de México, siguiendo la tendencia de la legislación federal, se compromete a salvaguardar los derechos de los adultos mayores. Brindar apoyo a las familias en las que haya adultos mayores, velando para que permanezcan ahí, a menos de que sean ingresados a alguna institución geriátrica por decisión personal, enfermedad, causas de fuerza mayor o por una autoridad competente. Promover la participación activa del adulto en el núcleo familiar y protegerlo de cualquier de discriminación, abuso, explotación, aislamiento, violencia o actos jurídicos que pongan en riesgo su persona, bienes y derechos, ocasionado incluso por algún integrante de su familia.

Violencia contra personas con discapacidad. Otro sector vulnerable y más expuesto a ser víctima de violencia familiar es el de las personas con capacidades diferentes, sin importar su edad. Debido a su condición, ellas muchas veces no pueden defenderse y valerse por sí mismas, lo que las hace dependientes de sus familias y posibles víctimas potenciales. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

instrumento internacional aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por México el 17 de diciembre de 2007, como señala en sus artículos 1 y 16, se dispone:

Artículo 1. Propósito.

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, e igualdad de condiciones con las demás.

Artículo 16.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.
2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.
3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.
4. Los Estados Partes tomarán las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de

explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centrales en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

De lo anterior, resulta indiscutible que las personas con discapacidad pueden verse limitados en muchos aspectos a participar activamente dentro de la sociedad e incluso en igualdad de condiciones dentro de su núcleo familiar. En un esfuerzo internacional, la finalidad de la citada Convención es asegurar el pleno goce los derechos humanos de las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad, adoptando las medidas correspondientes para impedir, o en su caso erradicar, cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando su asistencia e incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Así también, una vez identificado un caso de violencia a un discapacitado, promover su recuperación, rehabilitación e integración a un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona.

4. Consecuencias legales

Actualización de una causal de divorcio

En el Código Civil Federal y en algunos códigos civiles locales, suele preverse como un motivo para demandar la disolución del vínculo matrimonial, el que uno de los cónyuges cometa conductas constitutivas de violencia familiar. Las fracciones XIX y XX del artículo 267 del Código Civil Federal establecen las causales de divorcio:

- XIX.- Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código.
- XX.- El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello.

Por otra parte, en la legislación del Estado de México, la violencia familiar no está ya considerada como causal de divorcio, en virtud de que, fue derogado el divorcio necesario del Código Civil, contemplándose en su lugar, el divorcio incausado; sin embargo, en cada procedimiento de divorcio deben establecerse las bases para la guarda y custodia de los menores hijos de los cónyuges y en el caso de que el juzgador advierta cualquier evidencia de la existencia de violencia familiar, es su deber proteger a dichos infantes y otorgar la guarda y custodia provisional o en su caso definitiva, al progenitor que no violenta a sus hijos y le brinde un ambiente de seguridad para que éste logre un óptimo desarrollo integral.

Pérdida, suspensión o limitación de la guarda y custodia e incluso de la patria potestad

En un litigio relativo a la guarda y la custodia, es preciso orientarlo a el principio del interés superior del niño y a la búsqueda de su mayor beneficio, en términos de lo previsto en el artículo 4 constitucional, en la Convención de Derechos del Niño y la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Este principio impone que las autoridades jurisdiccionales resuelvan toda contienda judicial en el que el eje motor es el máximo beneficio al menor. Asimismo, éste proporciona facultades al Ministerio Público para intervenir directamente. Toda autoridad judicial, sea cual fuere la instancia o procedimiento, deben suplir la deficiencia de la queja en toda la amplitud si se ven involucrados los derechos de menores. Así, el interés superior del niño es un principio de rango constitucional, contenido en la regulación de los derechos de los menores previsto en el artículo 4º constitucional que ya ha sido transcrito con antelación; así como también, en el ámbito

internacional, en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se establece que en cualquier medida que tomen las autoridades estatales deben tener en cuenta de forma primordial el interés superior del niño; a su vez, los artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40, también mencionan expresamente ese principio.

El principio del interés superior del niño justifica y orienta todos los derechos y normas que protegen al niño, lo que también incluye no sólo la interpretación y aplicación del derecho por parte de los jueces, sino también todas las medidas emprendidas por el legislador, así como las políticas públicas, programas y acciones específicas llevadas a cabo por las autoridades. También, informa a todos los ámbitos de la actividad estatal que estén relacionados directa o indirectamente con los menores. En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del menor es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, toma en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de estos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.

En este orden de ideas, conviene enunciar la regulación de la determinación de la guarda y custodia de los menores, prevista en el artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México que dispone:

Quando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones:

- I.- Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién se hará cargo de la guarda y custodia del menor:
- II.- Si no llegan a ningún acuerdo, el juez atendiendo a los elementos de prueba que obren en el sumario y con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de trabajo social y de psicología familiar que oficiosamente habrán de practicárseles, determinará:
 - a) El otorgamiento de la guarda y custodia de un menor no estará sustentado en prejuicios de género, por lo cual deberá atenderse al interés superior del menor;

- b) Después de oír a los interesados, quien se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce;
- c) Los mayores de catorce años elegirán cuál de los padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.

En la resolución que ordene cuál de los padres ejercerá la guarda y custodia, se sujetará al interés superior del menor, velando en todo momento por la integridad física y mental de los hijos, atendiendo a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y a salvaguardar el sano desarrollo de los menores. En todo caso, deberá practicarse la pericial en psicología familiar a las parejas de los padres, con el fin de verificar la seguridad del menor de la guarda, custodia y aun de la convivencia.

De lo anterior se colige que, de conformidad con el interés superior del menor, que se encuentra contemplado en los tres últimos párrafos del artículo 4º constitucional, el juzgador, ponderando las distintas circunstancias que se obtengan de los elementos probatorios aportados al juicio, garantizará el respeto a esos derechos fundamentales del menor, de modo tal que, debe atender al mayor beneficio que le cause al menor estar con determinado progenitor, fundado en el resultado de las pruebas periciales que de oficio se practiquen, de las cuales, de advertirse violencia familiar, es innegable que no debe otorgarse la guarda y custodia de un menor al progenitor que lo violenta.

Por tanto, al subsistir la guarda y custodia de un menor a favor de alguno de los progenitores, le asiste al otro el derecho de visitas y convivencias con su hijo, de conformidad con lo previsto por el artículo 4.205 del Código Civil; sin embargo, de existir evidencia de violencia hacia el menor, dependiendo el grado de la misma, tanto el menor como su progenitor, deben acudir a terapia psicológica que permita al menor de edad poder interactuar con dicho progenitor, así como erradicar en el menor las huellas de dicha violencia y en el progenitor la conducta violenta hacia el menor, para que con el tiempo se afiance el lazo emocional entre el menor y su progenitor, y de acuerdo a los resultados, promover la convivencia entre el menor y progenitor de manera libre.

La patria potestad ha sido definida como “el conjunto de derechos, facultades y obligaciones que, con base principalmente en la relación paterno-filial, la ley atribuye, entre otros, a los progenitores sobre las personas y bienes de los menores de edad no emancipados, a fin de que puedan cumplir satisfactoriamente los deberes de educación, asistencia y protección integral, en sus aspectos físicos, moral y social, que tienen para con ellos” (SCJN, 2010, p. 13), puede perderse, suspenderse o limitarse como consecuencia de la violencia familiar. El artículo 4.203 del Código Civil del Estado de México: la patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, psicológico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho a la corrección.

La pérdida de la patria potestad, que implica la cesación, en la mayoría de los casos definitiva, de su ejercicio y que, por ende conlleva a la privación de la titularidad de los derechos y facultades inherentes a ella, únicamente puede ser decretada por resolución judicial.

En el caso concreto de la violencia familiar, el artículo 444 fracción III del Código Civil Federal, dispone que la patria potestad se pierde por resolución judicial cuando los padres ejercen algún tipo de violencia o maltrato que comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

Así también, en el artículo 444 bis del referido ordenamiento, se establece que la patria potestad puede ser limitada cuando el que la ejerce incurra en conductas de violencia familiar previstas en el artículo 323 ter de este Código, en contra de las personas sobre las cuales se ejerza.

En la legislación civil del Estado de México, en el artículo 4.224 fracción VIII, la patria potestad se pierde por resolución judicial, por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes.

Separación del tutor de su cargo

Partiendo de que de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 449 del Código Civil Federal, y su correlativo 4.229 del Código Civil del Estado de México, el objeto de la tutela es la guarda de la persona o bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos; la tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley; en la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados.

De conformidad con lo previsto por el artículo 450 del Código Civil Federal, tienen incapacidad natural y legal, los menores y los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos, y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no pueden gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Ahora bien, el artículo 4.230 del Código Civil del Estado de México, dispone que tienen incapacidad natural y legal: los menores de edad; los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia por trastornos mentales, aunque tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no sepan leer ni escribir; los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inadecuado de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altera la conducta y produzca dependencia; las personas que por cualquier causa física o mental no puedan manifestar su voluntad por algún medio.

Dada la trascendencia e importancia de la tutela respecto al objetivo fundamental que es el cuidado preferencial de la persona incapaz, es que en los artículos 503 fracción III y 504 fracción II del Código Civil Federal, y sus correlativos 4.274 fracción VI y 4.275 fracción II del Código Civil del Estado de México, se establece que no pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo, los que hayan sido removidos de otra tutela

por haberse conducido mal, en la persona o respecto a la administración de los bienes del incapacitado. Asimismo, serán separados de la tutela los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona o en la administración de los bienes del incapacitado.

Dictado de medidas cautelares o restrictivas

Según el Código de Procedimientos Civiles, las partes en conflicto de violencia familiar podrán resolver sus diferencias mediante: conciliación o controversia de violencia familiar, como así lo contempla el artículo 2.345 de dicho ordenamiento legal. En las controversias de violencia familiar debe oírse tanto a los menores, incapaces, así como adultos mayores, atendiendo a su edad y grado de madurez. Así, en términos de lo previsto por el artículo 2.355 del ordenamiento adjetivo civil en consulta, una vez admitida la demanda de violencia familiar o durante el proceso, a criterio del juez pueden dictarse las siguientes medidas de protección:

- I. Ordenar al presunto generador de violencia que salga inmediatamente del domicilio común, aunque fuera propietario del inmueble. Si se resiste se utilizará la fuerza pública;
- II. Autorizar al receptor agredido un domicilio diferente de aquel en el que se genera la violencia, si así lo solicita;
- III. Prohibir al presunto generador de violencia el acceso al domicilio del grupo familiar, así como a lugares de trabajo o de estudio de la víctima;
- IV. Prohibir al presunto generador de violencia familiar y a aquellas personas que estén de acuerdo con el, acercarse a una distancia determinada de cualquier lugar donde se encuentre la víctima u otro miembro del grupo familiar, y cualquier contacto físico, verbal, telefónico o de otra índole.
- V. Ordenar la exclusión del agresor y el reingreso de la víctima al domicilio del grupo familiar, cuando ésta, por razones de seguridad personal ha debido salir del mismo: [...] Fijar una pensión alimenticia provisional a favor de la víctima (s) y los menores; y,
- VI. Emitir una orden de protección y auxilio policial, dirigida a las autoridades de seguridad pública de la que se expedirá copia a la víctima para que pueda acudir a la autoridad más cercana en caso de amenaza de agresión fuera de su domicilio.

Luego, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2.356 al 2.360 del Código de Procedimientos Civiles, contestada la demanda o transcurrido el término para ello, el juez señalará día y hora para que dentro de los cinco días siguientes tenga verificativo la audiencia inicial de conciliación, depuración procesal, admisión y preparación de pruebas; en dicha audiencia inicial podrán revisarse las medidas provisionales; de no contestar la demanda, se tendrán por presuntamente aceptados los hechos.

Así, verificada la audiencia inicial, se señalará día y hora dentro de los diez días siguientes, para que tenga verificativo la audiencia principal de desahogo de pruebas y alegatos, y en su caso sentencia, sin perjuicio de dictarla dentro de los cinco días siguientes a la audiencia.

En la sentencia que se dicte, se determinará la forma de reestablecer la paz y el orden familiar, mediante la adopción de las medidas señaladas con antelación o las que el juez estime necesarias para la integración del grupo familiar y por el tiempo que se considere indispensable.

Conclusiones

Desde la ratificación por México de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 21 de septiembre de 1990, el país quedó comprometido a adecuar sus sistemas de justicia y protección de derechos de la infancia y la adolescencia, políticas públicas, estructuras institucionales y prácticas para con los niños, niñas y adolescentes en aras del cumplimiento de sus derechos.

El Estado requiere de la generación de una nueva cultura y percepción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos y de una regulación e infraestructura institucional que sustente y logre la garantía de los mismos, conformándose de esta manera un verdadero sistema integral que tutele los derechos de la infancia.

Como quedó analizado, la legislación mexicana, sobre la materia familiar, tuvo un gran avance legislativo al reglamentar el artículo 4 de la constitución, y constituir así el primer paso normativo para incorporar las convenciones internacionales en la legislación interna.

Así también, la reforma del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 10 de junio de 2011, incorpora las normas de derechos humanos incluidas en los tratados internacionales en nuestra carta magna, abriendo las posibilidades de su aplicación en México.

En este orden de ideas, la dirección de las políticas públicas en materia de menores, así como el sistema jurídico, debe tener lugar en el máximo nivel de decisión del país, dado que la infancia es un eje fundamental del Estado, y a pesar de que en la práctica no siempre ha sido considerada como tal, lo cierto es, que el desarrollo y evolución de cualquier país, depende de la prioridad que dé el mismo a la salvaguarda de los derechos de la infancia, independientemente de que además se trata de derechos humanos que el Estado debe cumplir y garantizar.

Anexos. Tesis relacionadas

Época: Décima Época, Registro: 2005454, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1a. XXXI/2014 (10a.), Página: 656.

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 282, APARTADO B, FRACCIÓN II, TERCER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL.-El artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal, establece en torno a la guarda y custodia que: "Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.". A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta porción normativa resulta constitucional, siempre y cuando se interprete a la luz del interés superior de los menores y del principio de igualdad. En primer término, es necesario señalar

que al momento de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales y, cabría agregar, este criterio proteccionista debe reflejarse también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos. En esta lógica, el legislador puede optar por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor; sin embargo, este tipo de normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta, per se, la persona más preparada para tal tarea. Es innegable que en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre. Y no sólo nos referimos a las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino, y como lo han desarrollado diversos especialistas en la materia a nivel internacional, el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro. En esta lógica, la determinación de la guarda y custodia a favor de la mujer está basada en la preservación del interés superior del menor, el cual, como ya señalamos, resulta el criterio proteccionista al que se debe acudir. Esta idea, además, responde a un compromiso internacional del Estado mexicano contenido en el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ahora bien, como también señalan los expertos, pasado cierto periodo de tiempo, se opera un progresivo proceso de individuación del niño a través de la necesaria e insustituible presencia de ambos progenitores. El menor necesita tanto de su madre como de su padre, aunque de modo diferente, en función de la edad; ambos progenitores deben hacer posible y propiciar la presencia efectiva de esas funciones simbólicas en el proceso de maduración personal de los hijos.

Amparo en revisión 310/2013. 4 de diciembre de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien reservó su

derecho a formular voto concurrente, y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Esta tesis se publicó el viernes 07 de febrero de 2014 a las 11:16 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época, Registro: 2002757, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro xvii, Febrero de 2013, Tomo 1, Materia(s): Civil, Tesis: 1a./J. 138/2012 (10a.), Página: 450.

DIVORCIO NECESARIO. EN LA SEGUNDA INSTANCIA PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE A FAVOR DE LOS MENORES DE EDAD, DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FAMILIAR Y A FALTA DE LOS PRIMEROS, A FAVOR DE LA FAMILIA MISMA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA).- La interpretación sistemática y funcional de los artículos 1387 a 1389, 1391, 1393 a 1395 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tlaxcala, vistos conforme al carácter alejado del principio dispositivo y más cercano al inquisitivo de los juicios y procedimientos de orden familiar, así como el interés superior de los menores de edad previsto en la normativa nacional e internacional, lleva a la conclusión de que la suplencia de la queja deficiente en los agravios formulados en el recurso de apelación, dentro de los juicios de divorcio necesario, en principio sólo es aplicable a favor de los menores de edad, cuando los haya en la familia respectiva, para atender a su interés superior en todos los aspectos que les concierna, por ejemplo, en las decisiones sobre alimentos, custodia, visitas y convivencias con sus padres y patria potestad, que son consecuencias inherentes al divorcio, o en la prueba de las causales donde puedan verse inmiscuidos, como la negativa de alguno de los cónyuges para otorgarles alimentos, el conato o tolerancia en la corrupción de los menores o la violencia familiar en su contra, entre otros supuestos. También puede aplicarse la suplencia a favor de las víctimas de violencia familiar cuando ésta forme parte de la litis, entre las cuales pueden figurar los propios menores de edad y/o alguno de los cónyuges,

en la medida en que tal suplencia resulte necesaria para proveer a su protección y atención, a fin de evitar la continuación de la violencia en su contra y restablecer su salud integral. Por último, en los casos donde no haya menores de edad, la suplencia puede hacerse a favor de la familia misma, como ente colectivo, que en los casos de divorcio tendría lugar para procurar, en la medida de lo posible, mantener la unidad entre sus miembros durante el procedimiento de divorcio y luego de su conclusión, de manera que éste no se convierta en fuente de rivalidad o disgregación innecesarias, sobre todo entre los hijos y sus padres.

Contradicción de tesis 39/2012. Suscitada entre el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. 7 de noviembre de 2012. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos en cuanto a la competencia. Disidente y Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de tres votos en cuanto al fondo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

Tesis de jurisprudencia 138/2012 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha catorce de noviembre de dos mil doce.

Época: Décima Época, Registro: 2001815, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, Materia(s): Constitucional, Tesis: I.9o.P10 P (10a.), Página: 2094.

VIOLENCIA FAMILIAR. EL ARTÍCULO 200, FRACCIÓN II Y PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE CONTEMPLA DICHO DELITO CONTRA LAS PERSONAS SEÑALADAS EN ELLA Y LA SANCIÓN RESPECTIVA NO VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD CONSAGRADO EN LOS ARTÍCULOS 1o. Y 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- Si se atiende a la descripción del tipo penal citado, que de acuerdo con su naturaleza y razón legal regula el actuar humano a fin de que se erradique la violencia

familiar, principalmente el de la mujer y aquellos grupos vulnerables que la resienten en mayor medida, con la finalidad de que sus derechos no se vean transgredidos, se advierte que el artículo 200, fracción II y párrafo segundo, del Código Penal para el Distrito Federal, al establecer que a quien cometa dicho delito contra las personas descritas en esa porción normativa se le impondrán tanto las penas de prisión como la pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio, la patria potestad, tutela y alimentos, así como que se decretarán las medidas de protección y tratamiento especializado para personas agresoras, no viola el derecho fundamental de igualdad consagrado en los artículos 1o. y 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que el mencionado artículo 200, en su fracción II, establece una regulación abstracta, impersonal y general para todas las personas que se ubiquen en los supuestos previstos y permanece después de cada aplicación para todos los casos idénticos, mientras no sea reformado o abrogado; esto es, a quien por acción u omisión ejerza cualquier tipo de violencia ahí prevista sobre los sujetos pasivos precisados, sin distinción alguna, se le deben imponer las penas señaladas con antelación. Entonces, al ser la familia el componente básico del Estado en la que el sujeto aprende a convivir en sociedad y a respetar los diversos bienes jurídicos tutelados por la ley, es evidente que sea el propio Estado, a través de los mecanismos legales correspondientes, quien tenga que salvaguardar el normal desarrollo del núcleo familiar; por tanto, la penalidad determinada para estos casos tiene su justificación al someter al justiciable no sólo a la pena de prisión, sino, además, al tratamiento respectivo como parte integral de su reinserción social.-NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 152/2012. 17 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Lilia Mónica López Benítez. Secretario: Daniel Dámaso Castro Vera.

Nota: El criterio contenido en esta tesis no es obligatorio ni apto para integrar jurisprudencia, en términos de lo previsto en el numeral 11, Capítulo Primero, Título Cuarto, del Acuerdo General Plenario 5/2003, de veinticinco de marzo de dos mil tres, relativo a las reglas para la

elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del Poder Judicial de la Federación, y para la verificación de la existencia y aplicabilidad de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte.

Época: Novena Época, Registro: 168841, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo xxviii, Septiembre de 2008, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.699 C, Página: 1380.

PATRIA POTESTAD. PROCEDE SU PÉRDIDA AUN CUANDO SE CUMPLA CON LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS, SI SE ABANDONA AL MENOR Y SE DEJAN DE CUMPLIR LAS OBLIGACIONES DE TIPO MORAL, ÉTICO Y AFECTIVO QUE INFLUYEN EN SU DESARROLLO INTEGRAL, PUES DICHA OMISIÓN GENERA UN TIPO DE VIOLENCIA EMOCIONAL QUE DEBE SER SANCIONADA.- De conformidad con el artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal, procede la pérdida de la patria potestad en los casos de violencia familiar en contra del menor; para aclarar qué debe entenderse por violencia familiar es preciso remitirse al artículo 323 Quáter, del citado ordenamiento legal, que establece que por regla general ésta se produce por acciones y omisiones de carácter intencional, cuando tiene como objetivo dominar, someter, o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier integrante de la familia, y que produzca un daño en alguno de los integrantes de la familia; de ahí que para que se actualice la hipótesis de violencia por omisión es necesario que se acrediten tres elementos: 1) La omisión o abandono por parte de un integrante de la familia. Éste es de carácter negativo por lo que demostrada la existencia del deber, no corresponde probar el abandono a quien lo afirma sino corresponde a quien se atribuyó la omisión, aportar prueba en contrario; 2) La alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran la autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de la persona objeto de la omisión. Este elemento se presume a partir de la existencia del deber y la omisión, como una consecuencia necesaria entre la conducta omisa y la afectación en el integrante del núcleo familiar; y 3) El nexo causal entre la omisión y la alteración ya reseñadas. Este elemento también es materia

de prueba presuncional humana. Cabe señalar que el abandono a que se refiere el primer elemento no se reduce a una cuestión de separación física entre hijos y padres ni al aspecto económico o a la satisfacción de necesidades primarias, sino que engloba una serie de aspectos de tipo moral, ético y afectivo que necesariamente influyen en el correcto desarrollo de un niño, puesto que de conformidad con el artículo 414 Bis del código antes citado, quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, están obligados a procurar la seguridad física, psicológica y sexual, fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y desarrollo físico, así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares; realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor y determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor. En consecuencia, si no se desvirtúa el incumplimiento de estas obligaciones y como consecuencia el abandono de los menores en el aspecto emocional, se acredita la existencia de violencia por omisión y como consecuencia de ello, la hipótesis antes mencionada para la pérdida de la patria potestad, ya que también se surte la presunción de la causación del daño.- TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 273/2008. 3 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Ana Lilia Osorno Arroyo.

Época: Novena Época, Registro: 182146, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Febrero de 2004, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.453 C, Página: 1095.

PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. EN TRATÁNDOSE DE LA VIOLENCIA FAMILIAR PREVISTA EN EL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN III, EN RELACIÓN CON EL 323 QUÁTER DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO RESULTA NECESARIO SEÑALAR LAS CIRCUNSTANCIAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR PARA QUE SE ACTUALICE, BASTA CON QUE SE INVOQUE Y DEMUESTRE EL AMBIENTE DE VIOLENCIA.- De la interpretación armónica de los

artículos 444, fracción III y 323 quáter del Código Civil para el Distrito Federal se sigue que la patria potestad se pierde cuando uno de los progenitores ejerza en contra del menor una fuerza física o moral que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando sea de tal magnitud que resulte suficiente e idónea para imponer esa sanción; y para que se surta la hipótesis legal no se requiere, necesariamente, que se causen lesiones físicas, pues basta que con el proceder del padre incumplido se genere la posibilidad de que se ocasionen perjuicios a la integridad física o psicológica del menor, lo cual impone la obligación al juzgador de hacer la valoración en función de las consecuencias que la conducta produzca, tomando en consideración todas las circunstancias del caso, sin que sea necesario que se precisen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los actos de violencia familiar, toda vez que basta la demostración del resultado en la persona del menor, con independencia del momento en que se produzca la violencia, ya que no se encuentra condicionada a la reiteración de conductas de agresión física y psicológica, ni que existan momentos específicos para que se origine.- TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 637/2003. 31 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gabriel Montes Alcaraz. Secretaria: Georgina Guadalupe Sánchez Rodríguez.

Época: Novena Época, Registro: 1013887, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Apéndice 1917-Septiembre 2011, Tomo v. Civil Segunda Parte - TCC Segunda Sección - Familiar Subsección 1 – Sustantivo, Materia(s): Civil, Tesis: 1288, Página: 1441.

MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE

DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).- De la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 157 y 345 del código sustantivo civil para el Estado de Veracruz, 225 y 226 del ordenamiento procesal respectivo, debe entenderse que en todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aun de oficio, debe escucharlos, a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (DIF) o los servicios de salud pública, sin importar que el artículo 157 del código sustantivo civil, sólo refiera a los asuntos de divorcio, pues en el caso opera el principio jurídico de que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores.- SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 1020/2002.—26 de septiembre de 2002.—Unanimidad de votos.—Ponente: José Manuel de Alba de Alba.—Secretario: Omar Liévanos Ruiz.

Amparo directo 1088/2002.—24 de octubre de 2002.—Unanimidad de votos.—Ponente: Isidro Pedro Alcántara Valdés.—Secretaria: María Concepción Morán Herrera.

Amparo directo 992/2002.—31 de octubre de 2002.—Unanimidad de votos.—Ponente: José Manuel de Alba de Alba.—Secretario: Lucio Huesca Ballesteros.

Amparo directo 1502/2002.—27 de marzo de 2003.—Unanimidad de votos.—Ponente: José Manuel de Alba de Alba.—Secretario: Lucio Huesca Ballesteros.

Amparo directo 422/2003.—22 de mayo de 2003.—Unanimidad de votos.—Ponente: José Manuel de Alba de Alba.—Secretario: Omar Liévanos Ruiz.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVIII, agosto de 2003, página 1582, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis VII.2o.C. J/15; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVIII, agosto de 2003, página 1583.

Época: Décima Época, Registro: 2007451, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, Materia(s): Penal, Tesis: I.9o.P.58 P (10a.), Página: 2651.

VIOLENCIA FAMILIAR. EN ESTE DELITO, LOS ADULTOS MAYORES, EN ATENCIÓN A SU EDAD, SON SUJETOS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).- Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad señalan, en su artículo 2, numeral 6, al envejecimiento como causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia; en tanto que su artículo 5, numeral 11, considera en condición de vulnerabilidad a la víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización; además, puntualiza que esa vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal, destacando entre estas víctimas, a los adultos mayores y recomienda especial atención en los casos de violencia intrafamiliar. Atento a lo anterior, la actitud agresiva y amenazante que asumen las personas contra un adulto mayor que reúne la calidad de ascendiente

en línea recta, como lo establece el artículo 200, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal, en el que se contiene la descripción típica del delito de violencia familiar, constituye un trato denigrante, al crear un ambiente hostil y humillante respecto de una persona que por su condición de adulto mayor se encuentra en un estado de indefensión y constante agresión por quienes lo debieran cuidar y proteger en esa etapa de su vida; situación ante la cual, el sistema judicial debe configurarse como un instrumento para su defensa efectiva, ya que por su edad tiene derecho a no ser discriminado por dicho factor, a ser tratado con dignidad y protegido ante cualquier rechazo o tipo de abuso mental por su condición de vulnerabilidad.- NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 170/2014. 5 de junio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Aguilar López. Secretaria: Elizabeth Franco Cervantes.

Esta tesis se publicó el viernes 12 de septiembre de 2014 a las 10:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época, Registro: 2006539, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1a. CCIX/2014 (10a.), Página: 564.

VIOLENCIA FAMILIAR. LA DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DE UN MENOR DE EDAD PUEDE CONSTITUIR UNA FORMA DE AQUÉLLA.- La discriminación se presenta cuando se trata a un individuo o a un grupo de personas de manera ilegal o desfavorable por motivos de raza, color de piel, religión, nacionalidad, idioma, sexo, condición social, opiniones, condiciones de salud, etc., pues se parte de la base de que todos los hombres son iguales ante la ley y además son libres, de ahí que prohibir la discriminación es un principio fundamental y absoluto declarado por todos los estándares internacionales relativos a los derechos humanos; estándar que es reconocido por el artículo 1o. de la Constitución Federal, al prohibir de manera expresa la discriminación. Prohibición que se traduce

en un derecho humano que por encontrar sustento en la dignidad de la persona, permea a todo el orden jurídico nacional, por lo que no sólo obliga a las autoridades del Estado a respetarlo, sino que además se impone y se proyecta a todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos, sin excepciones, están obligados a respetar el derecho a la no discriminación, en especial tratándose de menores, pues debido a su falta de madurez, dicha discriminación puede afectar gravemente su sano desarrollo, lo que se traduciría en un acto de violencia, que además de estar prohibido por el artículo 2o., apartados 1 y 2 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, resulta inaceptable, sobre todo cuando esa discriminación está dirigida a un menor, pues en esa hipótesis confluyen dos obligaciones para el particular, por un lado, la que deriva de la prohibición de discriminar y, por otra, la que se deriva de la necesidad de que los ascendientes e incluso cualquier persona vele por la protección de sus derechos, de ahí que si esa discriminación además la comete un familiar, necesariamente se estará en presencia de un acto de violencia familiar.

Amparo directo en revisión 3169/2013. 22 de enero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Esta tesis se publicó el viernes 30 de mayo de 2014 a las 10:40 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época, Registro: 160227, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2, Materia(s): Constitucional, Tesis: I.3o.C.1022 C (9a.), Página: 1222.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DEBE PONDERARSE SU PREFERENCIA EN RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ATENTO AL CASO CONCRETO.- De conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

y los tratados internacionales signados por nuestro país, todas las autoridades deben velar por el interés superior del menor, el cual consiste, entre otras cosas, en asegurar a niñas, niños y adolescentes la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar, de forma tal que si bien deben velar porque los menores no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, esto tiene como excepción el interés superior del niño, como puede ocurrir en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres. Ahora, otro principio constitucional lo constituye el de seguridad jurídica, por virtud del cual las sentencias definitivas deben cumplimentarse al ser de orden público e interés general, más aún en tratándose de aquellas emitidas en las controversias del orden familiar. No obstante, tal principio no puede estar por encima del interés superior del menor de existir indicios que permitan advertir que de cumplir con una sentencia -entrega de un menor a uno de sus progenitores- éste se podría ver afectado en su psique y su integridad física, ante la existencia de conductas lesivas realizadas con posterioridad a la sentencia a cumplimentar, pues de resultar ciertos los indicios de violencia, el cumplimiento de la sentencia conllevaría a exponer al menor a todo tipo de peligros desde agresiones físicas como psicológicas o hasta sexuales, que podrían dejar marcas de por vida. Por tanto, si el juzgador de lo familiar tiene conocimiento de cualquier indicio de riesgo que vulnere el interés superior del menor, debe someter el cumplimiento de la sentencia definitiva (seguridad jurídica) a dicho principio, por virtud de lo cual previo a ordenar el cumplimiento de una sentencia se debe allegar de las pruebas necesarias para valorar si se debe cumplimentar o no dicha sentencia. Máxime cuando en materia familiar las resoluciones no causan estado, en virtud de que éstas pueden y deben ser modificadas de existir nuevas situaciones de hecho que pudieran afectar los intereses de los niños.- TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 247/2011. 25 de agosto de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Ariadna Ivette Chávez Romero.

Época: Décima Época, Registro: 160692, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, Materia(s): Civil, Tesis: III.5o.C.186 C (9a.), Página: 622.

DIVORCIO. UN SOLO EVENTO DE MALTRATO PUEDE CONFIGURAR LA CAUSAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR (CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO).- De lo estatuido en el artículo 404, fracción XI, del Código Civil del Estado de Jalisco, en relación con lo dispuesto en el artículo 5o. de la Ley para la Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar de la misma entidad federativa, es válido establecer que la violencia intrafamiliar se actualiza, entre otros supuestos, cuando uno de los integrantes del núcleo familiar tiene conductas violentas y de maltrato que afectan a los demás, lo que se traduce en un comportamiento que por sus características rompe con el ámbito natural de convivencia propicio para el entendimiento, comunicación y desarrollo de los valores necesarios en la formación y perfeccionamiento de la persona a la que se dirige; sin que se requiera para la integración de la causal de divorcio respectiva, la demostración de una serie de actos sucesivos y concatenados, habida cuenta que uno solo puede configurar el supuesto legal si es de tal magnitud que incida en la integridad psicológica de alguno de los miembros de la familia.- QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 712/2010. 24 de febrero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Guadalupe Cabral Parra. Secretaria: Jacqueline Ana Brockmann Cochrane.

Época: Novena Época, Registro: 162020, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: 1a. LXXIX/2011, Página: 234.

PRUEBA PERICIAL EN PSICOLOGÍA EN ASUNTOS SOBRE VIOLENCIA FAMILIAR. SU OBJETO DIRECTO ES CONOCER EL ESTADO PSICOLÓGICO DE LAS PARTES Y NO DEMOSTRAR LOS

HECHOS EN QUE SE SUSTENTA.- Los psicólogos que se desempeñan en la atención y evaluación de los conflictos familiares, caracterizados por situaciones de maltrato o violencia, tienen la tarea primordial de identificar el daño psicológico o moral que presentan las víctimas y realizar un diagnóstico sólido para presentarlo en un informe pericial suficientemente claro, de utilidad para los encargados de impartir justicia. Así, el peritaje psicológico de la violencia en las familias es más que un conjunto de instrumentos destinados a responder a una pregunta requerida por el juez, ya que representa el punto donde se intersectan la psicología y el derecho, porque investiga el mundo afectivo, volitivo y cognitivo de los sujetos involucrados en un litigio para respaldar un saber científico. De ahí que la prueba pericial en psicología no tiene como objeto directo demostrar los hechos de violencia familiar narrados, o las conductas de violencia familiar hechas valer, pues dicha probanza sólo permite conocer la situación psicológica de las partes para determinar, en función de las demás pruebas aportadas, el daño emocional provocado a los miembros de la familia. En ese sentido y dada la naturaleza de dicha probanza, puede servir como prueba directa de la violencia familiar, ya que al tratarse del estado psicológico actual de las personas puede ayudar a concluir si deriva de actos violentos, aun cuando no se mencionen concretamente cuáles fueron.

Amparo directo 30/2008. 11 de marzo de 2009. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.

Época: Novena Época, Registro: 162620, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo xxxiii, Marzo de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: I.5o.C.142 C, Página: 2295

CONTROVERSIAS SOBRE GUARDA, CUSTODIA, VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y CONVIVENCIAS DE MENORES. LOS MIEMBROS DEL NÚCLEO FAMILIAR DEBEN ACATAR LAS ÓRDENES DEL

JUZGADOR EN BENEFICIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS.- El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafos segundo y cuarto al décimo, que tutela los derechos de los miembros del núcleo familiar; y en los artículos 138 Ter, 138 Quáter, 138 Quintus, 138 Sextus, 282, 283, 284, 293, 296, 323, 323 Ter, 323 Quáter y 323 Sextus del Código Civil y 940, 941, 942 y 954 del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, se encuentran reguladas las controversias sobre guarda, custodia, violencia intrafamiliar y convivencias, respecto de los menores de edad, conforme a las cuales se justifica que los miembros del núcleo familiar, unidos por parentesco de consanguinidad, en que se desarrolla el infante, tengan el deber de comparecer a cumplir las órdenes del juzgador en beneficio del interés superior del menor, toda vez que las referidas disposiciones se sustentan en el concepto de que los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir la base de la integración de la sociedad. Por ello, en materia familiar, los vínculos que se establecen entre sus miembros siempre resultan afectados, en mayor o menor medida, por las acciones que despliegan y generan controversias jurisdiccionales, dado que provienen del derecho natural de las personas unidas por consanguinidad; motivo por el cual, las leyes sustantivas y adjetivas otorgan a los juzgadores la facultad de tomar las providencias que estimen pertinentes para mantener las situaciones que beneficien a la familia, como cuando se trata de controversias sobre guarda y custodia de menores, y violencia intrafamiliar, cuyo concepto se explica por sí mismo, dado que pueden causar afectación a todos los miembros de la familia, quienes, ante esta situación, deben recibir tratamientos especializados en beneficio del interés superior de los infantes, en el caso de que convivan con éstos, a fin de sanarlos del daño psicológico que pudieran padecer con motivo de las relaciones familiares.- QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 101/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Francisco Sánchez Planells, secretario en funciones de Magistrado en términos del artículo 26, segundo párrafo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Martín Sánchez y Romero.

Época: Novena Época, Registro: 163814, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo xxxii, Septiembre de 2010, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.836 C, Página: 1263.

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. LA SALIDA DEL ASCENDIENTE DEL DOMICILIO EN QUE SE EJERCERÁ, ES MEDIDA PROVISIONAL QUE PROCEDE DECRETARLA DE OFICIO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).- La medida provisional consistente en la salida del ascendiente al que no le fue otorgada la custodia provisional, del domicilio donde se ejercerá dicha custodia, decretada de oficio, es decir, aunque no haya sido solicitada en forma expresa por la parte apelante, ni fuera materia de los agravios en la apelación no puede considerarse un aspecto ajeno a la litis; porque es un asunto que afecta a la familia, especialmente, los derechos sobre custodia y régimen de convivencia con su progenitor de la menor hija de los contendientes, en términos de lo dispuesto en los artículos 941, 941 Bis, 941 Ter, 953 y 954 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que regulan lo relativo a las medidas provisionales (también conocidas como medidas cautelares o precautorias) que tienden a preservar la familia y proteger a sus miembros. Se trata de un elemento esencial derivado del hecho de que una de las partes manifestó que ha habido violencia familiar y que la Sala del conocimiento estaba obligada a tener en consideración antes de decidir sobre la convivencia con la menor del ascendiente al que no le fue otorgada la custodia provisional, bajo el principio del interés superior de la menor. El análisis que de ese elemento especial se realizó, de ningún modo implica que la Sala responsable se haya excedido en sus funciones, pues además de ser necesaria para resolver de manera provisional el régimen de convivencia de la menor con el ascendiente al que no se le otorgó la custodia provisional, se encuentra plenamente justificada, ya que tiende a preservar la familia y a proteger a sus miembros, y se basa en los elementos al alcance del juzgador para decidir bajo el principio del interés superior de la menor, en especial, la valoración del hecho de que la parte demandada manifestó que ha habido violencia familiar, tal como dispone el artículo 941 Ter del código adjetivo en cita.- TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 112/2010. 13 de mayo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: María Guadalupe Gutiérrez Pessina.

Época: Novena Época, Registro: 164302, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo xxxii, Julio de 2010, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.805 C, Página: 1989.

MENORES DE DOCE AÑOS. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR SU NORMAL DESARROLLO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, APARTADO B, DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).- En términos de la fracción II, apartado B, tercer párrafo, del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, existe la presunción legal de que los hijos menores de doce años deben quedar al cuidado de la madre, salvo que se acredite que sea la causante de violencia familiar o que con ella el desarrollo normal de dichos menores se encuentre en grave peligro. En esta tesitura, para desentrañar el sentido de la frase “desarrollo normal”, debe acudirse a la Convención sobre los Derechos del Niño, de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, instrumento internacional que es de referencia obligatoria cuando se involucra a un menor, de conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precepto fundamental que, incluso, sitúa a esa convención por encima de las legislaciones ordinarias federales y locales. En esta tesitura, del preámbulo del referido instrumento internacional, así como de su artículo 9, punto 1, se advierte que el desarrollo normal de un menor, es aquel que se produce cuando el entorno de éste le permite u otorga la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con una percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás; circunstancias que son posibles cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia, convivencia con sus padres -en tanto ello no le resulte más perjudicial que benéfico-, socialidad, comprensión en razón a sus aptitudes físicas y mentales, libre expresión de sus ideas dentro

del marco de la moral y buenas costumbres, educación, información, desarrollo psicosexual correlativo a su edad, juego y esparcimiento, experiencias estética y artística y las libertades de conciencia y religión; de tal manera que la presunción legal que nos ocupa sólo puede desvirtuarse en el caso en que se acredite la existencia de un peligro inminente de privar al referido menor de alguna de las circunstancias antes descritas.-
TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 79/2010. 8 de abril de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Salvador Andrés González Bárcena.

Novena Época, Registro: 172003, Instancia: Primera Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, xxvi, Julio de 2007, Materia(s): Civil, Tesis: 1a. CXXI/2007, Página: 265.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.- En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

Novena Época, Registro: 168337, Instancia: Primera Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, xxviii, Diciembre de 2008, Materia(s): Civil, Tesis: 1a. CXI/2008, Página: 236.

DERECHOS DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD (CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO).- Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación reiteradamente ha destacado la importancia de tomar en cuenta el interés superior del niño que implica entre otras cosas tomar en cuenta aspectos relativos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, como criterios rectores para la elaboración de normas y aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño, de conformidad con lo establecido en el texto constitucional y la Convención sobre Derechos del Niño. De ahí que de un análisis correlativo entre los artículos 4.96, 4.98 y 4.205 del Código Civil del Estado de México, se entiende que el establecimiento y definición de los derechos derivados de la patria potestad no sólo se refiere al derecho del niño a convivir con ambos padres o su representación legal, sino también se refiere a la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y su custodia, la administración de los bienes y el derecho de corrección.

Amparo directo en revisión 1475/2008. 15 de octubre de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

Novena Época, Registro: 175053, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, xxiii, Mayo de 2006, Materia(s): Civil, Tesis: 1a./J. 191/2005, Página: 167.

MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE.- La suplencia de la queja es una institución cuya observancia deben respetar los Jueces y Magistrados Federales; suplencia que debe ser total, es decir, no se limita a una sola instancia, ni a conceptos de violación y agravios, pues el alcance de la misma comprende desde

el escrito inicial de demanda de garantías, hasta el periodo de ejecución de la sentencia en caso de concederse el amparo. Dicha suplencia opera invariablemente cuando esté de por medio, directa o indirectamente, la afectación de la esfera jurídica de un menor de edad o de un incapaz, sin que para ello sea determinante la naturaleza de los derechos familiares que estén en controversia o el carácter de quien o quiénes promuevan el juicio de amparo o, en su caso, el recurso de revisión, ello atendiendo a la circunstancia de que el interés jurídico en las controversias susceptibles de afectar a la familia y en especial a menores e incapaces, no corresponde exclusivamente a los padres, sino a la sociedad, quien tiene interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor de edad o del incapaz. Se afirma lo anterior, considerando la teleología de las normas referidas a la suplencia de la queja, a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como a los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, que buscan proteger en toda su amplitud los intereses de menores de edad e incapaces, aplicando siempre en su beneficio la suplencia de la deficiencia de la queja, la que debe operar desde la demanda (el escrito) hasta la ejecución de sentencia, incluyendo omisiones en la demanda, insuficiencia de conceptos de violación y de agravios, recabación oficiosa de pruebas, esto es, en todos los actos que integran el desarrollo del juicio, para con ello lograr el bienestar del menor de edad o del incapaz.

Contradicción de tesis 106/2004-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo del Décimo Primer Circuito, Segundo en Materia Civil del Sexto Circuito, Tercero en Materia Civil del Primer Circuito, Cuarto en Materia Civil del Primer Circuito, Segundo en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito (actualmente Segundo en Materia Civil del propio circuito), Primero en Materia Penal del Tercer Circuito, Segundo en Materias Administrativa y de Trabajo del Séptimo Circuito y Cuarto en Materia Civil del Sexto Circuito (actualmente Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del mismo circuito), en contra del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito. 23 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto.

Tesis de jurisprudencia 191/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha treinta de noviembre de dos mil cinco.

Novena Época, Registro: 169457, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, xxvii, Junio de 2008, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. XLV/2008, Página: 712.

MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA.- De la interpretación del artículo 4o., sexto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de aquel precepto y con la Convención sobre los Derechos del Niño, se advierte que el principio del interés superior de la infancia junto con el derecho de prioridad, implican que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de 18 años deben buscar el beneficio directo del infante y del adolescente a quienes van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores. De ahí que para el análisis de la constitucionalidad de una regulación respecto de menores de 18 años, sea prioritario, en un ejercicio de ponderación, el reconocimiento de dichos principios.

Acción de inconstitucionalidad 11/2005. Procurador General de la República. 8 de noviembre de 2007. Mayoría de seis votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel y José Ramón Cossío Díaz. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.

El Tribunal Pleno, el doce de mayo en curso, aprobó, con el número XLV/2008, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a doce de mayo de dos mil ocho.

Novena Época, Registro: 162808, Instancia: Primera Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, xxxiii, Febrero de 2011, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. VII/2011, Página: 615.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EN CASO DE QUE DEBA SER SEPARADO DE ALGUNO DE SUS PADRES, EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO ESTABLECE UN PRINCIPIO FUNDAMENTAL QUE PRIVILEGIE SU PERMANENCIA, EN PRINCIPIO, CON LA MADRE.- La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que el interés superior del menor debe ser criterio rector para elaborar y aplicar las normas en todos los órdenes relativos a su vida y, acorde con ello, responsabiliza por igual al padre y a la madre de satisfacer sus necesidades y la consecución de su desarrollo integral, pues es en el mejor interés del menor que ambos se responsabilicen en igual medida. Sin embargo, el Estado tiene la facultad constitucional de separarlo, en ciertos casos, de alguno o de ambos padres, a fin de brindarle una mayor protección, sin que para ello la Ley Fundamental establezca una regla general para que su desarrollo integral sólo pueda garantizarse cuando permanezca al lado de su madre, pues el juez cuenta con la prerrogativa de valorar las circunstancias particulares para garantizar el respeto a sus derechos. Consecuentemente, si los hombres y mujeres son iguales ante la ley, y en específico, respecto del cuidado y protección de sus hijos, ambos son responsables de velar por el interés superior del menor, resulta claro que, en caso de que deba ser separado de alguno de sus padres, el artículo 4o. constitucional no establece un principio fundamental que privilegie su permanencia, en principio, con la madre.

Amparo directo en revisión 745/2009. 17 de junio de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Rodrigo de la Peza López Figueroa.

Bibliografía

De la Mata Pizaña, F. y Garzón Jiménez, R. (2005). *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*. México: Porrúa.

Ganzenmüller Roig, C., Escudero, J. F., Frigola, J. (1999). *La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*. España: Bosch.

Pérez Duarte y Noroña, A. E. (1997). *Análisis comparativo de la legislación local internacional relativo a la mujer y a la niñez*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

— (mayo-agosto 2001). La violencia familiar, un concepto difuso en el derecho internacional y en el derecho nacional. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 34(101).

Tenorio Godínez, L. (octubre-diciembre 1995). *La suplencia en la deficiencia de la queja en materia familiar; Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, 6(225).

— (2006). *La Suplencia en el Derecho Procesal Familiar. Fuero Común-Fuero Federal*. México: Porrúa.

— (2007). *La Violencia Familiar en la Legislación Civil Mexicana. Teoría y aplicación jurisdiccional*. México: Porrúa.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2010). *Patria potestad*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación (Temas selectos de derecho familiar; 2).

— (2012). *Violencia familiar*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación (Temas selectos de derecho familiar; 3).

Legislación y tratados internacionales

Código Civil Federal.

Código de Procedimientos Civiles Federal.

Código Civil para el Estado de México.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena. (25 de junio de 1993). Recuperado de: <http://www.un.org/es/development/devagenda/humanrights.shtml>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2015). México: Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas.

Convención Americana de los Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (1969). Organización de los Estados Americanos. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para". Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

Convención sobre la Eliminación sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (s.f.). Organización de Naciones Unidas (ONU). Recuperado de: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). ONU. Recuperado de: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

Convención sobre los Derechos del Niño (2006) UNICEF. Recuperado de: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

Declaración de los Derechos del Niño (1959). Asamblea General de la ONU. Recuperado de: <http://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>

Declaración Universal de los Derechos Humanos (2015). México: Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas.

Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

Ley del Adulto Mayor del Estado de México.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA-1999, Prestación de Servicios de Salud. Criterios para la Atención Médica de la Violencia Familiar.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tesis relacionadas

I.3o.C.453 C [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Patria potestad, pérdida de la. En tratándose de la violencia familiar prevista en el artículo 444, fracción III, en relación con el 323 quáter del código civil para el distrito federal, no resulta necesario señalar las circunstancias de modo, tiempo y lugar para que se actualice, basta con que se invoque y demuestre el ambiente de violencia. (Febrero 2004). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 19. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 1095 (tesis aislada).

1ª./J. 191/2005 [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Menores de edad o incapaces. Procede la suplencia de la queja, en toda su amplitud, sin que obste la naturaleza de los derechos cuestionados ni el carácter del promovente. (Mayo 2006). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 23. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 167.

P. XLV/2008 [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Menores de dieciocho años. El análisis de una regulación respecto de ellos debe hacerse atendiendo al interés superior y a la prioridad de la infancia. (Junio 2008). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 27. México: Suprema Corte de la Justicia de la Nación, p. 712 (tesis aislada).

I.3o.C.699 C [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Patria potestad. Procede si pérdida aun cuando se cumpla con la obligación de dar alimentos, si se abandona al menor y se dejan de cumplir las obligaciones de tipo moral, ético y afectivo que influyen en su desarrollo integral, pues dicha omisión genera un tipo de violencia emocional que debe ser sancionada. (Septiembre 2008). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 28. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 1380 (tesis aislada).

1a. CXI/2008 [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Derechos derivados de la patria potestad (Código Civil del Estado de México). (Diciembre 2008). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 28. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 236 (tesis aislada).

I.3o.C.805 C [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Menores de doce años. Qué debe entenderse por su normal desarrollo (interpretación de la fracción II, apartado b, del artículo 282 del Código civil para el Distrito Federal (Julio 2010). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 32. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 1983 (tesis aislada).

I.3o.C.836 C [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Guarda y custodia de menores de edad. La salida del ascendiente del domicilio en que se ejercerá, es medida provisional que procede decretarla de oficio (legislación del Distrito Federal). (Septiembre 2010). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 32. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 1263 (tesis aislada).

1288 [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Menores de edad. El juez está obligado, aun de oficio, a escucharlos en cualquier juicio donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia, así como al Ministerio Público de la adscripción, teniendo en cuenta la facultad que tiene de valerse de cualquier medio a fin de salvaguardar el interés superior de aquéllos (legislación del Estado de Veracruz). (2011). *Apéndice de 2011*, 5(Civil 2). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 1441 (tesis de jurisprudencia).

1a. VII/2011 [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Interés superior del menor. En caso de que deba ser separado de alguno de sus padres, el artículo 4o. de la Constitución Federal no establece un principio

fundamental que privilegie su permanencia, en principio, con la madre. (Febrero 2011). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 615 (tesis aislada).

I.5o.C.142 C [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Controversias sobre guarda, custodia, violencia intrafamiliar y convivencias de menores. Los miembros del núcleo familiar deben acatar las órdenes del juzgador en beneficio del interés superior de aquéllos. (Marzo 2011). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 33. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 2295 (tesis aislada).

1a.LXXIX/2011 [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Prueba pericial en psicología en asuntos sobre violencia familiar. Su objeto directo es conocer el estado psicológico de las partes y no demostrar los hechos en que se sustenta. (Mayo 2011). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 23. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 622 (tesis aislada).

III.5o.C.186 C (9a.) [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Divorcio. Un solo evento de maltrato puede configurar la causal de violencia intrafamiliar (código civil del Estado de Jalisco). (Noviembre 2011). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 1(2). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 622 (tesis aislada).

I.3o.C.1022 C (9a.) [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Interés superior del menor. Debe ponderarse su preferencia en relación con otros principios constitucionales atento al caso concreto. (Marzo 2012). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 2(6). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 1222 (tesis aislada).

I.9o.P.10 P (10a.) [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Violencia familiar. El artículo 200, Fracción II y párrafo segundo, del código penal para el Distrito Federal, que contempla dicho delito contra las personas señaladas en ella y la sanción respectiva no viola el derecho fundamental de igualdad consagrado en los artículos 1o. y 13 de la Constitución Federal. (Septiembre 2012). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 3(12). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 2094 (tesis aislada).

1a./J. 138/2012 (10a.) [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Divorcio necesario. En la segunda instancia procede la suplencia de la queja

deficiente a favor de los menores de edad, de las víctimas de violencia familiar y a falta de los primeros, a favor de la familia misma (Legislación del Estado de Tlaxcala). (Febrero 2013). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1(17). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 450 (Tesis de jurisprudencia).

1a. XXXI/2014 (10a.) [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Guarda y custodia de los menores de edad. El artículo 282, apartado b, fracción 11, tercer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal, interpretado a la luz del interés superior de los menores y del principio de igualdad previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es constitucional. (Febrero 2014). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1(3). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 656 (Tesis aislada).

1a. CCIX/2014 (10a.) [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Violencia familiar. La discriminación en contra de un menor de edad puede constituir una forma de aquélla. (Mayo 2014). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1(6). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 564 (tesis aislada).

I.9o.P.58 P (10a.) [Suprema Corte de Justicia de la Nación]. Violencia familiar. En este delito, los adultos mayores, en atención, a su edad, son sujetos en condiciones de vulnerabilidad (Legislación del Distrito Federal). (Septiembre 2014). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 3(10). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 2651 (tesis aislada).

La incorporación de datos personales al proceso penal

María Ángeles Pérez Cebadera*

El art. 18.4 de la Constitución española (en adelante, CE), dispone que: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. El derecho fundamental a la protección de datos, señala la STC 292/2000:

El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidos de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin.

Derecho que es más amplio que el derecho a la intimidad porque “el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal” (art. 18.1 CE) y, además, añade el Tribunal Constitucional que

* Facultad de Derecho, Universitat Jaume I de Castellón, España.

El derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (STC 254/1993, F. 7).

Expuesto lo anterior, y dado que la cuestión de la protección de datos plantea muchas cuestiones en la práctica, en este trabajo nos centraremos en analizar si, de conformidad con la legislación vigente, es necesario o no autorización judicial para que la Policía Judicial pueda solicitar al titular de un fichero automatizado la cesión de datos personales con la finalidad de investigar un presunto hecho delictivo. Concretamente, ¿pueden los efectivos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solicitar directamente que un tercero le comunique datos que se hallen en su poder, sin previo consentimiento del titular de los mismos cuando expresamente no exista una Ley que exija autorización judicial?¹

¹ Como afirma Frías Martínez: “La policía puede acceder a cualquier dato de carácter personal por la vía del art. 22 LOPD de forma directa o por la vía indirecta del artículo 11.2d del mismo cuerpo legislativo [...] aquellos supuestos en los que existe una previsión legal que lo impide, previsión legal que debe ser considerada conforme al principio de especialidad. Nos referimos, y con carácter *apertus*, a la previsión de los artículos 3 y 4 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones que exige autorización judicial, y a la referente a Ley 41/2002, de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica que exige que sea autoridad judicial” (2014).

Y también el art. 66 de la Ley General de la Seguridad Social, RDL 1/1994 de 20 de junio, cuyo pues apartado 1. a) prevé que: “Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión o comunicación tenga por objeto: a) La investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público o la Administración de la Seguridad Social”.

Señala el citado autor que en este caso, sería preceptiva habilitación fiscal o judicial

En España, la respuesta a este interrogante la encontramos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), en lugar de en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es dónde debería estar regulado. Así, de conformidad con el art. 3.i) de la LOPD, se debe entender como “cesión” “toda revelación de datos realizada a persona distinta del interesado”. Revelación o comunicación de datos que debe realizarse por el titular del fichero previo consentimiento del titular de los datos (art. 11.1 LOPD), salvo que éste no sea necesario porque se dé alguno de los supuestos previstos en el art. 11.2 LOPD². Precisamente, como analizaremos a continuación, es el apartado

para acceder a los ficheros de la Seguridad Social. Deberíamos añadir, en nuestra opinión, el art. 95 de la Ley General Tributaria (1. Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto: “a) La colaboración con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada”). Al igual Frías Martínez, consideramos que a pesar de que la AEDP entiende que en estos casos, la Policía Judicial es un mero transmisor en virtud de lo dispuesto en el art. 547 LOPJ. En efecto, en estos casos, hacemos extensivo la interpretación que realiza del art. 66 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), que toda cesión de datos supone una injerencia en la privacidad de la persona: “debemos entender que el legislador ha querido expresamente limitar el conocimiento o el acceso a sus archivos de Seguridad Social únicamente al fiscal o al juez. Lo que en la práctica supone que el juicio de proporcionalidad en el que se pondere el derecho fundamental limitado y el resultado producido se haga por expertos en Derecho y no solo por la policía” (2014).

² Este artículo menciona: “a) Cuando la cesión está autorizada en una ley.

b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.

c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.

d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.

e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica”.

11.2 d), que prevé que no es necesario que el titular de los datos preste su consentimiento “cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario [...] el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales”, el que se utiliza para legitimar la actuación de la Policía Judicial cuando realiza una injerencia en el derecho a la protección de datos, pero como veremos, no sólo en ese artículo sino también en el art. 22 LOPD, disposición que regula el régimen jurídico de los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no la cesión por terceros.

Se debe señalar que al inicio de esta legislatura³ la Propuesta de Código Procesal que se presentó por una comisión de expertos (acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo, BOE de 13 marzo)⁴, preveía (en los artículos 353-355), la “incorporación de datos automatizados al proceso”, pero en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica⁵, que está en este momento en tramitación parlamentaria, sólo se prevé la incorporación de los datos que obren en archivos automatizados de los prestadores de servicios, es decir, sólo regula la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados. En el Proyecto no se prevea ninguna disposición que regule la incorporación al proceso penal de los datos personales automatizados y sólo se refiera a la cesión de los datos procedentes de las telecomunicaciones.

En este sentido, se afirma en la Exposición de motivos que:

En la investigación de algunos hechos delictivos, la incorporación al proceso de los datos electrónicos de tráfico o asociados, puede

³ En la actualidad la Propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2012, está sometida a información pública y debate.

⁴ En la actualidad la Propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2012, está sometida a información pública y debate.

⁵ Proyecto que como señala su Exposición de Motivos afronta, entre otras cuestiones, la necesidad de regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito del derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a los datos personales garantizados en la Constitución.

resultar de una importancia decisiva. La reforma acoge el criterio fijado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, e impone la exigencia de autorización judicial para su cesión a los agentes facultados. Su incorporación al proceso solo se autoriza cuando se trate de la investigación de un delito que, por razones vinculadas al principio de proporcionalidad, sea de los que justifican el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones.

1. La policía judicial

Al hablar de Policía Judicial es necesario delimitar qué se debe entender por Policía Judicial. El art. 126 CE dispone que: “La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”, disposición que ha sido desarrollada por los arts. 547 a 550 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), por Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 29 a 36), y por el RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

En este sentido, el art. 282, I LECRIM establece que “la Policía Judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial”. Y, el art. 547 LOPJ dispone que la función de la Policía Judicial compete a “todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central o como de las Comunidades Autónomas o de los entes locales, dentro de sus respectivas competencias”⁶.

⁶ El art. 2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece que “son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación. b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas. c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales”.

De la lectura de la normativa expresada se extrae que, aunque todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad son considerados Policía Judicial, puesto que a todos se les atribuye con independencia de su naturaleza y dependencia, la potestad y el deber de realizar por propia iniciativa “actuaciones encaminadas a la averiguación de delitos o descubrimiento de delincuentes” (LOPJ, art. 547)⁷. En este sentido, señalaba el Preámbulo del 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, que:

La propia delimitación y fijación del concepto de Policía Judicial que, lejos de tener un significado único o monovalente, se presta a interpretaciones dispares. Por ello, se ha tratado de deslindar la consideración funcional general que refleja el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de lo que debe ser una conceptualización moderna de la Policía Judicial como policía científica que requiere la aplicación de principios de unidad orgánica y, sobre todo, de especialización. Consecuentemente con estos criterios de unidad y especialización se ha centrado la regulación alrededor de lo que el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, denomina Unidades Orgánicas de Policía Judicial, integradas bien por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, bien por miembros de la Guardia Civil, pero, en cualquier caso, presididos por principios de permanencia, estabilidad, especialización y estricta sujeción o dependencia funcional respecto de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal.

2. Policía judicial y cesión de datos

Expuesto lo anterior, el interrogante que se plantea es ¿pueden los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solicitar al titular de un fichero automatizado datos de una determinada persona para el esclarecimiento de un hecho delictivo? O dicho de otro modo ¿abarca la función general de policía judicial (investigar un delito) que debe

⁷ Al respecto, es importante recordar el art. 4 del RD 769/1987: “practicarán por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren relacionados con su ejecución, dando cuenta de todo ello en los términos legales a la Autoridad Judicial o Fiscal, directamente o a través de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial”.

desempeñar cualquier miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda solicitar de un tercero que tenga datos que sean relevantes para una investigación penal sin autorización judicial o requerimiento del Ministerio Fiscal? En mi opinión, no. Los datos de una persona están protegidos por el derecho fundamental a la protección de datos o de libertad autoinformativa (CE, 18.4), y la LOPD expresamente exige el consentimiento del titular de los datos salvo, las excepciones que prevé en su art. 11, concretamente en su apartado d) señala que no será preciso el consentimiento cuando el destinatario sea “el Ministerio Fiscal o los Jueces”, no se refiere a la Policía Judicial.

Sin embargo, la Agencia Española de Protección de Datos⁸ (en adelante, AEDP) no lo ha entendido así y ha realizado una interpretación extensiva de “destinatario”, como se expondrá a continuación. Por un lado, la AEDP distingue entre “aquellas actuaciones de la Policía Judicial (Informe 0297/2005) que son llevadas a cabo en cumplimiento de un mandato judicial o de un requerimiento del Ministerio Fiscal de aquéllas otras que se cabo por propia iniciativa o a instancia de superior jerárquico”⁹.

Proceso penal incoado o diligencias informativas iniciadas

En el primer caso, considera que el artículo que les habilita es el art. 11.2 d) LOPD, porque en ese supuesto, los miembros de la Policía Judicial son meros transmisores. No es que exista una autorización expresa para solicitar los datos al titular de un fichero sino que se entiende que en el mandato general de investigar se comprende la posibilidad de que solicitar datos personales, es decir, se interpreta que ese mandato general de investigación da cobertura a la solicitud de cesión de datos.

En consecuencia, a pesar de que el art. 11.2 d) LOPD, sólo dispone que no será necesario que el titular del fichero recabe el consentimiento del titular

⁸ La Agencia de Protección de Datos es un órgano público de carácter autónomo que, conforme al art. 37.1.a) de la LO 15/1999, 13 de diciembre, tiene por misión “velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos”.

⁹ Los Informes se pueden consultar en el apartado *Resoluciones y Documentos* en <https://www.agpd.es>

de los datos cuando quien los solicita sea el “*Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales...*”, la AEPD ha interpretado que dicho precepto abarca a los miembros de Fuerzas o Cuerpos de Seguridad cuando ejercen funciones de Policía Judicial, pues de conformidad al art. art. 549.1.a) LOPJ *in fine*, tienen la obligación de poner en conocimiento del juez o el fiscal lo que hayan averiguado en relación con la presunta comisión de un hecho delictivo. Conforme a esta interpretación el art. 11.2 d) se refiere sólo a supuestos en los que se hubiera incoado un proceso penal o iniciado unas diligencias informativas por el Ministerio Fiscal, puesto que, en ambos supuestos es cuando entran en funcionamiento las unidades orgánicas de la Policía Judicial y se les encomienda una investigación concreta, actuando bajo la dirección de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal. Por tanto, en el curso de una investigación concreta iniciada por el Ministerio Fiscal o por un juez, será innecesario que los miembros de la Policía Judicial soliciten una autorización o requerimiento, pudiendo directamente los agentes de la Policía Judicial solicitar los datos personales de una persona, al entender que en este supuesto la solicitud de datos que pueden hacer los miembros de la unidad orgánica está amparada en la orden general de investigación que el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal realiza para que aquéllos investiguen unos determinados hechos presuntamente delictivos, no siendo por tanto necesario una autorización judicial en la que se pondere la necesidad de limitar el derecho fundamental de la persona investigada.

Investigación preprocesal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

En el segundo supuesto, la AEDP ha venido interpretando que cuando los efectivos de la Policía Judicial solicitan la cesión de datos están ejerciendo las funciones de averiguación del delito y detención del responsable que se le reconoce a cualquier miembro de la Policía Judicial. Y que, por tanto, es el art. 22 LOPD el que les habilita.

Afirma la AEDP que la cesión de datos de carácter personal a los efectivos de los Policía Judicial que la solicitan en el ejercicio de sus actividades está amparado por el art. 22. 2 de la LOPD, porque éste “habilita a los miembros de la Policía Judicial para la obtención y tratamiento de los datos”, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones:

- a) Que quede debidamente acreditado que la obtención de los datos resulta necesaria para la prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales y que, tratándose de datos especialmente protegidos, sean absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta.
- b) Que se trate de una petición concreta y específica, al no ser compatible con lo señalado anteriormente el ejercicio de solicitudes masivas de datos.
- c) Que la petición se efectúe con la debida motivación, que acredite su relación con los supuestos que se han expuesto.
- d) Que, en cumplimiento del artículo 22.4 de la Ley Orgánica 15/1999, los datos sean cancelados “cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento (Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, 0297/2005).

Parece que la AEDP interpreta que cuando el art. 22.2 LOPD establece que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden recoger y tratar, sin consentimiento del titular, datos para “la represión de infracciones penales”, considera que se refiere a la obtención de datos para la investigación de la comisión de un presunto hecho delictivo, pero lo cierto es que lo que establece el citado artículo es la recogida y tratamiento de los datos para “ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto”, es decir, se trata de la recopilación de datos para “represar” infracciones penales, no para investigar una infracción presuntamente cometida, que es distinto. Es más, añade la AEDP que dado que conforme al art. 549.1 a LOPJ, los miembros de la Policía Judicial tienen la obligación de dar cuenta inmediata de los datos que hayan obtenido a la Autoridad Judicial o Fiscal, la cesión de datos solicitada por los efectivos de la Policía cuando no se haya incoado un proceso penal o unas Diligencias Informativas por el Ministerio Fiscal también estaría amparada por el art. 11.2 d) LOPD. No podemos compartir este argumento dado que el citado art. 549 LOPJ se refiere a las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial, no a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por otro lado, resulta llamativo que de conformidad con el Informe de AEDP, la Policía Judicial pueda solicitar el acceso a datos “especialmente protegidos”, que conforme al art. 7 LOPD exige consentimiento del titular,

cuando según la Policía “sean absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta”.

En definitiva, considera la AEDP que en tanto que la solicitud de cesión de datos por los efectivos de la Policía Judicial es para averiguar un delito o para proceder a la detención del responsable y el ejercicio de esta función se atribuye con carácter general a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el titular de la bases de datos tendrá que comunicar la información que se le solicite, porque dicha cesión está amparada bien por aplicación del artículo 11.2 d), bien del artículo 22 de la Ley Orgánica 15/1999, si bien, aunque en último caso, la solicitud deberá cumplir las condiciones señaladas anteriormente (Informe 0297/2005; 0133/2008; 0010/2014).

Así pues, con la interpretación de la AEDP, los miembros de la Policía Judicial, que por cierto no son sólo los efectivos de la Policía sino todos los recogidos en el art. 283 LECRIM, pueden siempre solicitar que un tercero les ceda los datos y éste deberá comunicárselos, salvo cuando expresamente una ley exija autorización judicial. Resulta incoherente, con esta interpretación, que la LOPD previese expresamente un artículo que regulase la cesión de datos, el art. 11, cuya regla general es que la cesión vaya precedida del oportuno consentimiento, salvo determinados excepciones. Parece olvidarse que el art. 22.2 LOPD lo que regula es la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tengan sus propias bases de datos automatizadas y cómo pueden dotarlas de contenido y con qué finalidad, pero del citado artículo no se puede extraer, salvo realizando la interpretación extensiva que ha realizado la AEDP que, por cierto, no se conjuga bien con la protección que merecen los derechos fundamentales, que ese artículo sea el que les permita obtener datos para la investigación de un hecho penal concreto, no la prevención del mismo.

En nuestra opinión, siempre que pueda considerarse proporcionada para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, podría la Policía Judicial ampararse en el art. 22 LOPD, pero nunca con carácter puramente prospectivo, como manifiesta el Tribunal Supremo:

Esa capacidad de recogida de datos que la LO 15/1999, 13 de diciembre, otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado,

no puede, desde luego, servir de excusa para la creación de un régimen incontrolado de excepcionalidad a su favor. Pero tampoco cabe desconocer que la recogida de ese dato en el marco de una investigación criminal—nunca con carácter puramente exploratorio—, para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede reputarse proporcionada, necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional. También parece evidente que esa legitimidad que la Ley confiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado nunca debería operar en relación con datos referidos al contenido del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) o respecto de datos susceptibles de protección por la vía del art. 18.4 de la CE que afectaran a lo que ha venido en llamarse el núcleo duro de la privacidad o, con la terminología legal, los datos especialmente protegidos (art. 7.2 LO 15/1999) (STS 249/2008, de 20 de mayo).

Por ello, parece necesario que salvo en los casos de especial gravedad, sea la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal, en su caso, a los que la Ley de Enjuiciamiento Criminal les encomienda la investigación penal los que controlen las peticiones que les dirijan los agentes de la policía y autoricen o rechacen tales solicitudes de conformidad con lo previsto en el art. 11 de la LOPD.

3. Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados: la diferencia entre obtención u acceso y cesión de datos

En este apartado, nos vamos a referir a la cesión de los datos que obran en las bases de datos automatizadas de los operadores de telecomunicaciones, como consecuencia de la obligación que les impone la Ley 25/2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, de conservar durante un período “doce meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación” (art. 5), los datos generados o tratados por los mismos en el curso de una comunicación, teniendo en cuenta que “se excluye del ámbito de aplicación de esta Ley el contenido de las comunicaciones electrónicas, incluida la información consultada utilizando una red de comunicaciones electrónicas” (art.1.3). Datos que de conformidad con el art. 6.1 de la Ley 25/2007, sólo podrán ser cedidos previa autorización judicial. Por

tanto, no haremos referencia a la cesión de datos que se generen como consecuencia de una comunicación que esté siendo intervenida por autorización judicial, es decir, sólo analizaremos las cuestiones que se han generado en la práctica con ocasión del acceso y cesión de datos de una comunicación ya realizada.

Compartimos la opinión de Marchena Gómez cuando señala que aunque se ha censurado por parte de la doctrina más autorizada la necesidad de autorización judicial, porque los datos a los que nos estamos refiriendo no son de una comunicación en curso, protegidos en ese caso por el art. 18.3 CE (derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones), sino de una comunicación ya finalizada, ello “no debería servir de excusa para retroceder en las garantías ya obtenidas frente a los poderes públicos” (p 13).

Como señalábamos anteriormente, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el Fortalecimiento de las Garantías Procesales y la Regulación de las Medidas de Investigación Tecnológica establece que:

En la investigación de algunos hechos delictivos, la incorporación al proceso de los datos electrónicos de tráfico o asociados, puede resultar de una importancia decisiva. La reforma acoge el criterio fijado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, e impone la exigencia de autorización judicial para su cesión a los agentes facultados. Su incorporación al proceso solo se autoriza cuando se trate de la investigación de un delito que, por razones vinculadas al principio de proporcionalidad, sea de los que justifican el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones.

Previsión que se desarrolla en el art. 588 ter j, que establece la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados, señalando que:

1. Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por

motivos comerciales o de otra índole, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.

2. Cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación, se solicitará del juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precisen la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión.

Por lo que no se entiende por qué art. 588 ter m., en cambio dispone que no será necesaria previa autorización judicial cuando la Policía o el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de sus funciones, requiera conocer la titularidad de un número de teléfono o cualquier otro medio de comunicación o, a la inversa, el número de teléfono o los datos que identifiquen cualquier medio de comunicación, sino que podrá solicitarlo directamente a los proveedores de servicios. Resulta contradictorio con lo previsto en el art. 588 ter j, puesto que tanto los datos que permiten conocer a un titular como los datos que posibilitan identificar un terminal, son datos electrónicos a los que se debe aplicar lo dispuesto en el citado art. 588 ter j¹⁰.

Por otro lado, resulta necesario en este apartado referirnos a cuándo la Policía Judicial puede acceder por sí misma a una dirección IP, al IMSI o IMEI y cuando requerirá autorización judicial para conocer esos datos. En relación con esta cuestión, la doctrina del Tribunal Supremo ha sentado los principios que establecen la diferencia entre obtención del IMSI y la cesión de ese dato por las operadoras de servicios (principios que se podrán aplicar a cualquier código de identificación del aparato a través del cual se realiza la comunicación), cuando se le planteó el interrogante de si el

¹⁰ Disposición que, por cierto, no estaba recogido en el Anteproyecto que se presentó en diciembre de 2014. Establece el citado art. 588 ter m que: “cuando, en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación; o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia”.

IMSI estaba comprendido en el derecho al secreto de las comunicaciones y por tanto, su obtención exigía autorización judicial o si por el contrario es un dato personal protegido por el art. 18.4 CE.

El IMSI (*International Mobile Subscriber Identity*) es un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, representado por una serie de algoritmos, que se integra en la tarjeta Sim y que permite su identificación a través de las redes Gsm y Umts, por lo que, añade el Tribunal el “Imsi integra uno de los diferentes datos de tráfico generados por la comunicación electrónica”, pero “ajeno al contenido de la comunicación propiamente dicho” (STS 249/2008, 20 de mayo).

El Tribunal Supremo consideró que de entre todos los datos de tráfico que se generan con ocasión de una comunicación telefónica exigen autorización judicial conforme al art. 18.3 CE “los datos indicativos del origen y del destino de la comunicación, del momento y duración de la misma y, por último, los referentes al volumen de la información transmitida y el tipo de comunicación entablada”, añadiendo que “la información albergada en la serie IMSI, desde luego, no participa de ninguna de esas características” (20 de mayo).

Ahora bien, el Tribunal Supremo, después de negar que el IMSI fuera un dato que integrase el derecho al secreto de las comunicaciones, afirmó que la numeración IMSI “es integrable en el concepto de dato personal, por cuanto que mediante su tratamiento automatizado y su interrelación con otros datos en poder del operador puede llegar a obtenerse, entre otros datos, la identidad del comunicante, obligado resulta precisar el régimen jurídico de su cesión y, sobre todo, el de su aprehensión mediante acceso”. Por tanto, si la Policía desea que la operadora de servicio le comunique un determinado IMSI (dato que tiene la obligación de conservar conforme al art. 3 de la citada Ley 25/2007), tendrá que solicitar autorización judicial (art. 6).

Pero, la siguiente cuestión que se plantea es ¿puede la Policía obtener el IMSI a través de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes? No se trata de su

cesión por las operadoras sino que la pregunta es si pueden legítimamente obtenerlo sin necesidad de autorización previa. Pues bien, afirmaba el Tribunal Supremo que la Ley 25/2007, aunque establece un casuístico régimen jurídico de conservación y cesión por los proveedores de servicios de los datos de las comunicaciones electrónicas, “no aborda la regulación de su recogida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no desde los ficheros automatizados que obran en poder de los prestadores de servicio, sino desde el propio teléfono celular” (STS 249/2008, 20 de mayo). Por ello, considera que la respuesta a la cuestión de si pueden captar el IMSI sin autorización judicial se halla en el art. 22 LOPD y, afirma que al no ser el IMSI ni un dato especialmente protegido (art. 7 LOPD) ni integrar el concepto de comunicación, los agentes de la Policía podrán captar o recoger el IMSI, utilizando el IMSICATCHER u otros medios, sin autorización judicial, pero como “ese número de identificación sólo expresa una serie alfanumérica incapaz de identificar, por su simple lectura, el número comercial del abonado u otros datos de interés para la identificación de la llamada. Para que la numeración IMSI brinde a los investigadores toda la información que alberga, es preciso que esa serie numérica se ponga en relación con otros datos que obran en poder del operador” y, en ese momento sí será necesario que la policía solicite autorización judicial para que la operadora le ceda los datos que obran en su poder. Como señala el TS:

Es entonces cuando las garantías propias del derecho a la autodeterminación informativa o, lo que es lo mismo, del derecho a controlar la información que sobre cada uno de nosotros obra en poder de terceros, adquieren pleno significado. Los mismos agentes de Policía que hayan logrado la captación del IMSI en el marco de la investigación criminal, habrán de solicitar autorización judicial para que la operadora correspondiente ceda en su favor otros datos que, debidamente tratados, permitirán obtener información singularmente valiosa para la investigación. En definitiva, así como la recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí impondrá el control jurisdiccional de su procedencia (20 de mayo)¹¹.

¹¹ La STS 79/2011 de 15 febrero, añadía que “Es posible obtener el Imsi de un teléfono móvil mediante un aparato especial que simula el comportamiento de la red GSM y

La doctrina que se proclama en la citada sentencia del Tribunal Supremo es la que ha aplicado también en los casos que se han planteado sobre el IMEI¹² (*International Mobile Equipment Identity*), y la dirección IP. Como señala Marchena Gómez:

La consolidación en la jurisprudencia de la doctrina proclamada por esa sentencia (STS 249/2008), permite ver en ella una regla inspiradora de un futuro régimen jurídico llamado a la regulación del acceso e incorporación de la numeración IMSI al proceso penal. Sus principios inspiradores han de estar presentes también, con la obligada adaptación a su singular naturaleza, en la normas de identificación mediante IMEI, IP y, en general, cualquier otro código de identificación del aparato o de cualquiera de sus componentes (p. 13).

con el que inicia un diálogo de forma equivalente al que se sigue en la infraestructura de red de un operador móvil cuando se enciende el móvil o se cambia de célula de cobertura. Para ello es preciso que el aparato se utilice en las proximidades del teléfono que se desea investigar.

c) La doctrina especializada suele entender que el IMSI, desde el punto de vista pericial, equivale a una labor de vigilancia convencional, en la que se determina con quién se encuentra el vigilado, con quién habla, por dónde se desplaza o qué objetos toca; o bien cuál es el domicilio de una persona, para cuya entrada y registro, conocido tal dato, se solicitará en su momento el pertinente mandamiento judicial.

Se señala, también, que el IMSI equivale al número de serie de la SIM, o la dirección MAC de un interfaz de red, por lo que difícilmente puede ser considerado incluso como un dato de carácter personal. Otro identificativo asociado al teléfono móvil es el IMEI o *International Mobile Equipment Identity* (Identidad Internacional del Equipo Móvil), que identifica con su número de serie al equipo. Se puede conocer tecleando "asterisco, almohadilla, 06, almohadilla", y pulsando la tecla verde "llamar".

Tanto con el IMSI como con el IMEI se dispone de información suficiente como para poder solicitar la autorización judicial de identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones".

¹² "Y en relación con las objeciones que se realizan en orden al conocimiento del IMEI por parte de la Policía sin autorización judicial y su posterior relación con un número de línea telefónica, sobre el que se dice que no existió autorización judicial, tenemos que expresar que, en cuanto a la primera cuestión, la STS -2ª- 249/2008, de 20 mayo y las SSTs -2ª- 79/2011, de 15 febrero; 40/2009, de 28 enero y 777/2008, de 18 noviembre, efectúan precisiones sobre el IMEI y el IMSI, entre las que destacan que la policía no necesita autorización judicial para conocer el mismo durante una investigación criminal pero sí cuando además del IMEI se pretendan obtener datos de tráfico asociados al mismo mediante su cesión por los operadores" (STS 459/2014, 4 de junio).

De hecho, así se ha entendido por el legislador, pues en el Proyecto de modificación de la LECRIM, el art. 588 ter k (identificación mediante IP), señala:

Cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 ter e, la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso” y el art. 588 ter l (Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes): 1. Siempre que en el marco de una investigación no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y este resulte indispensable a los fines de la investigación, los agentes de Policía Judicial podrán valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones.

2. Una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, podrán solicitar del juez competente la intervención de las comunicaciones en los términos establecidos en el artículo 588 ter d. La solicitud habrá de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la utilización de los artificios a que se refiere el apartado anterior. El tribunal dictará resolución motivada concediendo o denegando la solicitud de intervención en el plazo establecido en el artículo 588 bis c.

Conclusiones

No obstante el art. 11 de la LOPD expresamente establece como principio general que será necesario el consentimiento del titular para ceder los datos que sobre su persona obren en un fichero automatizado, salvo cuando la

autoridad judicial o el Ministerio Fiscal los solicite (art. 11.2 d) LOPD), se ha venido interpretando por la AEDP que dichos datos pueden ser cedidos directamente a la Policía Judicial, cuando existe un proceso penal incoado o una investigación penal dirigida por el Ministerio Fiscal, al considerar que, en ese caso, los agentes de la Policía son meros transmisores e, incluso ha interpretado que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están legitimados para obtener los datos personales cuando está realizando una investigación preprocesal, que puede no acabar en atestado, en virtud del art. 22 LOPD. La obtención de datos supone una injerencia en el derecho fundamental a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE), por lo que sería adecuado realizar una interpretación restrictiva del art. 11 LOPJ, artículo que, por cierto, es el que se refiere a la cesión de datos y no prevé la cesión sin consentimiento a la Policía Judicial sino a los Jueces o al Ministerio Fiscal, que no dependen del Poder Ejecutivo.

Bibliografía

Agencia Española de Protección de Datos Personales. Resoluciones y Documentos. Recuperado de: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/index-ides-idphp.php>

Frías Martínez, E. (Julio 2004). El acceso a los datos de carácter personal por la Policía. Referencia a los datos de la Seguridad Social. *Noticias Jurídicas*. Recuperado de: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4785-el-acceso-a-los-datos-de-caracter-personal-por-la-policia-referencia-a-los-datos-de-la-seguridad-social/>

Marchena Gómez, M. (2013) Proceso penal: nuevos problemas, viejas soluciones. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 10, pp. 1-16.

La incorporación de datos personales automatizados al proceso penal

Diana Leticia Gutiérrez Ferreyra* y Ricardo Eloy Roberto Gutiérrez García**

En los Estados Unidos Mexicanos, la incorporación de datos personales automatizados al proceso penal debe rastrearse en la Constitución Política, la cual también regula el manejo y protege los datos personales, particularmente en los artículos 6 y 16. Tal incorporación se da hasta la segunda década del siglo XXI, en la cual se consensan las voluntades de los actores políticos para realizar las reformas constitucionales correspondientes que protejan la información, ya que anteriormente no existía en el derecho positivo del país y ni había fundamento legal que protegiera al particular sobre el mal uso de datos personales por parte de instituciones oficiales o privadas. Tampoco, no había protección para aquellos casos en los cuales la información era robada o vendida. De tal modo, no había reglamentación sobre la incorporación de datos personales automatizados en el proceso penal, pero puede afirmarse que no era una práctica usada en los juzgados.

Es pertinente entender las distintas transformaciones de estos artículos desde su antecedente directo, la Constitución Política de 1857. Ésta es el punto donde iniciaremos el análisis de las reformas de tales artículos y leyes que también permiten regular los datos personales y su ocasional incorporación o no al proceso penal, usando los métodos y técnicas automatizados que la ciencia y la tecnología actuales ponen a nuestro alcance. Asimismo, revisaremos la redacción de los citados artículos en la Constitución de 1917, continuando con las reformas al artículo 6

* Egresada de Posgrado, Instituto Superior Concordia, Toluca.

** Facultad de Derecho, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca.

Constitucional; esto permitirá analizar la reforma constitucional en materia penal de 2008, la del artículo 73; y seguiremos con la nueva reforma al artículo 16^{to}, la reforma constitucional en telecomunicaciones impulsada actualmente, así como la reforma constitucional del artículo 73 fracción xxi, para llegar a la legislación actual, dentro de lo cual, podemos analizar el Código Nacional de Procedimientos Penales y poder enunciar las excepciones al principio de no incorporación automática de datos personales en el procedimiento penal mexicano, la incorporación de realizar un registro electrónico de las audiencias y las características de las notificaciones.

1. Constitución de 1857

El 5 de febrero de 1857, se publica la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la cual, el artículo 6 contemplaba: “La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque a algún crimen o delito, o perturbe el orden público” (Tena, 1978). Por el avance de la técnica, la incorporación de datos automatizados, no era considerado un tema prioritario de relevancia que ameritara ser incluido en nuestra legislación fundamental, razón por la cual, no tuvo ninguna mención en el citado artículo 6º.

En este caso, la incorporación de datos automatizados no era considerada un tema prioritario que ameritara ser incluido en nuestra legislación fundamental.

Con respecto al artículo 16 a la letra decía:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata (1978).

Este artículo tomo como aspectos fundamentales y de trascendencia, consagrar la garantía individual de la libertad de la persona y sus objetos

preciados, familia, domicilio, papeles y posesiones, siendo exclusivamente la excepción a esta regla, el mandato por escrito de autoridad competente en el cual, se funde y motive la causa legal del procedimiento, es decir, no bastaba la orden por escrito de una autoridad, debía además ser una autoridad competente que con fundamento en la ley y con la motivación que la misma establece, ordenara la causa legal del procedimiento que violentara esta garantía de libertad tan querida del pueblo mexicano.

2. Constitución de 1917

El devenir histórico de nuestro país, propició que en vez del acta de reformas a la constitución del 57, que fue la intención del jefe supremo del gobierno en ese entonces, Gral. Venustiano Carranza, al mandar su iniciativa de reformas al congreso constituido en teatro Juárez de la ciudad de Querétaro, capital del Estado del mismo nombre, en Diciembre de 1916, junto con las aportaciones de los diputados, resultara en la promulgación de la Constitución Política de 1917, que con sus reformas, es la que a la fecha está vigente. En esta Constitución el texto del artículo 6º, inicialmente decía: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público” (1978). Este artículo en ambas constituciones protege en esencia la libertad de expresión que deviene y garantiza la libertad de prensa. El 16 indica que:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá

la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescriptas para los cateos (1978).

En lo fundamental conserva la garantía y la redacción de la Constitución del 57, aclarando los elementos que debe de tomar en cuenta el Juez, respecto a la previa denuncia o querrela de persona digna de fe, abriendo espacio a la posibilidad de que se aprehenda al culpable en flagrancia, que aunque se menciona en la redacción del 57, en esta se precisan los datos, circunstancias y obligaciones que deben de cumplirse y la obligación de remitir sin demora a la responsabilidad judicial; describe las órdenes de cateo minuciosamente para evitar los abusos que se pudiesen cometer al realizarlas, indicando expresamente el motivo por el cual puede ordenarlas además de la autoridad judicial la administrativa, precisando lo que se debe de realizar en las mismas.

Esto obedece porque a principios del siglo pasado, todavía se cometían abusos que dañaban la libertad de las personas y con motivo de una diligencia se realizaban atropellos que era necesario frenar. Desde ese lejano 5 de febrero de 1917 a la fecha, ha sufrido varias reformas la constitución federal, siendo las que nos interesan por el propósito del presente ensayo las que se realizaron a partir del siglo XXI y que son las siguientes.

Primera reforma al Artículo 6 Constitucional

Ésta se hizo el 20 de julio de 2007, la cual agrega un segundo párrafo con siete fracciones, en donde se establecen por primera vez las bases para garantizar y regular el derecho de acceso a la información. Éste se precisa como una garantía constitucional que tiene todo mexicano de saber sobre las actividades realizadas por las distintas dependencias gubernamentales, pero todavía no se contempla lo relativo al manejo de datos personales ni su inclusión en el procedimiento penal mexicano.

Reforma Constitucional en materia penal

Por fin se logra la Reforma Constitucional en materia penal, que permite al estado mexicano entre otras cosas, transitar de un procedimiento acusatorio inquisitivo, que permitió y justificó muchos abusos del poder y tergiversaciones en la aplicación de la justicia, a uno acusatorio, adversarial, oral, al modificar en conjunto 10 artículos constitucionales y que conocemos como la Reforma Constitucional en materia penal, que se realizó el 18 de junio de 2008 y da un plazo de ocho años para que entre en vigor en todo el territorio nacional, dando oportunidad de realizar las modificaciones jurídicas secundarias, construir las instalaciones judiciales necesarias para la celebración de los juicios orales.

Esta reforma ya es una realidad en el Estado de México y otros estados de la república mexicana, que sirven para demostrar las bondades del nuevo sistema. Entre otras consideraciones, establece disposiciones relativas al sistema penal acusatorio, adversarial y oral, en vez del predominantemente inquisitorio y escrito; las bases para la justicia de adolescentes permitiendo y exigiendo la profesionalización de todo el personal que interviene en el procedimiento de justicia para menores, los derechos de los imputados; los derechos de las víctimas u ofendidos, las consideraciones para los familiares; el régimen de reinserción social, facilitando beneficios a los imputados que confiesen, reparen el daño y colaboren con las autoridades en la búsqueda de la justicia, permitiendo la recomposición del tejidos social y facilitando la reinserción social de los externados, estableciendo reglas para la actuación del ministerio público y actualizando los criterios de oportunidad, para ayudar a despresurizar

el sistema judicial en su conjunto, teniendo el Juez la libertad necesaria para fijar la aplicación y duración de las penas, como atribución del Poder Judicial; y el sistema nacional de seguridad pública. Los artículos a los que se refiere este Decreto son el 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123.

Reforma Constitucional al artículo 73

La siguiente reforma en importancia, relacionada con el tema en estudio es la efectuada el día 30 de abril de 2009, por el que se adiciona la fracción **XXIX** en su inciso **O**, al artículo 73 de la Constitución mexicana, por el que se otorga al Congreso de la Unión la facultad para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares, esta reforma propicia la creación de las leyes secundarias que permiten la protección de datos personales y la creación de instituto de federal de acceso a la información **IFAI**, encargado de regular la materia y proteger los datos personales en poder del estado y de particulares.

Reforma Constitucional al artículo 16

Teniendo una secuencia lógica, la Reforma Constitucional siguiente efectuada el día 1 de junio de 2009, por medio del cual se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden al artículo 16 constitucional en el cual se establece el derecho a la protección de datos personales, al acceso, rectificación, su cancelación y oposición a los mismos, en los términos que fije la ley, a la cual remite los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos.

Reforma Constitucional en materia de telecomunicaciones

Para complementar y evitar subterfugios en las reformas mencionadas se realiza la Reforma del 11 de junio de 2013, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6, 7, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones.

Por lo que corresponde al tema de estudio, se tutela la vida privada como una restricción a la garantía de manifestación de las ideas; se establece la garantía para el derecho de acceso a las tecnologías de la información

y comunicación, a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, banda ancha e internet, y un organismo público descentralizado que proveerá servicio de radiodifusión sin fines de lucro; se precisan las vías o medios que no pueden aplicarse para restringir la libertad de difundir opiniones, información e ideas; se señala la atribución de otorgar concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones por el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Al crearse un organismo encargado de regular las tecnologías de la comunicación se establecen reglas generales y excepciones en el manejo de datos personales entre otros y el uso de la tecnología que permite, regula y prohíbe la incorporación de datos personales automatizados al proceso penal con lo cual ya entramos al tema motivo del presente, estableciendo la regla general de la prohibición de manejo automatizado de los datos personales, como regla general.

Reforma constitucional al artículo 73, fracción XXI

La que nos ocupa es la del 8 de octubre de 2013, por medio de la cual se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que permite al reestructurar la citada fracción, ordenar las materias previstas en incisos, y se agrega la atribución del Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Se les da de plazo a las legislaturas locales para realizar las adecuaciones pertinentes el mes de junio de 2016, con lo cual de 33 códigos adjetivos en materia penal vigentes en el territorio nacional, solamente tendrá vigencia el código nacional de procedimientos penales, que entre otras cosas, incorpora las directrices señaladas en las reformas constitucionales en comento para hacerlas operativas y convertir en derecho procesal positivo vigente las connotaciones y aportaciones realizadas en estas reformas constitucionales para garantizar de manera efectiva y eficiente la regla general de proteger la información de los particulares, señalando las excepciones y requisitos en el proceso penal.

3. Legislación constitucional actual

Bien, ya instalados en el siglo XXI, a principio del año 2015, podemos anotar y comentar la redacción constitucional actual de los artículos 6 y 16 para precisar la postura jurídica de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el tema que nos ocupa, señalando alguno que otro artículo, que después de la Reforma Constitucional en materia penal, mencione algo importante al respecto.

Artículo 6°.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado. Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión. 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 servicios. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se observará lo siguiente: A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y la ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: i. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información. ii. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. iii. Toda persona, sin necesidad de acreditar

interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos. IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos que se sustanciarán ante los organismos autónomos especializados e imparciales que establece esta Constitución. [...] VIII. La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley. El organismo autónomo previsto en esta fracción, se regirá por la ley en materia de transparencia y acceso a la información pública y protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, en los términos que establezca la ley general que emita el Congreso de la Unión para establecer las bases, principios generales y procedimientos del ejercicio de este derecho. En su funcionamiento se regirá por los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad. El organismo garante tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el acceso a la información pública y la protección de datos personales de cualquier autoridad, entidad, órgano u organismo que forme parte de alguno de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicatos que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal (DOF., 7 de julio de 2014).

Como es evidente, este artículo fue reformado a la luz de las nuevas corrientes y la actual disposición de tecnología que permite el uso de datos personales de manera automatizada, lo que ya toma en cuenta para evitar abusos en el ejercicio del poder y la disposición de datos de manera electrónica, que anteriormente no existían y por lo mismo no estaban reglamentados.

DOF (7 de julio 2014) decía:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Toda persona tiene derecho a la protección

de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal. Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención. Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días. Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia. Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse

en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes. Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos. La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada

por la ley. En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Con las últimas reformas, este artículo que encabeza la Reforma Constitucional en materia penal, al igual que los otros nueve, fundamentan las reglas generales del procedimiento penal, que es el encargado de indicar los requisitos que se deben cumplimentar en el proceso penal, quedando establecida como regla general la protección de los mismos dando prioridad a la voluntad del titular al establecer que toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, asimismo, señala los supuestos generales en los cuales se puede rebasar esta garantía personal marcando las excepciones a los principios que rijan el tratamiento de datos personales indicando que pueden ser, por razones de seguridad nacional, por disposiciones de orden público, por razones de seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

En el texto vigente considerando las reformas, se establecen en el artículo 20 constitucional reglas generales sobre datos personales indicando en lo conducente:

El proceso penal será acusatorio y oral. [...] B. De los derechos de toda persona imputada: Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. [...] La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo. El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales

expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa [...] c. De los derechos de la víctima o del ofendido. [...] v. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación; vi. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos (7 de julio de 2014).

Este artículo faculta al juez para discrecionalmente, además de las excepciones marcadas restringir la publicidad y proteger los datos de los que intervengan en un proceso judicial, es decir, protege al inculpado, a la víctima, a los testigos y menores, además cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo, lo que le permite a la autoridad judicial que conoce del asunto usar su criterio para ampliar el número de causas por la cual se puede restringir la publicidad de los datos de un proceso.

4. Código Nacional de Procedimientos Penales

El Código Nacional de Procedimientos Penales que ya se encuentra en vigor en más de la mitad de los estados desde el 2 de marzo de 2016, proporcionará elementos para poder adecuar lo necesario en la entrada en vigor en todo el país en el mes de junio del presente año. En lo relacionado a la incorporación de datos personales automatizados al proceso penal, el artículo 15 estipula la regla general aplicada en todo procedimiento penal: “se respetará el derecho a la intimidad de cualquier persona que intervenga en él, asimismo se protegerá la información que se refiere a la vida privada y los datos personales, en los términos y con las excepciones que fijan la Constitución, este Código y la legislación aplicable” (DOF, 05 de marzo de 2014). Es decir, la víctima, el inculpado,

los testigos, peritos, familiares, personal del juzgado, el Juez, el ministerio público, la defensa, los asesores jurídicos de la víctima, tienen el derecho de que se proteja la información que se refiera a su vida personal y a sus datos, como regla general de la actuación ante tribunales en nuestro País.

Por lo cual, la posibilidad de que se incorporen datos personales automatizados al proceso, la regla general es que no es posible ni permitido, es más se debe sancionar al personal que lo permita, autorice o consienta.

5. Excepciones al principio no incorporación automática de datos personales en el proceso penal

Existen ciertas excepciones a este principio, detalladas en el cuerpo del código de procedimientos. En el artículo 50, que trata del acceso a las carpetas digitales, se estipula:

Las partes siempre tendrán acceso al contenido de las carpetas digitales consistente en los registros de las audiencias y complementarios. Dichos registros también podrán ser consultados por terceros cuando dieren cuenta de actuaciones que fueren públicas, salvo que durante el proceso el Órgano jurisdiccional restrinja el acceso para evitar que se afecte su normal sustanciación, el principio de presunción de inocencia o los derechos a la privacidad o a la intimidad de las partes, o bien, se encuentre expresamente prohibido en la ley de la materia. El Órgano jurisdiccional autorizará la expedición de copias de los contenidos de las carpetas digitales o de la parte de ellos que le fueren solicitados por las partes. (5 de marzo de 2014).

Esto marca una excepción a la regla para resguardar la información pues presume que las partes la conocen pero no se actualiza la posibilidad de incorporar datos personales automatizados al proceso. Con respecto a las excepciones, los artículos 51 y 54 estipulan:

Artículo 51. Utilización de medios electrónicos

La videoconferencia en tiempo real u otras formas de comunicación que se produzcan con nuevas tecnologías podrán ser utilizadas para la recepción y transmisión de medios de prueba y la realización

de actos procesales, siempre y cuando se garantice previamente la identidad de los sujetos que intervengan en dicho acto.

Artículo 54. Identificación de declarantes

Previo a cualquier audiencia, se llevará a cabo la identificación de toda persona que vaya a declarar, para lo cual deberá proporcionar su nombre, apellidos, edad y domicilio. Dicho registro lo llevará a cabo el personal auxiliar de la sala, dejando constancia de la manifestación expresa de la voluntad del declarante de hacer públicos, o no, sus datos personales. (5 de marzo de 2014).

Con lo cual se evidencia que existe en el procedimiento penal mexicano la protección de los datos personales, existiendo la posibilidad de hacerlos públicos y abriendo la puerta a su incorporación automatizada al proceso con la manifestación expresa de la voluntad del declarante de hacer públicos sus datos personales, que aunque no se ha actualizado, es posible.

6. Periodistas y medios de comunicación en el procedimiento penal mexicano

En cuanto al acceso a los periodistas y medios de comunicación, deben acreditarse para acceder a las audiencias y ser ubicados en un lugar adecuado para tal fin, y deberán abstenerse de grabar y transmitir por cualquier medio la audiencia, lo cual se encuentra contemplado en el artículo 55 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que al entrar en vigor en todo el territorio, ordenará la costumbre de presentar a los indiciados como culpables violando el principio de presunción de inocencia y litigando en los medios en vez de hacerlo en los juzgados, ya que prohíbe que se grave en las mismas y que se trasmita de cualquier forma lo que sucede en las mismas, durante el desarrollo de las mismas.

7. Registro electrónico de las audiencias

En el procedimiento penal mexicano, se tiene previsto que todas las audiencias serán registradas, según lo estipula el artículo 61:

Todas las audiencias previstas en este Código serán registradas por cualquier medio tecnológico que tenga a su disposición el Órgano jurisdiccional.

La grabación o reproducción de imágenes o sonidos se considerará como parte de las actuaciones y registros y se conservarán en resguardo del Poder Judicial para efectos del conocimiento de otros órganos distintos que conozcan del mismo procedimiento y de las partes, garantizando siempre su conservación. (5 de marzo de 2014).

Con lo cual, por un lado se preserva de mejor forma lo sucedido durante las audiencias pero se realiza la incorporación no solo de datos personales, también de la voz y la imagen de los que participan en medios electrónicos, que no se harán públicos, sino que permanecerán en el resguardo del poder judicial, que podrá compartirlos con otros órganos distintos.

8. Notificaciones

Por lo que toca a las notificaciones, se regulan en lo relacionado con lo estipulado en los artículos 83 y 87 que a la letra dicen:

Artículo 83. Medios de notificación

Los actos que requieran una intervención de las partes se podrán notificar mediante fax y correo electrónico, debiendo imprimirse copia de envío y recibido, y agregarse al registro, o bien se guardará en el sistema electrónico existente para tal efecto; asimismo, podrá notificarse a las partes por teléfono o cualquier otro medio, de conformidad con las disposiciones previstas en las leyes orgánicas o, en su caso, los acuerdos emitidos por los órganos competentes, debiendo dejarse constancia de ello.

El uso de los medios a que hace referencia este artículo, deberá asegurar que las notificaciones se hagan en el tiempo establecido y se transmita con claridad, precisión y en forma completa el contenido de la resolución o de la diligencia ordenada.

En la notificación de las resoluciones judiciales se podrá aceptar el uso de la firma digital.

Artículo 87. Forma especial de notificación

La notificación realizada por medios electrónicos surtirá efecto el mismo día a aquel en que por sistema se confirme que recibió el archivo electrónico correspondiente (5 de marzo de 2014).

Lo que abre una vez más la posibilidad de que exista almacenamiento de datos en medios electrónicos, lo que haría posible, una eventual posibilidad, de uso automatizado de los mismos, que no se ha actualizado, pero no deja por eso, de ser posible, lo que se confirma con lo dispuesto por el artículo 76 que indica que:

Para el envío de oficios, exhortos o requisitorias, el Órgano jurisdiccional, el Ministerio Público, o la Policía, podrán emplear cualquier medio de comunicación idóneo y ágil que ofrezca las condiciones razonables de seguridad, de autenticidad y de confirmación posterior en caso de ser necesario, debiendo expresarse, con toda claridad, la actuación que ha de practicarse, el nombre del imputado si fuere posible, el delito de que se trate, el número único de causa, así como el fundamento de la providencia y, en caso necesario, el aviso de que se mandará la información: el oficio de colaboración y el exhorto o requisitoria que ratifique el mensaje. La autoridad requirente deberá cerciorarse de que el requerido recibió la comunicación que se le dirigió y el receptor resolverá lo conducente, acreditando el origen de la petición y la urgencia de su atención (5 de marzo de 2014).

Tan es posible la realización de un mal uso de esta información que el mismo código prevé sanciones a aquellos que hagan mal uso de esta información según lo estipula el artículo 106 que dice:

En ningún caso se podrá hacer referencia o comunicar a terceros no legitimados la información confidencial relativa a los datos personales de los sujetos del procedimiento penal o de cualquier persona relacionada o mencionada en éste.

Toda violación al deber de reserva por parte de los servidores públicos, será sancionada por la legislación aplicable.

En los casos de personas sustraídas de la acción de la justicia, se admitirá la publicación de los datos que permitan la identificación del imputado para ejecutar la orden judicial de aprehensión o de comparecencia (5 de marzo de 2014).

Debe de separarse la publicación de datos de personas sustraídas a la acción de la justicia que sea evidente su culpabilidad, aunque no sea legal su imputación, de los simples probables, sin mayores datos de prueba, lo que regularía el amarillismo en los medios masivos de comunicación, lo que se justifica por los índices de criminalidad e inseguridad que se están

viviendo, pero que no deben quedar plasmados como regla general, para todo posible o presunto, porque todos podemos ser presuntos y nos convertiríamos en posibles víctimas de nuestro sistema. Esta situación pretende enmendarse con la protección como derecho de todas las víctimas, según lo consagra el artículo 109 del citado código nacional de procedimientos penales, que dice:

En los procedimientos previstos en este Código, la víctima u ofendido tendrán los siguientes derechos:

xxvi. Al resguardo de su identidad y demás datos personales cuando sean menores de edad, se trate de delitos de violación contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, violencia familiar, secuestro, trata de personas o cuando a juicio del Órgano jurisdiccional sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa; En el caso de que las víctimas sean personas menores de dieciocho años, el Órgano jurisdiccional o el ministerio Público tendrán en cuenta los principios del interés superior de los niños o adolescentes, la prevalencia de sus derechos, su protección integral y los derechos consagrados en la Constitución, en los Tratados, así como los previstos en el presente Código. (5 de marzo de 2014).

Estos errores en la reforma que entra en vigor plenamente en este año 2016, deben de corregirse, aprovechando las experiencias que aportan los estados que ya están operando con esta legislación, con lo cual, podemos decir que la preservación de los datos personales que existen en medios electrónicos se encuentran protegidos y que no existe vía libre para su uso a criterio oficial, sin embargo, el código nacional de procedimientos penales, prevé la posible fuga de información y el mal uso que se haga de la misma.

9. Diagnóstico de algunos artículos de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Es importante señalar algunos puntos expuestos en el artículo 2 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública:

Art. 2 iv. Regular los medios de impugnación y procedimientos para la interposición de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales por parte de los Organismos garantes;

vii Documento: Los expedientes, reportes, estudios, actas, resoluciones, oficios, correspondencia, acuerdos, directivas, directrices, circulares, contratos, convenios, instructivos, notas, memorandos, estadísticas o bien, cualquier otro registro que documente el ejercicio de las facultades, funciones y competencias de los sujetos obligados, sus Servidores Públicos e integrantes, sin importar su fuente o fecha de elaboración. Los documentos podrán estar en cualquier medio, sea escrito, impreso, sonoro, visual, electrónico, informático u holográfico;

ix. Expediente: Unidad documental constituida por uno o varios documentos de archivo, ordenados y relacionados por un mismo asunto, actividad o trámite de los sujetos obligados;

Como se puede observar en las fracciones IV, VII y IX son diversos los documentos donde pueden manipularse los datos personales de la ciudadanía, por lo que se debe de tener especial cuidado con la gente que maneje estos, ya que no solo está en juego la personalidad jurídica de los usuarios sino también podría ser una variante importante en el uso de un futuro ilícito si llegase a caer en manos equivocadas.

Artículo 5. No podrá clasificarse como reservada aquella información que esté relacionada con violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad, de conformidad con el derecho nacional o los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Ninguna persona será objeto de inquisición judicial o administrativa con el objeto del ejercicio del derecho de acceso a la información, ni se podrá restringir este derecho por vías o medios directos e indirectos.

Siempre que se da una violación calificada como grave a derechos humanos la ley es muy clara en cuestión de poner en una balanza la prioridad del ciudadano que está siendo juzgado, sin embargo en ese mismo aspecto si se diese un error humano y el residente que se está juzgando resultase inocente, también se le han violentado sus derechos humanos,

El uso de nuevos medios de investigación en el proceso penal, al cual le han correspondido una serie de reflexiones sobre el papel del estado de derecho en el “moderno” proceso penal al cual le han correspondido una serie de cambios acordes con las nuevas tareas que se le han confiado en el campo de seguridad interna del Estado y del combate de la criminalidad organizada (Chirino, 1997, 46).

Cuando se reforma una ley siempre se busca abarcar las necesidades que tiene o llegará a tener esa sociedad, sin embargo cuando se habla del uso de tecnología dentro de estas, nunca se está a la vanguardia, mucho menos en el ámbito penal, ya que siendo estos tan cambiantes como la misma sociedad tienden siempre a rebasar las expectativas que pudiesen tener los legisladores, siendo que la tecnología avanza a pasos agigantados.

Respecto a lo que trata el derecho penal, el gran problema de este es que la delincuencia organizada siempre llevara esa ventaja, el estar organizada, mientras que las autoridades buscan un justo medio y la actualización de las leyes, ellos solo deben preocuparse por las diversas formas de evadir la ley, y, manejar nuevas para poder ir un paso delante de estas.

Esto da pauta a que se cometan diversas violaciones al uso de datos, ya que no siempre depende solo de la tecnología que se tenga, sino también de la eficiencia y eficacia de las personas que están a cargo de esta, por lo que se puede ver como un arma de doble filo, pues si bien ayuda a facilitar muchos trámites, también es posible que se abran puertas para la misma delincuencia organizada, la cual traerá consecuencias a terceros.

La búsqueda selectiva de información en base de datos que no sean de libre acceso es aquella referida a un objeto o sujeto específico predeterminado o preestablecido, que reposa en bases de datos sometidas a régimen de divulgación restringido, ya sea porque se trate de materias que el Estado debe preservar para la protección del interés general y la seguridad nacional, o por razones de similar naturaleza. En cambio, la búsqueda selectiva en bases de datos que contengan información confidencial referida al indiciado o imputado, hace referencia a las búsquedas focalizadas sobre un sujeto en particular, en este caso al indiciado o imputado. La confidencialidad de la información dimana del carácter personal de los datos, cuya difusión constituye una invasión a la intimidad personal o familiar de su titular. La confidencialidad, es uno de los principios que regla la actividad del tratamiento de datos personales, en virtud del cual, las personas que intervengan en la recolección, almacenamiento, uso, divulgación y control de estos datos están obligadas, en todo tiempo, a garantizar la reserva de la misma, incluso después de finalizar su relaciones con el responsable del tratamiento. (Díaz, 2014, pág. 9)

Conclusiones

En la Constitución de 1857, no se contemplaba en el artículo 16 en particular y en la constitución en general, el tema de la inclusión de datos electrónicos en el procedimiento penal mexicano. En la de 1917, la primera versión, no se contemplaba en el artículo 6^{to}. Nada de la protección de datos personales y en el artículo 16, no se mencionaba lo relativo a la utilización de datos personales de manera electrónica en el proceso o el procedimiento penal mexicano. Sin embargo, ya la primera Reforma Constitucional en materia penal que se realizó en junio de 2008, ya contempla la regulación del procedimiento penal mexicano y sienta las bases para que se establezca la regla de la no incorporación de datos personales de manera electrónica en el procedimiento penal mexicano.

La Reforma constitucional del artículo 73 otorga al Congreso de la Unión la facultad para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares. La del artículo 16^{to} adiciona un segundo párrafo que establece el derecho a la protección de datos personales, al acceso, rectificación, su cancelación y oposición a los mismos. La reforma en materia de telecomunicaciones (11 de junio de 2013) modifica y adiciona diversas disposiciones de los artículos 6, 7, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Reforma constitucional del artículo 73 fracción XXI del 8 de octubre de 2013, por medio de la cual permite al reestructurar la citada fracción, ordenar las materias previstas en incisos, y se agrega la atribución del Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

En la legislación constitucional actual, podemos anotar y comentar la redacción constitucional actual de los artículos 6 y 16 para precisar la postura jurídica de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el tema que nos ocupa. El Código Nacional de Procedimientos Penales, actualmente en vigor en la mayoría de los estados de México, proporciona elementos para poder adecuar lo necesario en la entrada en vigor en todo

el país en junio del presente año, en lo relacionado a la incorporación de datos personales automatizados al proceso penal. También, hay excepciones al principio no incorporación automática de datos personales en el proceso penal, las cuales se estipulan en los artículos 50, 51 y 54 del citado código. Los periodistas y medios de comunicación en el procedimiento penal mexicano. En cuanto al acceso a los periodistas y medios de comunicación, primeramente deberán acreditarse para tener derecho de acceder a las audiencias y ser ubicados en un lugar adecuado para tal fin, y deberán abstenerse de grabar y transmitir por cualquier medio la audiencia.

También, en el procedimiento penal mexicano se tiene previsto que todas las audiencias serán registradas por los medios electrónicos al alcance del juzgado correspondiente. En cuanto a las notificaciones, se estipulan en los artículos 83 y 87 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Finalmente, no se contempla un correcto diagnóstico y pronóstico de los ilícitos a los que se exponen los ciudadanos de una manera detallada.

Bibliografía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2016). México: Anaya.

Código Civil del Estado de México. (2016). México: SISTA.

Código Penal y de procedimientos penales del Estado de México. (2016) México: SISTA.

Código Nacional Procedimientos Penales de México (2016). México: SISTA.

Diario Oficial de la Nación [DOF]. (5 de marzo de 2014). Vol. 726, núm.3.

DOF. (7 de julio de 2014).

García Máynez, E. (1978). *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa.

Korzeniak, J. (2006). *Primer curso de Derecho Público. Constitucional*. Montevideo. FCU.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2015). Recuperado de: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015

Chirino Sánchez, A. (diciembre 1997). Las tecnologías de la información y el proceso penal análisis de una crisis anunciada. *Revista de ciencias penales de Costa Rica*, a. 9, núm. 14, recuperada de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17099.pdf>

Díaz García, A. (2014). Tratamiento de datos personales en el proceso penal colombiano. Técnica judicial. *U.S. Department of Justice Criminal Division International Criminal Investigation and Training Program (ICITAP)*, s.f., recuperada de: http://www.redipd.es/noticias_todas/2011/tribuna/common/1/TRATAMIENTO_DE_DATOS_PERSONALES_EN_EL_PROCESO_PENAL_COLOMBIANO_2.pdf

La especial relación laboral de los artistas en espectáculos públicos

Sara Ruano Albertos*

1. Primeras manifestaciones legislativas sobre el trabajo de los artistas

La referencia a las actividades artísticas fue recogida tempranamente en nuestras primeras normas laborales. De hecho, ya en la Ley 26 de julio de 1878 (Gaceta, 28 de julio de 1878), sobre trabajos peligrosos de los niños y protección de la infancia se hacía referencia a la prohibición de emplear menores de dieciséis años que no fueran hijos o descendientes de los empleadores, en determinado tipo de representaciones (acróbatas, gimnastas, domadores de fieras, toreros, etc.); por el contrario, si se trataba de hijos o descendientes de los propios empleadores la prohibición se centraba en los menores de doce años. Esta Ley también impuso deberes documentales a los empleadores debiendo acreditar de forma legal, respecto de los menores de veinticinco años: la edad, filiación, patria e identidad de los mismos; correlativamente se atribuía a las autoridades locales la obligación de exigir la presentación de dicha documentación para conceder la licencia con la finalidad de poder celebrar de dichos espectáculos.

Por su parte, la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900 (Gaceta, 29 de abril de 1900), comprendía entre las industrias o trabajos que

* Universitat Jaume I de Castellón, España.

daban lugar a responsabilidad del patrono, la de los teatros, en relación con su personal asalariado. Si bien, en esta relación de industrias o trabajos que daban lugar a responsabilidad del patrono se recogía, a modo cierre, toda industria o trabajo similar no comprendido en los números anteriores, lo que podía determinar la existencia de responsabilidad del patrono en relación con otros trabajos similares a los enumerados expresamente.

Acto seguido, la Ley de 13 de marzo de 1900 (Gaceta, 14 de marzo de 1900), sobre condiciones de trabajo mujeres y niños, estableció la prohibición de que los menores de dieciséis años ejecutasen cualquier trabajo de agilidad, equilibrio, fuerza o dislocación en espectáculos públicos. Sin embargo, podía apreciarse en la redacción distintos matices, dado que en la Ley de 1878 se hacía hincapié en la prohibición de ocupar, así se establecía: serán castigados los que “hagan ejecutar”, mientras que en la Ley de 13 de marzo de 1900, el acento se ponía en la “prohibición de realizar”, de esta forma quedaba prohibido a los menores de dieciséis años la realización de esas actividades. Otro aspecto importante de esta Ley residía en la introducción de la expresión: “espectáculo público”, ya que la Ley de 1878 hacía referencia simplemente a “profesionales”, y parecía dar a entender su representación pública, pero expresamente no recogía dicho término. En todo caso, se aplicaba la misma prohibición a cualquier clase de trabajo aunque revistiera carácter literario o artístico siempre que fuese ejecutado en espectáculo público. Ahora bien, se introdujo otra novedad, en el sentido de que se posibilitaba la dispensa. Y, ello, habida cuenta de que las prohibiciones referidas quedaban sometidas a las disposiciones de la autoridad gubernamental, quien, para su dispensa, debía apreciar la relación entre los inconvenientes físicos y morales del trabajo y las condiciones del niño. Los informes de la época (López Argüello, p. 35) pusieron de manifiesto que estas autorizaciones se concedían sin el más mínimo control, llegándose a dispensar en supuestos que, en modo alguno, se deberían haber conferido. Esta situación llevó incluso a que el Ministro Ugarte dirigiera a los Gobernadores civiles una Real Orden-circular de fecha 28 de noviembre de 1900, recordando la prohibición de trabajar los niños en espectáculos públicos. A ese respecto se disponía que:

Como quiera que ha llegado a noticia del Gobierno de S.M. que algunas veces y en algunas localidades se infringen los preceptos del artículo 6º de la referida Ley y el 10 de su Reglamento, bajo

pretextos artificiosos de fines artísticos o literarios, que en realidad no son sino disfraz del lucro y de la explotación de que son víctimas infelices menores adscritos a Compañías teatrales y gimnásticas y cuadrillas de toreros, con perjuicio de su desarrollo físico y facultades intelectuales y de su educación moral las más de las veces, S.M. el Rey (q.D.g.), y en su nombre la Reina Regente, se ha servido disponer la necesidad de velar constante y cuidadosamente por la exacta y rigurosa observancia del artículo 6º de la Ley de 13 de marzo de este año y 10 del Reglamento de 13 del actual (Gaceta, 30 de noviembre de 1900).

Debe tenerse en cuenta, que el Real Decreto de 13 de marzo de 1900 (Gaceta 15 y 16 de noviembre de 1900), por el que se aprobó el reglamento para la aplicación de la Ley acerca del trabajo de mujeres y niños, si bien añadía la necesidad de que los padres, tutores, el director del establecimiento o sus representantes legales justificasen que era mayor de dieciséis años, bastaba simplemente con esa justificación presentada ante los Gobernadores civiles o los alcaldes para que se concediese la autorización.

La posterior Ley de Accidentes de Trabajo, de 10 de enero de 1922 (Gaceta, 11 de enero de 1922) y su Reglamento¹ de desarrollo, volverían a comprender entre las industrias o trabajos que daban lugar a responsabilidad del patrono, la de los teatros, en relación con su personal obrero. Si bien, a continuación se señalaba que también daba lugar a responsabilidad del patrono y, por lo tanto, a las indemnizaciones correspondientes, el personal artístico y administrativo, pero siempre que sus haberes no excedieran de quince pesetas diarias. Con este añadido se dejaba fuera al personal artístico y administrativo que superase las mencionadas quince pesetas diarias.

Por su parte, el Código del Trabajo de 1926 (Gaceta, 22 de noviembre de 1931) establecía, en el artículo primero, quiénes podían celebrar un contrato de trabajo haciendo referencia, de una parte, al obrero y, de otra, al patrono, por lo que cabía deducir que sólo los trabajadores manuales podían celebrar este tipo de contratos. Además, en el Libro III al tratar "De los accidentes de trabajo" y, en concreto, en el artículo 142, al definir

¹ Reglamento provisional para la aplicación de la Ley de reforma relativa a los accidentes de trabajo, de 10 de enero de 1922 (Gaceta de 31 de diciembre de 1922).

al operario lo hacía como trabajador manual y, de hecho, en su artículo 146 al incluir las industrias o trabajos que daban lugar a responsabilidad del patrono, incluía a los teatros con respecto a su personal obrero, señalando a continuación que también tenían derecho el personal artístico y administrativo. Por la fórmula empleada podía pensarse que era la excepción a la regla general (Alzaga Ruíz, 41), que no era otra que la responsabilidad del patrono respecto del personal obrero que trabajaba en el teatro. También cabe reseñar que, en este Código, aun cuando no se hacía referencia a relaciones laborales de carácter especial, sí se hacía referencia a contratos especiales, por ejemplo, el de embarco o el de aprendizaje, pero no se regularon aún las relaciones laborales especiales.

Con la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, pasaron a ser considerados como trabajadores los llamados trabajadores intelectuales. En este contexto de reformas se crearon los Jurados Mixtos que pretendían regular la vida de las profesiones y de ejercer funciones de conciliación y arbitraje en los grupos que se expresaban en su Ley reguladora (Gaceta, 28 de noviembre de 1931), encontrándose entre estos grupos el de "Espectáculos Públicos". De manera que en las Bases de trabajo ya ponían de manifiesto las dificultades en la regulación de estas actividades artísticas debido precisamente a sus especialidades. En este sentido, y a título de ejemplo, en las Bases de trabajo de actores², se podían percibir éstas en relación con: la forma del contrato, los sueldos de los "bolos", la regulación de los ensayos, horas de duración de los mismos, etc. De otra parte, se debe reseñar las dificultades existentes en orden a determinar los artistas que no quedaban incluidos en estas Bases, así, no quedaban incluidos: "aquellos profesionales que figuren como Directores de Compañía, Directores artísticos, primeros actores, sus equivalentes en el género lírico, y en general todos aquellos que constituyan cabecera del cartel o los perciban como sueldo una cantidad superior a 75 pesetas diarias".

La Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 (BOE, 24 de febrero de 1944), incluía, al igual que la anterior, como trabajadores, a los intelectuales,

² V. Bases de trabajo de actores, aprobadas en las sesiones de 25 y 27 de julio de 1932 (Gaceta, 3 de septiembre de 1932).

de forma que los artistas, aun cuando no fueran mencionados de forma expresa, sí se les podía considerar incluidos en la regulación del contrato establecido por esta Ley, dado que tampoco estaban recogidos dentro de las exclusiones de su artículo 2º. Asimismo, se entendían por condiciones del contrato las determinadas en las Leyes y Reglamentaciones de trabajo. La idea de su inclusión vendría reforzada por el hecho de que en un Decreto posterior, el de 31 de marzo de marzo de 1944³, se reguló el trabajo de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos. No obstante, hubo que esperar cinco años para la aprobación tanto del Reglamento Nacional de Trabajo en la Industria Cinematográfica⁴ como del Reglamento Nacional de Trabajo para los Profesionales del Teatro, Circo y Variedades⁵. No obstante, las dudas en cuanto al posible encuadramiento de determinados artistas eran evidentes. Así, del ámbito de aplicación del primero se excluía los actores que figuraban en el reparto de una película y del segundo seguían quedando exceptuados los artistas que constituían cabecera de cartel. Sin embargo, mientras los artistas de cabecera o cartel fueron incluidos tempranamente⁶, los artistas de reparto⁷ quedaron incluidos más tardíamente.

2. Su regulación como laboral de carácter especial

La regulación de los artistas en espectáculos públicos como relación laboral de carácter especial vendría de la mano de la Ley de Relaciones Laborales, de 8 de abril de 1976⁸. Aunque no exactamente con esa denominación sino que, en concreto, se utilizaba la terminología “artistas de espectáculos públicos”, o lo que es lo mismo, no se utilizaba

³ Se aprueban los textos refundidos de las Leyes de Contrato de embarque, aprendizaje y trabajo de mujeres y niños y trabajo a domicilio (BOE, 11 de abril de 1944).

⁴ Orden de 31 de Diciembre de 1948, por la que se aprueba el Reglamento Nacional de Trabajo en la industria cinematográfica (BOE, 21 de enero de 1949).

⁵ Orden de 26 de febrero de 1949 por la que se aprueba el Reglamento Nacional de Trabajo para los Profesionales del Teatro, Circo y Variedades (BOE de 19 de marzo de 1949).

⁶ Orden de 31 de octubre de 1949, por la que se modifica la Reglamentación de Trabajo de los profesionales de teatro y variedades (BOE, 20 de noviembre de 1949).

⁷ Orden de 13 de junio de 1964, por la que se incluye a los artistas cinematográficos de reparto en el ámbito de la Reglamentación de Nacional de trabajo para la industria cinematográfica (BOE, 8 de julio de 1964).

⁸ Ley 16/1976, de 8 de abril de Relaciones Laborales (BOE, 21 de abril de 1976).

la preposición “en” –utilizada actualmente– sino la “de”, haciendo referencia más a la pertenencia al espectáculo que al lugar modo o manera de representar la actividad artística (Alzaga Ruíz, p. 54). Pero, lo importante, en definitiva es que esta Ley reguló sistemáticamente los principales aspectos de la relación laboral; iniciando la regulación con las principales normas en que se concretaban los principios generales del Derecho Laboral; extendiendo el ámbito de aplicación material a toda relación laboral por cuenta y dependencia ajena e incluyendo, en el artículo tercero, las relaciones laborales especiales y tan sólo las relaciones de servicios, que la Ley relacionaba debidamente tipificadas en el artículo segundo, quedaban expresamente excluidas de su normativa. Se concebía así el Derecho Laboral de manera generalizada y total. La técnica empleada era muy similar a la utilizada con anterioridad en la normativa de Seguridad Social, en concreto en la Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (BOE, 30 de diciembre de 1963), en ella se hacía igualmente referencia a la existencia de un régimen general de Seguridad Social junto a los regímenes especiales, respondiendo todos ellos a una misma concepción y a principios homogéneos. En consecuencia, se realizaba en su Base tercera una enumeración de los regímenes especiales para aquellas actividades profesionales en que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso. Por lo tanto, en el ámbito laboral, y en la Ley de Relaciones Laborales se siguió ese mismo esquema, enumerando una serie de actividades, que cumpliendo los requisitos necesarios para estar encuadradas en su ámbito de aplicación, sus especiales características las hacían merecedoras de una regulación específica. Sin duda, suponía una clara tendencia expansiva del Derecho Laboral, dado que junto a actividades que ya eran laborales, se enumeraban otras que por sus singularidades las hacían merecedoras de una regulación específica. Sin embargo, no aparecían definidas las especiales características de las relaciones enumeradas, ni el criterio utilizado para tal conceptualización, lo que dio lugar a cuestionarse sobre el porqué de la inclusión de estas relaciones y no de otras de las que también podrían predicarse singularidades específicas (Bayón Chacón y Pérez Botija, 255).

El plazo establecido para su regulación venía recogido en la Disposición adicional cuarta, que fijaba un máximo de dos años al Gobierno para que,

a propuesta del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, aprobara las disposiciones especiales a las que hacía referencia el artículo tercero; planteándose de inmediato la amplitud con la que se había efectuado la delegación normativa, habida cuenta de que la Ley no marcaba las directrices fundamentales a desarrollar por el Gobierno, lo que permitía al mismo regular libremente su contenido. En todo caso, mientras no fuesen aprobadas las normas especiales consideradas en la Disposición adicional cuarta, en relación con las enumeradas en el artículo tercero de la Ley de Relaciones Laborales, seguirían en vigor para las relaciones de trabajo correspondientes la normativa que les era aplicable en ese momento. No obstante, el Gobierno, podía acordar transitoriamente la aplicación de determinadas disposiciones de esta Ley en aquellas relaciones laborales especiales que señalase. De esta forma, la Disposición transitoria 1ª trató de solventar la problemática que se planteaba en relación con el plazo de dos años que se daba al Gobierno para la regulación de las mismas. Esta Disposición transitoria se interpretaría en el sentido de que durante ese período de interinidad no se modificaba la situación que tenían.

Pese al largo plazo concedido al gobierno para su regulación, ésta no llegó a producirse, ni durante dicho período, ni durante el resto de la vigencia de la mencionada Ley de Relaciones Laborales, siendo derogada por la Disposición final 3ª de la Ley 8/1980 de 10 de Marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE, 14 de marzo de 1980). Si bien, esta disposición en relación con la Disposición Final cuarta del mismo Cuerpo Legal, admitía que determinados preceptos siguieran en vigor aun cuando con rango reglamentario.

La Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, mantuvo la distinción entre relación laboral común y relaciones laborales especiales, enumeradas, estas últimas, en el artículo 2º, donde en el apartado e) se recogía la relación de los artistas en espectáculos públicos. Enumeración que, de otro lado, se dejaba abierta a cualquier otro trabajo que fuese expresamente declarado como tal por una ley y, además, se disponía en el mencionado artículo, algo tan obvio, como que dichas relaciones debían respetar los derechos básicos reconocidos en la Constitución.

Sin embargo, como ya se ha señalado, la falta de concreción de la razón de la especialidad y sus efectos y variaciones respecto al denominado trabajador común, dio lugar a que se cuestionase su constitucionalidad poniéndose en duda la misma. El Tribunal Constitucional (STC, 1 de junio de 1983; RTC 49/1983) se pronunció sobre este punto considerando que no se vulneraba el principio de igualdad, dado que el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de nuestra Constitución lo que impide es un tratamiento diferenciado en situaciones iguales, siendo precisamente la igualdad lo que está ausente, ya que la consideración de una relación de trabajo como especial implica, por propia definición, la diferencia no sólo frente a la relación ordinaria, si no también frente a las restantes relaciones especiales, siendo evidente la singularidad del tipo de trabajo de los artistas en espectáculos públicos, teniendo en cuenta su gran variedad.

Por otra parte, la Disposición Adicional segunda del Estatuto de los Trabajadores estableció que el Gobierno habría de regular el régimen jurídico de las relaciones laborales especiales, para ello dio un plazo de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigor del mismo. Si bien, dentro del mencionado plazo no fue regulada la Relación laboral especial del hogar familiar. La Ley 32/1984, de 2 de agosto, de modificación del Estatuto de los Trabajadores, en su Disposición Adicional primera, amplió el plazo establecido en doce meses más, contados a partir de la entrada en vigor de la misma, concretamente a partir del 25 de agosto del mismo año. Dentro de este nuevo plazo sí se reguló la Relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, concretamente por el Real Decreto 1435/85 de 1 de agosto.

La otra cuestión que se planteaba, ciertamente compleja, seguía siendo la relativa al tipo de norma reguladora de estas relaciones especiales de trabajo que no era otra que la de Real Decreto. Así, se podía entender la existencia de una delegación en el Gobierno para materia concreta y con fijación de plazo para su ejercicio, sin embargo, no se cumplían los requisitos del artículo 82.4 de la Constitución, al no venir delimitado con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que habían de seguirse en su ejercicio. Lo cierto, es que pese a tratar de justificar la técnica empleada para regular las relaciones laborales especiales, sin embargo, era evidente la anomalía producida en la regulación de las mismas, al no ajustarse a una delegación legislativa,

delegación legislativa que llevaría añadido el efecto de que la Ley delegante asigne anticipadamente como propio el rango de la norma delegada –delegación recepticia–; que requería de una ley de bases o de una ley ordinaria, pero, que, en todo caso, se habría de otorgar: de una forma expresa, para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio; teniendo en cuenta, que el Gobierno agota esta delegación mediante la publicación de la norma correspondiente que tiene el rango formal de Ley y no de Reglamento. No obstante, aun cuando esta técnica sea la que aparece expresamente en nuestra Constitución, sin embargo, no se puede considerar la única, ya que vendrían a coexistir con ella tanto la remisión normativa como la deslegalización –figuras también de delegación– si bien, en estos supuestos, el resultado sí sería una norma reglamentaria.

En fin, tampoco era posible considerar la existencia de una remisión normativa ya que en este supuesto una Ley reenviaría a una norma ulterior –que habría de elaborar la Administración– la regulación de ciertos elementos que complementan la ordenación que la propia Ley establece. Sin embargo, se opondría a que fuera esta la técnica empleada para la regulación de las relaciones laborales especiales, precisamente el hecho de que la existencia de una reserva de Ley, en esta materia, supondría el que la Ley abordase por sí misma, si ha de observar el mandato constitucional, el núcleo esencial de dicha regulación; de modo y manera que la remisión que pudiera hacer al reglamento no signifique declinar ese núcleo esencial. Y, como es sabido, el art. 2^{ET}, simplemente establece una enumeración de las Relaciones labores especiales, estando regulado su núcleo esencial en los Reglamentos correspondientes. Junto a estas dos técnicas, como se ha señalado, existe la denominada deslegalización que supone la degradación del ámbito normativo, a la vez que una ampliación del ámbito de la potestad reglamentaria. En relación con el posible empleo de esta técnica para la regulación por vía reglamentaria de estas Relaciones laborales especiales, se opone precisamente la reserva constitucional de esta materia a la Ley, que impediría que la Ley pudiera entregar su regulación al Reglamento; y ello, fundamentalmente porque la Ley de deslegalización no tiene contenido normativo, sino que simplemente sirve para abrir al Reglamento la materia que había estado reservada a la Ley.

En realidad la justificación a posteriori de la situación creada por la regulación de esta relación a través del correspondiente Real Decreto, no resultó muy convincente. Si bien, el Tribunal Constitucional (STC, 24 de febrero de 1984, RTC 26/1984), pareció justificarla a través de la utilización de esta última técnica de deslegalización (García de Enterría y Fernández, 253) –aun cuando refiriéndose a otras relaciones laborales especiales– al señalar que: “Parece claro que a lo menos a partir de la vigencia del Estatuto de los Trabajadores –norma con rango legal– [...], según ya se apuntó, ha de ser objeto de una regulación separada y específica por vía simplemente reglamentaria, bien que con absoluto respeto a los derechos constitucionales de las personas sujetas a tal tipo de relaciones laborales de carácter especial, quedando pues claro que el Gobierno al normarlas para nada habría de sujetarse a las previsiones contenidas en el citado art. 1.584 del Código Civil, ya que el Estatuto de los Trabajadores produjo una plena deslegalización del régimen jurídico aplicable”.

En definitiva, mediante el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto (BOE, 14 de agosto de 1985), finalmente, vino a regularse como relación laboral, aun cuando de carácter especial, la de los artistas en espectáculos públicos.

3. Real decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos

Con esta norma se pretendía cumplir con el mandato conferido al Gobierno de regular esta relación y, ello, habida cuenta, según el propio Preámbulo, de la diversidad de situaciones que pueden presentarse en los distintos sectores artísticos y del ámbito tan amplio del concepto de actividad artística; pero sin que realmente se expresase suficientemente los elementos justificadores del apartamiento del régimen ordinario del contrato de trabajo para los colectivos a los que abarca. En todo caso, se trata de un tipo de relación a la que se aplica con carácter preferente lo dispuesto en la misma y sólo con carácter supletorio lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo que se deriva de lo dispuesto en el propio art. 2 ET y del art. 12 del indicado Real Decreto que regula esta relación (STS 15 de julio de 2004, RJ 2004/ 5362).

La complejidad del ámbito de aplicación de la norma

Como su propio nombre indica, la norma regula la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos, si bien, con tal denominación es posible observar la propia complejidad del tema. Determinar el concepto de artista ya, en sí mismo, resulta complicado, y la propia norma no define este concepto. Así, si atendemos a la definición de la Real Academia, el significado es el siguiente: “Persona que ejercita alguna arte bella. Persona dotada de la virtud y disposición necesarias para alguna de las bellas artes. Persona que actúa profesionalmente en un espectáculo teatral, cinematográfico, circense, etc., interpretando ante el público” (2001). Como se puede inferir es un concepto de gran amplitud, que llevaría a tener que determinar en cada caso si se está en presencia o no de una persona que tiene la necesaria aptitud para desarrollar ante el público una actividad artística (Valdés Dal-Re, p. 2). Por lo tanto, la casuística puede ser enorme y la complejidad de la delimitación de los supuestos más que evidente. De otro lado, para estar dentro del ámbito de aplicación de la norma, se debe prestar la actividad artística voluntariamente, por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un organizador de espectáculos públicos o empresario, a cambio de una retribución.

Claro está que la actividad artística en espectáculos públicos puede desarrollarse en formas diversas que den lugar a relaciones jurídicas distintas: arrendamiento de servicios, contrato de sociedad, o bien, como señalamos, a una relación laboral –aun cuando especial– cuando se trate de una prestación de servicios con vínculo de dependencia. Por lo tanto, las notas características de esta relación no varían respecto a la noción de trabajador del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. Si bien, ha de tenerse en cuenta que se añade una nota más en esta relación y no es otra que la que se recoge en la propia denominación de la norma: “artistas en espectáculos públicos”, encargándose la propia norma de hacer una enumeración ejemplificativa de medios donde se puede desarrollar la actividad artística directamente ante el público como: el teatro, cine, radiodifusión, televisión, plazas de toros, instalaciones deportivas, circo, salas de fiestas, discotecas y, en general, cualquier local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a actuaciones de tipo artístico o de exhibición.

Por definición, quedarían excluidas de esta relación laboral especial, las actuaciones artísticas de ámbito privado. De hecho, la contratación de un actor para el ámbito privado o para la grabación de video de uso interno, estarían fuera de este ámbito (STSJ de Cataluña, 16 de febrero de 2004, JUR 2004/95640). Ahora bien, en el entendimiento de que el mero hecho de realizarse la actividad artística en un lugar público, no tiene porqué suponer la existencia de esta relación laboral especial, dado que, en todo caso, deberán analizarse las demás circunstancias tanto objetivas como subjetivas para determinar si se está o no ante la misma. Por ello, es la jurisdicción social, a través de la casuística que se le plantea, quien viene discerniendo cuáles son las actividades sobre las que se desarrolla la relación especial y la naturaleza misma de esa relación, así, un manipulador de marionetas, cuando presta su actividad para un organizador de espectáculos es considerado un artista sometido a esta relación laboral especial, ya que la actividad prestada requiere no sólo práctica sino un cierto sentido de la interpretación, desarrollando, como señala la doctrina judicial (11 de junio de 2009, AS 2009/2040), una función específica que deriva propiamente del origen teatral ligada a la manipulación de marionetas, considerándose irrelevante a estos efectos que siga un guion que le viene dado, que no haya creado los muñecos, que no ponga voz a los mismos y que su imagen personal no aparezca, en ningún momento, en los programas grabados, pues todos esos datos no impiden la referida calificación jurídica de la prestación desarrollada, que no es otra que la de artista y la relación se califica como especial y no como ordinaria. E igualmente, la trabajadora contratada con la categoría profesional de bailarina del Cuerpo de Baile en el Ballet Español, calificada como relación laboral de carácter especial que por ello, dada su singular calificación, exige una normativa específica, peculiar, característica propia, distinta de la general y común (SSTS, 24 de Julio, RJ 1996/6416; 17 de octubre de 1996, RJ 1996/777). Del mismo modo, está comprendida la banda de música para los festejos taurinos, que mediante la modalidad de contrato de trabajo de grupo, asume colectivamente y por un solo vínculo jurídico, a través de un único contrato de trabajo, con percepción de una retribución conjunta, su prestación de servicios (STSJ Casilla/León de 27 noviembre, AS 1993/4704). O el humorista y una gestora de televisión (STSJ de Madrid, 12 de febrero de 1996, AS 1996/317). O los artistas que actúan en tablaos flamencos bajo la dirección de los mismos.

El instrumentista de Oboe en el puesto de Coprincipal de una Orquesta Sinfónica (12 de febrero de 1996). O la actividad artística de los músicos que actúan por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de una empresa que a su vez regenta un hotel donde se desarrollan con regularidad sus actuaciones durante el verano (STSJ de Cataluña de 7 septiembre, AS 1999/2888). O el director realizador de un vídeo que es contratado en esa calidad para dirigir el rodaje de un corto, pagándosele a precio alzado su trabajo esto es, el de dirigir, debiéndose someter al guion que se le presenta, y trabajando con los artistas que se le imponen, en el lugar y tiempo que se le marca por la empresa contratante y con un plazo de ejecución (STSJ de Cataluña, 8 noviembre, AS 1999/4794).

Especial mención merece la actividad de doblaje en relación a su calificación como actividad artística y, por ende, su encuadramiento como relación laboral especial. Efectivamente, la función del actor en el doblaje consiste, como indica su propio convenio colectivo⁹, en interpretar y sincronizar la actuación del actor original con la mayor fidelidad a la interpretación del mismo y siguiendo las indicaciones del Director de Doblaje. De ahí que la doctrina jurisprudencial¹⁰ determine su inclusión en esta relación laboral especial, no sin antes examinar las notas características de toda relación laboral; y, en este sentido, se hace hincapié en que los actores de doblaje no aportan infraestructura alguna, siendo la empresa que les contrata la suministradora de todos los medios técnicos y humanos necesarios para el desarrollo de la completa prestación de servicios. Además, también resulta propia de la esencia de la relación laboral especial la coincidencia del tiempo de prestación de servicios con la de desarrollo de la obra o trabajo artístico, sin que la exclusividad pueda exigirse como nota de la misma. La ajenidad tampoco puede ponerse en cuestión por el hecho de que los actores de doblaje mantengan sus derechos de autor, sin cesión a la empresa; dado que, como se señala el propio Tribunal Supremo (SSTS, 6 de octubre de 2010, RJ 2010/ 5017; 19 julio 2010, RJ 2010/5015; 16 de julio de 2010, RJ 5014/2010), los derechos de propiedad intelectual no se encuentran necesariamente en el paquete

⁹ Convenio estatal de Profesionales del Doblaje –Rama Artística, art. 7 (BOE, 02 de febrero de 1994).

¹⁰ Ssts de 6 de octubre de 210 (RJ 2010/ 5017), 19 julio 2010 (RJ 2010/5015), 16 de julio de 2010 (RJ 5014/2010).

de las obligaciones básicas del contrato de trabajo, pudiendo incluirse entre las respectivas contraprestaciones de las partes o quedar al margen de éstas. Asimismo, en relación con el salario lo perciben en atención a los parámetros de medición de la prestación de servicios fijados en su convenio colectivo en donde puede apreciarse una regulación de la unidad de obra –*take*– y del canon de convocatoria general –cuantía fija en cada llamamiento.

En otros supuestos, tras examinar la actividad desplegada, se ha determinado que no tenía la consideración de artística, estimándose que no constituía tal actividad cuando efectivamente no se despliegan unas concretas habilidades para ofrecerlas al público como entretenimiento, –supuesto de las funciones de presentadora entrevistadora (STSJ de Madrid 20 de septiembre de 2002, JUR 2002/95640) en las que se trata de desarrollar, elaborar y presentar unos conocimientos determinados, ofreciéndolos como información, dentro de un servicio ajeno al concepto de espectáculo, por lo que no se encontraría dentro del ámbito de aplicación de esta relación laboral especial. Como tampoco se podría considerar encuadrado en esta relación la intervención de una persona como conferenciante donde ofrece el resultado de sus estudios a un auditorio dada la dificultad de considerar la existencia de un espectáculo público. Las tareas de meteorólogo presentador (STSJ de Cataluña, 2 de mayo de 2000, AS 200/2697), dentro de los servicios informativos de la empresa, siendo él mismo quien redactaba la información y la presentaba, llevando a cabo esto último bajo la supervisión de un realizador y de un estilista. No pudiéndose aceptar que las funciones desarrolladas por el meteorólogo puedan entenderse incluidas tampoco en el concepto de artista, considerando como tal al que actúa en un espectáculo. También se excluye la labor de las azafatas¹¹ cuando limitan su actividad profesional al acompañamiento de otras personas, al considerar que tal actividad de acompañamiento difícilmente puede calificarse de artística.

Como es posible observar, resulta más que evidente las dificultades en orden a la determinación de lo que debe considerarse como actividad

¹¹ v. SSTSJ de Madrid de 19 de junio de 2006 (AS 2007/ 268670) y de 19 noviembre de 2007 (AS 2008/381).

artística, siendo la casuística verdaderamente amplia en lógica consonancia con la diversidad de actividades que, en los distintos sectores artísticos, pueden existir.

En la actualidad, y dada esa enorme casuística, resulta controvertido, el encuadramiento de determinadas prestaciones de servicios, en lo que cabría entender que no prima tanto la concreta aptitud artística, como el propio espectáculo en sí mismo. La complejidad de encuadramiento es palmaria como se puede vislumbrar al resolver por la doctrina judicial de forma distinta supuestos de hecho análogos. Así, de un lado, se argumenta que cuando se trata de un reality show en que la prestación consiste en permitir la grabación de una actuación durante todas las horas de todos los días en que se permanece en el estudio, para emitir por televisión el resultado de aquellas partes que se considerasen más acordes con los gustos de la audiencia, realizando así un servicio por cuenta de la empresa demandada, podría inferirse que concurren las notas que configuran el contrato de trabajo, ya que está presente el carácter personalísimo de la prestación, la nota de dependencia, quedando a las órdenes de la empresa desde el momento en que se inició dicha prestación, con sometimiento a un horario de trabajo y a todas las instrucciones que le fueron dadas, utilizando en todo momento los medios materiales de la empresa, estando también presente la ajenidad, en tanto que se percibe como contraprestación una cantidad fija con independencia de cuál fuera la audiencia y los ingresos del programa. Y aun cuando realmente sea difícil calificar la actividad realizada en este tipo de *reality show* como la de un artista en sentido estricto, sí podría estar comprendida dentro de una definición amplia referida a “la persona que actúa profesionalmente en un espectáculo teatral, cinematográfico, circense, etc., interpretando ante el público”, ya que, “si bien es cierto, que la prestación no puede considerarse como arte, no lo es menos que, al ser introducida en un recinto cerrado con otras personas contratadas para el mismo fin, actuaba en cierta medida teatralmente, ya que adoptaba un rol determinado, respondiendo sin duda a la personalidad que el director o el productor del programa había buscado al seleccionarla, con el fin de que se dieran situaciones o conflictos que ganasen audiencia, interactuando, representándose a sí misma como si de un personaje teatral se tratara”. De lo expuesto, se infiere en la sentencia (STS) de Madrid, 12 de marzo de

2008, sec. 2ª, AS 2008/1434; 14 de abril de 2008, sec. 1ª, AS 2008/1262) que tal actuación constituye un auténtico espectáculo y, por consiguiente, las personas que desarrollan dicho programa deben estar dentro del ámbito de esta relación laboral especial.

Pero, como ya se ha hecho referencia, no existe un criterio unívoco y para el mismo Tribunal, aun cuando en distinta sección, el fallo difiere al considerar que no hay ningún tipo de relación laboral –ni común, ni especial–. Y, ello, bajo el argumento de que no cualquier relación entre personas por virtud de la cual una de ellas realice a solicitud de la otra una actividad remunerada es constitutiva de una relación laboral, pues lo que merece ser calificado como trabajo es la realización de actividades productivas, socialmente útiles, según el común sentir. Por ello, la actividad del concursante en unos de estos programas tipo *reality show* no tiene encaje apropiado en el contrato de trabajo, ni siquiera en la relación especial de los artistas en un espectáculo público, puesto que renunciar por un tiempo a la intimidad personal al permitir la grabación de los actos propios de la vida cotidiana, no puede considerarse como una actividad artística, que presupone y requiere poseer y emplear unas dotes de esta clase en grado superior al que es habitual para el común de las personas, y no simplemente exponerse a la mirada curiosa de los demás, renunciando a la propia intimidad. Y aun cuando haya existido retribución, considera dicha sentencia (STSJ de Madrid, 11 de marzo de 2008, sec. 5, JUR 2008/190931) que lo que se ha retribuido ha sido la aceptación voluntaria de un confinamiento, la pérdida de intimidad y la cesión de los derechos de imagen, pero no la prestación de unos inexistentes servicios profesionales.

Si como señalamos, discernir cuales son las actividades sobre las que se desarrolla la relación especial viene constituyendo la labor de la jurisdicción social a través de la innumerable casuística que se le plantea, existen supuestos en los que la norma efectúa una inclusión de manera expresa. En concreto, nos referimos a las actividades artísticas destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión ante el público, pero aun incluyéndose de manera expresa el Tribunal Supremo (STS, 26 de febrero de 1988, RJ 1988/956), en su momento, afrontó el tema competencial en relación con la ejecución de este tipo de actividades artísticas. Así

asumió la competencia cuando de una parte se conviene la concesión de la actividad artística a la empresa, con carácter de exclusividad, y ésta recibe el trabajo de aquél, lo controla, lo convierte en disco y lo vende al público y mercado en general, recibiendo el artista una remuneración, considerando que, en estos casos, debe entenderse que el ámbito competencial corresponde a la jurisdicción social. De forma más precisa, y como siguió manteniendo la doctrina jurisprudencial (SSTS, 20 junio 1966, RJ 1966/3589; 17 octubre 1968, RJ 1968/4630; 25 abril 1969, RJ 1969/2630; 9 diciembre 1982, RJ 1982/7791), la relación sería de naturaleza laboral especial si estipula que las grabaciones deben ser consideradas aptas o útiles para la Compañía “quedando obligado a repetir las actuaciones cuantas veces sean necesarias para este fin”, “que las obras que debía interpretar serían seleccionadas por la Compañía después de consultar con el actor”, “que la Compañía indicaría fecha y lugar de grabación” “el contrato se establece con carácter de exclusiva mundial en favor de la Compañía”, “que las grabaciones que se realicen serán de la absoluta y exclusiva propiedad de la Compañía”, comprometiéndose el actor a “informar a la Compañía sin demora de todos sus compromisos y conciertos, giras y actuaciones cara al público, etc.”, así como “a ejecutar en lo posible las obras grabadas bajo este contrato”; y si a lo expuesto se une que las adiciones que pretende la empresa se refieren a que el artista realizará las actuaciones “con arreglo a su peculiar y original manera de hacer”, “las obras serán seleccionadas por la Compañía después de consultar con el artista” “la Compañía indicará con preaviso razonable la fecha y lugar de grabación” “las grabaciones serán de la absoluta y exclusiva propiedad de la Compañía” del conjunto de las estipulaciones expresadas, se deduce que la Compañía recibe el trabajo del artista, lo controla, lo convierte en disco y lo vende al público y mercado en general, recibiendo el artista un porcentaje del importe de las ventas realizadas; se exteriorizarían los perfiles del contrato de trabajo, con la aportación de “un hacer” por una de las partes y de “un recibir” por la otra para obtener ésta un beneficio y aquélla una compensación económica recurso, antes indicados.

En todo caso, se excluye expresamente de su ámbito de aplicación, entendemos que con la finalidad de clarificar y delimitar el mismo –bastante difuso como se puede observar–, no sólo las actuaciones artísticas en

el ámbito privado sino también la actividad del personal técnico y auxiliar que colabora en la producción de espectáculos. De forma que se exceptúan las tareas del ayudante de realización especializado en programas musicales, puesto que aun siendo cierto que en el ejercicio de sus labores se relaciona con la música y con sus practicantes, a los que en principio podría calificárseles como artistas, lo hace colaborando desde el punto de vista técnico, para que el espectáculo funcione, aplicando sus amplios conocimientos musicales. Del mismo modo, el realizador del programa musical, o su ayudante, y todo el personal necesario para que desde el punto de vista televisivo el espectáculo funcione, no se les considera artistas sino trabajadores ordinarios por cuenta ajena (STS, 21 de junio de 1990, RJ 1990/5501; STSJ, Madrid de 14 junio, AS 1999/1680). E igualmente se consideran excluidos de esta relación especial y sujetos a una relación laboral común si se cumplen las notas de la misma los técnicos de luces y montajes (STSJ Navarra, 6 de abril de 1993, AS 1993/1772) o el ayudante de realización (STSJ Madrid, 14 de junio de 1999, AS 1999/1680). Las funciones de operador montador de vídeo tampoco encajan en el concepto de artista, debiendo por tanto calificarse como relación laboral común y no especial de artistas en espectáculos públicos (STSJ de Galicia, 14 marzo de 2014, AS 2014/2407).

El ámbito de aplicación no estaría determinado si no se hiciera referencia a la otra parte de la relación, es decir, al organizador de espectáculos públicos o empresario, entendido también en un sentido amplio: organizador o montador de un espectáculo o espectáculos públicos en los que se ofrece –dentro de su ámbito de organización y dirección y a cambio de una retribución– la actuación de los actores. Si bien, no se exige una dedicación habitual, pueden ser contrataciones puntuales y puede tratarse de personas físicas o jurídicas –privadas o públicas–. En este sentido, cabe señalar que no es necesario que el empresario o empleador tenga la condición de empresa desde un punto de vista mercantil, ni que se dedique habitual y profesionalmente a organizar espectáculos, por lo que cualquier persona o ente (ayuntamientos, comisión de festejos, hoteles, teatros, salas de fiesta, etc.) en cuanto organicen un espectáculo, será sujeto de esta relación especial. Sin embargo, no se puede confundir al empresario u organizador de espectáculos públicos con el apoderado o representante, dado que éste no organiza ni monta el espectáculo, su condición es la propia de agente colocador de artistas, limitándose a

contratar en su nombre con salas de fiesta, comisiones de festejos etc. –siendo éstos los auténticos empresarios y organizadores del espectáculo– y a cobrar la contraprestación económica consiguiente para su entrega al artista una vez descontada su comisión, lo que no supone una retribución fija, sino dependiente en todo caso de sus actuaciones y de lo que se abone por quienes contratan al artista (STS de Castilla y León y Valladolid 5 octubre 1999, AS 1999/4558). Es indudable que, en determinados supuestos, la distinción puede resultar ciertamente complicada, así, por ejemplo, entre los contratos de mandato, arrendamiento de servicio, mediación, etc. En efecto, si la intervención se ciñe a la que es propia de los agentes artísticos, representantes o *managers* - sin organizar los espectáculos públicos en los que ofreciere la actuación de un artista, limitándose a contratar en su nombre con comisiones de fiestas, ayuntamientos y otras entidades públicas o privadas con ocasión de posibles festejos y a cobrar la contraprestación económica descontada su comisión, nos encontramos, como señalamos, ante la típica figura del apoderado del artista. En definitiva, el artista no presta sus servicios dentro de su ámbito de organización y dirección, sino de terceros que son verdaderamente quienes contratan sus servicios como artista, quienes reciben y se benefician de la prestación de tales servicios y quienes los retribuyen y, de esa retribución es de la que se descuenta el porcentaje pactado para el representante por la representación realizada (STSJ de Comunidad Valenciana, 14 diciembre 2000, JUR 2001/164502).

En fin, resulta francamente problemático la determinación del ámbito de aplicación de esta relación, dada la dificultad de encajar una actividad como artística, debido a la inexistencia de una definición que delimite el concepto, de forma que se puede observar cómo se están considerando como artistas a quienes verdaderamente no se puede decir o, al menos, es más que discutible que estén dotados de la virtud y disposición necesarias para alguna de las bellas artes. De otro lado, y ante la dificultad referida, existe una tendencia a poner el acento en el elemento de espectáculo público, al ser más sencillo de poder determinar que el propio concepto de artista, de manera que pasa a ser el elemento relevante para estar comprendido en esta relación. En todo caso, la labor de la jurisdicción social discerniendo dentro de una interminable casuística las actividades que deben estar o no comprendidas dentro de esta relación, sigue siendo constante.

*El trabajo de los menores de dieciséis años
como artistas en espectáculos públicos*

Sin duda, una de las especialidades propias de esta relación viene constituida por la admisión a este tipo de trabajo de los menores de dieciséis años. Como es sabido, el artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe la admisión al trabajo de los menores de dieciséis años. Sin embargo, tras la mencionada prohibición, se admite la intervención de menores de esta edad en espectáculos públicos. No obstante, a renglón seguido, establece una serie de cautelas. Cautelas o previsiones que se prevén, de forma análoga, en el artículo 2 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos.

Estas disposiciones no son novedosas en nuestra normativa, como ya se ha hecho referencia anteriormente. De hecho, aun cuando nuestras primeras normas laborales prohibían realizar a los menores de dieciséis años las actividades de acróbatas, gimnastas, domadores de fieras o toreros, también es cierto que se introdujo tempranamente¹² la posibilidad de dispensa por la Autoridad gubernativa, quien, para llevarla a cabo, debía apreciar la relación entre los inconvenientes físicos y morales del trabajo y las condiciones del niño. Por lo tanto, esta regulación no ha sido ajena a nuestra normativa, pero tampoco resultaba ajena ni en el ámbito internacional, ni tampoco en el comunitario.

De manera que los primeros convenios de la OIT ya establecían la posibilidad de trabajar menores en espectáculos públicos. Así, en el Convenio núm. 33, sobre la edad mínima (empleo no industrial)¹³, se permitía que la legislación nacional pudiera fijar excepciones al límite de edad establecido; excepciones referidas no sólo al límite de edad fijado –catorce años o mayores de catorce sujetos a la enseñanza primaria obligatoria–, sino a la excepción a dicho límite, es decir, se podía excepcionar la propia excepción, referida al trabajo ligero de los niños que

¹² Ley de 13 de marzo de 1900 (Gaceta, 14 de marzo de 1900)

¹³ Convenio aprobado en 1932, ratificado por España el 28 de mayo de 1934: Gaceta 31. Revisado por el Convenio núm. 60 (1937). Denunciado por la ratificación del Convenio núm. 138 (1973). Ambos ratificados por España.

hubieran cumplido los doce años, amparándose ya, en esos momentos, en un pretendido beneficio del arte, de la ciencia o de la enseñanza; de manera que se permitía la posible actuación de menores, por medio de permisos individuales, en espectáculos públicos como actores o figurantes en películas cinematográficas. Un año más tarde en la Recomendación núm. 41 sobre edad mínima (empleo no industrial) 1932, aconsejaba que las excepciones a la regla del empleo de los niños menores de doce años en dichos espectáculos, fuesen mínimas y que se efectuasen con las debidas garantías. Por consiguiente, se exhortaba a que los permisos únicamente se concedieran cuando la naturaleza o la clase especial del empleo pudieran justificarlos, cuando fuera evidente que el niño poseía la aptitud física requerida para dicho empleo; aconsejando, además, el que los padres o tutores presentasen el consentimiento. En realidad, esta Recomendación fue relevante en cuanto que trataba de precisar el contenido de los permisos, de modo que se aconsejaba que se concretase el número de horas en que el niño podía estar empleado; y, además, y fundamental, dicho permiso debía ser expedido para un sólo espectáculo determinado o para un período determinado; no obstante, sí cabía la posibilidad de que estos permisos fuesen renovados (Ruano Albertos, 2001). Los sucesivos convenios de la OIT¹⁴, y, en concreto, Convenio núm. 138 (1973), sobre edad mínima¹⁵, exceptuaba de la regla general –no inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o en todo caso, quince años– la participación en representaciones artísticas, cuando la autoridad competente concediese tal posibilidad por medio de permisos individuales, permisos que debían limitar el número de horas.

La misma dirección se observa en la normativa comunitaria, siendo destacable la Directiva 94/33/CE¹⁶ sobre la protección de los jóvenes en el trabajo. Directiva que vendría a admitir la posibilidad de que los Estados miembros introdujesen excepciones a la regla general, regla general que establece la prohibición de acceder al empleo por debajo

¹⁴ Convenio núm. 60 (1937), sobre edad mínima (empleo no industrial) ratificado por España el 8 de abril de 1971. Denunciado por la ratificación del Convenio núm. 138 (1973), sobre edad mínima, ratificado por España el 13 de abril de 1977.

¹⁵ Ratificado por España el 13 de abril de 1977

¹⁶ Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, sobre protección de los jóvenes en el trabajo

de la edad (Ruano Albertos, p. 35), en que según la legislación nacional, debe finalizar la escolaridad obligatoria a tiempo completo, ni en todo caso inferior a la edad de quince años. Las excepciones, en cuanto al tema que nos ocupa, aluden al ejercicio de actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario. No obstante, se establecían unas cautelas en orden a garantizar una adecuada protección. De forma que, en cada caso, se requería el sometimiento a un procedimiento de autorización previa expedido por la autoridad competente; debiendo determinar los Estados, por vía legislativa o reglamentaria las condiciones en que debía desarrollarse el trabajo, así como el procedimiento de autorización previa al que debía someterse. En todo caso, era necesario que las actividades no perjudicasen la seguridad, la salud o el desarrollo de los niños; ni afectasen a su asistencia a la escuela, a su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o a sus aptitudes para aprovechar la enseñanza que recibieran. No obstante, se permitía en la Directiva, que se sustituyera –pero sólo en el supuesto de que el niño tuviera cumplidos trece años– el procedimiento de autorización previa que debía de existir, por una autorización general, ya fuese por vía legislativa o reglamentaria –por lo tanto, ya no referida a cada caso concreto–, en la que debían figurar las condiciones en que había de desarrollarse el trabajo. No dejaba de ser una nota de flexibilidad que permitía a los Estados miembros, la posibilidad de conceder autorizaciones de carácter general, a partir de los trece años, sin examinar la correcta adecuación del menor al puesto de trabajo concreto. Por otro lado, los Estados miembros que tuvieran un sistema de aprobación específico para las agencias de modelos en lo tocante a las actividades artísticas podían mantener dicho sistema.

En fin, tanto en los convenios de la OIT, como en la normativa comunitaria, como en nuestra propia legislación, se ha permitido el trabajo, por debajo de la edad fijada como regla general para el acceso al mismo, en espectáculos públicos.

En nuestra legislación, tanto el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores, como el artículo el artículo 2 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, admiten la posibilidad de que los menores de dieciséis años intervengan en espectáculos públicos. El propio artículo 6 del Estatuto de los

Trabajadores, señala que tal intervención sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral –Dirección Provincial de Trabajo en aquellas Comunidades en que conserve esta competencia–, siempre que no suponga peligro para la salud física ni para su formación profesional y humana; debiendo constar dicho permiso por escrito y para actos determinados.

Luego la autorización, que debe constar, como ya se ha señalado, por escrito y que deberá ser motivada¹⁷, sólo se dará en casos excepcionales y teniendo en cuenta la integridad física y la formación profesional y humana del menor. En todo caso, de conformidad con el artículo 2 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, será solicitada por los representantes legales del menor, acompañando el consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio –doce años es la edad que normalmente se preceptúa en el Código Civil para ser oído: artículos: 162, 231, 156, 92, entre otros–.

De hecho, respecto de esta exigencia “de acompañar el consentimiento del menor” debe traerse a colación la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección del Menor¹⁸, en la que se reafirma la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. De forma que el concepto “ser escuchado si tuviere suficiente juicio” se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce así la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos; señalando dicha norma que: “Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva”. Más aún, esas limitaciones deben centrarse en los procedimientos, de tal manera que “se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto”. En concreto, en el artículo 9, establece que el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social y que cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le

¹⁷ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (art. 54).

¹⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos. No obstante, este artículo está en proceso de modificación. Efectivamente, el actual Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia¹⁹, pretende desarrollar, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser no solamente oído –que parece referirse a un mero trámite– sino también escuchado –hace referencia a prestar atención a lo que diga el menor– y, ello, sin discriminación alguna por discapacidad o cualquier otra circunstancia y tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que incida en su esfera personal, familiar o social, aunque sus opiniones deban ser valoradas en función de su edad y madurez –se sustituye así la palabra “juicio” por “madurez”. En este sentido, la propia norma, especifica que, para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, accesible y adaptado a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. Además, se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. En consecuencia, la autoridad laboral, en lo que respecta a la autorización de menores en espectáculos públicos, deberá seguir la normativa prescrita, dado que, con la solicitud de los representantes legales del menor, se abre un procedimiento administrativo y, en este sentido, se deberá escuchar al menor cuando tenga suficiente madurez y, en todo caso, cuando tenga los doce años.

¹⁹ Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 27 de febrero de 2015

Con todo, es preciso hacer hincapié en la excepcionalidad de la autorización por parte de la autoridad laboral para que el menor pueda participar en espectáculos públicos. La propia norma expresamente recoge dicho término, lo que significa que constituye la excepción a la regla común; es decir, el término “excepcionalidad” implica por sí mismo que ocurrirá en contadas ocasiones pero, además, para conceder dicha autorización, la participación del menor en el espectáculo no deberá suponer un peligro para la salud física ni para su formación profesional y humana. Y, esta última, es una exigencia sumamente difícil de poder determinar, porque si bien es cierto que el peligro sobre la salud física – en el entendimiento de que sólo se hace referencia a la salud física pareciendo no incluir la mental– y la formación profesional –en el sentido de no impedir la continuidad de los estudios– son menos complejas de precisar, no ocurre lo mismo con la formación humana. La formación humana atiende a una diversidad de dimensiones del sujeto y presupone una idea de desarrollo imposible de valorar en un momento puntual. Saber cómo puede afectar el trabajo en espectáculos públicos a la formación humana de un menor, supone una incógnita imposible de despejar de antemano por la autoridad laboral, lo que fácilmente podría dar lugar a la resolución negativa de expediente de tramitación de la autorización, motivada precisamente en dicha imposibilidad de poder determinar la ausencia de este concreto peligro.

En fin, la amplia gama de actividades artísticas en espectáculos públicos presupone una dificultad añadida en orden a poder valorar por la autoridad laboral estos aspectos. Y no cabe duda de la importancia que ha de darse a la autorización de la autoridad laboral. El hecho de que sean los padres o los representantes legales del menor los que soliciten a la autoridad laboral la autorización, no supone que lleve implícito el que la participación en el espectáculo esté exenta de todo perjuicio para el mismo. Con este procedimiento, realmente, lo pretendido es dotar de una garantía añadida a este tipo de trabajos y si debe dotárseles de una mayor garantía, habría que preguntarse si no deberían estar amparados por la prohibición de trabajar existente con carácter general. Resulta evidente que al tratarse de actividades económicamente productivas, le hacen al menor susceptible de poder ser utilizado con fines económicos, privándole de un desarrollo normal durante esta etapa de su vida, sin

que de antemano se pueda determinar la repercusión que pueda tener en su vida de adulto. De ahí, que realmente sea la autoridad laboral la que tenga la oportunidad y el deber de avalar que el trabajo se desarrolla con las debidas garantías y, por este motivo, sería pertinente, en todo caso, tanto el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo como un examen médico de aptitud para el trabajo. En relación con este último, debe recordarse que ya el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales²⁰, referente a la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, señala que: “los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa, ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”. En fin, no sería en absoluto excesivamente garantista que en el expediente que instruye la autoridad laboral figure el correspondiente examen de aptitud psicofísica.

Debe tenerse en cuenta, que una vez concedida la autorización, le corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato –obsérvese que es el padre o tutor no el apoderado artístico– pero se vuelve a requerir de nuevo el consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio, correspondiendo al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato. Por lo tanto, en los supuestos en los que el menor no tiene suficiente juicio, son los representantes legales los que le deben sustituir en el otorgamiento del consentimiento. De otro lado, una vez que ha cumplido los doce años o, si es menor de esta edad pero se le reconoce suficiente juicio, deberá constar su consentimiento, pasando a ser un requisito esencial para la validez del contrato, motivando su falta la nulidad del mismo. En estos casos en los que el menor puede prestar su consentimiento se alude por algunos autores a que la técnica de intervención del representante no sería la de sustitución sino la de “ayuda” o “asistencia”, lo que supone que la falta de asistencia de

²⁰ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

los representantes simplemente llevase aparejada la anulabilidad del contrato (Apilluelo Martín, p. 265).

En todo caso, de conformidad con Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero²¹, debe prestarse especial atención al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor; teniendo en cuenta que: “La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados”; considerándose intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor: “cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”. Lo cierto es que ni la Ley 34/1988, de 11 de noviembre²², ni la Ley 25/1994, de 12 de julio²³, prohíben el que los niños puedan realizar anuncios; simplemente la Ley 7/2010, de 31 de marzo²⁴, en relación con la imagen y la voz del menor señala al respecto que los mismos no sean utilizadas en los servicios de comunicación audiovisual sin su consentimiento o el de su representante legal, de acuerdo con la normativa vigente.

En un sector importante como es de la actividad publicitaria es posible observar, como existen convenios²⁵ que tienen por objeto la autorregulación

²¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 4)

²² Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

²³ Ley 25/1994, de 12 de julio, de Televisión sin fronteras, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio.

²⁴ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (art.7).

²⁵ Convenio de colaboración para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria de bebidas alcohólicas, en el marco de la ley 5/2002, de 27 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos, entre el organismo autónomo agencia antidroga, la asociación para la autorregulación de la comunicación comercial (autocontrol), televisión autonómica de Madrid, S. A. (Telemadrid), la Asociación Española de Publicidad Exterior (AEPE), la Asociación General de Empresas de

en relación con la publicidad llevada a cabo por menores –por ejemplo en relación con las bebidas alcohólicas en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid– la publicidad de dichos productos en ningún caso, mostrará a personas menores de 23 años; comprometiéndose los anunciantes a tener disponibles los documentos acreditativos de la edad de los modelos que intervengan en los anuncios, de tal modo que resulte posible verificar su cumplimiento. Del mismo modo, en la Comisión de Seguimiento del “Acuerdo para el Fomento de la Autorregulación de la Publicidad Televisiva”²⁶ la utilización de la imagen de un menor de edad con fines publicitarios requiere la previa autorización expresa del menor “si sus condiciones de madurez lo permiten”. De no ser así, ser así, la autorización previa deberá otorgarla por escrito el representante legal del menor, que deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal²⁷. De no disponer del citado consentimiento expreso, el anuncio incurriría en una intromisión ilegítima del ámbito de protección de la mencionada Ley Orgánica 1/1982, según lo dispuesto en su artículo 7.6.

En cualquier caso, resulta patente las dificultades que entraña en una adecuada protección de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos, aun cuando se haya querido dotar de una normativa que trate de garantizar la misma. La dificultad sin duda también se ve agravada por el amplio concepto de actividad artística y, en este punto, la negociación colectiva –por el momento escasa en estos sectores– podría tener una importante labor que realizar una vez que el trabajo del menor ha sido autorizado por la autoridad laboral.

Las especialidades en relación con la forma, duración y modalidades del contrato de trabajo

El contrato de los artistas en espectáculos públicos deberá formalizarse por escrito y en ejemplar triplicado –para ambas partes y para Servicio Público de Empleo– si bien, es posible observar en la negociación colectiva

Publicidad (AGEP), y la Asociación Española de Anunciantes (AEA).

²⁶ Comisión de Seguimiento del “Acuerdo para el Fomento de la Autorregulación de la Publicidad Televisiva”, firmado por SETSI y Autocontrol (19 diciembre 2003).

²⁷ Ley Orgánica 1/1982, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen (art.2).

la exigencia de un número mayor de ejemplares como, por ejemplo, el del personal de salas de fiesta, bailes y discotecas, en el que se exige que se firme por cuadruplicado²⁸. Pero la cuestión que se plantea es si la ausencia de la forma escrita en el contrato la única consecuencia que produce es la de tipo administrativo sancionador o si es posible tal como prescribe el artículo 12 del Real Decreto 1435/1985 la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores y, en concreto, del artículo 8 del mismo que tras establecer que “el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra” y que “deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal”, sostiene que, “de no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial del mismo”. Ahora bien, la cuestión no deja de ser problemática dado que la presunción del carácter indefinido ante la falta de forma escrita del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores cohonesta mal con el artículo 5 del Real Decreto 1435/1985, que sitúa en un plano de igualdad la contratación indefinida y la temporal para esta especial relación de trabajo, no exigiéndose una causa para que esta última pueda producirse, pues el citado precepto establece que la contratación temporal podrá ser por una o varias actuaciones, por tiempo cierto, por una temporada o por tiempo que una obra permanezca en cartel. No obstante y pese a lo expuesto, no se puede olvidar que el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores no establece la necesidad de la forma escrita como requisito constitutivo, sino que rige la norma del contrato indefinido cuando no se celebre por escrito (SSTSJ de Granada, 9 de marzo de 2005, JUR 2007/190831; de la Rioja, 4 de julio de 1994, AS 1994/2870), pero con valor de presunción que admite prueba en contrario, prueba en contrario que no sería difícil aportar en esta concreta relación donde la temporalidad constituye prácticamente la regla general. De ahí, que existan pronunciamientos judiciales que, aun teniendo en cuenta que el art 3.1 del citado Real Decreto exige que el contrato de trabajo debe de formalizarse por escrito y con los requisitos en él reflejados, si no se efectúa de esa forma y la contratación es verbal tal incumplimiento

²⁸ Resolución de 26 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discoteca (BOE de 18 de mayo de 2012) (art. 7.4).

conlleve que la relación laboral deba presumirse indefinida salvo que se demuestre lo contrario; de forma que si no se considera probado, que la prestación de servicios tenía un carácter temporal –considerando que el hecho que se pagara o retribuyera por actuación no acredita tal extremo– no constando que las actuaciones en las que intervenía fueran o debieran realizarse en un periodo de tiempo concreto y determinado, se concluye que debe presumirse que la relación laboral es indefinida al no haber probado la empresa recurrente lo contrario, carga de la prueba que a ella le incumbe (STSJ de Castilla y León, Burgos, 5 febrero de 2009, JUR 2009/323307).

En el documento contractual deberá figurar como mínimo: a) La identificación de las partes, con indicación expresa del domicilio social de la empresa o, en su caso, el domicilio del empresario, b) El objeto del contrato, en términos que permitan conocer con suficiente precisión el contenido específico del trabajo, c) La retribución acordada, d) La duración y el período de prueba en su caso, f) Cuando proceda, las condiciones de los pactos de plena dedicación o permanencia.

Por lo que se refiere al período de prueba (artículo 4) cabe precisar que siempre debe figurar por escrito y que éste puede concertarse en los contratos cuya duración sea superior a diez días; siendo la duración máxima del período de prueba de cinco días en los contratos de duración no superior a dos meses; de diez días en los contratos de duración no superior a seis meses, y de quince días en los restantes. En cualquier caso, viene a cumplir con la función de comprobación de la aptitud profesional y su adaptación al puesto de trabajo. La brevedad de los períodos fijados sería consecuencia de la duración temporal de estos contratos y también de la escasa duración, en algunos supuestos, de los mismos, sin olvidar que normalmente se les somete a los castings correspondientes, es decir, a un proceso de selección del reparto o elenco de una película o de los participantes en un espectáculo, lo que posibilita el conocimiento *a priori* de las aptitudes del artista. Las diferencias existentes con el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores constituidas por la mayor brevedad del periodo de prueba en esta relación, dejan de ser tan evidentes tras la reforma operada, en el mencionado artículo 14, por el Real Decreto Ley 16/2013 de 20 de diciembre, en el que efectivamente también se

reducen los períodos de prueba en los contratos de duración determinada del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. Por lo demás, el Real Decreto regulador de esta relación laboral de carácter especial finaliza este artículo 4, destinado al período de prueba, remitiéndose en todo lo demás a lo dispuesto en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, como la nulidad del pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación; o como que durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

En relación con la duración del contrato, efectivamente, el artículo 5 del Real Decreto, rompe la enraizada preferencia de nuestra normativa en favor del contrato indefinido concretado en el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores y se admite para esta relación especial en términos de igualdad tanto la estipulación por tiempo indefinido como la duración temporal del contrato. De manera que la temporalidad es aceptada con una gran amplitud, no requiriéndose causa motivadora de la misma, a diferencia del artículo 15 mencionado, de forma que es posible la contratación: para una o varias actuaciones determinadas, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel; admitiéndose inclusive la posibilidad de acordar prórrogas sucesivas de los contratos de duración determinada. El motivo de la mencionada temporalidad es obvio reside precisamente en la propia naturaleza de la actividad artística que requiere, como viene reconociendo la doctrina tanto judicial como jurisprudencial (sstts, 23 de febrero de 1991, RJ 1991/866; 24 de julio de 1996, RJ 1996/ 6416; 17 de octubre de 1996, RJ 1996/ 7772; 30 de octubre de 1996, RJ 1996/ 7804), no sólo la necesaria aptitud del trabajador para desarrollarla en cada momento, que exige de una cualificación especiales en permanente renovación sino la aceptación del público ante la que se realiza y que lógicamente puede cambiar.

Es más, como se puede observar se admite y con amplitud la posibilidad de acordar prórrogas sucesivas –se utiliza el plural– y ello aun cuando se indique en el inciso final del artículo 5.1 de este Real Decreto que cabe

la posibilidad de apreciar fraude de ley en los acuerdos de prórrogas sucesivas, pero ciertamente resulta más que complicado llegar a probar la existencia de fraude, es decir, de poder estimar que la empresa ha perseguido, basándose en este precepto, un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. ¿Cuántas prórrogas harían falta para considerar la existencia de fraude?. En la negociación colectiva también es posible apreciar la gran amplitud con la que se conciben las prórrogas. Así, existen cláusulas del siguiente tenor literal: “El contrato de duración determinada podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, o por el tiempo en que un espectáculo permanezca en cartel. Podrán acordarse prórrogas sucesivas de los contratos de duración determinada, cuantas veces se estime por ambas partes”²⁹.

El propio Tribunal Supremo (STS 23, 23 de febrero de 1991, RJ 1991/866), ha venido considerando que en esta relación laboral especial no es posible invocar la jurisprudencia de esta Sala referida a la existencia de fraude de ley en la contratación sucesiva en cadena como supuesto incluido en el art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores ya que esta doctrina sólo es aplicable en el campo de la relación laboral común y ordinaria de carácter estructural, no de carácter coyuntural; y en el caso de relaciones laborales especiales se debe estar a lo dispuesto en la norma específica que la regula con preferencia a la normativa general del Estatuto de los Trabajadores.

No cabe duda de que en este régimen especial existe la posibilidad de que un artista pueda estar contratado de forma indefinida, sin embargo, como se ha referido anteriormente, no constituye la regla general como consecuencia de la propia naturaleza de la actividad. Y ello, ha generado también dificultades en orden a poder determinar si un artista contratado para varias temporadas para una misma u homogénea actividad puede llegar a adquirir la condición de trabajador fijo discontinuo; sobre todo si se tiene en cuenta que este Real Decreto en el artículo 5 en su apartado 2 señala que: “Los contratos de los trabajadores fijos discontinuos y las modalidades del contrato de trabajo se regirán por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores”; consecuentemente las dudas que se han

²⁹ Resolución de 26 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas (BOE, 18 de mayo de 2012).

venido planteando sobre esta cuestión han sido más que razonables dando lugar a distintos pronunciamientos que han estimado que teniendo en cuenta la existente regla específica del régimen jurídico de la contratación de artistas, el trabajador contratado para temporadas sucesivas con carácter temporal, habría de considerarse contratado correctamente y que por ende cesaría a la finalización de la temporada a la que alcanzaba el contrato por él suscrito (SSTS 23, 23 de febrero de 1991, RJ 1991/866; 24 de julio de 1996, Rec.-3636/1996), y ello, motivado, como venimos diciendo, por las aptitudes que debe reunir el artista y que, lógicamente, pueden variar, como puede variar también la propia aceptación del público, lo que determina la regla general de la contratación temporal. No obstante, como señala en sus últimos pronunciamientos el Tribunal Supremo (SSTS, 17 de mayo de 2005, RJ 2005/6414; 15 de enero de 2008; 20 de junio de 2008), es posible coordinar ambos preceptos (artículo 5.1 y 5.2), porque si bien es cierto que el artículo 5.1 sería la regla general, el legislador no ha querido descartar la posibilidad de que existan artistas que puedan ser contratados para una actividad artística reiterada y no cambiante (art. 5.2) aun cuando deba interpretarse restrictivamente. De hecho, se argumenta que, aun cuando sea regla general la temporalidad, si los trabajos para los que ha sido contratado son los habituales y reiterados en la empresa en su misma identidad o, por lo menos, con un grado de homogeneidad suficiente para estimar que no existe entre las de uno y otro año una diversidad que merezca el calificativo de relevante, nada impediría su calificación como fijo discontinuo (SSTS, 7 de julio de 2003, RJ 2004/4953; 22 de marzo de 2004, RJ 2004/2942; 17 de mayo de 2005, RJ 2005/6414; 15 de enero de 2008, RJ 2008/160323; 20 junio de 2008). Ahora bien, el problema reside en estimar –en una actividad como la artística– que los trabajos para los que han sido contratados son los habituales y reiterados en la empresa en su misma identidad. A nadie se le escapa, que en un espectáculo normalmente se efectúan modificaciones para una mejor aceptación del público, de hecho se ha considerado que no existe tal carácter de fijo discontinuo cuando no se ha acreditado en ellas que cada año se llevara a cabo el mismo o semejante espectáculo en el que el actor intervenía, sino que “a los artistas comienzan a llamarlos en enero y luego firman los contratos en febrero y empiezan a ensayar”, concluyendo que lo anterior no puede “que en el sentido de que, si han de ensayar, es porque el espectáculo de animación no es el mismo cada año,

sino que cada año se introducen variaciones en el mismo, lo que justifica la contratación temporal anual, y la inviabilidad de declarar el carácter fijo discontinuo de los mismo” (STS, 15 de julio de 2004, RJ 2004/5362).

Sin embargo, la complejidad del tema sigue existiendo en relación con la posible aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, es decir si cabe la condición de fijos para aquellos trabajadores que un periodo de treinta meses hubieran estado contratados veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante o dos o más contratos temporales, directamente o a través de su puesta a disposición por las ETT, con las mismas o diferentes modalidades de contratación. No resultando de aplicación, por indicación de la propia norma, a los contratos formativos, de relevo e interinidad, los de inserción y los celebrados en programas públicos de empleo-formación. Este precepto, en su formulación inicial, fue introducido en el 2001, en concreto por la Ley 12/2001³⁰, Ley que dejaba ya patente en su exposición de motivos el propósito de dar cumplimiento a la Directiva 1999/70/CE³¹ relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Tras la reforma del 2006³², se confirió un mayor grado de ajuste a la misma, de manera que se configura un nuevo apartado para lograr la fijeza, distinto de los anteriores apartados: 1. a), 2 y 3 y, precisamente, la importancia radica en que no es necesario que se trate de un uso fraudulento de la contratación temporal, no precisando para su aplicación la existencia de fraude de ley, pudiendo ser la contratación temporal correctamente realizada. Con la reforma efectuada por la Ley 35/2010³³ se vuelve a dotar al precepto de requisitos con la pretensión de facilitar el acceso a la fijeza. Su aplicación fue suspendida³⁴, no obstante,

³⁰ Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

³¹ Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

³² Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de Junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.

³³ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

³⁴ Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

trascendido el periodo de suspensión el precepto continúa siendo de aplicación. En consecuencia, se plantea la posible aplicación del mismo cuando un artista ha completado el período de veinticuatro meses con sucesivos contratos temporales en el tramo establecido por la norma. En este sentido, los tribunales (SSTSJ de Madrid, de 18 octubre de 2013, JUR 2013\356595; 3 de octubre de 2014, AS 2014/3088) se inclinan hacia una interpretación favorable a la aplicación del mencionado precepto a los artistas. La argumentación se centra básicamente en que el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores no ha introducido “modalización alguna de su contenido en relación con las singularidades que sin duda concurren en la relación laboral especial de artistas, pues solamente se excluyen, de conformidad con la Directiva, los contratos formativos, de relevo o de interinidad. Por todo ello, hay que entender que esta regulación, que constituye la forma de trasposición al ordenamiento interno de la repetida Directiva, y que viene a establecer un criterio objetivo de limitación de contratos temporales a un tope máximo sin necesidad de que haya que apreciar circunstancias indiciarias de abuso ni menos de fraude de ley, debe aplicarse a los contratos temporales de los artistas, ya que de otra manera se llegaría al resultado inadmisibles de que el Estado español no habría dado cumplimiento a la Directiva en cuanto a estos trabajadores temporales. Por último se ha de señalar que dadas las fechas de las contrataciones el demandante ya tenía cumplido en exceso el plazo de 24 meses desde el contrato vigente el 15-6-06 antes de la suspensión de efectos del art. 15.5 del Et llevada a cabo por el art. 5 del RD-ley 10/11 de 26 agosto”. En fin, si bien es cierto que la finalidad tanto de la Directiva como del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores no es otra que la de prevenir los posibles abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, también es cierto, que la posibilidad de celebrar contratos temporales –no los recogidos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores sino los establecidos específicamente por el artículo 5.1 del Real Decreto 1435/1985–, en concreto, para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel, procede de las propias peculiaridades de la actividad del trabajo de los artistas, tanto de la propia persona, como de la propia actividad. Y, efectivamente, el artículo 2.1.e) del Estatuto de los Trabajadores establece esta relación como laboral de carácter especial,

rigiéndose con carácter preferente por el Real Decreto 1435/1985 y sólo con carácter supletorio –tal como señala su artículo 12– por las previsiones del Estatuto de los Trabajadores. Sin duda, en esta relación se ha aceptado como regla general precisamente la temporalidad, pero tal temporalidad está fundamentada. El hecho de que exista una necesidad recurrente por parte de un organizador de espectáculos y que tal necesidad no se pueda satisfacer con un contrato de duración indefinida no permite excluir la existencia de una razón objetiva resumida en las peculiaridades propias de la actividad artística: aptitud y cualificación especiales del artista en permanente renovación y el marco en el que se desarrolla la actividad sometida normalmente a la aceptación del público. De hecho, nos podríamos preguntar igualmente si el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores sería aplicable a otra relación también de carácter especial, la de los deportistas profesionales, a sabiendas de que, el artículo 6 del Real Decreto 1006/1985³⁵, establece que su relación será siempre de duración determinada, pudiendo producirse por tiempo cierto, para la realización de un número de actuaciones deportivas que constituyan en su conjunto una unidad identificable en el ámbito de la correspondiente práctica deportiva. En este caso, tampoco el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores ha introducido modalización alguna de su contenido en relación con las singularidades que se contienen en esta relación.

Otra de las cuestiones relevantes en esta relación viene constituida sin duda por la frecuente utilización de la modalidad contractual conocida como contrato en grupo (Durán López, p. 231), modalidad regulada en el artículo 10 del Estatuto de los Trabajadores, caracterizada por el hecho de que el empresario celebra el contrato con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad, lo que determina que los derechos y obligaciones no se ostenten respecto de cada uno de los miembros componentes si no respecto del grupo en su conjunto. De manera, que sólo surge un vínculo entre el empresario y el grupo y no entre aquél y cada uno de los integrantes del grupo. Además, se caracteriza por la existencia de un jefe del grupo, que es el que ostenta la representación del grupo –tanto en juicio como fuera del mismo–, respondiendo de las obligaciones inherentes a tal representación. Aunque el grupo se

³⁵ Real Decreto 1006/85 de 26 de junio, relación laboral especial de los deportistas profesionales.

contrate como una totalidad, el contrato podrá especificar la necesaria presencia en la actuación de todos o de alguno de sus componentes, por lo que si el empresario ha contratado al grupo en atención a alguno de sus miembros³⁶, la variación que se produzca le autoriza a la resolución del contrato con el grupo en su integridad. No obstante, si la variación no fuera sustancial, el propio grupo podrá proponer al empresario la posible sustitución de los trabajadores inicialmente contratados, sin ninguna obligación por parte del empresario de aceptar dicha propuesta. Lo normal es que el grupo se relacione con el empresario a través del jefe del grupo, que normalmente es elegido por éstos y que asume las responsabilidades relativas al cobro y reparto del salario, pero sin que exista relación laboral entre el jefe del grupo y entre cada uno de sus componentes; por lo que no cabría la posibilidad de reclamar por despido, al no tener el grupo la condición de empresa. En este sentido, se señala por el Alto Tribunal (STS, 25 de octubre de 1988, RJ 1988/8148) que el grupo, refiriéndose a una orquesta, “no tiene condición de empresa y por lo tanto el dato de haber trabajado juntamente con otros y dejar de hacerlo no constituye despido sino discrepancia que puede tener repercusión económica y que en su caso debería plantearse en tales términos. De ahí que el haber trabajado como guitarrista en un grupo no dé base para presumir, conforme al artículo 8 Estatuto de los Trabajadores, relación laboral con éste como empresa”. Por lo tanto, tratándose de un contrato de grupo, el derecho a exigir el cumplimiento de la prestación incumbe al empresario frente al grupo, al igual que la obligación de retribuir se tiene con el conjunto, quedando liberado cuando se entrega al jefe del grupo. La relación laboral implica, como es sabido, las notas a las que se refiere el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, que la prestación de servicios contratada se realice de forma personal, retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, por tanto, dentro con sometimiento al círculo organizativo de la misma y estas notas características de la relación laboral no existen entre dos artistas cuando, como señala por la doctrina judicial (STSJ de Andalucía, Málaga 2011, 10 de noviembre de 2011, AS 2013/2216), se trata de una

³⁶ Resolución de 14 de marzo de 2012, de la Dirección General de Trabajo, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Sector de Profesionales de la Danza, Circo, Variedades y Folklore, suscrito por la Asociación de Empresarios de Ocio Nocturno de la Comunidad de Madrid y UGT (BOE Comunidad de Madrid, 15 de mayo de 2012).

colaboración entre ellos para ejecutar ensayos con vistas a un espectáculo o a otras exhibiciones públicas

Contenido de la relación

En esta relación especial de trabajo son de aplicación los derechos y deberes laborales básicos recogidos en la sección segunda del capítulo primero del título I del Estatuto de los Trabajadores. Si bien, se hace referencia expresa –por la propia importancia que tiene en la actividad artística– a la obligación de llevar a cabo su actividad en las fechas señaladas, aplicando la diligencia específica que corresponde a sus aptitudes artísticas, sometiéndose –dado que estamos ante una relación laboral– a las instrucciones de la empresa en lo que afecta la organización del espectáculo. En consecuencia, resulta irrelevante para la existencia de esta relación –dadas su características– que no se den instrucciones sobre el modo de realizar su actividad, ya que el profesional goza de un elevado grado de libertad a la hora de efectuarlas. El artista expresa una visión personal e interpreta o representa con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros propios. Ahora bien, es obvio que debe estar dentro de la esfera organicista del empresario, entendida ésta con gran amplitud. Así es preciso tener en cuenta quién y cómo programa el trabajo: el profesional o la empresa; si las directrices se limitan a lo que constituye el objeto del contrato o, por el contrario, exceden de éste; si el profesional puede aceptar o rechazar las tareas a su voluntad y si la empresa coordina, supervisa y controla su actuación. En definitiva, es incuestionable la amplitud de la libertad artística de la que goza el artista, pero es incuestionable también que debe seguir las instrucciones que marca la empresa en orden a la organización del espectáculo, dado que, en caso contrario, estaríamos fuera del ámbito laboral (STSJ de Madrid, 16 enero de 2007, JUR 2007/159306), y el cumplimiento del trabajo en las fechas pactadas y en el horario establecido resulta de especial trascendencia en esta relación, habida cuenta de que un espectáculo requiere de una organización previa, en la que la puntualidad adquiere un especial significado por la repercusión que puede conllevar.

Del mismo modo, como todo trabajador, el artista tiene derecho a la ocupación efectiva, pero en esta relación adopta un especial significado.

Efectivamente, el deber de efectuar el trabajo es ambivalente, dado que, de un lado, existe el deber por parte del trabajador a trabajar y, de otro, el derecho a exigir de la empresa que se le dé ocupación efectiva. De hecho, salvo sanción no pueden ser excluidos de los ensayos ni de las demás actividades preparatorias para el ejercicio de su actividad artística; quedando excluido, en todo caso, la obligatoriedad de realización de ensayos gratuitos (STSJ de Madrid, 26 septiembre de 2005, AS 2006/1260). De manera que este derecho a la ocupación efectiva, por la singular naturaleza de la actividad, necesita de los correspondientes ensayos que, aun no siendo de exhibición pública, forman parte esencial de la preparación del artista para el ejercicio de su actividad ya que difícilmente se puede entender un espectáculo público sin los anteriores ensayos instrumentales o preparatorios del mismo. En el entendimiento de que el citado Real Decreto, en su art. 6.3, considera los ensayos como parte del contrato, al no poder ser excluido de ellos el artista, dado que, en caso contrario, se estaría faltando al derecho a una ocupación efectiva, por lo que llega a carecer de importancia la falta de actuación en público para la determinación de si hubo contrato (SSTSJ de Cataluña, 24 noviembre de 1993, AS 1993/4918; Madrid, 26 septiembre de 2005, AS 2006/1260; 26 septiembre 2006, AS 2006/1260). Los convenios colectivos suelen tanto definir el concepto de ensayo, como regular los mismos, así se definen como: “las prestaciones laborales del actor/actriz destinadas a preparar el texto, los movimientos o la manipulación de su personaje en el montaje de la obra. También se consideran ensayos las jornadas de preparación de la obra para el cambio de idioma de la misma”³⁷. En otros convenios, como señalamos, se establece ampliamente su regulación, así a título de ejemplo, en el convenio colectivo del espectáculo de la comunidad de Madrid (sector de los profesionales de la danza, el circo, las variedades y el folklore)³⁸ se establece que:

³⁷ Tre/3920/2009, de 27 de noviembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio colectivo de trabajo del sector de los actores y las actrices de teatro de Cataluña para los años 2006-2009 (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de 22 de febrero de 2010).

³⁸ Resolución de 14 de marzo de 2012, de la Dirección General de Trabajo, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Sector de Profesionales de la Danza, Circo, Variedades y Folklore, suscrito por la Asociación de Empresarios de Ocio Nocturno de la Comunidad de Madrid y UGT. (BOE Comunidad de Madrid de 15 de mayo de 2012).

1. Los ensayos no podrán tener una duración superior a seis horas diarias, si bien cada dos horas se concederán quince minutos de descanso que serán computables como de trabajo, y una hora si el horario coincide con comida o cena, en cuyo caso no será computable. Los ensayos no podrán durar más de quince días, cada período de seis meses, y si excediesen de este período, los ensayos se abonarán como horas extraordinarias. 2. Los trabajadores sólo tendrán el deber de ensayar cuando los ensayos sean realizados a petición del empresario o del mando en quien este delegue la organización del espectáculo. Quedará excluida, en todo caso, la obligatoriedad de realización de ensayos gratuitos. La celebración de ensayos se anunciará obligatoriamente en tablilla en el día anterior a la celebración de los mismos. 3. Los profesionales que se incorporen a los espectáculos percibirán, al menos, la totalidad de la retribución pactada en este convenio, desde el primer día de ensayos, siempre que estos sean realizados a petición del empresario o del mando en quien este delegue la organización del espectáculo. No se abonará cantidad alguna si los ensayos fueran a petición del profesional o atracción. Cuando los ensayos sean realizados estando trabajando el profesional en la empresa y a petición de la misma, para el mismo o distinto espectáculo, y dentro de la jornada laboral, no devengará salario extraordinario alguno.

No se debe olvidar que la jornada del artista comprende la prestación efectiva de su actividad artística ante el público, pero también el tiempo que se encuentra bajo las ordenes de la empresa a efectos de ensayos o grabación de actuaciones; debiendo respetarse, en todo caso, el Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la duración máxima de la misma, concretada en cómputo anual en 1826 horas con 27 minutos. De hecho, los convenios colectivos suelen reducir esta jornada máxima –en el entendimiento de que sólo pueden regular este extremo en beneficio del trabajador–, a la vez que suelen hacer una regulación más exhaustiva en relación con la misma. A título de ejemplo, y en un convenio colectivo fundamental, cual es el Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas³⁹, en relación con la jornada y respecto de los artistas, se lleva a cabo la siguiente regulación: “a) La empresa

³⁹ Resolución de 26 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas (BOE, 18 de mayo de 2012).

organizará el régimen de horario de trabajo conforme sus necesidades. En ningún caso existirá a efectos económicos la jornada a tiempo parcial para los artistas, salvo en las especificaciones de los ensayos. b) En la jornada partida, el profesional dispondrá entre ensayo y actuación, de un tiempo libre adecuado a la naturaleza de la actividad desarrollada, no pudiendo ser menor de treinta minutos entre sus propias actuaciones. c) El contrato se entenderá cumplido en el día fijado en el mismo, aunque por razones horarias termine a primera hora del día siguiente. d) Cada sesión se computará como dos horas trabajadas independientemente de la duración del espectáculo en el que el profesional actúe. e) La sesión que sobrepase el horario normal, será abonada con un incremento del 50% sobre la remuneración total diaria; superadas estas funciones se pagarán las restantes al 150%. f) En los tablaos flamencos los profesionales descansarán, como mínimo, durante el espectáculo un intervalo de tiempo igual a la mitad de su actuación, el cual se computará como tiempo trabajado. g) Después de la terminación de la jornada laboral debe mediar un mínimo de doce horas hasta comenzar la nueva función o ensayo. h) La jornada laboral máxima será de 1.800 horas, en cómputo anual.

El régimen de los desplazamientos y giras se rigen por pacto colectivo o individual. Se considerará gira, tal como se refleja en algunas cláusulas de algunos convenios colectivos⁴⁰, la contratación para representaciones de forma itinerante o bien aquellas que, haciéndose en la misma plaza, no lleguen a una duración de veintiocho días naturales continuados.

En materia de descansos y vacaciones también influye la peculiaridad del trabajo del artista, cuya actuación ante el público puede coincidir con tiempos efectivos de descanso de los asistentes, de manera que en cuanto al descanso mínimo semanal, no existe variación respecto al establecido en el Estatuto de los Trabajadores para los mayores dieciocho años, esto es día y medio, que se fijará de común acuerdo con la empresa y que, lógicamente, no deberá coincidir con los días en que haya de realizarse la actividad artística ante el público y si no es posible el

⁴⁰ Tre/3920/2009, de 27 de noviembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio colectivo de trabajo del sector de los actores y las actrices de teatro de Cataluña para los años 2006-2009 (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, 22 de febrero de 2010).

disfrute ininterrumpido del descanso semanal, podrá fraccionarse, en el entendimiento, de que siempre deberá descansar ininterrumpidamente veinticuatro horas, salvo que se haya establecido su acumulación por períodos de hasta cuatro semanas por pacto individual o colectivo. Las fiestas que coincidan con el desarrollo de la actividad artística ante el público, evidentemente se trasladarán a otro día de la semana o del período más amplio si así se acuerda. En relación con las vacaciones, no existe diferencia de regulación en relación con el régimen laboral común. De forma que el artista tiene derecho a un mínimo de treinta días naturales. Pero si el artista no presta servicios en todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborales, la retribución de los descansos se reducirá proporcionalmente, pudiendo incluirse la misma en la retribución global correspondiente a los días de trabajo efectivo, particularmente cuando se pacten tales retribuciones como correspondientes a unidades específicas del trabajo artístico, como actuaciones, giras, rodajes o similares.

La normativa establecida en este Real Decreto sobre la retribución de los artistas no difiere sustancialmente de la establecida en el Estatuto de los Trabajadores. De forma que será la pactada en convenio colectivo o contrato individual, respetando, en todo caso, el salario mínimo interprofesional y regulándose en la negociación colectiva el tratamiento retribuido de las situaciones de disponibilidad respecto del empresario, pero que no están comprendidas de la consideración de jornada. En definitiva, tendrá la consideración de salario la totalidad de las percepciones que el artista perciba de la empresa como contraprestación a su prestación de trabajo, ya sea en dinero o en especie y, en ningún caso, el salario en especie podrá superar el treinta por ciento de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar, tal como se estableció por la Ley 35/2010⁴¹, a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional. Como se reitera por la doctrina judicial⁴² la retribución debida será la estipulada en el contrato individual de trabajo, salvo que sea superior la regulada en convenio colectivo que le sea aplicable o que aquélla no alcance el salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. Las únicas

⁴¹ Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Disposición adicional 23.

⁴² STSJ de la Rioja de 4 julio de 1994 (AS 1994/2870).

exclusiones serán las derivadas de la legislación vigente (26.2 del Estatuto de los Trabajadores). En el supuesto de que se hubiera establecido un pacto de plena dedicación, la compensación económica del mismo podrá quedar englobada dentro de la retribución a percibir o expresada a parte. Y es que efectivamente, al igual que el resto de trabajadores, el artista profesional puede establecer un pacto de plena dedicación con el empresario correspondiente. Sin embargo, este Real Decreto exige unos requisitos específicos en esta relación especial de trabajo. Así, del pacto de plena dedicación debe quedar constancia expresa en el contrato, lo que significa que el contrato en que quiera hacerse figurar un pacto de plena dedicación deberá formalizarse por escrito. El pacto de plena dedicación no puede ser rescindido unilateralmente por el artista durante su vigencia y, en los supuestos en los que el artista violase dicho pacto, el empresario tendrá derecho a una compensación económica que, salvo previsión en el contrato, será fijada por el órgano judicial. El órgano judicial deberá valorar factores como el tiempo de duración previsto del pacto, la cuantía de la compensación percibida por el artista, y, en general, la lesión producida por el incumplimiento contractual. Ahora bien, la indemnización debida al empresario podrá ser moderada equitativamente por el órgano judicial cuando aquél hubiese resultado incumplidor en parte de sus obligaciones.

Extinción del contrato

En materia de extinción del contrato de trabajo del artista profesional, cuando no existe inexecución total de la actividad artística, rige la normativa general del Estatuto de los trabajadores, con las peculiaridades siguientes: La extinción del contrato de trabajo de duración determinada se produce por llegada del término final previsto, o por la de la prórroga o prórrogas acordadas. Como ya se ha hecho referencia, el artículo 5.1 del Real Decreto 1.435/1985 referente a la duración y modalidades del contrato de trabajo de los artistas, prevé que: “El contrato de trabajo de los artistas en espectáculos públicos podrá celebrarse para una duración indefinida o determinada. El contrato de duración determinada podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel. Podrán acordarse prórrogas sucesivas de los contratos de duración determinada, salvo que

se incurriese en fraude de Ley". La razón de ser de dicha temporalidad que no requiere motivación de la causa que lo determina, como ya ha quedado expuesto, reside en la propia naturaleza de la actividad artística, que exige no sólo la necesaria aptitud del trabajador para desarrollarla en cada momento, sino la aceptación del público ante la que la realiza, que obviamente puede variar. Es evidente, por lo tanto, la importancia que tiene la estipulación que se haga de la duración determinada, ya que si se fija "por tiempo cierto", tiene connotaciones diferentes a si se fija "por el tiempo que dura la obra en cartel". Una correcta estipulación de la duración evita posibles litigios en orden a que se tenga que dirimir por el órgano judicial si verdaderamente ha existido finalización de contrato o, por el contrario, ha existido despido, y ello, en base a que el empresario pueda alegar terminación del contrato, que si no es estimada como tal y al no haber invocado justa causa motivadora del despido, éste pueda ser considerado como despido improcedente.

De manera que la gran amplitud con la que está prevista la temporalidad permite que las partes puedan elegir, entre las modalidades previstas, la que consideren más conveniente quedando vinculados a la modalidad elegida. Por lo tanto, es admisible que el contrato se establezca por una temporada, lo que significaría que aun cuando la obra durase varias temporadas, el contrato quedaría reducido a una sola temporada. De hecho, si una determinada representación se mantiene varias temporadas, para que el artista tenga derecho a que su contrato siga vigente todas esas temporadas es necesario utilizar al concertar el contrato, según la doctrina jurisprudencial, la modalidad que establece su duración mientras el "tiempo de la obra permanezca en cartel", y ello, como consecuencia de que la mera pervivencia de una misma obra durante varias temporadas no otorga derecho alguno a los artistas que intervienen en ella, dado que para que dure lo que dura la obra o espectáculo de que se trate requiere haber sido concertado bajo la modalidad "por el tiempo que permanezca la obra en cartel". Si se realizó bajo esta modalidad, modalidad que comporta que el contrato pueda continuar vigente sucesivas temporadas mientras la obra permanezca en cartel, el contrato tendrá la duración por el mismo tiempo que la obra dure en cartel, sin que las suspensiones temporales por fin de temporada –por ejemplo fin de temporada teatral– afecten a la duración del mismo. Es decir, no cabe entender que el contrato persiste

mientras la obra permanezca en cartel de forma ininterrumpida, sin que se reanude su vigencia cuando la obra siguiese en cartel la iniciarse una nueva temporada (sts, 26 de noviembre de 2012).

En buena lógica, la contratación laboral para la ejecución de una obra concreta, como es el ejemplo de una representación teatral, casa mal con el establecimiento de un término cierto de duración, dadas las diversas circunstancias que en cualquier momento pueden surgir. Por este motivo se da la posibilidad de concertar un contrato para obra determinada por el tiempo que la misma permanezca en cartel, tratándose de un supuesto en el que el contrato puede continuar vigente sucesivas temporadas, es decir, mientras la obra permanezca en cartel. De hecho, si las partes lo que persiguen es que el mismo dure cuantas temporadas la obra se pudiese representar, el contrato que debe realizarse no sería el contrato “por una temporada”, sino un contrato por el tiempo que “la obra permanezca en cartel”, lo que supone que el contrato duraría lo mismo que la obra que lo motiva, aunque la representación de la misma se suspenda temporalmente.

En todo caso, la extinción del contrato debe ser preavisada al artista con diez días de antelación si la duración del contrato ha sido superior a tres meses; 15 días si ha sido superior a 6 meses y un mes si ha sido superior a un año. Sin embargo, el incumplimiento del preaviso no da lugar a la conversión del contrato en uno por tiempo indefinido, sino que origina el abono de los salarios correspondientes a los días de preaviso incumplidos. Y cuando el contrato de duración determinada, incluidas las prórrogas, fuera superior a un año, el trabajador tendrá derecho a una indemnización cuya cuantía, a falta de pacto colectivo o individual al respecto, será de siete días de salario por año de servicio.

Inejecución total de la prestación artística

El Real Decreto prevé el supuesto de inejecución total de la prestación artística por incumplimiento del contrato por el empresario o por el artista; entendiéndose por inejecución total “aquellos supuestos en los que ni siquiera hubiera comenzado a realizarse el trabajo que constituye la prestación pactada”; pues bien, en estos casos el propio Real Decreto

reenvía a lo dispuesto en el Código Civil. La mencionada remisión habrá que entenderla, por lo tanto, al artículo 1.124 de dicho Cuerpo Legal, que establece que: “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños, y el abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultase imposible”. Efectivamente, el artículo 1124 del Código Civil, al que remite el artículo 10.4 del Real Decreto 1435/1985, se refiere a los supuestos en los que el incumplimiento pueda conllevar una inejecución total del contrato (López-Tarruella Martínez, p. 227). El propio Real Decreto, que regula esta relación especial, trata de aclarar que debe entenderse por inejecución total, considerando por tal la situación en la que ni tan siquiera hubiera comenzado a realizarse el trabajo que constituye la prestación pactada (STSJ Comunidad Valenciana, 25 de noviembre de 2000, AS 2000/713; de Castilla-La Mancha, 25 octubre de 2006, JUR 2007/8507). Sin embargo, y pese a la pretendida aclaración no han dejado de existir dudas en relación con este punto, dada la complejidad de la propia actividad artística, que normalmente se compone no solamente de la actuación ante el público en el concreto espectáculo para el que ha sido contratado, sino también de una preparación o ensayos anteriores (Alzaga Ruíz, p. 282). En este sentido, resulta más que razonable que los ensayos se encuentren comprendidos dentro de lo que constituye el contenido de la prestación y, por lo tanto, si se han efectuado ensayos difícilmente podría entenderse que existe inejecución total. De hecho, dentro del derecho a la ocupación efectiva, se encuentran los ensayos (STSJ de Madrid, 2 de marzo de 2012, AS 2012/2406) y actividades preparatorias (Roqueta Buj, p. 86) para el ejercicio de su actividad artística; si bien, no se ha considerado con ese mismo carácter el desarrollo de una actividad de promoción (grabación de un vídeo) (STSJ de Madrid, 2 de marzo de 2012, AS 2012/2406). Por consiguiente, debe entenderse que si se ha producido prestación de servicios es posible hablar de despido, ya que éste supone la ruptura del vínculo laboral por decisión del empresario, dada la existencia de realización de trabajo. Por contra, si los trabajos no empezaron a realizarse se estaría ante un supuesto de posible indemnización de perjuicios, pero nunca ante los efectos legales de un despido, aún que

resulta patente, como señalamos, las dificultades existentes en orden a poder determinar las actividades de las que se compone la prestación artística (Fernández-Peinado Martínez, p. 3) y, por ende, su comienzo.

En estos casos de inexecución total se establece por el Código Civil (artículo 1124) que el perjudicado podrá elegir entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de los daños y abono de intereses en ambos casos; debiendo tener en cuenta que, a su vez, el artículo 1106 del mismo Código, señala que la indemnización comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor –daño emergente y lucro cesante–. En todo caso, resulta complejo determinar las indemnizaciones correspondientes ya que, de un lado, no es posible identificar la ganancia frustrada con la falta de abono de la retribución que hubiera obtenido de haberse ejecutado el contrato. La falta de recepción de la prestación que se había pactado como debida por la otra parte constituye, sin duda, un efecto derivado de la resolución, pero al tratarse de obligaciones recíprocas el problema es más complejo. El propio Tribunal Supremo (STS, 19 de julio de 1990, RJ 1990/6437) deja patente esta dificultad al afirmar que: “en este tipo de obligaciones el valor objeto de cada prestación no coincide con el interés de la parte que ha de recibirla, pues ésta queda a su vez exonerada de lo que debía realizar en cumplimiento de sus obligaciones, lo que disminuye aquel valor en términos reales de interés dentro de la economía del contrato. Ello crea una especial dificultad en la determinación de los perjuicios en estos casos, obligando a una ponderación a la vista de las circunstancias concurrentes en cada supuesto...”. Pero, de otro lado, es precisamente, la cuantificación de los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener, es decir, el lucro cesante, lo que resulta realmente complicado de valorar. En este sentido, la doctrina jurisprudencial (STS, 19 de julio de 1990, RJ 1990/6437; STSJ Galicia, 8 de junio de 1999, AS 1999/ 1695) deja patente las dificultades, señalando al respecto que si la indemnización del daño emergente exige prueba cumplida de su existencia y cuantía; la del lucro cesante, supone una valoración ciertamente compleja de poder determinar con meridiana exactitud, debido a que se trata de ganancias que presuntamente dejó de percibir y tratar de valorar esas ganancias presuntas no deja de suponer adentrarse en un ámbito incierto. Por lo que la doctrina jurisprudencial

viene entendiendo que deben excluirse las meras expectativas o ganancias deudoras o contingentes, no siendo admisible computar las ganancias dejadas de percibir que sean meramente posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, sino que las pruebas de las ganancias dejadas de obtener han de ser rigurosas, no admitiéndose las meramente contingentes (SSTS (Sala primera), 16 de junio de 1993, RJ 1993/5272; 8 de junio de 1996, RJ 1996/4831).

En fin, se considera que no es por tanto de aplicación en el supuesto litigioso el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de despido que establece el art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo enjuiciarse las consecuencias de la extinción contractual con arreglo a las normas civiles sobre resolución de los contratos (STSJ de Islas Baleares, 23 febrero de 2002, AS 2002/1357).

Bibliografía

Alzaga Ruíz, I. (2001). *La relación laboral de los artistas*. Madrid: CES.

Apilluelo Martín, M. (1999). *La relación del trabajo del menor de edad*. Madrid: CESS.

Bayón Chacón, G y Pérez Botija, E. (1977). *Manual de Derecho del Trabajo*. Madrid: Marcial Pons.

Durán López, F. (1986). La relación laboral especial de los artistas. *La Ley*, núm. 1.

Fernández-Peinado Martínez, A. (2013). La extinción del contrato de trabajo de los artistas en espectáculos públicos por incumplimiento contractual. *Aranzadi Socail*, núm. 76.

García de Enterría, E. y Fernández, T. (1974). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Cívitas.

López Argüello, A. (1920). *El Trabajo del niño en los espectáculos públicos*. Madrid: Minuesa de los Ríos.

López-Tarruella Martínez, F. (1987). Relación especial de Trabajo de los artistas en espectáculos públicos. *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores*, vv.AA. Madrid: Edersa.

Roqueta Buj, R. (1995). El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional. *Tribuna social*, núm. 127.

Ruano Albertos, S. (2001). *El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional*. Madrid: MITIM.

Valdez Dal-Re, F. (2008). La relación laboral de los artistas: notas sobre su configuración. *Relaciones laborales*, núm. 22.

El trabajo de los músicos académicos en México

Carlos Muñiz Díaz*

1. El contrato de trabajo

Algunos aspectos de la actividad laboral nacional se hallan vinculados a la producción y distribución de servicios y bienes culturales. La regulación de sus condiciones de trabajo se encuentra de acuerdo a su naturaleza jurídica de carácter público o privado, en la Ley Federal del Trabajo (LFT) y leyes especiales respectivamente.

Revisaremos fundamentalmente los elementos del contrato de trabajo, pues de esta manera se ilustra la posición en las relaciones contractuales de los trabajadores de la cultura. Antes de analizar el contrato de trabajo consideramos importante dejar en claro en qué momento se inicia la relación laboral y sus elementos fundamentales. Nos afirma el tratadista Euquerio Guerrero que “el Derecho del Trabajo apareció como el ultimo tronco secular del Derecho [...] los problemas de trabajo fueron resueltos, antes de ahora dentro de los conceptos civilistas, considerando esa relación como un “alquiler”” (p. 29).

El artículo 20 de la LFT define la relación de trabajo como: “cualquiera que sea el acto que le de origen a la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario”. Roberto

* Facultad de Derecho y Centro de Investigaciones en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, Universidad Autónoma del Estado de México, México.

Muñoz Ramón no sólo la considera como la prestación de un trabajo personal subordinado, sino que está constituida por derechos, deberes otorgados e impuestos por las normas laborales, con motivo de la prestación de un trabajo subordinado (p. 44).

Para recibir la protección de la legislación laboral no es indispensable que exista un contrato firmado. La constitución y la ley no protegen la voluntad de las partes, protegen el trabajo realizado por la persona humana. Por otra parte, el artículo 5º de la Constitución establece que las normas de trabajo son de orden público, esto significa que son irrenunciables (Dávalos, p. 44-45). Muñoz Ramón estima que los trabajadores y patrones no forman parte integrante de la relación de trabajo por lo tanto, la relación no consiste en los sujetos enlazados trabajadores y patrones, sino en los derechos y deberes que los enlazan, por ejemplo el derecho de gestión, deber de prestar trabajo, derecho a una jornada de trabajo limitada, derecho a descansar, derecho a recibir un salario, derecho de lealtad recíproca, derecho a un trato igual o desigual, según sea el caso, etc. (p. 46).

Con respecto a los elementos de la relación laboral, Mario de la Cueva nos lo explica:

Los elementos de una relación de trabajo son los datos que la componen, sus partes integrantes [...] si analizamos la definición del art.20 de la Ley Federal del trabajo, encontramos que en ella se hace referencia a cuatro nociones:

- a) Dos personas, una de las cuales tiene el carácter de trabajador y la otra de patrono.
- b) Una prestación de un trabajo.
- c) La característica que acompaña a la prestación de trabajo, a la que la ley ha dado el nombre de subordinación.
- d) Salario, que según el artículo 82, es la retribución que debe pagar el patrono al trabajador por su trabajo (p. 199)¹.

¹ José Dávalos, distingue dos elementos en la relación de trabajo (p. 106): a) Elementos subjetivos: trabajador y patrón; y b) Elementos objetivos: prestación de un trabajo personal subordinado mediante el pago de un salario.

Por su parte José Dávalos, distingue dos elementos en la relación de trabajo (1992, p.106): *elementos subjetivos*: trabajador y patrón; y *elementos objetivos*: prestación de un trabajo personal subordinado mediante el pago de un salario. La Ley Federal del Trabajo en su artículo 21 establece que la existencia del contrato y de la relación de trabajo, se presume entre el empleador y el empleado. Es la presunción de la existencia de la relación de trabajo, porque se presume la presencia de la relación laboral, pues como se ha mencionado, puede no existir contrato de trabajo y si la relación laboral. No obstante esto, la ley habla de contrato y de la relación de trabajo. La presunción consiste en que toda persona que presta un trabajo o servicio personal, está bajo la protección de la legislación laboral, a menos que el patrón demuestre lo contrario.

La Corte considera:

Si un profesionista presta regularmente sus servicios a una persona mediante una retribución convenida, pero además existe subordinación consistente en desempeñar el profesionista sus actividades acatando las ordenes de quien solicitó sus servicios en forma y tiempo señalados por éste, es de concluirse que la relación existente es de naturaleza laboral y no civil, aún cuando en el documento en que se hizo constar el contrato celebrado, se le hubiera denominado a éste de prestación de servicios" (*Informe 1982*, p. 18).

Una vez analizada la relación laboral y sus elementos fundamentales podemos definir al contrato individual del trabajo y citamos el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo: "es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario". El acuerdo de voluntades es la parte medular del contractualismo en el derecho laboral, es decir, que el vínculo que se establece entre el trabajador y el patrón estará originado por un acuerdo de voluntades y el vínculo puede ser expreso o tácito. Los elementos esenciales que deben confluir en todo contrato de trabajo, los cuales se desprenden de la definición anterior son: 1) La actividad personal del trabajador, la cual configura su principal obligación; 2) La continuada dependencia y subordinación del trabajador con respecto al patrón – gracias a este requisito, el patrón tiene la facultad de imponer condiciones de modo, tiempo, y cantidad de trabajo; puede también impartir órdenes,

exigir cumplimiento y aplicar reglamentos—; y el salario es la remuneración o retribución dada al trabajador por el servicio prestado y constituye la principal obligación para el patrón.

El nacimiento de un contrato de trabajo, sin importar su denominación, sus condiciones o modalidades, ocurre en el momento en que los tres elementos se configuran. En efecto, su relación será de naturaleza laboral y, dada a la multiplicidad de los aspectos y de la forma con que se realiza, es criterio, generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas a la relación jurídica, sino observar su naturaleza con respecto a las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato.

Esta última anotación nos parece importante, ya que algunos patrones hacen parecer un típico contrato laboral como civil, lo llaman beca o con otra nomenclatura, con lo que creen pueden verse libres del cumplimiento de sus responsabilidades. Es indispensable que todo músico tenga siempre estos tres elementos presentes para exigir sus derechos. La presencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo se manifiesta de muy variadas maneras, y en ciertas relaciones determina que la categoría de contrato de trabajo sea objeto de discusión. Esto ha generado que tanto la doctrina como la jurisprudencia se ocupen en innumerables ocasiones del análisis de cada uno de los elementos del contrato. Con el fin de explicar más a fondo esta problemática, estudiaremos cada uno de estos elementos.

- Actividad personal. En el citado artículo 20 de la Ley Federal del trabajo nos dice que es la prestación de un trabajo personal, es así como se configura este primer elemento de la relación laboral. De esto se desprende que la realización del contrato de trabajo deba efectuarse de manera exclusiva por una persona. En los contratos celebrados por trabajadores de la música, la presencia de este requisito es fácilmente perceptible: es la música una actividad que requiere un alto grado de preparación para su ejecución. Para ingresar a cualquier tipo de agrupación, los intérpretes de cualquier instrumento deben pasar las pruebas

de idoneidad requeridas para el cargo. Esto es, tales trabajadores han sido contratados por sus calidades personales: su actividad personal es requisito *sine qua non* del contrato.

- Subordinación o dependencia. Debe ser continuada y en forma de órdenes, en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Es decir, esa subordinación consiste en poner a disposición del patrón, la capacidad y la energía de trabajo que por ello queda sometida a su dirección. Este elemento de dependencia es el que suele presentar más problemas en su determinación, pues es difícil en ciertas relaciones establecer hasta qué punto hay o no autonomía. Algunas de las figuras que permiten descubrir de manera clara este elemento son, por ejemplo, la determinación de un horario de trabajo, el sitio, los gastos de gestión, los reglamentos, los implementos de trabajo. La presencia de este tipo de sujeciones implica la configuración del elemento de subordinación, pero su ausencia no significa necesariamente independencia.

Poniendo un ejemplo de algún violinista contratado por una orquesta sinfónica, el trabajador se obliga además del reglamento legal y a poner al servicio de la sinfónica toda su capacidad normal de trabajo, en forma personal y exclusiva, en el desempeño de las funciones propias del encargo anteriormente estipulado y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta el director o sus representantes.

- El salario. Es la remuneración dada por la prestación del servicio. Es la justa y necesaria compensación al esfuerzo del trabajador. El artículo 84 de la Ley Federal del Trabajo establece que integra el salario: “El salario se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo”.

Reiteramos la importancia de que el músico sea consciente de los derechos derivados de sus relaciones de trabajo. Nos parece indispensable hacer hincapié en mencionar el contrato individual de trabajo, porque constituye un arma indispensable e irremplazable para la consecución de garantías reales ni eficaces. La seguridad que otorga el estar amparado bajo este tipo de contrato genera una producción cultural de mayor calidad. El músico será beneficiado de todas las prerrogativas y de la protección emanada de su calidad de asalariado. Son estas razones de peso para que los músicos busquen enmarcar su actividad profesional dentro del contrato de trabajo. Esto mientras se hace real el anhelo común de una legislación específicamente cultural.

2. Relaciones laborales de carácter colectivo

Debido al poco desarrollo cultural de nuestro país, los artistas músicos se han visto inmersos en una gran inestabilidad laboral, es por ello que encuentran en los sindicatos y organizaciones similares una solución a algunos de sus problemas.

Traigamos en primer lugar una definición de esta clase de organización. El artículo 142 de la Ley del Trabajo del Estado de Veracruz indica: “Se entiende por sindicato, para los efectos de esta Ley, toda agrupación de trabajadores que desempeñen la misma profesión y trabajo o profesiones y trabajo semejantes o conexos, constituida exclusivamente para el estudio, desarrollo y defensa de sus intereses comunes” (cit. De la Cueva, p. 281). De esta definición se desprendían tres proposiciones: “1) Los trabajadores y los empresarios deben pertenecer a la misma profesión, oficio o especialidad, o a profesiones, oficios o especialidades similares o conexas; 2) debe ser una asociación, bien de trabajadores, bien de patrones, pero no una asociación mixta de unos y otros; y 3) el fin de la asociación sería el estudio, mejoramiento o defensa de los intereses comunes” (281).

Mario de la Cueva considera el sindicato como “la expresión de la unidad de las comunidades obreras y de su decisión de luchar por una aplicación cada día más amplia de la justicia social a las condiciones de prestación de los servicios y por la creación de una sociedad futura en la que el trabajo

sea el valor supremo y la base de las estructuras políticas y jurídicas” (283). Este tipo de agrupaciones debe propender hacia la consecución del bienestar de sus miembros y hacia el perfeccionamiento de la actividad que desarrolla. Si se cumplen verazmente esos fines, la cultura encontrará un gran aliado en el sindicalismo.

Se presentan varias clases de sindicatos, de patrones y de trabajadores. Haremos mención únicamente de los sindicatos de trabajadores:

- Sindicato gremial. Según la fracción I del art. 360 es el formado por trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidades. Como vimos en la referencia histórica de la protección de los artistas, este tipo de sindicato corresponde desde el medievo hasta la edad moderna la forma natural, pues el trabajo en los talleres no requería sino una sola profesión u oficio, de tal manera que los trabajadores, por la similitud de sus problemas se agremiaban por profesiones independientemente de los talleres en los que prestaban sus servicios. Como consecuencia del alto grado de desprotección de los músicos y del espíritu que debe guiar la creación de estas asociaciones, el sindicato gremial se ha convertido en uno de los medios de defensa más importante para ellos. Al afiliarse a uno de estos, el asociado obtiene algunos beneficios que por sí sólo no hallaría. En los estatutos de estas asociaciones se determinan las condiciones requeridas para formar parte de ellos, las obligaciones y prerrogativas de los afiliados así como los fines del sindicato.
- Sindicato de Empresa. La fracción II del art. 360 define al sindicato de empresa como la organización formada por trabajadores que prestan sus servicios en una misma empresa. Por lo tanto si el sindicato gremial nace de y para la profesión, el de empresa se olvida de ella para contemplar únicamente a la clase trabajadora.
- Sindicato Industrial. La fracción III del artículo 360 de la Ley Federal del Trabajo, son los formados por trabajadores que prestan sus servicios en dos o más empresas de la misma rama industrial. Son por así decirlo una ampliación del sindicato de

empresa, por lo que es posible hablar de un segundo eslabón en la cadena de la igualdad y de la consecuente unidad de los trabajadores quiere decir, es una organización que se eleva sobre cada empresa para servir con mayor amplitud a la clase trabajadora (328).

- Sindicatos Nacionales de Industria. Los formados por trabajadores que presten sus servicios en una o varias empresas de la misma rama industrial, instaladas en dos o más entidades federativas.
- Sindicato de Oficios Varios. Se forman en aquellos sitios en donde no hay el suficiente número de individuos como para formar uno gremial. Está constituido por trabajadores de profesiones diferentes. Quienes cultiven la música pueden perfectamente pertenecer a estos sindicatos. La fracción quinta del artículo 360 de la Ley Federal del Trabajo los define: De oficios varios, los formados por trabajadores de diversas profesiones. Estos sindicatos sólo podrán constituirse cuando en el municipio de que se trate, el número de trabajadores de una misma profesión sea menor de veinte.

Para terminar esta exposición sobre este tipo de asociaciones de músicos, veamos algunas de las funciones que tienen, para ello tomaremos como guía los estatutos del sindicato recientemente extinto “Silvestre Revueltas al servicio del Instituto Superior de Música del Estado de Veracruz”, en base al artículo 371 de la Ley Federal del Trabajo:

- Estudiar todas las condiciones de trabajo de sus afiliados, para lograr con ello el mejoramiento y defensa de las mismas.
Como se entiende, se busca proteger a los asociados de esos ignorantes y abusivos patrones que buscan evadir sus obligaciones laborales. La lucha solitaria de cada músico resulta casi un despido seguro.
- Procurar el acercamiento de los artistas con los contratistas sobre la base de la justicia, del respeto mutuo y de la legalidad.
- Celebrar contratos colectivos o individuales de trabajo, y garantizar su cumplimiento.

- Asesorar a los afiliados en la defensa de los derechos emanados de un contrato de trabajo o de la actividad profesional y representarlos ante las autoridades administrativas, ante los contratistas y ante terceros.

Esta función adquiere un valor inusitado debido a que el músico independiente se encuentra aislado y desprotegido.

Debe buscar en los sindicatos de su gremio la protección de sus derechos.

- Representar en juicio o ante cualquier autoridades, los intereses económicos comunes o generales de los agremiados y representarlos ante los patrones y terceros en caso de conflictos colectivos que no hayan podido resolverse por acuerdo directo.
- Promover la educación de sus miembros. La educación de los músicos merece especial atención ya que la música es un arte que requiere de largos y profundos conocimientos, los cuales deben estar estimulados por estas asociaciones.
Una buena educación de nuestros artistas genera una producción cultural de mejor calidad.
- Prestar ayuda a sus afiliados en caso de calamidad o enfermedad.
- Promover la creación y fomento al desarrollo de cooperativas, cajas de ahorros, bibliotecas, y demás organismos que procuren el cumplimiento de los fines profesionales, culturales, de solidaridad y previsión contempladas en el estatuto.
- Servir de gestores para la adquisición y distribución entre sus miembros de artículos de consumo, materias primas y elementos de trabajo, a precios mejores que los que hay en el mercado, de beneficio para los músicos ya que los intérpretes y compositores pueden adquirir partituras, instrumentos musicales y demás objetos de utilidad.
- Adquirir a cualquier título los bienes inmuebles y muebles que se requieran para su desarrollo de sus actividades.

Al examinar estas actividades y funciones de las asociaciones de músicos vemos lo importante y trascendente que son para lograr una mejora en la actividad musical, sirven de soporte para el logro de objetivos que no se pueden alcanzar individualmente, logran disminuir la angustia que persigue a los valiosos artistas. Pero creo que deben seguir estudiándose las necesidades de estos artistas para que las funciones y obligaciones de estas agrupaciones realicen su verdadero fin que es la de salvaguardar el trabajo de los músicos.

3. El trabajo de los músicos, como un trabajo especial dentro de la Ley Federal del Trabajo

El capítulo de los trabajadores actores y músicos fue incorporado a la Ley Federal del Trabajo en 1970. Se introdujo en el Título Sexto, Capítulo XI. "Trabajadores actores y músicos" Se trata de un sector laboral que como hemos visto y constatado en este trabajo, buena parte de sus integrantes ha quedado al margen de la ley. Es de destacarse que el movimiento sindical en este gremio ha sido importante y ha coadyuvado un poco de mejoría. A pesar de la regulación de actores y músicos en un sólo capitulado de la Ley Laboral, en la defensa de sus intereses, estos trabajadores se han unido de manera independiente al establecer asociaciones de trabajadores actores por un lado y de músicos por el otro.

Los músicos en su organización sindical han formado sindicatos, como el Sindicato Único de Trabajadores de la Música, el cual ha desempeñado un papel importante pero muy insuficiente en el mejoramiento de las condiciones de contratación y del trabajo de los músicos. El gremio de los músicos, es un gremio en el cual se ha dado en los últimos años un movimiento de disidencia que ha provocado que sus logros sean inciertos. En cuanto a los denominados *contratos de servicios artísticos*, los cuales son propuestos por las organizaciones sindicales para la prestación de los servicios, se realizan entre una persona física o moral que desea los servicios artísticos y por otra parte un artista o un grupo de artistas o agrupaciones que bajo cierto nombre actúan. Este tipo de relación jurídica se organiza teniendo como base las normas civiles y no las laborales, por ejemplo las cláusulas que se establecen son aquellas

que le dan importancia a la autonomía de la voluntad como sanciones en caso de incumplimiento de contrato, (daños y perjuicios). Este tipo de contratos no hacen referencia a algunas obligaciones laborales señaladas en la Ley Federal del Trabajo ni en las referidas a la seguridad social. Las normas civiles funcionan en el lugar de aquellas normas laborales que solo funcionan en la teoría.

Otro problema presentado en estos tipos de contratos refiere a las instancias legales para conocer un conflicto derivado de estos contratos. Hay dos opciones: acudir ante el Tribunal Civil en razón de que se considere un contrato encuadrado en el Código Civil; o acudir ante la Junta de Conciliación y Arbitraje argumentando que se trata de un contrato de trabajo con base en el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo, el cual establece la presunción de la existencia de un contrato de trabajo. El principal problema sería el demostrar por parte del trabajador la existencia de la subordinación, como elemento necesario para la aplicación de las normas laborales, y la otra dificultad es que sólo sería válido para el trabajador persona física, ya que el artículo 8 de la Ley Federal del Trabajo define al trabajador como persona física.

La forma en que se redactó el capítulo correspondiente es la muestra de lo difícil que es incluir en una sola formula genérica todas aquellas personas que pudieran estar incluidas en el campo de aplicación personal del capítulo de los actores y músicos, por tal motivo se tomó la decisión de redactarlo casuísticamente en el artículo 304 de la Ley Federal del Trabajo al señalar:

Las disposiciones de este capítulo se aplican a los trabajadores y a los músicos que actúan en teatros, cines, centros nocturnos o de variedades, circos, radio, televisión, salas de doblaje y grabación o en cualquier otro local donde se transmita o fotografíe la imagen del actor o del músico o se transmita o quede grabada la voz o la música, cualquiera que sea el procedimiento que se use.

Como podemos observar la regulación de este tema se advierte sumamente pobre debido a la gran diversidad que asume la prestación de este tipo de servicios lo cual dificultó adoptar normas que abarcaran un mayor universo.

En cuanto a la duración, la ley establece que el contrato de los actores y músicos se celebre, respetando los criterios de tiempo determinado o indeterminado, también incluye la contratación por temporadas o funciones, representaciones o actuaciones.

También si el contrato se realiza fuera del territorio nacional, los empleadores involucrados deberán anticipar un pago equivalente al 25% por lo menos del salario total, deberán garantizar los viáticos.

A estas normas deben agregarse aquellas señaladas en el régimen laboral relativas a la forma escrita en que deben establecerse las condiciones de trabajo y demás requisitos. En cuanto al salario según este capitulado podrán fijarse para una o varias temporadas o funciones. Y el pago de salarios diferentes para trabajos iguales será legal siempre y cuando la situación lo justifique en razón de las diferentes categorías de los actores y músicos. La regulación de las relaciones laborales de los actores y músicos exige una revisión a más de treinta años de su incorporación en la Ley Federal del Trabajo como una categoría especial. Desde la perspectiva jurídica este tipo de reglamentación de servicios artísticos a pesar de que tiene un contexto laboral, su contenido y efectos parecen acercarse más a criterios civilistas. Para nosotros nos interesa incluir al trabajo de los músicos los criterios eminentemente laborales, para así lograr un equilibrio justo en la relación jurídica de los músicos y sus empleadores.

Conclusiones

El arte musical consigue unidad y pertenencia social, genera un vínculo en la comunidad erigiéndose en una verdadera manifestación cultural que incluye desde el compositor, arreglista, e intérprete y se cierra el círculo cuando llega al oyente, es decir al que recibe el mensaje e información artística, que cambia y modifica su percepción estética. Es en fin la música una actividad del pensamiento de la cual no se puede prescindir porque hace parte integral, de la naturaleza del hombre. Este arte musical necesita ser tutelado por el derecho laboral buscando la manera eficaz que se traduce en poder motivar y estimular el desarrollo cultural y la dignificación del trabajador de la música.

Las legislaciones laborales generalmente, si bien protegen a los trabajadores en general, son insuficientes en lo referente a los artistas músicos. En cuanto a la legislación civil no soluciona la situación de los artistas. Es por esto que es necesaria una legislación con características especiales que se inspire en la verdadera naturaleza de su labor y que haga justicia al gran esfuerzo de este sector artístico cultural tan importante de la sociedad.

Esta tutela jurídica se debe centrar en describir en la Ley Federal del Trabajo la interesante y compleja labor de los artistas de la música, tomándose como base la naturaleza y necesidades intrínsecas al trabajo artístico. Mientras no exista una legislación especial o específica cultural, los artistas pueden encontrar en la ley laboral un cierto grado de protección.

Es importante que los músicos estén conscientes y conozcan estas armas jurídicas para que se desarrollen en un ambiente más justo. El sindicalismo, especialmente los sindicatos gremiales, permite luchar con mayor seguridad para resolver las necesidades que de manera aislada sería imposible conseguir. El uso noble de esta institución los convierte en valiosos instrumentos de la sociedad y de sus artistas.

Un tema importante es el relativo a los Estatutos, donde es necesario no sean demasiado generales, es indispensable una regulación específica, para que estos sindicatos gremiales puedan cumplir con unos objetivos que comprometan a sus miembros a la lucha de sus derechos pero cuidando y mirando a la consecución del desarrollo cultural del país. La regulación civil a través del contrato de servicios profesionales, no otorgan beneficio real al trabajador de la música, lo coloca en una situación de inestabilidad y desprotección. Los artistas que enmarca su actividad dentro de la contratación civil, se enfrentan a una gran incertidumbre en los medios de subsistencia.

Podemos concluir que las legislaciones laborales generalmente, si bien protegen a los trabajadores en general, son insuficientes en lo referente a los artistas músicos. En cuanto a la legislación civil no soluciona la situación de los artistas. Es por esto que es necesaria una legislación con características especiales que se inspire en la verdadera naturaleza de su

labor y que haga justicia al gran esfuerzo de este sector artístico cultural tan importante de la sociedad.

Bibliografía

Albuquerque, R. (1987). Estabilidad en el empleo y contratación precaria. *Encuentro iberoamericano del derecho del trabajo*. México: Gobierno del Estado de Puebla.

Bailón, V. R. (1992). *Despido, rescisión y cese*. México: Jus semper.

Barbagelata, H. H. (1992). *Boletín mexicano de derecho comparado*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Bauzas, O. A (Coord.). (2007). *Propuestas para una reforma laboral democrática*. México: UNAM.

Climént B. J. B. (2000). *La modernidad laboral*. Estado de México: Esfinge.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). México.

Cuevas, A. (1990). *Sindicato y poder en América Latina*. Madrid: Alianza editorial.

Dahrendorf, R. (1996). *La cuadratura del círculo*. México: Fondo de Cultura Económica.

Davalos, J. (1992). *Derecho del trabajo*. Vol. 1. México: Porrúa.

— (1998). *Tópicos laborales*. México: Porrúa.

De Buen, L. N. (1992). *Derecho del trabajo*. Vol. 2. México: Porrúa.

— (1997). *El estado de malestar*. México: Porrúa.

De la Cueva, M. (1998). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Vol. 1. México: Porrúa.

Estatuto de Sindicato de Músicos “Silvestre Revueltas” (s.p.i/ s.f.).

Guerrero, E. (1976). *Manual de derecho del trabajo*. México: Porrúa.

Hoyos, A. (1988). La flexibilización del derecho laboral en Panamá. *I Congreso Venezolano de Relaciones del Trabajo*. Barquisimeto.

Informe 1982 (1982). *Seminario Judicial de la Federación*. 2da. Parte, Cuarta Sala, Jurisprudencia 18, p. 18.

Javillier, J. C. (1994). Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del trabajo. Reflexiones de un especialista en derecho del trabajo. *Revista internacional del trabajo*. Vol. 113, núm. 4.

Ley Federal del Trabajo (1970). México.

Kaye, D. J. (2002). *Relaciones individuales y colectivas de trabajo*. México: Themis.

Morales, P. C. A. (1995). *Derecho burocrático*. México: Porrúa.

Muñoz, R. R. (1983). *Derecho del trabajo*. V. 2., México: Porrúa.

Parso, M. C. (2005). *El servicio civil de carrera para un mejor desempeño de la gestión pública*. México: Auditoría Superior de la Federación.

Plá, A. (1975). Los principios del derecho del trabajo. *Revista de Derecho Laboral*

— (1992). Destino del derecho del trabajo. *Sexto Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. México: Gobierno del Estado de Puebla.

Sanchez-Castañeda, A. (2006). *Las transformaciones del derecho del trabajo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Treu, T. (1993). La flexibilidad laboral en Europa. *OIT, revista internacional del trabajo*.

Trueba, U. A. (1975). *Nuevo derecho del trabajo*. México: Porrúa.

Van, B. D. L. (1989). La empresa como protagonista del derecho del trabajo. *Tercer Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. México: Gobierno del Estado de Puebla.

Sobre el impacto de la desigualdad socioeconómica en el ejercicio de los derechos civiles y políticos: algunas cuestiones actuales

Jesús García Cívico*

La literatura académica (quizás más sociológica que socio-jurídica) generada por la pobreza es tan extensa como obvia resulta su incidencia en el disfrute de los derechos. Más allá de la cuestión de la insatisfacción de necesidades básicas como prioridad ontológica, como *condición necesaria*, para el ejercicio de los derechos subjetivos y las libertades personales y más allá del modo en que afecta particularmente a los derechos sociales, la incidencia de la pobreza en el ámbito socio-jurídico alcanza también a las libertades y derechos relacionados con la libertad de expresión, la participación política, el acceso a la justicia o la libertad de circulación. Esto es, las situaciones y procesos de desventaja y carencia materiales, en la medida en que afectan a la autonomía, afectan a también a la realización de los derechos que han de ver con el ámbito de libertad de la persona y con su esfera de actuación civil, política etc.

Efectivamente, importa recordar que la satisfacción de necesidades básicas es un *prius* para el disfrute no sólo de los derechos sociales sino también del resto de los derechos. Sin embargo, una cuestión sobre la que creemos que no se ha prestado la atención adecuada es la incidencia ya

* Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Universitat Jaume I de Castellón, España. Centro de Investigación de la Efectividad de los Derechos Humanos (CIEDH), España.

no de la pobreza (o no sólo de la pobreza) sino de la propia *desigualdad* económica en el ejercicio de esas pretensiones legítimas exigibles judicial e institucionalmente que llamamos derechos.

Al margen de la persistencia de altos porcentajes de personas padeciendo la lacra de la miseria, la exclusión más estricta y la pobreza absoluta (a nivel mundial sigue aumentando el número de hambrientos y parece evidente ya el incumplimiento de los compromisos del milenio), un problema que tiene que ver con la ineficacia de muchos derechos civiles y políticos viene dado por la creciente polarización social y la exacerbada distancia económica en el seno de una misma sociedad. La polarización resulta en un plano colectivo un indicador de la quiebra del modelo socio-económico de cohesión social que en un determinado momento del pasado siglo se trató lograr a través de las fórmulas político-jurídicas de los Estados de derecho; a su vez en el plano más individual, la dualización afecta al disfrute de numerosas libertades por parte de sus titulares singularmente considerados. A la vez, en la parte privilegiada de esta división social, una marcada concentración privada de riqueza se traduce tanto en un conocimiento sensible de los intereses económicos propios y de las reglas de juego que pueden beneficiar a un grupo selecto o muy reducido (una “conciencia de clase”, si se quiere) como en una profusa actividad ante-gubernamental en forma de grupos de presión (*lobbies*) que a la vez que impulsan su particularísimo interés, obstaculizan medidas generales (entre ellas cabe pensar iniciativas impositivas o redistributivas) que puedan contrarrestar el círculo retro-alimenticio de la desigualdad. Justo en la fecha de finalización de este trabajo, un informe de OXFAM denuncia que ya solo 62 personas tienen la misma riqueza que la mitad de la población mundial y que en España –país en el que nos vamos a centrar– el 1% más rico de la población concentra más riqueza que 35 millones de personas, paralelamente la inversión española hacia paraísos fiscales creció un 2000% en 2014 (2015).

Paralelamente, la publicación de *Inequality* del economista británico Anthony Atkinson pone en evidencia en un plano más teórico no sólo la actualidad de un problema que en términos globales se expresa en porcentajes 99% frente a 1% sino la necesidad de políticas activas de redistribución de la riqueza como medio de impedir la ruptura de la cohesión civil (2015). No sólo es que los ricos sean más ricos sino que

la economía está dejando cada vez más personas detrás. Más allá de la vía impositiva que grave o deba gravar la riqueza, el problema apunta a las políticas de áreas como el uso de la tecnología o la participación en el capital privado en un tipo de sociedad *civil* más acorde con los valores democráticos.

Casi una década antes del último análisis de Atkinson, voces de primer orden de la economía ya expresaron una enorme preocupación no tanto por el aumento de la pobreza como por la misma desigualdad. Paul Krugman asoció directamente los motivos del surgimiento de la última crisis con el pico de desigualdad de rentas que se produjo en su país, EEUU, en 2007 (2009). Joseph Stiglitz, por su parte, también señaló el enorme precio a pagar por el aumento de la desigualdad, no sólo en lo que afecta a la cohesión social, sino a la sostenibilidad *política* de un sistema que no proporciona beneficios a la mayoría de la población. Richard Wilkinson y Kate Pickett analizaron hace apenas unos años y con un convincente aparato estadístico, el impacto de la desigualdad económica en los once principales problemas sociales: la salud física, la salud mental, el consumo de drogas, la educación, la composición de la población reclusa, obesidad, movilidad social, confianza interpersonal, violencia, embarazo adolescente y bienestar infantil. De acuerdo con sus resultados, la propia polarización social afecta significativamente a cuestiones que han de ver con derechos sociales pero también con presupuestos que atañen a los modelos de relaciones económico-civiles como la confianza interpersonal, la educación, la movilidad o la meritocracia. Existen, además, efectos perniciosos de la desigualdad en términos humanos –erosión de la autoestima, incremento de la ansiedad y la enfermedad y promoción excesiva del consumo– y éstos alcanzan a las parcelas típicas de la vida civil y política: desde las relaciones jurídicas civiles (por ejemplo, el número de divorcios desciende en tiempos de crisis) hasta el asociacionismo o el fenómeno más general que conocemos como de desafección pública.

Por su parte, en el ámbito más concreto de los derechos humanos, ya es fruto del consenso la interdependencia y la indivisibilidad del catálogo de derechos fundamentales (un derecho resulta indispensable para otro y viceversa). La interacción entre derechos civiles y sociales es un punto

central en el estudio de la eficacia de estos últimos, como pusieron pronto de manifiesto investigadores como Victor Abramovich y Christian Courtis (2003, p. 27 y ss). De esas exigencias tanto de la interdependencia como de la interacción derivan amplias y distintas obligaciones positivas de los estados tendentes a la mayor efectividad de todos los derechos humanos. (Nickle, p. 990 y ss). En efecto, la relación entre el respeto a las libertades civiles, el ejercicio de derechos políticos y el acceso de las personas a bienes y servicios que garanticen la satisfacción de las necesidades básicas es ya, afortunadamente, un lugar común al describir la evolución de los derechos humanos. El acceso a la educación y a la cultura es una condición necesaria para la participación política. A su vez, la cobertura de prestaciones sociales elementales es el presupuesto del ejercicio efectivo del amplio catálogo de derechos civiles. A la inversa, sin una efectiva participación en política, en los asuntos comunes, no es probable una distribución equitativa de los recursos, al ser política cada una de las cuestiones que atañe a la economía, y en particular, al ser una cuestión obviamente política (y no una cuestión natural o sin alternativas) las *políticas* de distribución de recursos materiales. Una vía interesante para abordar el impacto de la desigualdad socioeconómica en el ejercicio de los derechos civiles y políticos puede resultar, pues, bien del impacto de la desigualdad material en los ámbitos privados, bien del nexo entre ciudadanía política y ciudadanía social. Para Fredman, la igualdad es un hilo conductor valorativo de los deberes positivos encaminados al goce de todos derechos en su conjunto –es decir, no sólo de los económicos y sociales (p. 77 y ss). En lo que sigue, apuntaremos la vigencia de la reflexión sobre la desigualdad socio-económica a partir del significado jurídico del principio de igualdad y del significado político de la categoría sociológica de ciudadanía. Con el fin de plantear algunas cuestiones de interés actual, distinguiremos entre los efectos de la desigualdad antes y tras la crisis financiera de 2008. Luego ejemplificaremos las afirmaciones iniciales con ejemplos de impactos concretos en algunos derechos civiles y políticos.

1. La igualdad como valor jurídico y mandato constitucional

Que la sociedad de un Estado social de derecho deba tender a la igualdad no es, al menos no lo es en España, una cuestión voluntarista o un debate

abierto sobre justicia política (una suerte de “guinda en el pastel de la democracia”, al arbitrio de este, ese o aquel gobierno) sino un mandato constitucional. El tipo de Estados que, como el español, identificamos bajo el rotulo de Estados de derecho, y en particular los definidos en sede constitucional a sí mismos como Estados sociales de derecho o Estados sociales y democráticos de derecho someten su actividad –y no sólo su legislación– al respeto a los valores o principios superiores de su ordenamiento jurídico y condicionan su actividad legislativa a un doble requisito de validez: validez formal o mera vigencia y validez material o respeto sustancial a las normas jurídicas que ocupan, por acudir a la imagen de Kelsen, la cúspide de su pirámide normativa. El tipo de Estado que como el español se dan una constitución que vincula a los poderes públicos pertenecen a las formas política social y económico justas que el jurista florentino Luigi Ferrajoli caracterizó como sucesoras no sólo temporales sino también *ideológicas* del paleopositivismo (p. 568). En ellos, la igualdad, que es un valor superior de nuestro ordenamiento, obliga a los poderes públicos no sólo en su dimensión negativa, como ausencia de discriminación (así de acuerdo con lo que el artículo 14 de la Constitución Española de 1978 establece como motivos odiosos de discriminación: género, raza, etc.), sino en su vertiente *material*. Esta dimensión material se expresa en constituciones como la española en mandatos como el del artículo 9.2: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Además, o como consecuencia de todo esto, la realización de la igualdad es un tema capital para la sociología jurídica interesada por la efectividad y destino de los derechos, sobre todo en su faceta prestacional de bienes desmercantilizados (Calvo, pp. 201-225; Añón, pp. 191-218). La dimensión material de la igualdad afecta a la realidad social, a la llamada, eficacia *real* de las normas. Es una realidad que afecta a la participación efectiva en las oportunidades y en la riqueza y por tanto resulta central al tema que nos ocupa: la desigualdad socioeconómica como variable sensible al ejercicio de derechos más allá de los estrictamente socio-económicos en tiempos de crisis.

2. Los límites de la desigualdad en el seno de la ciudadanía

Cuánta es la cantidad de desigualdad que puede considerarse legítima y cuánto es el grado de desigualdad económica que una sociedad determinada es capaz de soportar, es un interrogante que afecta al tema que nos ocupa. Una de las conclusiones propias de la perspectiva filosófico-jurídica pero también filosófico-política (la que tiene en consideración entre otras la tensión que se produce entre los principios de mérito e igualdad) es que *por abajo* el límite debe venir marcado las exigencias de la dignidad humana. En los Estados de derecho que como el nuestro se califican de sociales, este punto se concreta un poco más en la construcción jurisprudencial de aquello en lo que consiste una cobertura digna de necesidades básicas y en el juego socio-jurídico de conceptos como el de umbral de la pobreza, rentas mínimas, o, en el ámbito laboral, el salario mínimo, etc. Es fácil suscribir que el límite de la desigualdad por abajo, no vendrá, en el futuro, delimitado por la cuestión de los salarios mínimos, sino por la más general exigencia de *ingresos mínimos*, de ahí, las simpatías que muchos tenemos a medidas de tono político-jurídico como el trabajo garantizado o mejor aún hacia medidas y propuestas que desvinculan la subsistencia física del mercado laboral como es el caso de la aún imaginaria institución de la renta básica o ingreso universal, pero esta cuestión, aunque relacionada con nuestro tema, escapa al objetivo de este trabajo.

Desde el prisma más económico, son numerosas las herramientas de análisis de la distribución de renta (Índice de Gini; quintiles 20/80, etc.) así como las propuestas también de tipo índice como la del economista británico citado atrás, Anthony B. Atkinson destinadas más a controlar que a delimitar los márgenes de desigualdad admisible. Otra terminación de los análisis tiene que ver con el sistema de oportunidades y con las implicaciones de la categoría de la ciudadanía, precisamente, de acuerdo con el sociólogo especialista en desigualdad, Félix Tezanos, en el ámbito global la frontera que señala fundamentalmente las diferencias es el sistema que limita el acceso a la igualdad de oportunidades a amplios sectores sociales. Lo específico de los sistemas de desigualdad emergentes es la existencia de una línea de demarcación de posiciones sociales y oportunidades vitales (laborales, políticas y de desarrollo personal) muy

diferenciadas para los que se sitúan fuera del mercado de trabajo. A su vez, se suman a la fronteras de clase y a las brechas de naturaleza étnica-cultural, geográficas, de género o generaciones, nuevas formas de desarrollo tecnológico y de estructuración de poder que se agregan a aquéllas y dan lugar a formas de pobreza, marginación y precariedad social que sólo ahora empezamos a conocer (Tezanos, 2012) y que afectan a las relaciones privadas y con la administración pública de los individuos en sociedad.

Efectivamente, la cuestión de los factores de desigualdad y por ende de los difusos límites en los que la cuantificación del grado de desigualdad que una sociedad puede considerar admisible es una de las señas del moderno debate sobre igualdad. El problema, sin embargo, no es novedoso en su *sustancia*, por así decir, y ya ocupó alguna de las páginas clásicas de la sociología sobre la ciudadanía como categoría social. Entre otras, resulta insoslayable la comprensión que hizo Tocqueville de la influencia de la “igualdad de condiciones” en la sociedad democrática, esto es, cómo dicha igualdad “da al espíritu público cierta dirección, determinado giro a las leyes; a los gobernantes máximas nuevas, y costumbres particulares a los gobernados” (p. 31). También podemos convenir en que aún resulta hoy muy sugestiva la intuición que T. H. Marshall apuntó (pero no desarrolló) en su obra *Ciudadanía y clase social*.

Si nos centramos en este último autor, de acuerdo con Marshall, una sociedad soporta diferencias económicas en su seno siempre que: (a) estas no sean demasiado profundas; (b) no generen un fuerte sentimiento de ilegitimidad o de injusticia (la sensación de que uno no lleva el tipo de vida que merece (T. H. Marshall, pp. 75-76).

Sobre la primera precaución, podemos concluir, *grosso modo*, que la multiplicación del factor de desigualdad y el aumento de la brecha socioeconómica ha alcanzado en la primera década del siglo XXI niveles calificados de indecentes, inmorales, ilegítimos, injustificados y siempre excesivos. Por remitirnos a nuestro entorno más cercano, junto a la persistencia de elevados niveles de pobreza, según datos de Eurostat y del INE, en España se registran también las mayores diferencias entre las rentas del 10% superior y el 10% menor. Además, la distancia en esa

categoría sociológica pero también *jurídica* que es la ciudadanía no es ya sólo cuantitativa sino también *cualitativa*: significa mantenimiento de niveles de pobreza y privación pero también la creación de asimetrías, asimetrías en la relación laboral pero también en la participación política, asimetría en el acceso a la tecnología, a la información, concentración de medios de información etc.

Sobre el segundo punto señalado por Marshall –el carácter merecido o justo de los estatus socioeconómicos– podemos recordar que en España uno de los asuntos que más ha movido a la indignación social tal como expresa los últimos años el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) es el conocimiento de grandes patrimonios ligados a casos de corrupción y nepotismo. Organismos como la *Pew Foundation* también evidencian en sus recientes estudios sobre actitudes valorativas de la ciudadanía la desconfianza en la capacidad y valía de las élites empresariales, dirigentes financieros y gobernantes, lo cual se une a los déficits de tono que ya arrojaban algunos de los primeros análisis sobre la economía propia de la globalización (Noya, pp. 113-128). En general, de acuerdo con los Eurobarómetros obtenidos durante la crisis, ha aumentado significativamente el número de personas que dice haber descendido de clase social y que cuestiona la legitimidad de la riqueza y del estatus, el carácter justificado o merecido de las grandes fortunas, las posiciones de privilegio, la división “entre los que tienen y no tienen”, por utilizar la expresión de Milánovic (p. 27 y ss.) y los agraciados estatus socioeconómicos ligados a una élite empresarial, política y financiera salpicada por continuos, indecentes y para algunos ya sistémicos (Tezanos, pp. 20-24) casos de ruptura de las reglas básicas y de los rudimentos elementales del juego: corrupción, tráfico de influencia, nepotismo. Entre los tres grandes relatos sobre el origen de la desigualdad –las diferencias de mérito y productividad, la suerte, el poder– (Krugman, 16 de enero de 2012), la sociedad española pos-crisis señala a la cercanía al poder como la causa de los rápidos ascensos socioeconómicos. La desmeritocratización afecta a una de las piedras angulares no sólo de nuestro sistema económico sino del modelo socio-jurídico: una sociedad caracterizada tanto por la división del trabajo, la promoción debida a los atributos de carácter personal no adscriptivos, el mérito como forma de acceso a la función pública y las posibilidades formales

de movilidad (no necesariamente vertical-ascendente) en los ámbitos públicos y privado, como por la justificación racional de la existencia de grandes desigualdades en su seno: justificación a partir si no del principio de mérito personal, si al menos de los argumentos típicos del sistema económico.

Las políticas seguidas en la gestión de la crisis en el período 2012-2015 parecen haber contribuido a la consolidación de la brecha social. El último año de esa última serie de acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) la desigualdad ha alcanzado su máximo nivel en 30 años en el conjunto de países miembros; en España los ingresos del 10% de la población más pobre cayeron un 13% anual mientras que el de la población más pudiente sólo un 1,5% lo que se traduce en peor formación de los más desaventajados, en menos oportunidades y menor movilidad social. Con distintos énfasis y perspectivas, todos los documentos de análisis de estos organismos subrayan una relación entre la desigualdad, las políticas públicas de redistribución y el ejercicio efectivo de derechos concretos (sanidad, educación pero también libertad de expresión o acceso a la justicia).

Ya en el terreno perilegislativo, en la conocida forma como la entiende Carbonnier (p. 50), el grado de apoyo a las políticas redistributivas depende tanto de la estructura objetiva de la desigualdad existente, como de la percepción que los individuos tienen sobre si tales desigualdades son justas o no. La cuestión es que la desigualdad social, incluso en relación con los parámetros de la cuantificación de la desigualdad socialmente admisible, vuelve a reconducir tanto a la percepción social de ésta como a su carácter justo o más extensamente a su carácter *legítimo*, y en relación con esto podemos convenir en que sólo recientemente, con ocasión de la gestión política de la crisis y sus efectos (la polarización de rentas y su desvinculación meritocrática a la que nos hemos referido), ocupa un lugar en los medios de comunicación y en las preocupaciones expresadas en instrumentos como los barómetros sociológicos. Quizás por ello otra arista del impacto de la desigualdad en la efectividad de los derechos deba venir del análisis de la actividad de muchos gobiernos tentados en dificultar, cuando no limitar, precisamente en tiempos de crisis, el ejercicio de los derechos que tienen que ver con la información (el derecho a recibir y

difundir libremente información veraz), con la manifestación, la protesta (Cruz, 2015) o, en general, con la libertad de expresión.

3. Apuntes sobre el contexto ideológico

Hemos apuntado algunos de los ámbitos fuera del contexto propio de los derechos sociales que resultan sensibles al aumento, no de la pobreza sino de la misma desigualdad. Entre ellos destacan la influencia (para muchos interferencia) pre-legislativa de grandes lobbies empresariales, la quiebra del sistema de promoción meritocrático (como principio de desigualdad legítima propio de la modernidad) pero también por ejemplo, de la contratación pública, la participación política en términos de soberanía, transparencia y simetría; el acceso a la justicia en clave de igualdad social, la participación en los medios de comunicación o la efectividad (como igual disfrute) de los derechos civiles ligados a la libertad de expresión, protesta y manifestación.

Con carácter más general, podemos convenir en que la división económica exacerbada y el deterioro de la cohesión social afecta tanto a lo que textos constitucionales como el nuestro llaman orden social y económico justo como, en un sentido global, al presupuesto elemental del catálogo de derechos civiles: la libre voluntad de las partes. Es la vieja idea expresada por Rousseau en *El contrato social*, aquella de que “en cuanto a la riqueza, ningún ciudadano debería ser lo bastante opulento para poder comprar a otro, y, respecto a la pobreza que ninguno fuera bastante pobre para ser constreñido a venderse”. Sí, el célebre fragmento de Rousseau sintetiza una postura típicamente moderna sobre los límites de la desigualdad: los límites giran alrededor de la idea de libertad, como *liberación*, como emancipación, como autonomía. Es por ello, que la misma idea regresa en nuestra época contemporánea en tiempos de crisis. Los filósofos neocontractualistas que como Rawls escribieron en el contexto de crisis de los años 70 asumieron que el principal reto de la filosofía política es conciliar los valores de libertad e igualdad y libertad, de forma que la primera no sea meramente formal sino también *real*. La preocupación por las distancias económicas en los regímenes políticos que como la democracia incluyen la igualdad como valor y principio de convivencia afecta a otras perspectivas. Van Parijs sustentaba en un “derecho a la

existencia", de nuevo en una *libertad real* o material concretada en la posibilidad de sobrevivir al margen del mercado, su propuesta de "renta universal". Igualmente, en el otro lado del debate filosófico político, la desinstitucionalización de las estructuras de protección social en favor de mecanismos privados neocaritativos (al hilo de la crisis) parece una conclusión del empeño de cuño neoliberal en el desmantelamiento del Estado de bienestar.

En efecto, no es patrimonio de ninguna teoría política la denuncia de que el exceso en la distancia económica pone en peligro la cohesión social, en ello ha insistido los últimos años el Consejo de Europa. El aumento de la desigualdad ha significado en los primeros años de la gestión de la crisis la reducción de las opciones típicamente políticas en sentido amplio, esto es, entendidas como abanicos de opciones. Esto parece haberse conseguido en el marco de una suerte de claudicación de las exigencias organizadas sobre igualdad social (caricaturizadas las más de las veces bajo la etiqueta de lo utópico) en nombre de la seguridad cuando no de la realidad (el discurso *there is no alternative*): otra prueba, quizás, del poder orientador de esa narrativa disciplinaria de tono neoliberal que confía en mecanismos "naturales" de distribución de la riqueza del tipo de la *mano invisible*. A su vez, el desmantelamiento progresivo y al parecer irrevocable desde los años 80, del sistema de protección del estado social (una paradójica forma de salir de una crisis motivada por la desregulación de un mercado financiero origen de la exacerbación de las grandes fortunas) también parece presentarse directamente fuera del ámbito del debate público, esto es fuera de lo político.

4. La desigualdad antes y después de la crisis financiera

Que los derechos no se ejerzan en el vacío sino en ese contexto inmediato de nuestra existencia que llamamos *sociedad* (esto es, más allá del nebuloso margen del texto jurídico) es una obviedad tan a menudo olvidada como el hecho de que una de las funciones del derecho en nuestra época no viene dada sólo por la orientación de conductas, la legitimación del poder o la resolución de conflictos, sino por la promoción y realización de un concreto orden social: concretamente uno en el que la igualdad y la

libertad son promovidas por los poderes públicos. En relación con esto, un primer dato que cabría retener sobre la desigualdad en España es que ni el pico de 2012 ni la persistencia de niveles de pobreza –en torno a una cuarta parte de la población– es un efecto más o menos coyuntural de la crisis financiera de 2008. Antes de la crisis, en el periodo 1996-2005, cuando el crecimiento económico era importante, la proporción de personas bajo el umbral del 60% de la renta media, casi un quinto exacto del total de la población, se mantuvo constante. Una perspectiva general de los efectos del conjunto de prestaciones sociales monetarias sobre la desigualdad en España muestra la emergencia de un nuevo patrón distributivo caracterizado por la ausencia de mejoras en el proceso distributivo desde comienzos de los noventa. También el Consejo Económico y Social (CES) en sus informes sobre distribución de la renta lo que ha evidenciado precisamente es la cronificación de la pobreza y cómo en época de crecimiento económico las diferencias entre ricos y pobres se han mantenido estables, pero que con la crisis éstas se han acentuado.

Efectivamente, Europa, sobre todo el conjunto de los países del sur, está sufriendo todavía hoy, casi una década después de las primeras señales de la crisis financiera, la peor recesión económica tras la segunda guerra mundial. Tomando como referencia 2008, una rápida mirada a las hemerotecas, pondría en evidencia cómo la primera reacción de los principales dirigentes políticos (en la UE pero no sólo en ella) consistió en señalar a los excesos de un capitalismo financiero desregulado como el origen de la crisis. Al mismo tiempo, que se admitía la necesidad de refundar algunas de las premisas del sistema económico dominante, las primeras respuestas gubernamentales de los estados europeos se caracterizaron por políticas fiscales y monetarias que tenían como objetivo garantizar la protección social de forma que no afectara a una población ajena al entramado financiero mundial. Sin embargo, los últimos cinco años, esto es desde 2010, junto al olvido del propósito de enmienda inicial (en relación con la tan mencionada refundación del capitalismo) hemos asistido en Europa a un cambio de rumbo de tono político caracterizado por el inicio y luego mantenimiento de fuertes políticas de austeridad (al principio calificadas de urgencia y luego asentadas de forma más sistemática). Muchas de estas políticas de austeridad traducidas en una suerte de adelgazamiento del Estado de

bienestar, no formaban parte de programas políticos y se implementaron ignorando tanto los modos de participación ordinarios como el equilibrio de poderes aceptado democráticamente lo que afectaba precisamente a la parte menos favorecida de la distribución económica y de oportunidades que dibujamos atrás.

Como se ponía de manifiesto desde el Consejo de Europa a los organismo de Naciones Unidas, un heterogéneo grupo de derechos humanos se ha visto afectado por las políticas de austeridad y la reducción del gasto público, desde el derecho a un trabajo digno, a un nivel de vida adecuado y a tener seguridad social, hasta el acceso a la justicia, la libertad de expresión y el derecho a la participación, a la transparencia y a la rendición de cuentas. El Consejo insistía en que no se puede prescindir de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales – consagrados en el Derecho Internacional en materia de derechos humanos– en épocas de penuria económica, ya que dichos derechos son esenciales para una recuperación sostenible e inclusiva. Sin embargo, la evolución de la crisis y la insistencia en el carácter estructural de la desigualdad, tampoco ha servido para desautorizar el proceso de subjetivación-individualización de las causas de la pobreza, esto es la conocida estrategia de la atribución a tal o cual rasgo de la personalidad del pobre y del excluido de la culpa de su propia situación de vulnerabilidad y pauperización, de nuevo en consonancia con algunos corolarios del discurso privatizador del neoliberalismo (Wacquant, 2009), así la visión agonial de la sociedad y de la existencia, su mercantilización, la competitividad o el individualismo de tono propietario en los término de Pietro Barcellona, pero un análisis de cualquiera de estos factores excedería de los más modestos propósitos de este trabajo. El discurso de la competitividad y el principio del mérito individual en el marco del mercado –de la sociedad de mercado o del *homo oeconomicus* si se quiere así– aun aparece de forma intermitente como contrapeso teórico frente a la presión impositiva, una suerte de reverso del discurso de culpar al pobre y atribuirle la responsabilidad individual del paria y del excluido. Los estudios que hemos consultado sobre la escasa movilidad social de tono meritocrático hacen vigente la pregunta clásica de Willis, Bowles y Gintis: ¿por qué los hijos de padres de clase obrera consiguen trabajos de clase obrera? Y aún peor, ponen de manifiesto una marcada movilidad social *descendente* para una clase

trabajadora que pasa de “ejército de mano de obra de reserva” a mera superfluidad, así en los atinados análisis de Bauman (2000, p. 27 y ss.) La economía puede continuar con un alto porcentaje de desempleo y personas fuera del acceso al consumo, de igual forma que política puede continuar con un alto porcentaje de desafección.

5. Apuntes sobre el impacto en derechos durante la crisis: algunos ejemplos

Recogemos en lo que sigue algunos ejemplos del impacto de la crisis (en lo que ha tenido de aumento de la desigualdad) en derechos de naturaleza política o civil. Dada la naturaleza político-financiera de la propia crisis, quizás quepa iniciar ese breve bosquejo recordando, como hacía el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en el documento *La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica*, que la misma orientación del sector financiero debe ser siempre la de favorecer los derechos humanos, así con carácter general, y frente a lo que ha venido sucediendo desde 2008, los Estados deben evitar que las personas vean vulnerados sus derechos a causa de terceros, incluidas las instituciones financieras, adoptando reglamentaciones transparentes con el propósito de proveer mecanismos de rendición de cuentas que penalicen prácticas nocivas y que castiguen a los responsables: No deben usarse fondos públicos necesarios para rescatar a instituciones financieras que participen en prácticas irresponsables y con falta de la visión anterior.

Hemos señalado que los principales derechos de naturaleza política y civil afectados por la gestión de la crisis, de acuerdo a los principales organismos del derecho internacional de los derechos humanos han sido los relativos a la participación en los asuntos públicos; los relacionados con la libertad de expresión y con el acceso a la información oportuna y relevante (la propia libertad de prensa se ha visto afectada por las medidas de austeridad sobre todo en aquellos países en los que la contracción fiscal ha sido más severa); el aumento de los márgenes de autoridad del ejecutivo para adoptar medidas de austeridad sin necesidad de consultar con el poder legislativo (un daño al equilibrio de poderes aceptado

democrática y constitucionalmente). También ha afectado al acceso a la justicia. Empecemos este breve bosquejo por ahí.

El acceso a la justicia

De acuerdo con información del Consejo de Europa, entre 2008 y 2010, se aplicaron reducciones en los presupuestos de justicia en Croacia, Bosnia y Herzegovina, Hungría, Serbia, Estonia, Lituania y Letonia. En muchos otros, las tasas judiciales aumentaron, en Estonia, por ejemplo, las tasas judiciales en el orden civil se quintuplicaron en 2009. En 2011 y 2012 la asistencia jurídica gratuita sufrió recortes significativos en Alemania, Irlanda y el Reino Unido. En España, la asociación judicial *Jueces para la Democracia* y la organización de derechos humanos *Rights International Spain* denunciaron ante la Comisión Europea el paquete de reformas promovido por el Gobierno español sobre la, así llamada, Ley Seguridad Ciudadana, la normativa sobre la obligatoriedad del pago de tasas en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia o la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, instando a la Comisión a emprender una evaluación de conformidad con el nuevo marco de la UE para fortalecer el Estado de Derecho. De acuerdo con estas organizaciones, las reformas legales promovidas al abrigo de medidas relacionadas con la gestión de la crisis vulnerarían valores explícitos de la concepción de justicia compartida por la UE: el libre acceso a la justicia, el principio de división de poderes, independencia judicial, la no discriminación y la igualdad ante la ley, esto es, valores y principios más allá de la realización de los derechos sociales o económicos.

Sobre el impacto de estas medidas legislativas en el acceso a la justicia, el principal argumento es que el pago de tasas, como fin del principio de gratuidad en el acceso a la justicia, atenta contra los presupuestos procesales más elementales el acceso a la justicia e incide en la eficacia del conjunto de derechos que han de ver con él: afecta al derecho a una revisión judicial eficaz o al número de personas que pueden beneficiarse del derecho a un abogado de oficio (algo doblemente desigualitario pues muchas de las demandas de potenciales solicitantes del abogado de oficio tienen que ver con el impacto de la crisis financiera). España es de los países de la UE que menos invierte en justicia gratuita (0,80 euros

por ciudadano, estando la media europea en 8,63 euros/habitante). Ningún euro recaudado por tasas judiciales (de los más de 530 millones de euros) se ha destinado a sufragar este servicio público fundamental. El presupuesto para justicia ha disminuido (un 4,21% en 2013 y un 2,13% en 2014). A pesar de ser, el nuestro, uno de los países de la UE que menos jueces tiene por habitante, se ha reducido su número, eliminando los puestos de 1200 jueces sustitutos (20% de las personas que administran justicia). En el informe de la UE sobre justicia de 2015, España también aparece entre los peores puestos de Europa en cuanto a percepción sobre independencia judicial: sobre cómo la crisis debería haberse traducido en un mayor interés por la efectividad de este derecho, se ha dicho que el acceso a la justicia debe mejorarse a través de litigios de interés público así como de procedimientos abreviados y poco costosos. Debería prestarse particular atención a la ayuda y la asistencia jurídica gratuita dirigida a los grupos desfavorecidos y marginados a fin de que puedan hacer valer sus demandas precisamente por el contexto de desigualdad.

Derechos civiles de expresión y manifestación

En uno de sus recientes informes sobre la situación de los derechos humanos en España, la organización Amnistía Internacional (AI) centraba su atención en el impacto que para los derechos de manifestación y protesta estaba teniendo el recorrido y la gestión gubernamental de la crisis económica. Bajo el rótulo *España: el derecho a protestar amenazado* el informe de AI consideraba que el uso excesivo de la fuerza por parte de la policía española y los planes para reforzar una legislación que se califica de represiva son una clara señal de la determinación del Gobierno español de sofocar las protestas pacíficas. El informe pone de manifiesto abusos de la policía contra los manifestantes, falta de rendición de cuentas por esos abusos y vincula la intención de reformar la legislación sobre los derechos de reunión, huelga y manifestación con el contexto de malestar social, pérdida de puestos de trabajo y medidas de austeridad adoptadas de forma poco transparente. Los datos aportados desmienten la necesidad de una reforma regresiva en la articulación de estos derechos, así, en 2012 hubo casi 15.000 manifestaciones en toda España: unas 40 por día. En 2013 hubo 4.500 solamente en Madrid: un incremento de un millar respecto al año anterior. Sin embargo, como el propio gobierno español

ha reconocido, sólo hubo actos violentos en menos del uno por ciento de las protestas. Según la legislación española, las personas que se considere que son las organizadoras o líderes de manifestaciones no autorizadas pueden ser sancionadas con multas. Parece oportuno retener que el pago de este tipo de multas que doblan el salario mínimo se produce en un momento en el que uno de los motivos que han movido a la indignación es precisamente la precarización, la asimetría en el impacto de la crisis y el aumento de la desigualdad, esto es, lo que atrás llamábamos doble impacto de la crisis en los derechos. A este respecto, al igual que teóricos como Owen Fiss (1997) o Roberto Gargarella (2008) han insistido en el carácter básico de la libertad de expresión “en la médula del sistema democrático” como respuesta justamente a medidas que tiene que ver con la desigualdad social, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado en diversas ocasiones que la libertad de participar en una reunión pacífica es de una importancia tal que los participantes no deben ser sancionados a menos que cometan un delito. De acuerdo con los datos aportados por *Rights International Spain*, las protestas aumentaron un 283%, en coincidencia con lo expresado por varios Relatores Especiales de la ONU, estas reformas, se dice, “parecen responder a las numerosas manifestaciones que se han llevado a cabo en los últimos años”.

Parece evidente que la situación socioeconómica de asimetría y fuerte vulnerabilidad social explica el uso estratégico de la sanción administrativa (la opción de la multa económica en lugar de la sanción penal, que lleva aparejada más nivel de garantismo) como amenaza burocrática o «buro-represión» en los términos de Oliver Olmos (2013) dirigida los ciudadanos que salen a la calle a defender el mantenimiento de una serie de derechos sociales (Bondía, 2015), una polémica medida en la que muchos ven una tendencia a la criminalización de los movimientos sociales y civiles en tiempos de crisis.

Finalmente se denuncia que, al tramitar todo este paquete de reformas en un contexto de desigualdad creciente, no se haya respetado un procedimiento democrático, al no haberse llevado a cabo por parte del Gobierno una consulta con la sociedad civil y los expertos en materia de derechos humanos. Los mismos medios de comunicación, tanto públicos como privados, han sufrido recortes salariales y de personal,

así como cierres (entre ellos el más sintomático fue el cierre temporal de la televisión pública griega).

Libertad de movimientos e integración de las personas migrantes

Por último, el ámbito de la gestión del fenómeno migratorio es otro ejemplo del particular impacto de la crisis financiera en los grupos más desaventajados. La población inmigrante, ha menudo estigmatizada por el propio discurso institucional, se ha visto por el incremento de la desigualdad en el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales más allá de los estrictamente socio-económicos. Esto es, más allá de cuestiones como la decisión de retirar la asistencia médica gratuita (derecho a la salud) a más de medio millón de personas por el hecho de no tener en regla una determinada situación administrativa, más allá del aumento en la concentración escolar de alumnos inmigrantes, más allá del impacto en el desempleo en las ya precarias condiciones de contratación de las personas migrantes etc., cabe retener que dado que el impacto de la crisis financiera ha sido más sensible en las capas más vulnerables de la población, en términos generales, el contexto de crisis ha servido para deteriorar el punto de partida de las políticas de inmigración. Así, ha servido tanto para intensificar un mensaje contrario a los presupuestos más elementales de la gestión del fenómeno migratorio asumidos por la UE como para afianzar la política de seguridad en la frontera mediterránea, una prioridad (la de la seguridad) que ha supuesto ya millares de muertos y un mensaje (uno más) acerca de la estigmatización del migrante y las prioridades políticas de la Unión. En efecto, parece haberse utilizado la crisis para justificar la política de mano dura frente a la inmigración ilegal: redadas a la carta aprovechando el clima de inseguridad económica, aplazamiento del debate sobre el cierre de los vergonzosos Centros de Internamiento de Extranjeros creados conforme al artículo 26.2 de la LO de Extranjería de 1985 definidos como centros públicos no penitenciarios pero donde, de hecho, una persona simplemente por el hecho de no tener regularizada su situación administrativa puede pasar encerrada hasta una año y medio. Como ha insistido Javier de Lucas, las críticas y denuncias sobre restricciones indebidas de derechos, ausencia efectiva de control judicial, deficientes condiciones de salud e higiene, dificultades para acceso a traductor, asistencia social y psicológica, e incluso acceso a abogado, son interminables (2013).

Entre los episodios que afectan al núcleo de los derechos fundamentales (derecho a la vida, prohibición de tratos inhumanos y degradantes, etc.) destacan las 15 muertes en la playa del Tarajal, Así, de acuerdo con los informes más recientes de la asociación judicial *Jueces para la Democracia*, sobre las llamadas “Devoluciones en caliente” se dice que las reformas hechas en un contexto de crisis (además del mensaje que pretende ligar –frente a toda evidencia– la precariedad con la inmigración) suponen una clara vulneración al principio de seguridad jurídica y de respeto a los derechos fundamentales: las devoluciones desde Ceuta y Melilla entran en clara contradicción con el propio derecho de la UE. Relacionado directamente con esta cuestión está el descenso (para muchos de nosotros escandaloso) de las aceptaciones de refugiados y solicitudes de asilo en un tiempo marcado, al otro lado del mediterráneo, por conflictos civiles y guerras sobre cuyas consecuencias para los derechos de las personas, la UE tiene un compromiso no sólo político sino también jurídico.

No hay espacio para más, tampoco era nuestra intención una relación detallada ni exhaustiva de ámbitos civiles y políticos afectados por el incremento de la desigualdad y el daño a la textura de la cohesión social como corolarios de la gestión y desarrollo de la crisis financiera, resumamos algunos de los argumentos que conviene retener.

Conclusiones

La desigualdad y no sólo la pobreza tiene relevancia política y jurídica y puede ser un riesgo para las sociedades. Concretamente el crecimiento de la desigualdad y la polarización social afecta a la cohesión social y en ese sentido al presupuesto de los sistemas económicos y de relaciones civiles propios de los que llamamos Estados sociales de derecho. En un plano jurídico tiene que ver con preceptos exigentes desde el punto de vista de la igualdad como el artículo 9. 2 CE que obliga a los poderes públicos a la remoción de los obstáculos que impiden que la igualdad sea efectiva y real. Desde una perspectiva filosófico política las distintas dimensiones de la igualdad –en lo que nos interesa aquí como igualdad socio-económica– ha sido profusamente razonada de Locke a Rousseau o en la época contemporánea, desde John Rawls a los teóricos de la

Renta Básica como Phillippe van Parijs. La cuestión de los límites de la desigualdad interesa también a la sociología y en particular al examen sobre el estado de la ciudadanía. Nos hemos detenido en apuntar la actualidad de la relación entre la desigualdad excesiva y la ineficacia de algunos derechos civiles y políticos, por ejemplo en lo que toca a la concentración de la titularidad de medios de comunicación, énfasis securitario, estrategias de disuasión de la manifestación civil por la vía de la amenaza económica (la estrategia de la sanción administrativa frente a la protesta social) medidas que afectan la libertad de expresión, presión de *lobbies* frente a medidas impositivas de naturaleza redistributiva, etc. Más allá del impacto en los derechos sociales y económicos hemos puesto ejemplos de cómo los procesos de dualización social que se recorren en los contextos de crisis financieras como la de 2008 atañen también a derechos de naturaleza civil y política, así desde el acceso a la justicia al propio derecho a la vida en lo que afecta a los grupos más vulnerables, inmigrantes, refugiados o solicitantes de asilo.

Bibliografía

Abramovich, V. y Ch. Courthis. (2003). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid.

Añón, M. J. (2015). Derechos humanos y principio de efectividad. Claves interpretativas. En Miguel Revenga y Patricia Cuenca (eds). *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*. Madrid: Dykinson, pp. 191-218.

Atkinson, A. (2015), *Inequality*, Harvard University Press.

Ayala, L. (2013). El peligroso aumento de la desigualdad en España. *Economistas sin Fronteras*, "Desigualdad y ruptura de la cohesión social", *Dossiers EsF*, núm. 9, pp. 11-15.

Aymerich, I. (2001). *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Bondía, D. (2015), *Defender a quien defiende: Leyes Mordaza*. Barcelona: Icaria.

Calvo, M. (2009). La implementación y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En V. Zapatero y M. I. Garrido Gómez (eds), *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, Madrid: Universidad de Alcalá.

Carbonnier, J. (1982). *Sociología jurídica* (Trad. D. Diez-Picazo). Madrid: Tecnos.

De Lucas, J. (2013). Un problema jurídico y político, no de caridad: (Sobre las políticas europeas de inmigración y asilo, tras los naufragios de octubre en Lampedusa). *Jueces para la democracia*, No. 78, pp. 5-12.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.

Fredman, S. (2009). *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press.

Fiss, O. (1997). *Libertad de expresión y estructura social*. México: Fontamara.

Gargarella, R. (2010). El Derecho frente a la protesta social. *Espacio abierto*, núm. 13, pp. 101-114.

Krugman, P. (2009), *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*. Nueva York: W. W. Norton & Company.

— (16 de enero de 2012). ¿Es necesaria tanta desigualdad? *El País*.

— (22 de diciembre de 2013). Por qué la desigualdad es importante. *El País*.

Marshall, Th. H. (1998). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza.

Milanóvic, B. (2006). *La era de las desigualdades*. Madrid: Sistema.

Nickle, J. W. (2008). Rethinking Indivisibility: Towards a Theory of Supporting Relations between Human Rights. *Human Rights Quarterly*, nº 38.

Noya, J. (2001). La economía moral de la globalización: legitimación del Estado de Bienestar, cultura y capitalismo global. *Política y sociedad*, núm. 38.

Oliver Olmo, P. (2013). *Burorrepresión, sanción administrativa y control social*, España: Albacete, Bomarzo.

Stiglitz, J. (2012). *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*. Madrid: Santillana.

Tezanos, J. F. (2012). *La sociedad dividida. Estructuras de clases y desigualdades en las sociedades tecnológicas*. Madrid: Biblioteca Nueva.

Tocqueville, A. (1994), *La Democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.

Wacquant, L. (2009). *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press.

Wilkison, R, Picket, K. (2009). *Desigualdad: un análisis de la (in)felicidad colectiva*. Madrid: Turner.

Avances (¿y retrocesos?) En la búsqueda de presencia equilibrada de mujeres y hombres en el poder económico en España

María José Senent Vidal*

El artículo 1.1 de la vigente Constitución española (CE) indica que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Su artículo 14 explica que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Finalmente, el artículo 9.2 de la CE atribuye a los poderes públicos la tarea de promover “las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

La igualdad es uno de los principios rectores de todo el ordenamiento jurídico español, se proscriben la discriminación por razón de sexo y se ordena a los poderes públicos la promoción de la igualdad efectiva (no sólo la formal) removiendo los obstáculos a la participación de la ciudadanía, también en el ámbito de la actividad económica.

* Universitat Jaume I de Castellón, España.

En su desarrollo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIEMH o Ley orgánica de igualdad) indica que su objetivo es “hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural” (art. 1.1). Señala que las obligaciones previstas son “de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español” (art. 2.1). Para la aplicación efectiva y no sólo formal de la igualdad, el art. 11 establece la adopción, por parte de los poderes públicos, de las denominadas “acciones positivas”, “medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”. Y el art. 10 introduce la nulidad de “los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo”, dando lugar a “responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”. Es la Disposición adicional Primera de la LOIEMH la que define la “presencia” o “composición equilibrada” como “la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”.

Es objetivo del presente trabajo analizar, en una aproximación sistemática y a un tiempo cronológico, los avances que se han ido produciendo en España en los últimos años en relación con la presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito de la actividad económica privada.

1. Las medidas de fomento de la presencia equilibrada en los códigos de gobierno corporativo

Las propuestas en torno a la denominada Responsabilidad Social Empresarial (RSE) y, como una de sus modalidades, el buen gobierno

corporativo se han abierto tanto a nivel internacional como nacional. Los graves escándalos empresariales y financieros protagonizados por grandes empresas en las últimas décadas del siglo pasado consolidaron la necesidad de limitar el poder omnímodo de las corporaciones económicas. Debido a ese control del poder económico sobre los Gobiernos nacionales (y también probablemente para abordar mejor el carácter transnacional de aquél), las medidas propuestas han sido, al menos inicialmente, de carácter voluntario y basadas en la “reputación”. Se trata de recomendaciones que las empresas pueden seguir a fin de visibilizar su compromiso con una actividad económica “correcta”, “ética”, “socialmente responsable”.

No podemos extendernos en desarrollar aquí estos conceptos, pero apuntamos dos aspectos con ellos relacionados. Al ser voluntarias las medidas de RSE y de gobierno corporativo, no significa que su ejecución que, al asumirse el compromiso, no debe estar sometida a control; y, por otra, algunas de estas medidas han ido siguiendo un interesante proceso de “juridificación”, al ser incorporadas al poder legislativo como normas legales de carácter obligatorio.

Al revisar las normas de gobierno corporativo, que en España introducen medidas en relación con la presencia equilibrada, se ha de comenzar por citar la Recomendación 15 del *Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas* de 2006 (en adelante, Código unificado) que propone:

cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el Consejo explique los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación; y que, en particular, la Comisión de nombramientos vele para que al proveerse nuevas vacantes:

- a. Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras;
- b. La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado (Comisión Nacional del Mercado de Valores [CNMV], p. 25-26).

La explicación facilitada en la introducción de esta recomendación es impecable:

Lograr una adecuada diversidad de género en los Consejos de Administración no constituye sólo un desafío en el plano de la ética, de la política y de la «responsabilidad social corporativa»; es también un objetivo de eficiencia que las sociedades cotizadas deben plantearse, al menos a medio plazo. Desaprovechar el potencial talento empresarial del 51% de la población –las mujeres– no puede ser económicamente racional en el conjunto de las grandes empresas de nuestro país. La experiencia de las últimas décadas, en las que hemos asistido a una creciente incorporación de la mujer al mundo empresarial así lo acredita. Se trata ahora de hacer un esfuerzo adicional para que esa presencia llegue a la alta dirección y a los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas. En atención a esta circunstancia, el Código invita a las sociedades con escasa presencia femenina en sus Consejos a que hagan un esfuerzo deliberado por buscar posibles candidatas cada vez que deba cubrirse alguna vacante en el Consejo, especialmente para puestos de independientes (p. 25).

Por otra parte, la explicación previa a otra Recomendación del mismo Código unificado, la 10, indica que: “El Consejo de Administración debe reflejar la diversidad de conocimientos, de género, y de experiencias precisa para desempeñar sus funciones con eficacia, objetividad e Independencia” (p. 21). Sobre la tendencia a redirigir el fomento de la presencia equilibrada hacia la “diversidad” en la composición, hablaremos más adelante.

En cualquier caso, su aplicación es voluntaria pero sometida al principio de “cumplir o explicar”: “la legislación española deja a la libre autonomía de cada sociedad la decisión de seguir o no las recomendaciones de gobierno corporativo, pero les exige que, cuando no lo hagan, revelen los motivos que justifican su proceder, al objeto de que los accionistas, los inversores y los mercados en general puedan juzgarlos” (p. 11). Para ello, se obliga a las sociedades cotizadas a realizar un Informe Anual de Gobierno Corporativo, en el que deberán indicar sobre “el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones” (p.11).

Con la Recomendación 15, se invitaba a las sociedades cotizadas en las Bolsa españolas a adoptar varios tipos de medidas. Por una parte, la Comisión de nombramientos del Consejo de administración debía “velar”

para que los procedimientos de selección no adoleciesen de “sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras” (p. 70). Por otra parte, su Comisión de nombramientos adoptó una actitud activa en la búsqueda deliberada e inclusión entre las candidaturas para las vacantes del Consejo, de “mujeres que reúnan el perfil profesional buscado” (p.70) (nótese que la especificación sobre el perfil estaría indicando que, *a sensu contrario*, cuando los candidatos sean hombres no se considera necesario). Además, en aquellas sociedades cuyo Consejo de administración tuviese un “número de consejeras escaso o nulo”, era el mismo Consejo el llamado a explicar los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación.

Se trataba con ello de intentar avanzar en la superación del estudiado fenómeno del “techo de cristal” o *glass ceiling*. Con dicho término se hace referencia a las barreras “invisibles” – “porque no existen leyes o dispositivos sociales establecidos y oficiales que impongan una limitación explícita en la carrera laboral a las mujeres”, (Mabel Burin cit. en “Techo de cristal”, n.d.) –que dificultan artificialmente el acceso de las mujeres altamente cualificadas a los puestos de responsabilidad, tanto profesionales como de representación social, en las empresas. Una forma simple y rápida de constatarlo es la comparación entre el porcentaje general de mujeres en un Estado, el porcentaje de las que llegan y/o finalizan estudios superiores y el porcentaje de las que acceden a puestos en los consejos de administración de las empresas más potentes en ese mismo Estado.

En 2014 el porcentaje de mujeres en la población española era del 50,86 % (Instituto de la Mujer, 24 de mayo 2016). El porcentaje de mujeres entre quienes se matricularon de estudios universitarios en el curso 2013/2014 era del 54,4%, y del 57,37% entre quienes los finalizaron, siendo también superior la nota media de sus expedientes (7,38 frente a 7,05, para el curso 2012/2013). También era superior la proporción de mujeres entre los estudiantes de máster (53,7%) y entre los egresados (56,2%) (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2015). En cambio, el porcentaje de mujeres en los consejos de administración de las empresas del IBEX 35 era en 2014 del 18,22% (8,57% de presidentas; 7,14% de vicepresidentas; 20,73% de consejeras); y el dato todavía era peor para las mujeres que ocupan

puestos ejecutivos, de alta dirección: el 9,32 % (8,7% de presidentas ejecutivas; 0% de vicepresidentas ejecutivas; 3,57% de consejeras delegadas; 0% de secretarías generales/técnicas; 10,02% de miembros de la alta dirección) (Comisión Nacional de Valores cit. en Instituto de la Mujer, 24 de mayo de 2016).

Los ya abundantes estudios en la materia apuntan directamente a la existencia de “estereotipos de género”, prejuicios que atribuyen (o niegan) a las personas determinadas características, capacidades o “vocaciones” únicamente en razón de su sexo biológico. Tales estereotipos conducen, a su vez, a la atribución a las mujeres de responsabilidades en el ámbito privado que les impiden progresar en igualdad de condiciones en el ámbito laboral, profesional, público. En efecto, “la documentación disponible permite sintetizar que, en el momento actual, el techo de cristal lo apuntalan dos consistentes pilares referidos a la cultura organizacional dominante, caracterizada por la persistencia de creencias sociales estereotipadas sobre los géneros, y a las responsabilidades familiares asumidas mayoritariamente por las mujeres” (Barberá, Ramos, Sarrió y Candela, 2002). Los estereotipos de género guardan una relación directa y son consecuencia de “el sistema patriarcal, el modelo empresarial y el sistema económico retribuido” (Zubieta Taberner) actualmente hegemónicos.

En junio de 2013, se aprobó una versión actualizada del Código unificado en la que, aprovechando la promulgación de la Orden ECC/462/2013 de 20 de marzo que trata del contenido y la estructura del Informe Anual de Gobierno Corporativo, se suprimen las “recomendaciones o definiciones vinculantes incorporadas a normas aprobadas y en vigor desde la aprobación del Código Unificado en 2006”. En consecuencia, la anterior Recomendación 15 pasa a ser la 14 y, “como complemento a los requisitos de transparencia establecidos en la Orden ECC/461/2013” (p. 14) se reduce a recomendar

que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, la Comisión de Nombres vele para que al proveerse nuevas vacantes:

- a. Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras;

- b. La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado (p. 15).

Se suprimía así el anterior requerimiento al Consejo para que explicara “los motivos y las iniciativas adoptadas para”, en su caso, “corregir” la situación en que “sea escaso o nulo el número de consejeras”. Y el proceso de “descafeinización”, de dilución, se ha completado con la publicación de un nuevo *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas* en febrero de 2015, cuya Recomendación 14 ahora únicamente aconseja: “que el consejo de administración apruebe una política de selección de consejeros que: [...] c) Favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias y género. [...] Y que la política de selección de consejeros promueva el objetivo de que en el año 2020 el número de consejeras represente, al menos, el 30% del total de miembros del consejo de administración” (CNMV, 2015, p. 16).

En definitiva, se ha pasado de una situación en la que el Consejo de Administración debía explicar los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir las situaciones en que sea escaso o nulo el número de consejeras. La Comisión de Nombramientos debía vigilar que los procesos de selección no adolezcan de sesgos sexistas y que se adoptara una política activa de búsqueda de candidatas; a la actual, en la que únicamente se demanda al consejo que “favorezca la diversidad”, entre otras, “de género”, y que “promueva el objetivo” de alcanzar una presencia del 30% de consejeras en el año 2020.

Sobre la táctica de sustituir la búsqueda de la presencia equilibrada (40%/60%) por el “favorecimiento de la diversidad” de género, equiparándola a la “conveniencia” de que se incluya en el consejo representación de “diversos colectivos”, intereses, “conocimientos” o “sensibilidades” infrarrepresentados ya nos hemos manifestado reiteradamente (Senent, 2012 y 2015). Es, a nuestro entender, pura y simplemente, un intento de diluir el derecho de las mujeres (más del 50% de la población) a la igualdad y la no discriminación, mezclándolo con y equiparándolo a otras cuestiones de variada índole.

En cuanto al objetivo de alcanzar propiamente la presencia equilibrada, el actual Código rebaja todas las expectativas anteriores: frente a la

necesidad de “procurar” la presencia equilibrada que, como veremos, establece la LOIEMH, el Código se queda en “promover”; frente al 40%/60% de la LOIEMH, regatea un 30%; y el plazo de la LOIEMH, que acababa en marzo de 2015, se prorroga hasta 2020. Volveremos sobre todo ello al comentar la Ley Orgánica de Igualdad.

La Comisión de expertos nombrada al efecto había efectuado una labor de diferenciación entre las cuestiones “que han de constituir recomendaciones de seguimiento voluntario sujetas al principio de «cumplir o explicar»” (2013, pp. 6-7) y que se llevaron al texto del nuevo Código de 2015, de las que (en la línea del proceso de “juridificación” antes mencionado) “debían ser propuestas para la mejora del marco normativo vigente”, y que dieron lugar a la promulgación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la Mejora del Gobierno Corporativo, que también analizamos más adelante.

2. Las medidas de fomento de la presencia equilibrada en el desarrollo del Principio Constitucional de Igualdad y no Discriminación: la Ley Orgánica 3/2007

La LOIEMH incorporó en 2007 una medida para promover la “participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles” en su artículo 75 al establecer que “las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley”. Este artículo y otros (54.2, 30 y 50.4) de LOIEMH, las cuales se refieren sobre la presencia equilibrada de los trabajadores en las empresas privadas, han sido objeto de debate (Embid, 2008; Esteban, 2006; Huerta, 2009; Pérez Carrillo, 2009; Pérez Troya, 2013; Senent, 2012 y 2015; y Rodríguez, s.f.). Los que quizá hayan promovido más discusión sean, por una parte, la oportunidad de fomentar la presencia equilibrada mediante el establecimiento de cuotas; y, por otra, el carácter obligatorio o no de la norma.

En relación con la idoneidad del establecimiento de cuotas de participación mínima de mujeres “en el conjunto a que se refiera” cada norma, ya

hemos identificado en otros trabajos los argumentos contrarios a las cuotas formulados con mayor frecuencia (ver, p. e., Senent, 2012, p. 162); son los siguientes: que la elección de personas para los puestos de que se trate debe efectuarse teniendo en cuenta únicamente la capacidad e idoneidad para el ejercicio del cargo; que si se utiliza la representación por cuotas para favorecer la presencia de mujeres habría que hacer lo mismo para luchar contra la infrarrepresentación de otros colectivos: jóvenes, discapacitados, etnias, minoritarias, personas mayores; y que las cuotas condicionan la libertad de elección. Frente a ellos cabe realizar varias consideraciones.

Así, sobre la capacidad y el talento como criterios únicos o prevalentes de elección, como hemos visto, no es cierto que las mujeres tengan inferior capacidad, sino que barreras artificiales les impiden adquirir la experiencia que a menudo se les reclama; eso es lo que se desprende de las cifras antes apuntadas de la formación académica de las mujeres españolas.

No es cierto que tales criterios se utilicen siempre ni de manera preferente en la elección de cargos (ni en entidades públicas ni en las privadas), tampoco para los hombres. En efecto, no por obvio resulta menos necesario poner de manifiesto que la propiedad del capital es el verdadero criterio prevalente, frente al cual, si se considerase conveniente por quienes conforman las candidaturas, decaerían “talento y rendimiento profesional”. Ejemplos de ello son, sin ir más lejos, las «sociedades de carácter familiar», “propiedad privada de familias que tienden a favorecer que los puestos directivos sean ocupados por miembros de la propia familia”. En ese sentido, en el *Informe CWDI 2002. Las mujeres en el consejo de administración de las 300 empresas españolas más importantes* se indicaba que “las 10 empresas con más mujeres en sus consejos de administración son todas de titularidad privada (que no cotizan en bolsa) siendo la mayoría de estas mujeres miembros de la familia que ha creado la empresa (excepto Mercadona)” (Boletín informativo Óptima, 2003, p. 20).

Y otro ejemplo de prevalencia de la titularidad del capital sobre el talento y rendimiento profesionales son los sistemas de elección proporcional. En España, los artículos 243 de la Ley de Sociedades de Capital y 13.2 de la Ley de Sociedades Laborales y Participadas prevén su utilización.

Mediante ellos, quien detente una cifra de capital social igual o superior al resultado de dividir dicho capital por el número de miembros del consejo, tiene derecho a nombrar, directamente, un número de personas consejeras equivalente a la proporción de capital del que es titular. La (mera) titularidad del capital legitima pues la elección que toma como criterios prevalentes, por ejemplo, el parentesco o la relación de confianza y no la capacidad profesional.

Otro de los argumentos utilizados para cuestionar la oportunidad del establecimiento de cuotas que garanticen la presencia de mujeres es el que se desliza subrepticamente cuando se apunta que, en realidad, lo importante es aprovechar los beneficios que para el gobierno empresarial se derivarían de una mayor “diversidad” en la composición de los consejos administrativos. Sobre la base de tal argumento se propone entonces “no reducir”, “no limitar” el debate sobre la noción de diversidad en los consejos a “una cuestión de igualdad de sexos” (Redenius-Hoevermann y Weberrey, 2011). Llama sin embargo la atención que siendo, como hemos visto, habituales en el ámbito de las personas jurídicas empresariales otras representaciones proporcionales que no han generado ninguna polémica (representación territorial, de determinadas minorías, de accionistas que reúnan un porcentaje de capital...etc.), sólo cuando se propone la introducción de cuotas para garantizar la presencia de mujeres se “recuerde” que también habría de incluirse la representación de “otros colectivos” (v. Mateu de Ros, pp. 255 y 256). Lo bien cierto es que las mujeres no son un colectivo minoritario: son más del 50% de la población; como se ha dicho, “la dualidad de sexo constituye una diferencia universal, no de categoría” (CEPAL, p. 19). Por ello, reclamar su presencia equilibrada (al menos el 40% de mujeres) no es sino la manera de corregir una discriminación también universal, una vulneración del derecho fundamental a la igualdad. Tal medida, por lo demás, ni impide ni obstaculiza que se procure también que las personas miembros del consejo sean representativas de diferentes sectores, áreas de conocimiento, experiencia, cultura, edades, procedencia geográfica, etc.

En cuanto al argumento relativo a que las cuotas condicionarían la libertad de elección y con ella los principios de autonomía de la voluntad y auto-organización que se reconocen a las personas jurídicas privadas, pueden

contraponerse otros. En efecto, ya hemos indicado reiteradamente que la regulación de esos mismos sujetos jurídico-privados contempla diversos supuestos en que se permite (o incluso se obliga, como en el caso de las sociedades laborales) adoptar sistemas de representación proporcional; otras veces, lo que se hace es establecer la necesidad del cumplimiento de determinadas características: mayoría de edad, libre disposición de los bienes, no incurrir en determinadas incompatibilidades. Todo ello es perfectamente compatible con la autonomía de la voluntad ya que tales requisitos o procedimientos no están obligando al nombramiento de personas determinadas sino reclamando que en la elección se respeten condiciones que se estiman dignas de protección. Lo mismo sucede con el establecimiento de cuotas de presencia mínima de ambos sexos: con ellas se requiere que los nombramientos respeten el derecho constitucional a la igualdad y no discriminación.

Sobre el carácter obligatorio o de mera recomendación del contenido del artículo 75 LOIEMH se han ido dibujando tres posiciones doctrinales: la mayoritaria, que considera que se trata de una recomendación, de voluntario cumplimiento, en la línea de las medidas de RSE en general y de las previstas en los códigos de buen gobierno en particular (Campuzano, pp. 191 y 192; Farias, pp. 530 y 534; Márquez, pp. 283 y 284; Valpuesta, pp. 25); la que entiende que se establece una “obligación de medios”, pero no de alcanzar un determinado resultado (Embid, pp. 352 y 353; Senent, pp. 196); y la que estima que sí se establece una obligación de obtener la presencia equilibrada de mujeres y hombres (Huerta, pp. 317-322). En cualquier caso, dado que la LOIEMH entró en vigor el 24/03/2007, el plazo mencionado en su artículo 75 se cumplía el 24 de marzo de 2015 y no parece que, de momento, vayan a adoptarse medidas para sancionar su eventual incumplimiento. Bien al contrario, la tendencia legislativa posterior parece indicar que también en el ámbito legislativo se está diluyendo la efectividad de la norma.

Frente a ello importa recordar dos argumentos básicos que justifican la adopción de medidas que, como las cuotas, pretenden corregir la discriminación de que son objeto las mujeres en su acceso al poder económico: el primero y fundamental, que las desigualdades entre mujeres y hombres vulneran el derecho constitucional a la igualdad de

trato, también en el ámbito privado y que, por tanto, pueden ser causa de nulidad de los actos y contratos en que se formalicen; y el segundo, que dicha discriminación supone, desde el punto de vista de la eficiencia empresarial un enorme despilfarro de talento (el de las mujeres que no consiguen acceder a los puestos de responsabilidad) y de recursos económicos.

3. Las medidas de fomento de la presencia equilibrada en la regulación de las personas jurídicas empresarias

El estudio de la regulación de las personas jurídicas empresarias se aborda tradicionalmente desde la óptica de las formas clásicas, las de las sociedades mercantiles capitalistas, esto es, fundamentalmente las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada. Sin embargo, no debemos olvidar que la actividad empresarial colectiva se realiza también mediante otras formas jurídicas, en particular, mediante algunas modalidades de las incluidas en la economía social: “las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación” así como a otras entidades que “que realicen actividad económica y empresarial, cuyas reglas de funcionamiento respondan a los principios enumerados” (Ley 5/2011, 29 de marzo).

Dentro de esta tipología de entidades cabe destacar que la normativa aplicable a las cooperativas en diversas Comunidades autónomas del Estado español ha acogido alguna previsión concreta en relación con la regulación en ellas de la presencia equilibrada de mujeres y hombres (arts. 43, Ley de cooperativas de Galicia; 38.4 de la Ley de sociedades cooperativas andaluzas; y 42.6 de la Ley de cooperativas de la Comunidad Valenciana).

Por su parte, el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (Lsc), en su Redacción originaria de 2010 (Real Decreto Legislativo 1/2010), aun siendo posterior a la LOIEMH de 2007, no incluía ninguna mención

a la procura de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en sus consejos de administración.

Pero con posterioridad, el artículo 5 de la Orden ECC/461/2013: “por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores”, sí especificaba que:

- f) El informe anual de gobierno corporativo deberá incluir información relativa al número de consejeras que integran el consejo de administración y sus comisiones, así como el carácter de tales consejeras; todo ello con indicación de la evolución de esta composición en los últimos cuatro años. Igualmente, se incluirá información sobre las medidas que, en su caso, se hubiesen adoptado para procurar incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres, así como las medidas que, en su caso, hubiese convenido la comisión de nombramientos para que al proveerse nuevas vacantes:

- 1.º Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras.

- 2.º La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado.

Cuando a pesar de las medidas que, en su caso, se hayan adoptado, sea escaso o nulo el número de consejeras, el consejo deberá explicar los motivos que lo justifiquen (20 de marzo).

Con ello, los consejos de las sociedades anónimas cotizadas y “otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores” ya no sólo debían informar sobre las medidas eventualmente adoptadas para corregir los supuestos en que su número de consejeras fuese escaso o nulo; además, si aquéllas no hubiesen tenido efectos, “el consejo deberá explicar los motivos que lo justifiquen”. También se debía informar sobre el número y la calidad de los puestos ocupados por las consejeras, tanto en el consejo como en las comisiones y sobre su evolución temporal. Se trataba así de determinar si las consejeras

accedían a los puestos donde se ejerce el verdadero poder ejecutivo y si su número iba aumentando con el tiempo.

Otro matiz era que ya no se trataba únicamente de informar sobre las medidas correctoras de situaciones en que hubiesen pocas o ninguna consejera, sino de las medidas que se hubiesen adoptado “para procurar [...] una presencia equilibrada de mujeres y hombres”, en la línea de lo previsto en la LOIEMH. Finalmente, ya no se recomendaba únicamente que la comisión de nombramientos “velase” por la eliminación de sesgos de género en los procedimientos de selección y la inclusión de candidatas; ahora se demandaba información sobre las medidas que al respecto se hubiesen adoptado.

Sin embargo, como hemos visto, si en marzo de 2013 se adoptaba esta Orden ECC/461/2013, en Junio de 2013 el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en su “versión actualizada” del Código Unificado de Buen Gobierno suprimía “aquellas recomendaciones o definiciones vinculantes incorporadas a normas aprobadas y en vigor desde la aprobación del Código Unificado en 2006”. Desaparecían así la mayor parte de estas menciones de la “versión actualizada” del Código Unificado y del actualmente vigente, dado que se suponían incorporadas a normas jurídicas obligatorias.

Y el proceso de “difuminación” de la presencia equilibrada se consuma, esta vez en el ámbito legal, con la aprobación de la Ley 31/2014 de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (LMGC). En su virtud, los artículos que en el nuevo texto de la LSC 26 hacen ahora referencia a la presencia equilibrada son los que comentamos a continuación¹.

El art. 529 bis.2 LSC establece ahora que el consejo de administración “deberá velar por que los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad de género, de experiencias y de conocimientos y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras.”

¹ La versión vigente completa de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) puede consultarse en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544&tn=1&vld=&p=20150526>.

Cabe valorar positivamente que la responsabilidad de “velar” por la “diversidad” de género, por la supresión de sesgos discriminatorios y por la facilitación del acceso de mujeres al cargo de consejera se haga ahora recaer por el entero órgano de administración. Quizá en los supuestos de incumplimiento de esta “especial vigilancia”, de esta reforzada diligencia requerida, pueda reclamarse la responsabilidad de las personas administradoras prevista en los artículos 236 y siguientes de la LSC. Por contra, hemos de reiterar la connotación negativa de sustituir la búsqueda proactiva de presencia equilibrada (40%/60%) por el impreciso y poco controlable “favorecimiento” de la “diversidad”, equiparando el derecho a la igualdad con la conveniencia de contar con experiencias y conocimientos plurales. En el mismo sentido la “facilitación de la selección de consejeras” adolece de falta de concreción que permita constatar si se está haciendo efectiva, amén de una notable carga paternalista. En efecto, no se trata de “ayudar” a las mujeres a acceder; se trata de evitar, de eliminar los obstáculos artificiales a su promoción. Se trata, en definitiva, de erradicar estereotipos, a fin de garantizar un derecho constitucional.

En cuanto a la comisión de nombramientos, entre sus funciones tiene atribuida la de “establecer un objetivo de representación para el sexo menos representado en el consejo de administración y elaborar orientaciones sobre cómo alcanzar dicho objetivo” (art. 529, Quinceles, 3, b). En el “haber” positivo, la redacción genéricamente neutra que favorecerá al “sexo menos representado”; en el “debe” negativo, que la obligación se salve “estableciendo un objetivo” y “orientaciones” de cómo alcanzarlo. Dicho objetivo (que en algunas sociedades, por ejemplo, del IBEX 35, puede seguir siendo que se incorpore “alguna mujer” a su consejo) ni siquiera necesita ser alcanzado, ya que no se prevén plazos para su cumplimiento ni consecuencias por su incumplimiento.

Finalmente, el art. 540.4 LSC limita el contenido mínimo del informe de gobierno corporativo de las cotizadas. Su apartado c), 6º establece que, en materia de presencia equilibrada, dicho informe habrá de incluir “información sobre las medidas que, en su caso, se hubiesen adoptado para procurar incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y

hombres, así como las medi[d]as que, en su caso, hubiere convenido en este sentido la comisión de nombramientos”.

Si bien esta redacción se aproxima en algunos de sus aspectos a la del art. 75 LOIEMH, ya que se habla de “procurar [...] alcanzar una presencia equilibrada”, se subraya también la voluntariedad, tanto del consejo como de la comisión de nombramientos, a la hora de adoptar medidas tendentes a la “procura”. Desaparece del texto legal la necesidad de justificar aquellos supuestos en que, a pesar de haber adoptado medidas para corregir la escasa o nula presencia de consejeras, no hubiesen dado resultado. Tampoco obliga a que el informe de gobierno corporativo dé información sobre “el número de consejeras que integran el consejo de administración y sus comisiones, así como el carácter de tales consejeras; todo ello con indicación de la evolución de esta composición en los últimos cuatro años”. Ya no parece ser relevante en qué posición y con qué funciones se incorporan consejeras a las diferentes comisiones (sobre todo, a aquellas en las que reside mayor poder ejecutivo, o a la propia presidencia) ni si dicha incorporación va evolucionando (es de suponer que aumentando) progresivamente. Queda por ver si, como ya parece estar sucediendo, las sociedades cotizadas, aprovechando esta discordancia entre el texto legal y la anterior orden ministerial, dejan de aportar aquella información más detallada, habrá algún tipo de actuación por parte de los organismos reguladores.

Por lo demás, cabe recordar que la regulación comentada sólo se prevé para las sociedades cotizadas. No existe ninguna previsión para intentar corregir la discriminación de las mujeres en su acceso a los consejos de administración del resto de sociedades mercantiles (el resto de sociedades anónimas, incluida la europea, las limitadas, las personalistas, las sociedades de garantía recíproca) ni a los órganos de administración de las entidades de la economía social, sea cual fuere su forma jurídica o tamaño. Tampoco se contempla (ni antes ni ahora) la cuestión respecto de cualesquiera otros órganos de representación, gestión y/o dirección (comisiones ejecutivas, otras comisiones, como las de auditoría, nombramientos, remuneración), incluyendo los que son o pueden ser no colegiados (consejeros delegados, liquidadores, comisaría del sindicato de obligacionistas) (Senent, pp. 193-194).

Conclusiones

Como hemos visto, en la regulación del funcionamiento de las personas jurídicas empresarias privadas del Estado español se han ido introduciendo medidas de fomento de la presencia equilibrada de mujeres y hombres, especialmente por lo que respecta a la composición de sus órganos de administración.

En el ámbito de las normas de Responsabilidad Social Empresarial, el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo de 2006 recomendaba que el consejo de administración explicase los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir las situaciones de escaso o nulo el número de consejeras y que la comisión de nombramientos combinase la evitación de sesgos de género en los procesos de selección con la adopción de una política activa de búsqueda de candidatas. Pero después de un proceso de progresiva dilución de contenidos al respecto, el nuevo Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado en febrero de 2015, únicamente demanda al consejo de administración que “favorezca la diversidad”, entre otras, “de género”, y que “promueva el objetivo” de alcanzar una presencia del 30% de consejeras en el año 2020.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su desarrollo del principio constitucional de la igualdad efectiva para el ámbito empresarial privado estableció que las grandes sociedades debían “procurar” alcanzar la presencia equilibrada en un plazo que acababa el 25 de marzo de 2015. Más allá de los debates que se han producido en torno a aspectos como la oportunidad de fomentar la presencia equilibrada mediante el establecimiento de cuotas; o el carácter obligatorio o no de la norma, no parece que vayan a adoptarse medidas para sancionar su eventual incumplimiento. Bien al contrario, la tendencia legislativa posterior parece indicar que también en el ámbito legislativo se está diluyendo la efectividad de la norma.

En efecto, las modificaciones más recientemente introducidas en la Ley de Sociedades de Capital inciden en la sustitución de la búsqueda proactiva de presencia equilibrada (40%/60%) por el impreciso y poco controlable “favorecimiento” de la “diversidad”, entre otras, de género; se pretende

con ello equiparar una medida para garantizar el derecho a la igualdad con la conveniencia de contar con experiencias y conocimientos plurales. Por otra parte, el establecimiento de “un objetivo de representación para el sexo menos representado” por parte de la comisión de nombramientos no se acompaña de la necesidad de prever plazos para su cumplimiento.

Habrà, pues, que seguir abogando por medidas que favorezcan la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los òrganos de gesti3n y representaci3n de las personas jur3dicas privadas empresarias.

Bibliograf3a

Barberà, E., Ramos, A., Sarri3, M., Candela, C. (2002). Màs allà del ‘techo de cristal’. Diversidad de gènero. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 40, pp. 55-68, Recuperado de http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/Revista/numeros/40/Estudios03.pdf.

Burin, M. (1996). Una hip3tesis de gènero: el techo de cristal en la carrera laboral. *Gènero, psicoanàlisis y subjetividad*. Barcelona: Paid3s.

Campuzano Lagunillo, A. B. (2007). La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los consejos de administraci3n de las sociedades mercantiles. Garc3a-Perrote, I. y Mercader J. (coords). *La Ley de igualdad: consecuencias pràcticas en las relaciones laborales y en la empresa*. Valladolid: Lex Nova, pp. 187-200.

CEPAL, Naciones Unidas (2007). El aporte de las mujeres a la igualdad en Amèrica Latina y el Caribe. Sonia Montañ3o (coord). *x Conferencia regional sobre la mujer de Amèrica Latina y el Caribe*. Recuperado de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2855/S3282007_es.pdf?sequence=1.

Comisi3n de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo (2013). *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*. Espa3a. Recuperado de https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf

Comisi3n Nacional del Mercado de Valores (2006). *C3digo unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. Recuperado de http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_unificado_Esp_04.pdf.

— (2013). *Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. Recuperado de https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CUBGrefundido_JUNIO2013.pdf.

— (2015). *Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. Recuperado de https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf.

— (s.f.) *Legislación*. Recuperado de <https://www.cnmv.es/portal/Legislacion/COBG/COBG.aspx>

Constitución Española (1978). España: Agencia Estatal. Recuperado de <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

Embid Irujo, J. M. (2008). Capítulo VIII. Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Sala Franco, T., Ballester Pastor, M. A.; Baño León, J. M. *et al.* (coords.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (pp. 269-354), Las Rozas (Madrid), La Ley.

Esteban Velasco, G. (2006). Reorganización de la composición del Consejo: clases de consejeros, en particular los consejeros independientes. *Revista de Derecho de Sociedades*, vol. 27, núm. 2006-2, pp. 85-11.

Farias Batlle, M. (2008). Comentario al artículo 75. C. Sánchez y A. V. Sempere (coords). *Comentarios a la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Navarra: Thomson Aranzadi.

Huerta Viesca, M. I. (2009), *Las mujeres en la Nueva Regulación de los Consejos de Administración de las Sociedades Mercantiles Españolas (Artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*. Navarra: Thomson Reuters.

Instituto de la Mujer (24 de mayo de 2016.) *Población según Comunidad Autónoma*. Recuperado de <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/Demografia/Poblacion.htm>.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. (2007). Para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Boe*, núm. 71. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115> (texto consolidado).

Márquez Lobillo, P. (2009). Consideraciones acerca de la incorporación de la mujer a los consejos de administración tras la Ley Orgánica de Igualdad. *Revista de Derecho de Sociedades*, no. 32, pp. 279-292.

Mateu de Ros Cerezo, R. (2007). El Código Unificado de Gobierno Corporativo. *Estudio del Informe del Grupo especial de trabajo sobre Buen gobierno de las sociedades cotizadas aprobado por la CNMV el 12 de mayo de 2006*. Navarra: Thomson Aranzadi.

Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (2015). *Datos y Cifras del Sistema Universitario Español. Curso 2014/2015*. Recuperado de <http://www.mecd.gob.es/dms/mecd/educacion-mecd/areas-educacion/universidades/estadisticas-informes/datos-cifras/Datos-y-Cifras-del-SUE-Curso-2014-2015.pdf>.

Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo (2013). Por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores. BOE, núm. 71 Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-3212> (texto consolidado).

Pérez Carrillo, E. F. (2009). Responsabilidad social corporativa, cuestiones de género y diversidad en los consejos de administración. E. F. Pérez Carrillo (Coord.), *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas* Madrid: Marcial Pons, pp. 317-340.

Pérez Troya, A. (Abril-junio2013). La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho mercantil. *Revista de Derecho Mercantil*, pp. 27-87.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. (2007). Para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE, núm. 71. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115> (texto consolidado).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 Julio (2010). Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capita. BOE, núm. 161. Recuperado de <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544&tn=1&vd=&p=20100703>, (texto refundido).

Redenius-Hoevermann, J., Weberrey, D. (2011). La représentation des femmes dans les conseils d'administration et de surveillance en France et en Allemagne. *Revue des Sociétés*, pp. 204 y ss., recuperado de: <http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=REVSOC/CHRON/2011/0043>.

Rodríguez González, A. (2011). Ley núm. 2011-103 de 27 de enero, relativa a la representación equilibrada de mujeres y hombres en el seno de los consejos de administración y vigilancia y de la igualdad profesional. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, pp. 539-542.

Senent Vidal, M. J. (2012). El género en la responsabilidad social empresarial. Especial incidencia en las acciones positivas de buen gobierno corporativo. A. Fernández-Albor (Dir.), E. Pérez Carrillo (Coord.), *Responsabilidad Social Corporativa en el contexto del buen gobierno de las empresas* (pp. 155-208), Cizur Menor, Navarra, Thomson-Aranzadi, Revista Derecho de Sociedades, Monografías.

Senent Vidal, M. J. (2015). En torno al Informe de impacto de género sobre el Anteproyecto de Código Mercantil. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 298, octubre-diciembre 2015, pp. 25-47.

Techo de cristal. (n.d.). En *Wikipedia*. Recuperado de https://es.wikipedia.org/wiki/Techo_de_cristal

Valpuesta Fernández, Rosario (2007). Comentarios a la Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Centro de Estudios Andaluces. Núm. 19. Recuperado en <http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/importados/Actualidad19.pdf>

Zubietta Tabernero, E. (s.f.). ¿Techo de cristal o de cemento? Algunas consideraciones sobre su persistencia y actualidad. Recuperado de http://eprints.ucm.es/17422/1/TECHO_DE_CRISTAL_O_DE_CEMENTO._ALGUNAS_CONSIDERACIONES....pdf.

Políticas de equidad de género en la administración pública y sus estrategias

Gustavo Aguilera Izaguirre* y Erika Yazmin Lima Cedillo**

La inserción sobre cultura de género ha sido llevada a cabo con lentitud dentro del ámbito de la Administración Pública. Diferentes opiniones crearon polémicas cuando hace tiempo se hablaba de la igualdad y la equidad en derechos y oportunidades para hombres y mujeres, siendo hoy una realidad. Distintas asociaciones y demás organismos gubernamentales y no gubernamentales, lucharon con esmero por conseguir estos beneficios, sin embargo, aún no se puede hablar con total seguridad sobre una aplicación dentro de las áreas de la Administración Pública a nivel federal, estatal y municipal.

Pocos han sido los materiales que han brindado apoyo y soporte a la implementación de principios, postulados y hasta normas dentro de las instituciones gubernamentales, por supuesto que este problema va de la mano con el poco interés que presenta el área académica para la lucha contra este fenómeno, la falta de profesionalización y sensibilización de una administración pública con garantías de género.

Este artículo muestra algunas críticas y también alternativas para crear una cultura de género en las instituciones de gobierno, teniendo como

* Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca.

** Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca.

única meta la colaboración y cooperación para el logro de los focos de aplicación por el INMUJERES. Siendo un motor determinante el diagnóstico y distintos materiales producidos por este instituto, el presente artículo muestra las posibles fallas y promueve algunas opciones que contribuyan a la aplicación eficaz y eficiente dentro del sector público de los principios establecidos para una cultura institucional con perspectiva de género.

1. Conceptos elementales de la equidad de género y la administración pública.

El concepto *género* se refiere a los valores, atributos, roles y representaciones que la sociedad asigna a hombres y mujeres (INMUJERES, 2001). Éste surge como consecuencia de la interpretación incorrecta de sexo y género. El primero se centra en lo biológico y el segundo en la cultura y la sociedad. Las diferencias entre los sexos siempre han existido, pues es clara la distinción anatómica entre hombres y mujeres. *Género* surge como una nueva perspectiva y consecuencia de diferentes movimientos. Algunos de los puntos esenciales de éste son, según *Cultura Institucional y Equidad de Género en la Administración Pública*, manual publicado por el Instituto Nacional de las Mujeres (Corona, 2002):

- Como las diferencias biológicas se convierten en desigualdades sociales.
- Como estas desigualdades colocan a las mujeres en desventaja con respecto a los hombres.
- Como se construyen desde el nacimiento y no necesariamente son “naturales”.
- Como se sostienen y reproducen por medio de una serie de estructuras sociales y mecanismos culturales.

Si atendemos a la realidad mexicana, la mujer queda en desventaja total por diversos factores frente a las oportunidades, bienes y recursos obtenidos por los hombres. Por ejemplo, la ley que exige un porcentaje en los partidos políticos de mujeres como candidatas a puestos de elección debe ampliarse, ya que si esto no se hace la cultura de la sociedad mexicana no permitiría ni dimensionaría la participación de la mujer

en la vida política. Observar estas desigualdades incluso en pueblos, permite vislumbrar porque las políticas económicas, sociales y culturales no tienen un desarrollo completo y satisfactorio, los Estados no dependen únicamente de las actividades llevadas en los centros de las entidades federativas si no que las metas planteadas por México o por cualquier Estado, debe alcanzar a la generalidad de la población.

Es así, que la perspectiva de género se convierte en meta para el Estado que se encuentre en vías de desarrollo económico, social y cultural, por ser un aspecto que se involucra en diferentes factores del plan de desarrollo que estipula una administración al inicio de su ejercicio.

La palabra *institución* surge del latín *institutio* que significa establecimiento o fundación de algo. Este término se emplea para distinguir de una “institución, cosa o persona”. Las instituciones son sistemas complejos creados para el logro de propósitos y objetivos, dotados de los medios necesarios para hacer efectivas las tendencias presentes en los sistemas sociales. Cuentan con elementos propios como: estrategia, estructura, sistemas y cultura.

Las instituciones tienen como objeto desarrollar actividades de determinada materia en auxilio del Estado mientras que su objetivo esencial es la satisfacción de necesidades y cumplimiento de metas establecidas en políticas públicas. “Aunque se reformen radicalmente las estructuras y los sistemas, si no se cambia la cultura institucional, los otros cambios serán inevitablemente superficiales, cosméticos y, finalmente, no tendrán efecto alguno” (Macdonald cit. en Corona Godínez M. P., 2002, pp. 12-13).

Si bien la *igualdad*, por definición práctica, es la “ausencia de total discriminación entre los seres humanos, en lo que respecta a sus derechos” (Bousoño, 2000), la equidad “implica valorar las desigualdades desde una idea de justicia. El tipo de valoración utilizado tiene implicaciones políticas, tanto en las decisiones cotidianas como en las políticas públicas” (Revista de Salud Pública, 2008). Es fácil, desde esta perspectiva conceptualizar a la igualdad y a la equidad, pero ¿qué pasa en la vida cotidiana?; la respuesta es que son a menudo confundidos y que utilizamos sin distinción el uno del otro, sin embargo, existen características propias y esenciales de cada

uno que permiten discernir porque en el mundo actual ha existido una problemática para los Estados en decidir.

¿Cuál de estos términos es el que tiene que sobresalir con apego a las políticas públicas? El término que debe imperar en nuestros días es la equidad, según así lo refiere la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo en la IV Conferencia Mundial de la Mujer al mencionar: “[...] la igualdad exigiría un trato idéntico para todas las personas, la equidad permitiría trato diferente para cada género dependiendo de sus necesidades” (1995).

Para un uso coherente y correcto de equidad e igualdad se debe tomar en cuenta:

- a) El derecho a la igualdad implica el derecho a la no discriminación.
- b) La igualdad trae consigo obligaciones legales para los Estados.
- c) La igualdad implica trato idéntico entre hombres y mujeres

Contener dentro de las legislaciones mexicanas el término igualdad no ha otorgado protección ni certeza del cumplimiento a la no discriminación. La igualdad trae consigo obligaciones legales, sin embargo la equidad es la preponderante como medio de control de la discriminación al otorgar las oportunidades y el trato distinto a hombres y mujeres según las necesidades de cada género.

Para William Jenkins, la *política pública* es “un conjunto de decisiones interrelacionadas tomadas por un actor o grupo de actores políticos preocupados por elegir metas y medios para alcanzarlas en una situación determinada, y en donde, en principio, los actores tienen el poder de alcanzar dichas metas” (1978). En sentido amplio, las políticas públicas atienden aquellas decisiones y objetivos que el Estado pone en marcha para la cobertura de necesidades formales de sus gobernados, a través de un proceso gubernamental. Las políticas públicas tienen como primera meta erradicar un paradigma que se tiene determinado en la sociedad y dar pauta a nuevos horizontes que mejoren la calidad de vida del gobernado.

2. Inserción de la mujer en la administración pública

El desarrollo de los derechos políticos y de administración de las mujeres mexicanas en nuestro país ha sido lento debido a la concepción doméstica de la mujer, relacionándola únicamente con el hogar y la maternidad (Hernandez, 1937). Es hasta 1906, cuando la voz de la mujer adquiere fuerza por la organización “Las admiradoras de Juárez”, donde su principal petición se centra en el voto femenino, siendo controvertido poco tiempo después el debate en el seno del Constituyente 1916-1917, se caracterizó por la negativa para conceder el voto a la mujer, teniendo como argumento fundamental: “Las actividades de la mujer mexicana han estado restringidas tradicionalmente al hogar y su familia, no han desarrollado una conciencia política y no ven además la necesidad de participar en los asuntos públicos” (Tuñón, 1935-1938).

Del producto obtenido en 1917 como lo fue la Constitución Política¹, misma de donde se desprende una verdadera evolución social para la protección de derechos de los grupos marginados como la clase obrera, incluyendo a las mujeres pero solo para brindarles las famosas garantías en individuales, que en nada contribuía a lograr esta participación política.

Es de 1923 a 1925, donde surgen grandes cambios que acompañan este reconocimiento de la mujer en la vida política; diputadas como Fidelia Brindis, Elvira Castillo Puerto y Hermila Galindo desarrollaron proyectos legislativos que incentivarán la inserción de la mujer en el ámbito de la gobernación.

Así mismo, en 1923 es fundado el Consejo Feminista Mexicano, dirigido por las profesoras Elena Torres y Refugio García, mismas que fundaron el Partido Comunista Mexicano, y que dentro de los pretendidos logros se encontraba: “El incremento de la educación popular, guarderías y los derechos políticos de las mujeres”. El Partido Nacional Revolucionario adopta los ideales de igualdad política para las mujeres y entre sus metas

¹ En el clima previo a la sanción de la Constitución de 1917, es de recordar que en 1916 se celebra en Yucatán uno de los acontecimientos más memorables para las mujeres, a saber: el Congreso Feminista, movimiento que fue auspiciado por el general Salvador Alvarado.

contempla: “Igualdad de derechos para la mujer ante las leyes civiles, sociales, económicas y políticas”.

No obstante de los logros alcanzados el 7 de marzo de 1937 el Senado (Hernandez, 1937) dictamina que aun la mujer no se encuentra capacitada para el ejercicio de derechos políticos y por ende se desecha la petición. Son las legislaturas locales las que dan el ejemplo y concedieron el voto a la mujer, el reconocimiento de la Constitución Federal, de ese derecho para ejercer la ciudadanía sólo en las entidades municipales, se hizo hasta 1947, al adicionar el artículo 115 constitucional, así, se disponía que “en las elecciones municipales participarán las mujeres en igualdad de condición que los varones, con el derecho a votar y ser votadas”. La política pública de inserción de la mujer en la vida de la administración pública se vuelve clara y concreta pues bajo el cargo de presidente de Adolfo Ruiz Cortines se otorga el derecho de sufragio a las mujeres, entendido como un derecho de votar y ser votada.

Así, la estructuración de la igualdad jurídica entre varones y mujeres queda plasmada en el artículo 4 constitucional, aunque no con esto se da entera practicidad de lo aprobado, considerando las apreciaciones de la Maestra Claudia Patricia Begné Ruiz Esparza “...es indiscutible que la mujer es sujeto activo dentro del ámbito personal, material y temporal de la ley; es cierto que nuestro sistema jurídico, en general, tutela los derechos de la mujer sin diferencias ni detrimento con respecto de los derechos de los hombres, sin embargo, el derecho formal y la realidad social, guardan con frecuencia gran alejamiento” (Begné, 1990).

3. La voluntad política con tintes de equidad de género

Rousseau pensaba que el Estado debe ser dirigido por la voluntad política general del pueblo (Arnoletto, 2007). “La voluntad política general es la suma de los intereses que el pueblo tiene en común”, en dicha época esto fue considerado como concepto único; pero a partir de los años 80's que comienza el famoso y tan mencionado fenómeno de la globalización, y que atrae consigo el intercambio de materia de comercio, de personas e incluso de ideologías, entre ellas de la voluntad política, siendo reinventada y dirigiéndose exclusivamente a la muestra

de participación, integración y disposición por parte de las autoridades a cargo de la Administración Pública para la inclusión de la equidad de género dentro de sus cuerpos laborales.

La voluntad política tiene como propósito la incorporación de las metas del Estado con una nueva visión de equidad de género dentro de su actuar, delimitando las acciones por emprender y las interacciones necesarias para ir definiendo el cambio. La construcción de una sociedad más justa y equitativa implica un vasto proceso en el que intervienen diversos actores.

En la Administración Pública, es necesario identificar los factores fundamentales del proceso de institucionalización de la perspectiva de género y, en consecuencia, del cambio cultural institucional. Se logran identificar dos elementos indispensables del proceso de cambio (INMUJERES, 2001): 1) La voluntad política y disposición al cambio y 2) La identificación de resistencias

La voluntad política es un modelo de disposición e integración de la mujer en sectores dominados por el hombre, donde crean igualdad de oportunidades para ambos géneros, pero que ha venido a crear una revolución no solo en el ámbito de la Administración Pública si no en todas y cada una de las áreas gubernamentales y no gubernamentales. Esta voluntad política ha tomado cierto tono de convergencia entre las ideas conservadoras y modernas de la inclusión de la mujer en cargos de suma importancia.

El Estado a través de disposiciones legales muestra esta voluntad de proporcionar derechos con igualdad a ciudadanos y ciudadanas de participar de las decisiones de interés en el país; sin embargo, cuando se habla de identificar aquellas resistencias que propician un paro o lentitud al modelo institucionalizado de equidad de género, se ataca con una reflexión y podría ser llamado como “consejo con ánimo optimista”, pensando que se va a regenerar, sin atacar de raíz el problema y subsanarlo para evitar su crecimiento.

Pero, para que la voluntad se concrete en estrategias y mecanismos de acción, ésta debe traducirse en un agente potencial de cambio, el cual

puede tratarse de una(s) o un(os) funcionarios de la institución y necesita en su desempeño de la consideración de tres elementos necesarios: a) El establecimiento de objetivos modestos y la ambición necesaria para procurar el cambio; b) Un entendimiento de la cultura institucional; y c) El planteamiento de estrategias flexibles.

La implementación de estos tres elementos requiere de capacitación, limitación y sensibilización por parte de autoridades y no autoridades, es decir, de todos los servidores públicos en cualquiera de sus rangos, siendo la base la unificación de una perspectiva de género bondadosa, donde el estado no busque intereses materiales si no humanos.

Esta voluntad política, como bien dice Rousseau en la definición que brinda no solo corresponde a las autoridades y líderes políticos y de administración, sino a la colectividad, al pueblo, a la gente que todos los días necesita de la administración pública, pues incluso ellos forman parte de la perspectiva de género. A lo largo del análisis puede notarse que las ideas de la voluntad política son tan difusas como la mente de cada ser humano, en lo único que ninguna desvirtúa su sentido, es en la razón de justicia y equidad que se propone alcanzar.

4. Estrategias contra la discriminación de género en la vida institucional

A lo largo de la interpretación sobre la visión que se tiene de equidad de género en la administración pública, se tocan distintos términos que tienen que ver con una cuestión fundamental que por muchos años ha sido tema de interés para estados, organizaciones e individuos, refiere obviamente los derechos humanos. Los derechos humanos como lo refiere la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México menciona: “Son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado” (2010).

Para el logro efectivo de estos derechos humanos se requiere de buscar y aplicar estrategias eficaces y eficientes, con eficiente remitirnos al logro de los objetivos con el menor número de elementos y materiales empleados; mientras que en la eficacia es el logro en el menor tiempo posible de las metas y objetivos planteados. Pues el Estado tiene la ardua tarea de lograr echar mano de estas dos herramientas y lograr con el menor número de recursos alcanzar las metas establecidas.

El Estado ha empleado diversos programas y políticas públicas enfocados a los órganos de la administración pública para la integración de una equidad de género entre sus miembros. Sin embargo, dada la importancia de las políticas públicas en la distribución de la riqueza y las oportunidades, los gobiernos del Sistema de Naciones Unidas han tomado diversos acuerdos para incorporar los principios de igualdad y equidad de género (v. *Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres*, 2006) en las políticas del desarrollo que implementan. El mandato de inclusión del género en las políticas y acciones del Estado se le denomina institucionalización de la perspectiva de género.

La institucionalización de los valores de igualdad y equidad supone cierta tensión y conflicto entre lo “nuevo” y lo “viejo”, que se expresa mediante la resistencia y la transformación continua de las prácticas institucionales existentes. Por ello, dicha institucionalización no puede concebirse como un proceso lineal ni homogéneo, por el contrario, cuenta con etapas discontinuas que no siempre están en la misma sintonía, en los ritmos y tiempos esperados. Para institucionalizar el género en el Estado, son requerimientos necesarios e indispensables:

- Los cambios en las leyes y normas generales y específicas de las instituciones públicas;
- La creación de instituciones de la mujer;
- La transformación de los procedimientos de diseño;
- Ejecución y evaluación de las políticas públicas;
- El desarrollo de una masa crítica de funcionarias/os con capacidad para innovar los procedimientos institucionales;
- Recursos presupuestarios y técnicos suficientes.

Los requisitos de institucionalización plantean una eficacia y eficiencia pronta y práctica para la obtención de confianza en el Estado, a pesar de que algunos de los requisitos ya se han puesto en marcha, no tienen el mismo resultado al aplicarlos al mismo tiempo, siendo difícil para el Estado planificar en manera casi perfecta que esto suceda.

Existe un método de planeación horizontal (v. Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2010) que busca diagnosticar las oportunidades institucionales para incluir la perspectiva de género en los diversos procesos de diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de las políticas públicas. La institucionalización de la perspectiva de género en las políticas públicas requiere adoptar estrategias variadas, como la igualdad de oportunidades, las acciones afirmativas, la transversalidad y otros instrumentos, todas regidas por una amplia noción de igualdad que combata explícitamente las causas múltiples y entrelazadas que producen y reproducen la desigualdad de género.

Aunque existen ganas y deseos exasperados por la integración de la institucionalización con perspectiva de género, las políticas públicas sufren cambios o tropiezos cuando se encuentran con factores en contra de la institucionalización con equidad de género tales como:

- La poca voluntad política de las autoridades,
- El diagnóstico integral y profundo de tipo negativo sobre las relaciones de género,
- Contar con estadísticas desagregadas por sexo e indicadores de género,
- Poca capacitación de los procedimientos de formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas,
- Presupuestos públicos sensibles al género,
- Recursos humanos coordinados y formados en género y,
- Casi nula participación política de las mujeres y acceso a puestos y procesos de toma de decisión.

Sin duda, existen desmotivadores de la institucionalización, pero que pueden ser sin duda subsanables, con la colaboración y cooperación del Estado en ámbito federal, estatal y municipal, así como Distrito Federal, la capacitación puede venir de autoridades de mayor rango a subordinados mostrando el ejemplo de lo que se quiere lograr, hasta el momento son bajos los porcentajes dentro de los organismos que se han formado a favor de la mujer de profesionales con perfiles específicos para el tipo de capacitación que se requiere.

Las políticas públicas (INMUJERES, 2007) en relación con la equidad de género adquirieron distintos toques de enfatización o dirección por lo que se pueden clasificar en tres tipos. Políticas ciegas al género: aparentemente benefician a toda la población, pero que tienen algún componente que puede excluir a las mujeres. Políticas específicas para mujeres: las féminas se consideran usuarias y un agregado numérico sin tomar en cuenta sus necesidades y la transformación de los roles tradicionales. Este tipo de políticas, creadas expresamente para mujeres, incluyen acciones que perpetúan las desigualdades y los estereotipos de género. Políticas transformadoras o redistributivas de género toman en cuenta las necesidades de mujeres y hombres, así como las relaciones que propician una redistribución más equitativa y democrática de responsabilidades y recursos. Estas políticas fomentan el desarrollo de habilidades de participación y gestión de proyectos de manera individual o comunitaria. Al mismo tiempo, replantean la distribución de roles productivos y reproductivos para reorganizar la carga de trabajo de las mujeres y los hombres, dentro y fuera del hogar. A su vez impulsan procesos que favorezcan el empoderamiento y la participación en la toma de decisiones.

Incluso dentro de las políticas públicas puede advertirse este distanciamiento entre unas y otras, así como puntos de atención equívocos, pues al pretender dar inserción de la mujer dentro de la administración pública se tiene el reto de no confundir con el empoderamiento absoluto de la mujer en el poder, y desproteger los derechos y oportunidades del hombre por ser visto como el único actor en contra de la participación de la mujer.

Una verdadera política pública de institucionalización de la perspectiva de género no acepta que la balanza se incline hacia un solo género, pues si fuere así se estaría nuevamente en presencia de discriminación por razón de género, siendo totalmente absurdo.

Son distintos los retos a enfrentar hoy en día por la institucionalización de la perspectiva de género, uno de ellos sin duda la inflexión de los servidores públicos y de las normas establecidas en la administración pública, convirtiéndose en el talón de Aquiles para el logro una administración pública con perspectiva de género.

Conclusiones

Si atendemos a la realidad en México, la mujer queda en desventaja total por diferentes factores frente a las oportunidades, bienes y recursos que obtienen los hombres, por ejemplo, la ley que extiende la obligatoriedad para que las mujeres puedan acceder a puestos de elección popular, y que ahora se tiene que cumplir con cierto porcentaje dentro de los partidos políticos, si esto no se hace de esta manera, la cultura de la sociedad mexicana no permite ni dimensiona la participación de la mujer en este y otro tipo de vida política.

Observar estas desigualdades incluso en pueblos, permite vislumbrar porque las políticas económicas, sociales y culturales no tienen un desarrollo completo y satisfactorio, los Estados no dependen únicamente de las actividades que se lleven a cabo en los centros de las entidades federativas si no que las metas plateadas por México o por cualquier Estado, debe alcanzar a la generalidad de la población.

Así la perspectiva de género se convierte en meta para el Estado que se encuentre en vías de desarrollo económico, social y cultural, por ser un aspecto que se involucra en diferentes factores del plan de desarrollo que estipula una administración al inicio de su ejercicio.

Bibliografía

Arnoletto, E. J. (ed.) (2007). *Glosario de conceptos políticos usuales*. EUMEDNET. Recuperado de: <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?Dic=3&def=536>

Artículo 1 y Artículo 4 (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos de México*. México.

Begné, P. (1990). *La mujer en México. Su situación legal*. México: Trillas

Instituto Nacional de Estadística, (2015). *Estadística de violencia doméstica y violencia de género, Año 2014*. Madrid. Recuperado de: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p468&file=inebase>

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2010). *¿Qué son los Derechos Humanos?* México: CNDH. Recuperado de: <http://www.cndh.org.mx/>

Corona Godínez, M. P. (coord.) (2002). *Cultura institucional y equidad de género en la Administración Pública*. México: Instituto Nacional de las Mujeres.

Dávila A. y N. Martínez (1999). *Cultura en organizaciones latinas*. México: ITESM y Siglo XXI.

Hernández, M. (1937). "La participación de la mujer en el ámbito de lo público: administración política y economía". *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2002a). *Mujeres y hombres*. México: INEGI.

— (2002b). *Uso del tiempo y aportaciones en los hogares mexicanos*. México: INEGI.

Instituto Nacional de las Mujeres (2001). *Las mujeres en la toma de decisiones*. México: INMUJERES.

— (2007). *ABC de Género en la Administración Pública*. México.

Jenkins, William (1978): *Policy Analysis: A political and Organization Perspective*, Mortin Robertson and Company, Inglaterra.

Ley del INMUJERES (2001). México: INMUJERES.

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (2006). México: Diario Oficial de la Federación.

Oficina Del Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Derechos Humanos (2010). *Políticas públicas y presupuestos con perspectiva de derechos humanos: un manual operativo para servidoras y servidores públicos*. México.

Programa Nacional De La Mujer (1996-2000). México.

Revista de Salud Pública (2008). *El Concepto de Equidad y el Debate sobre lo Justo en Salud*, Bogotá.

Sistema Nacional para el DIF (1997). *La perspectiva de género: una herramienta para construir equidad entre mujeres y hombres*. México.

Tuñón Pablos, E. (1935-1938). *Mujeres que se organizan. El Frente Único Pro Derechos de la Mujer*. México.

DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ESPAÑA-MÉXICO
———— 6 ————

coordinado por Martha Elba Izquierdo Muciño, se terminó de imprimir en octubre de 2017 en los talleres de Editorial CIGOME, S.A. de C.V., Vialidad Alfredo del Mazo núm. 1524, ex. Hacienda La Magdalena C.P. 50010, Toluca, México. Su edición consta de 300 ejemplares. La edición estuvo a cargo de la Dirección de Difusión y Promoción de la Investigación y los Estudios Avanzados.

Coordinación editorial: Patricia Vega Villavicencio
Diseño de forros e interiores: Cristina Mireles Arriaga
Corrección de estilo: Adso Eduardo Gutiérrez Espinoza

La colaboración universitaria entre la Universidad Jaume I de Castellón España y la Universidad Autónoma del Estado de México, así como la ilusión y el esfuerzo puesto en común por docentes e investigadores de ambas instituciones, han traído como resultado la publicación del sexto volumen de la obra *Diálogos Jurídicos España-México*.

La selección de los temas abordados en este libro se produjo de las distintas propuestas formuladas por los investigadores de disciplinas jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad Jaume I y de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México; así el lector podrá encontrar interesantes temas como la protección del menor en casos de violencia familiar, la incorporación de datos personales al proceso penal y la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos.

Asimismo el lector encontrará estudios sobre el impacto de la desigualdad socioeconómica, en el ejercicio de los derechos civiles y políticos y la búsqueda de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito de las actividades económicas en general.

